



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TESIS:

**DERECHOS CONTENIDOS EN LA MATERNIDAD SUBROGADA
GESTACIONAL**

AUTOR:

BYRON ALBERTO ORBEA CORRALES

DIRECTORA:

DRA. SONIA MERLYN SACOTO

QUITO- ECUADOR

2012

AGRADECIMIENTOS

Después de varios años de dedicación y continuidad he llegado a este punto, gracias a la colaboración de muchas personas, que no quiero especificar por temor a olvidarme de alguna de ellas.

En especial quisiera agradecer a la Dra. Sonia Merlyn Sacoto por su acertada dirección en el desarrollo de esta tesis. También quisiera agradecer a quienes sin esperar nada a cambio, contribuyeron a la terminación de éste estudio.

A la institución que me formó y a todos los maestros que iluminaron mi camino con su conocimiento y experiencia, transmitida en las aulas de mi querida universidad, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

DEDICATORIA

Ésta tesis la dedico a mi familia, quienes fueron mi pilar fundamental para llegar hasta aquí.

A mis padres, por su apoyo incondicional, para no decaer en el intento.

A mis hijos, por ser mi principal estimulación para concluir este sueño.

A mi esposa, a quien estoy enormemente agradecido por acompañarme con su paciencia, comprensión y amor en este largo trayecto.

A mis familiares cercanos, que siempre se han preocupado de mi progreso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Byron Alberto Orbea Corrales, con C.C. 1720082054, autor del trabajo de graduación intitulado: DERECHOS CONTENIDOS EN LA MATERNIDAD SUBROGADA GESTACIONAL, previa a la obtención del grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS en la Facultad de Jurisprudencia:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el Art. 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 el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 08 de noviembre de 2012

Byron Alberto Orbea Corrales

C.C. 1720082054

ABSTRACT

El presente trabajo de graduación, investiga La Maternidad Subrogada Gestacional en la Legislación Ecuatoriana; analizado desde varios puntos de vista, como son el fundamento histórico, biológico, científico, legal. Así como también, se conceptualiza y define a la subrogación; se plantea su relevancia, modalidades y el proceso de gestación subrogado. Una herramienta práctica para el desarrollo de éste trabajo fue el Análisis Económico del Derecho, por medio del cual, se reconoció los costos y beneficios a considerarse para la regulación legislativa del tema.

A través del análisis deductivo, se asimila forzosamente al actual acuerdo de subrogación gestacional como un contrato de arrendamiento de prestación de servicios, enfatizando sus características y efectos. Completando el análisis legislativo, con la experiencia internacional al respecto, enfatizando al sistema casuístico de los Estados Unidos; que mediante su jurisprudencia ha controlado y limitado las actuaciones privadas. Mientras que la evolución latinoamericana se ve especialmente en las legislaciones brasileña, mexicana, chilena y argentina. Además se efectuó un estudio de la Filiación y un análisis comparativo con la Adopción y sus diferencias con la Maternidad Subrogada Gestacional.

Posteriormente se exponen los Derechos que intervienen en la Maternidad Subrogada Gestacional, como son: el Derecho a la Libre Elección, Derecho a la Procreación, Derecho a la Intimidad, la Libertad de Ciencia y la Investigación Tecnológica. Siendo

estos derechos esenciales, para aquellas parejas que opten por la Subrogación y cuyo ejercicio está protegido y garantizado por el Estado.

Para la correcta comprensión del tema se requirió del análisis de su naturaleza, por lo cual resultó imprescindible tratar los Elementos de Validez del Contrato de Subrogación, como son: la Capacidad, el Consentimiento Informado, la Causa y el Objeto Lícito. Integrado con un estudio de la responsabilidad, especialmente la civil, de los intervinientes.

El análisis doctrinario, analógico y comparativo presente en éste estudio, permitió identificar situaciones conflictivas, que nacen de los convenios de Maternidad Subrogada Gestacional. Por lo cual se plantean conclusiones y recomendaciones que motivan la creación de un Proyecto de Legal al respecto. Proponiendo narrativamente una definición, principios, control de acceso, derechos, prohibiciones, requisitos, procedimiento, condiciones contractuales, efectos y solemnidades; como requisitos mínimos e indispensables para la consideración legislativa de la subrogación gestacional.

Fue fundamental, la información resultante de la Investigación de Campo, las cuales son evidencias de la experiencia ecuatoriana respecto del tema. Dicha información fue recolectada a través de la entrevista personal a profesionales.

INTRODUCCIÓN

La problemática actual entre el Derecho y el avance de la ciencia, ha obligado a adaptar los conceptos jurídicos tradicionales, para brindar soluciones a los problemas contemporáneos. La filiación, maternidad y paternidad, con la aparición de los convenios de alquiler del vientre o mejor dicho la maternidad subrogada, obligan a ampliar la conceptualización de dichas definiciones. Así la Maternidad Subrogada Gestacional ha ido más allá de la normativa ecuatoriana y se encuentra actualmente como una práctica ilícita, fuera del control y regulación estatal. Por lo cual, constituye un imperioso reto, el análisis de esta nueva forma de maternidad, para tratar de entenderla y en lo posible establecer su alcance y efectos.

La presente tesis abarca el tema desde varios puntos de vista: histórico, biológico, científico y el análisis de la problemática legal. A fin de emprender este camino, en un primer momento se presenta el impacto histórico en la familia de los problemas para concebir y la aparición de la maternidad subrogada. Así como también, el desarrollo científico de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) y su avance en la concepción extracorpórea. Además, a lo largo del primer capítulo se exponen conceptos indispensables para el adecuado desarrollo de la presente tesis como: Esterilidad, Infertilidad, TRA, Donaciones, entre otros.

Para seguir con el reconocimiento del tema, se expone la construcción contemporánea de la Familia y la intervención de Terceros Extraños al proceso de gestación. Hecho que ha producido decenas de situaciones problemáticas, por lo cual la presente tesis, centra su

investigación al acuerdo de Subrogación Gestacional; que consiste en el encargo a una mujer, para que ésta lleve en su vientre, un embrión de una pareja, durante el proceso de gestación. Dicha pareja aportará la totalidad del material genético necesario; así como también, pondrá a disposición de la madre sustituta un profesional de la medicina para la fecundación, transferencia, cuidados y parto.

Una herramienta práctica ha sido el Análisis Económico del Derecho, expuesto por el Dr. Alfredo Bullard González; por medio de dicha teoría, se reconoció los costos y beneficios a considerarse para la regulación del tema legislativamente hablando. En otro punto del capítulo se analiza el contrato de Maternidad Subrogada Gestacional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. A través del análisis deductivo, muy forzosamente se puede clasificar a la Subrogación como un arrendamiento de prestación de servicios, con las salvedades propias del caso; en estricto rigor, dicho contrato es atípico en la legislación ecuatoriana. Completando el análisis legislativo, la experiencia internacional al respecto del tema, marca jurisprudencialmente parámetros de evolución, especialmente el sistema casuístico de los Estados Unidos; que mediante jurisprudencia ha controlado y limitado las actuaciones privadas. Mientras la evolución latinoamericana se ve especialmente en la legislación brasileña, la discusión mexicana al respecto del tema y las leyes reguladoras de las técnicas de reproducción asistida, que se discuten en países como Chile y Argentina; hacen que el tema sea tratado de forma innovadora. Prosiguiendo el capítulo, se analiza la Filiación como la principal preocupación de quienes acuerdan la Subrogación Gestacional, ya que aún en el Ecuador predomina el parto como regla, que fija de la existencia y el vínculo de Maternidad. Por lo cual es

necesario, la ampliación de ésta definición e inclusión de la Procreación Asistida, porque se encuentra de forma concordante con la identidad biológica predominante en el ordenamiento jurídico, en el caso de la Maternidad Subrogada Gestacional. Terminando este capítulo con un análisis comparativo con la Adopción y sus diferencias.

En el siguiente capítulo se considera los principales Derechos que intervienen en la Maternidad Subrogada Gestacional, así el Derecho a la Libre Elección, Derechos Reproductivos, Derecho a la Intimidad, la Libertad de Ciencia y la Investigación Tecnológica. Siendo estos derechos fundamentales, para aquellas parejas que opten por la Subrogación y cuyo ejercicio está protegido y garantizado por el Estado.

Para la correcta exposición del tema se requiere del análisis de su naturaleza, por lo cual resulta imprescindible tratar los Elementos de Validez del Contrato de Subrogación, como son: la Capacidad, el Consentimiento Informado, la Causa y el Objeto Lícito. Integrado con un estudio de la normas que determinar la responsabilidad civil de los intervinientes, de manera especial del médico tratante y su personal.

El análisis doctrinario, analógico y comparativo presente en éste estudio, permitió identificar situaciones conflictivas, que nacen de los convenios de Maternidad Subrogada Gestacional. Se plantea como principal recomendación la creación de un Proyecto de Ley al respecto, con la finalidad de resguardar los derechos de los intervinientes, evitar el abuso y cometimiento de ilegalidades.

Ha sido fundamental además, la información resultante de la Investigación de Campo, la cual es evidencia de la experiencia ecuatoriana respecto del tema. Dicha información ha

sido recolectada a través de la entrevista personal a profesionales, que se presenta incorporada en el desarrollo de este trabajo.

1. CAPÍTULO PRIMERO

1.1. Generalidades

El descubrimiento de la Ingeniería Genética marcó en la historia la nueva era científica. Su crecimiento asombroso, desmedido e ilimitado ha traído verdaderos milagros científicos como son: la prolongación de la vida artificialmente, trasplantes, donación de material genético, conservación de órganos, reproducción asexual, “alquiler del vientre”, entre otros. El desarrollo de la ciencia y la tecnología permiten interferir en el ciclo vital y la reproducción natural de los seres humanos. Actualmente las Técnicas de Reproducción Asistida ponen a disposición nuevos medios y mecanismos para quienes buscan concebir; de acuerdo a los requerimientos de los usuarios y la “demanda del mercado”; incluso desafiando la moralidad y la licitud, cuando se manipula artificialmente al no nacido. La presente tesis investiga y analiza la problemática alrededor de la Maternidad Subrogada (debido a la falta de legislación ecuatoriana al respecto) y el uso continuo del mal llamado: “alquiler del vientre”; por la necesidad imperiosa de fijar límites legales basados en la ética y el bien común que motiva el presente estudio.

Comprendiendo a la maternidad subrogada gestacional como el acuerdo mediante el cual una pareja casada o en unión de hecho proporcionan; por cualquier medio, un gameto fecundado, que posteriormente será implantado en el útero de una mujer de preferencia soltera; quien posee el compromiso de entregarlo al momento del alumbramiento. Para tal fin se utilizan algunas Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), como una

alternativa del problema de la esterilidad e infertilidad; males que afectan a parejas y personas. Es necesario empezar explicando la fundamentación en varios ámbitos de la maternidad subrogada en general.

La búsqueda biomédica en el desarrollo de la maternidad subrogada ha vulnerado en varios casos, las barreras de la legalidad y la moralidad, es por ello la trascendencia del tema y la presente tesis. Durante el desarrollo de la misma se analizarán varios aspectos de importancia para el correcto entendimiento del tema. Al finalizar contemplo reflexiones jurídicas, que pueden ser parte del estudio necesario, para crear una normativa sobre la Maternidad Subrogada Gestacional, con el fin de regular situaciones complejas que acontecen diariamente a espaldas del Derecho.

1.1.1. Fundamento Histórico

La protección social y estatal que se otorga a la familia como célula indispensable de la sociedad, ha estimulado la búsqueda de soluciones a problemas fisiológicos, que afectan a las familias como son: la infertilidad y la esterilidad. El avance tecnológico, ha sido un factor esencial para satisfacer dichas necesidades, bilógico-afectivas de la familia. Es así que en la antigüedad resultaba, en ciertos casos, imposible separar el acto sexual de la fecundación femenina¹: en la actualidad cabe la utilización de varias técnicas con la finalidad de conseguir una fecundación artificial y extracorpórea. Facilitando la planificación familiar e incluso la personal. Llegando a intervenir terceras personas:

¹ Castellos Gabriela. *Custodia Compartida Coloquio*. Cali Colombia. CIES. pg. 11.

médicos, “donadores²” de material genético, madres sustitutas o portadoras del embrión fecundado, etc.

La maternidad subrogada se manifiesta públicamente en 1975, en California Estados Unidos en dicho año se solicitaba por medio de la prensa escrita, el servicio de vientre de alquiler por el cual se ofrecía una gratificación³; es por eso que, este tema se analiza a partir de los años setenta en los cuales empiezan las primeras investigaciones y experimentos.

En la antigüedad podemos mencionar casos de maternidad subrogada, se considera que el primer caso citado en la historia tuvo lugar en Canaán, fue Sarai, la esposa de Abram, quien era estéril y para darle descendencia a su esposo le ofreció su esclava Agar. Abram aceptó y con 86 años de edad concibió un hijo Ismael, de quien descienden los árabes conocidos como: ismaelitas o agarenos (Antiguo Testamento- Génesis 16)⁴. Otro hecho citado en la historia de Mesopotamia, en el siglo XVIII A. C. es el de Bilhá, segunda esposa de Jacob, quien puso a disposición de su marido a la esclava Raquel, con quien procreó dos hijos: Dan y Neptalí. El Código de Hammurabi creado en el año 1780 A. C. disponía que las mujeres estériles podían ofrecer a una esclava a su marido, con la intención de procrearse y evitar que el marido busque una concubina; además dicho

² La Dra. Sonia Merlyn considera que no está bien utilizado el término de “donación” debido a que dicho término le otorgaría una categoría contractual al acto jurídico. Merlyn Sonia, *Derecho y Reproducción Asistida Retrato de la evolución médica y sus perspectivas legales en Ecuador*. Quito. Editorial Jurídica Cevallos. 2006.pg 45.

³Citado por: Noris Vargas. *Vientre De Alquiler*. The American Surrogacy Center. Disponible en la Dirección electrónica: www.slideshare.net/30326414/vientre-de-alquiler - Estados Unidos.

⁴Citado por: Noris Vargas. Op cit. s/p.

código concedía “garantías sociales” para que dichas mujer no puedan ser vendidas y se mantengan cerca de sus hijos.⁵ En Egipto los faraones descendientes del Dios Ra, para que su sangre no se mezclase, se celebraban matrimonios incestuoso, lo cual ocasionaba hijos con mala salud. Por ejemplo el faraón Amemhotep I, casado con su hermana no puedo tener descendencia de ésta, por lo que tuvo que procrear un hijo (Tutmosis I) en una esposa secundaria⁶. Dichos herederos eran de menor jerarquía que los legítimos, por lo que ostentaban el poder a falta de éstos.

En el sentido contemporáneo de la definición de maternidad subrogada gestacional se puede citar una leyenda india transcrita por Noris Vargas en su trabajo *Ventre de alquiler*, dicha fabula ocurrida en el año 599 A. C., cuenta como dos mujeres embarazadas (Devananda y Trisala) en el día 82 de gestación; los dioses intercambiaron sus hijos, para que Mahavira (Gran Héroe), que era una reencarnación de buda, naciera en el seno de una familia chatría (guerreros). Dicha mujer habría gestado dos hijos ajenos, por lo que se asemejan precariamente a la actual maternidad subrogada gestacional. En Europa medieval también se puede citar el caso de Carlo Magno, que mantuvo relaciones extramatrimoniales, de lo cual nacieron dos varones, hijos ilegítimos sin opción al reinado pero muy bien ubicados socialmente por su educación e influencia.

Se considera que el primer paso para la genética y ciencia médica fue en 1677, con el inventor del microscopio Antoni Van Leeuwenhoek, quien con su invento fue el primero

⁵ Código de Rey Hammurabi. Ley 144, 145, 146, 147. Disponible en la Dirección electrónica: www2.uah.es/histant/Hammurabi.

⁶ Reino durante 13 años y bajo su mando se conquistó la mitad de mundo. Una vez muerto y destronado por los sacerdotes asumió el poder su hija Hatshepsut, como la primera reina del mundo. Citado de *History of Surrogacy*. Disponible en la dirección: <http://www.information-on-surrogacy.com/history-of-surrogacy.html>.

en observar espermatozoides. Posteriormente en 1790, John Hunter destacado médico recogió precariamente semen y realizó insipientemente la primera inseminación artificial, de dicho experimento. Se comenta que nació un niño saludable⁷. Artíficamente en el año de 1890 se realizó la primera FIV (Fecundación In Vitro) de embriones de conejos, insertados en una coneja subrogada gestacional.

A finales del siglo XIX el obstetra Victorin Gruzdev elaboró el esbozo general de la transferencia simultánea de gametos a la trompa de falopio, después de haberla probado en conejos. Basados en dichos estudios y con el avance de la tecnología, en la Universidad de Harvard se fecundó dentro de un laboratorio un óvulo humano, cuyo desarrollo llegó hasta el embrión bi celular. Se atribuye la paternidad de la fecundación in vitro humana exitosa, a dos científicos: Robert Edwards y Patrick Steptoe, quienes lograron fecundar exitosamente un óvulo humano, después de 600 experimentos. En 1977 dichos científicos transfieren el óvulo fecundado a un útero de forma exitosa, de quien nace Louise Brown, la primera niña probeta⁸.

En 1980 nace el segundo niño probeta en Australia, en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata. En la Unión Soviética al inicio de la perestroika, el Dr. Boris Leonov logra la procreación extracorpórea, de lo cual nacen Lena y Cirilo, los primeros niños probetas de nacionalidad rusa. En 1976 se abre una de las primeras clínicas de fertilidad a cargo del abogado Noel Keane, que para 1988 decía habían nacido 302 niños gracias a la maternidad subrogada. En el año de 1986 nace confidencialmente en Michigan Estados Unidos, la primera niña producto de la maternidad subrogada gestacional, el Dr. Wolf

⁷ De dicho nacimiento no existen datos específicos que verifiquen tal hecho.

⁸ Traducción del artículo: Robert Edwards y Patrick Steptoe. *Birth after the implantation of human embryo*. Revista. The Lancet. 1978.

Utian concibe in vitro, con el óvulo de una mujer de 37 años (extirpada el útero) y el semen de su esposo, para luego implantarlo en el vientre de una mujer de 22 años, que gestó el feto y dio a luz a una niña⁹.

El primer caso registrado jurídicamente se produjo en Sudáfrica en 1987. Karen y Alcimo padres de un hijo, deciden tener tres hijos más (David, José y Paula), que fueron gestados por Pat Anthony, madre de Karen (extirpada el útero). Este hecho fue cubierto por una cadena británica de noticias, la misma que pagó la cantidad de 500 000 USD para grabar y documentar el caso. La ley sudafricana (Child Status Bill) concedió el ejercicio de la patria potestad a la madre subrogada, misma que la cedió a su hija y yerno, quienes tuvieron que adoptar a sus hijos consanguíneos¹⁰.

Los Estados Unidos se conocen 15 casos de madres subrogadas que se han negado a entregar a sus hijos, siendo el caso más conocido “Baby M”, mismo que se expondrá más adelante. De estos casos solo a cuatro mujeres se les concedió la tenencia de la criatura. También hay casos que los padres contratantes rechazan el procedimiento ya viabilizado, a lo cual los jueces han otorgado la tenencia a las madres subrogadas, pero con la correspondiente indemnización y manutención. En Rusia durante 10 años se han empleado eficientemente las técnicas de reproducción asistida, por la proliferación de centros de fertilidad, casos que han generado jurisprudencia al respecto, por ejemplo: una pareja residentes de la ciudad de Chitá contrató una mujer para que gestara un

⁹Citado de *History of Surrogacy. Op cit. s/p.*

¹⁰ Ibid. s/p.

embrión; durante el parto los padres no desearon a su hijo por una deformidad cardíaca, por lo que no cancelaron la cantidad pactada por el servicio de subrogación. La madre sustituta interpone una demanda, a lo cual el juez decide indemnizar solo los gastos ocasionados sin la remuneración¹¹.

Actualmente un caso recogido por la prensa, fue la historia de una japonesa de 61 años de edad, quien subrogó a su hija, que padecía de esterilidad¹². Siendo este uno de los casos más controversiales por la edad de la madre sustituta, el médico que llevo a término el embarazo manifestó que la “abuela y su nieto” estaban en condiciones favorables pero que no recomienda este proceso en mujeres de edad avanzada.

Carole Horlock posee el record mundial de maternidad subrogada tradicional, ya que ha sido contratada por ocho familias y ha dado a luz a 9 niños, mediante esta técnica. La última vez que lo hizo gestacionalmente, fue con una pareja griega, que transfirió tres embriones; 35 semanas después Carole dio a luz a trillizos.

Actualmente para las “parejas del espectáculo”, la maternidad subrogada se volvió una moda a partir del año 2000. Mediante esta técnica han nacido varios hijos de famosos como: Michael Jackson, Sharon Stone, Olga Slutsker, Príncipe Alberto de Mónaco, Ricky Martin, entre otros.

¹¹ Parafraseado de *History of Surrogacy*. Op cit. s/p .

¹² Citado por: Noris Vargas. Op cit. s/p.

1.1.2.Derecho Genético y Bioderecho

La genética ha iniciado una verdadera revolución científica, que puede afectar al ser humano y a otras especies. Por lo que, el Derecho lo ha regulado creando una rama especial, conocida como Bioderecho. El apostrofe “bios” en una ciencia social por excelencia; responde a la necesidad de precautelar el contenido e integridad de los derechos humanos.

El hombre ha perfeccionado la reproducción sexual, actualmente se la puede diseñar bajo ciertas especificaciones y manipular el material genético, en procesos particulares con distintos fines e incluso antijurídicos¹³. Cabe mencionar que la genética tiene como antecedente remoto la zootecnia y la agronomía. Ciencias que hace 1000 años A.C., fueron estudiadas y experimentadas por los babilonios, quienes lograron polinizar las palmeras, a través del manejo de técnicas artificiales. Ulteriormente se empieza a investigar genéticamente al ser humano. En los Estados Unidos durante la década de los ochenta, se inicia el proyecto HUGO¹⁴, para descomponer el genoma humano, siendo este hecho el que marcó la necesidad de crear el Derecho Genético. Rama que precautela nuevos bienes jurídicos conocidos como los Derechos Humanos de Cuarta Generación; dentro los cuales se protege el medio ambiente, el patrimonio genético, etc. En nuestra Constitución¹⁵, también se encuentran regulados así como en otras; con la finalidad de

¹³ Existen laboratorios clandestinos que realizan fecundaciones infrahumanas, es decir que utilizan óvulos de animales para fecundarlos con espermatozoides de seres humanos, causando un grave problemas de tipo ético biológico que rompe con la humanidad y la animalidad. Así como también, existen laboratorios o falsas clínicas donde se realizan abortos en condiciones insalubres y sin permisos. Disponible en la Dirección electrónica: <http://despenalizacionabortoecuador.blogspot.com/>

¹⁴ Proyecto Genoma Humano. Disponible en la Dirección electrónica: <http://es.wikipedia.org/wiki>.

¹⁵ Constitución Ecuatoriana 2008, Art. 66: numeral 3 literal d; numeral 27 y Art. 73.

establecer normas, principios y prohibiciones que establezcan y limiten el uso de técnicas genómicas¹⁶.

Francisco Lima Neto define al Bioderecho como:

*“una rama muy reciente de la ciencia jurídica que tiene por objeto el análisis, a partir de una óptica jurídica y de variadas metodologías, los principios y normas jurídicas que crean, modifican y extinguen relaciones entre los individuos y los grupos, y entre ellos con el Estado, cuando esas relaciones se vinculan con el inicio de la vida, el transcurso de la misma y su fin.”*¹⁷

Enrique Varsi Rospigliosi utiliza la designación de Derecho Genético y la define como:

*“..la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normas todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre...”*¹⁸.

A continuación se analizará los puntos principales de las definiciones:

- El Bioderecho, la Biojurídica o el Derecho Genético es una rama recientemente creada en el Derecho.

¹⁶ Mayorga Giovani. *La Realidad Vista Desde la Perspectiva Del Derecho Genético*. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona73/73Criollo.htm>.

¹⁷ Lima Francisco. *Bioética y Bioderecho*. México. Grupo de Pesquisa y Estudios de Bioética y Bioderecho. Universidad Federal del Espíritu Santo. 2005.

¹⁸ Varsi Enrique. *Derecho Genético Principios Generales*. Tercera Edición. Lima. Editorial San Marcos. 1998. pg. 14.

- Busca intervenir para la interpretación de las normas y principios en el avance de la ciencia y la tecnología, evitando riesgos para el ser humano y la naturaleza.
- Introduce nuevos bienes jurídicos que deben ser tutelados por el Estado, para evitar la violación y vulneración de normas básicas como: la vida, dignidad, material genético y ambiente sano en los procedimientos de composición genético.
- Busca la reglamentación y regulación de situaciones que pudieran vulnerar derechos humanos, por la diversidad de intereses que interfieren en las técnicas de investigación genética, cuya utilización genera conflictos que deben ser resueltos por el Derecho.

Es necesario recurrir al Bioderecho, porque es la rama del Derecho más adecuada y acorde al tema planteado en la presente tesis; ya que el proceso de maternidad subrogada requiere y utiliza materiales genéticos que pueden modificar y ampliar conceptos como son: la paternidad, la maternidad y la filiación. Los mismos que no concuerdan con las definiciones legales, establecidas en las leyes y códigos, ya que resultan inadecuadas, para resolver así la problemática cotidiana de alta complejidad, tanto biológica como jurídica. Por lo que es necesario renovar la legislación ecuatoriana. Por ejemplo la presunción contenida en el Art. 32 del Código de la Niñez y la Adolescencia¹⁹ que reconoce como madre a aquella mujer que diere a luz a una criatura. La identificación jurídica de la madre se da inmediatamente después del nacimiento, cuya prueba es el

¹⁹ Se puede decir que esta presunción se fundamenta en el principio romano “mater semper certa est, pater numquam” que significa la madre resulta siempre cierta.

parto del hijo vivo. Presunción que para la maternidad subrogada resulta casi obsoleta y constituye una limitación legal, para el reconocimiento de la maternidad y paternidad de quienes desean, ansían y contratan la sustitución de una madre durante el proceso gestacionario de su hijo. Dejando al niño producto de tal proceso, desprovisto de una identidad.

1.1.3. El Proceso de Fecundación

La fecundación en el proceso de reproducción humano se conoce también como la fusión de gametos, que es resultado de la unión de los gametos femenino con el masculino que crea un cigoto²⁰. Los órganos reproductivos masculino y femenino se organizan de tal manera que se complementan; el masculino produce esperma, mientras que el femenino produce óvulos y brinda alojamiento al óvulo fecundado, en las trompas y el útero, durante nueve meses. Realizada la cópula de forma natural y sexual un tercio de los espermatozoides más preparados y completos viajan a través de la vagina pasando por la cérvix, parte inicial de la cavidad uterina femenina. Una vez que el óvulo u ovocito se encuentra alojado en las trompas, el espermatozoide se alberga en la zona pelúcida del ovocito, pretendiendo la penetración al espacio perivitelino con la producción de una enzima. Una vez contactada la membrana post acrosomal con la membrana plasmática del ovocitario, el espermatozoide se integra al citoplasma ovocitario. Mientras que en la corteza se origina la fusión de los gránulos corticales con

²⁰Merlyn Sonia. Derecho y *Reproducción Asistida Retrato de la evolución médica y sus perspectivas legales en Ecuador*. Quito. Cevallos Editorial Jurídica. 2006. pg. 19.

la membrana plasmática, para impedir la penetración de otros espermatozoides.²¹ Posteriormente se produce la fusión de las membranas celulares pronucleares masculinas y femeninas que viajan al centro del ovocito duplicando su ADN, aguardando la siguiente división celular²². Ya fecundado el óvulo emprende un viaje desde las trompas hasta implantarse en el útero; esto empieza al tercer día del proceso de división celular y demora hasta el día sexto, donde ha convertido al ovocito en una esfera o blástula, conformada por 32 o 64 células. La misma que se anida o implanta en el tejido uterino. El alojamiento y recepción adecuada del embrión depende de un proceso selectivo de acuerdo a la calidad biológica que puede durar 7 días aproximadamente²³.

La autonomía celular del embrión con los tejidos uterinos ha permitido separar el acto sexual utilizando la fecundación in vitro, técnica que reproduce las condiciones necesarias para la fecundación extracorpórea. Muchas veces los embriones fecundados in vitro no reúnen las condiciones necesarias para anidarse, por lo que son rechazados por el útero.

Si una mujer acepta expresamente la implantación de un embrión propio o ajeno, depende del útero y el endometrio que permita la anidación y desarrollo.

²¹Una vez que haya ingresado el primer espermatozoide, la membrana del ovocito se vuelve impenetrable, que consiste en la producción de iones de sodio lo que despolariza la célula y cambia su estructura liberando vesículas enzimáticas que endurecen el huevo.

²² Merlyn Sonia. Op cit. pg 20.

²³ *Boletín de la Academia Chilena de Medicina N° XLIV*. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.institutodechile.cl/medicina/publicaciones/iac7888%20-%20boletin%20de%20la%20academia%20de%20medicina.pdf>

1.1.3.1. Formas para obtener un óvulo fecundado:

- Mediante el acceso carnal heterosexual, en el cual se consigue la fecundación del óvulo con el espermatozoide, inmediatamente se procede a un lavado de útero para la extracción del embrión.
- Mediante la inseminación artificial intrauterina, posteriormente se extrae el embrión con un lavado de útero.
- Mediante la fertilización in vitro permite realizar la fecundación dentro de un laboratorio y bajo un microscopio.

1.2. Conceptos básicos

1.2.1. Esterilidad

La esterilidad según la American Society for Reproductive Medicine (ASRM) la define de la siguiente manera:

“como una enfermedad del sistema reproductor que afecta a la capacidad corporal para desempeñar la función básica de reproducción”²⁴

Se considera que el 65% de los casos de esterilidad son de origen femenino; el 25% son de tipo masculino y el restante 10 % son causadas por una incompatibilidad moco-semen; pero también existe un 15% de casos de esterilidad, sin causa etiológica aparente (ESCA)²⁵. Del 100% de causas que producen la separación de matrimonios y uniones de hecho, se considera que el 10 % son causadas por la esterilidad o infertilidad. En fin

²⁴ *Infertilidad*. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.yalemedicalgroup.org/stw/Page.asp?PageID=STW025546>.

²⁵ Esterilidad. Disponible en el Dirección electrónica: <http://es.wikipedia.org/wiki>.

se puede entender a la esterilidad como la deficiencia en producción de óvulos o espermatozoides capaces de fecundarse²⁶. La esterilidad conlleva un fuerte impacto psicológico (morbilidad psicológica) afectando a la autoestima y al desempeño en las relaciones sociales de hombre y mujer correspondientemente; constituye una de las causas para el fracaso en las relaciones interpersonales familiares.

1.2.1.1. Causas para la esterilidad

- **Causas masculinas:** El principal factor de esterilidad es de origen genético²⁷, que se manifiesta como los síndromes de Down o el de Klinefelter. Otra causa masculina está relacionada a la baja o deficiente producción de población espermática (espermatobioscopia²⁸), carencia de movilidad de espermatozoides, alteraciones fisiológicas (obstrucción en conductos, disfunción eréctil, secuelas de enfermedades), alcoholismo, cafeísmo y dificultades para llegar al coito.²⁹
- **Causas femeninas:** Existe mayor diversidad de causas femeninas que pueden ser: baja o deficiente producción ovárica, alteraciones en el eje del hipotálamo-hipófisis (biopsia del endometrio³⁰), disfunciones fisiológicas en el aparato

²⁶Boletín de la Academia Chilena de Medicina. *Op cit. s/p.*

²⁷ Biológicamente se produce una trisomía de un par del ADN.

²⁸Es el estudio de la calidad de una muestra de esperma. Los parámetros que se evalúan en la espermatobioscopia son: el volumen de la muestra, el número de espermatozoides que contiene cada mililitro de semen y el porcentaje de ellos que presentan movilidad. Espermatobioscopia. Disponible en la dirección electrónica: <http://es.wikipedia.org/wiki>.

²⁹ Real Academia de la Lengua. *DRAE*. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.rae.es/rae.html>.

³⁰ Es un procedimiento para tomar una muestra de tejido del revestimiento del útero (la matriz). Biopsia de endometrio. Disponible en la dirección electrónica:

reproductor (histerosalpingogafrias³¹ y laparoscopia tubo peritoneal³²), factores inmunológicos, infecciones, cambios internos de habitad, peso, secuelas de tuberculosis o la gonococia, quistes, fibromas, pólipos, factores tóxicos y radiaciones nocivas, etc. Para llegar a determinar una causa de esterilidad se requiere de la colaboración de varias ramas de la medicina como la ginecología, andrología, endocrinología y la psicología.³³

- **Idiopática:** Constituye el 30% de las causas de esterilidad, entendiéndose como una anomalía fisiológica y sin una causa explicable.

El tratamiento que los ginecólogos (as) recomiendan en estos casos tiene dos alternativas:

- **Métodos convencionales:** Utilizar técnicas para corregir las causas de esterilidad, sean estos médicos (ambulatorios, coitos programados, hormonas) o quirúrgicos (corrección de trastornos anatómicos).

<http://healthlibrary.epnet.com/GetContent.aspx?token=0a1af489-5b4c-4f2d-978e-3930be13b1f6&chunkid=103888>.

³¹ Es la visualización radiológica de la cavidad uterina y de las trompas, mediante la introducción de un contraste radiopaco a través del cerviz. Histerosalpingografía. Disponible en la Dirección electrónica: <http://personales.mundivia.es/vicen/.htm>

³² La laparoscopia constituye una descripción de los aspectos más relevantes de la técnica laparoscópica aplicada a los problemas de infertilidad en la mujer, analizando los hallazgos más frecuentes en base a una revisión. Laparoscopia tubo peritoneal. Disponible en la Dirección electrónica: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/vol52_n2/pdf/A07V52N2.pdf.

³³ Esterilidad. Disponible en la Dirección electrónica: <http://es.wikipedia.org/wiki>.

- **Métodos de vanguardia:** Consisten en utilizar las Técnicas de Reproducción Asistida, explicadas algunas de ellas a lo largo de la presente tesis. Siendo una alternativa el contrato de subrogación gestacional.

1.2.1.2. Tipos de esterilidad:

- **Principal:** La pareja no consigue fecundar exitosamente de forma natural
- **Secundaria:** Después del primer embarazo y transcurridos por lo menos 12 meses la pareja no puede concebir.
- **Subfertilidad:** Parejas que consiguen un embarazo sin ayuda médica después de un año de relaciones coitales.

1.2.2. Infertilidad

Se la puede definir como la incapacidad para concebir naturalmente o de anidar el cigoto en el útero, posterior a la fertilización e implantación. Según el Consejo de Internacional de Difusión de Información sobre infertilidad, considera que las parejas son infértiles, si no se ha logrado concebir después de 12 meses de mantener relaciones coitales o de 6 meses si la mujer es mayor de 35 años y si no logra llevar a término el embarazo.³⁴ La Dra. Sonia Merlyn define la infertilidad como: “parejas infértiles a aquellas que se ven incapacitadas de engendrar un hijo luego de haberlo intentado por el

³⁴ Infertilidad. Disponible en la Dirección Electrónica <http://es.wikipedia.org/wiki/>.

espacio de al menos doce meses, manteniendo relaciones sexuales regulares sin usar anticonceptivos”³⁵

Por ejemplo, el síndrome de Rokitansky³⁶ : es una enfermedad muy rara que consiste en que la mujer nace con ovarios pero sin útero, lo cual imposibilita totalmente la capacidad de anidar un óvulo fecundado.

1.2.2.1. Causas de infertilidad³⁷:

- **Primaria:** Parejas que no ha podido concebir después de un embarazo exitoso, después de un año de relaciones coitales.
- **Secundaria:** Ocurre después del primer embarazo y por lo general son causadas por estrés, o la edad.
- **Masculina:** Problemas testiculares, endocrinológicos, tiroideos, hipotalámicos, pituitarios, defectos genéticos en el cromosoma, neoplasia, criptorquidia, varicocele, obstrucciones, defectos en el gen de la fibrosis quística, prostatitis, infecciones, impotencia, defectos acrosomales, tabaquismos, usos de drogas, alcoholismo, producción deficiente y movilidad de esperma, etc.
- **Femenina:** Diabetes, problemas tiroideos, hepáticos, psicológicos, ováricos, enfermedades renales, factores hipotalámicos, menopausia prematura, neoplasma ovárico, endometriosis, anorexia, oclusión tubal, adherencias pélvicas,

³⁵Merlyn Sonia. Op cit.pg 37.

³⁶El síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser o agenesia vaginal es un cuadro clínico mal formativo debido a trastornos severos en el desarrollo de los conductos de Müller consistente en amenorrea primaria en pacientes fenotípicamente femeninas, con ausencia de vagina y útero, pero con ovarios funcionales. Síndrome Rokitansky. Disponible en la Dirección electrónica: http://es.wikipedia.org/wiki/Síndrome_Rokitansky.

³⁷Infertilidad. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.yalemedicalgroup.org/stw/Page.asp?PageID=STW025546>.

malformaciones uterinas, fibromas uterinos, oclusión cervical, moco cervical insuficiente, obstrucción vaginal, vaginismo, insensibilidad a los andrógenos, etc.

- **Combinada:** Los dos miembros de la pareja padecen de causas de infertilidad por lo cual se combinan. Muchas veces existe incompatibilidad inmunológica o genética que no permite concebir sin ayuda médica.
- **Inexplicable:** El 15 % de los estudios de fertilidad no presenta anomalías detectables, por lo que se las considera como infertilidad inexplicable.
- **Inducida y prevención:** Causas originadas en personas sometidas a tratamientos agresivos que destruyen tejidos y capacidad reproductiva. Los doctores recomiendan la criopreservación de espermatozoides, mientras que en el caso femenino la criopreservación de embriones o de tejido ovárico, supresión ovárica, trasposición de ovarios o la cirugía ginecológica conservadora.

1.2.3. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA/TRAS)

El proceso de reproducción de los seres humanos es sexual, en el cual se unen los gametos femenino y masculino que originan un embrión. El desarrollo científico ha dado como resultado las Técnicas de Reproducción Asistida se pueden ser utilizadas como un tratamiento alternativo para la infertilidad y esterilidad. Varios autores consideran que sirven para concretar el derecho a la procreación y como las llama Juan Espinoza: “El proyecto vital de existencia”. De esta manera se satisface la necesidad de perpetuar la especie humana y suplir ciertas necesidades psico-afectivas de los individuos. Con la finalidad de reemplazar o curar la incapacidad de procrear y permitir el desempeño en

el rol social de padre y madre. Existen personas que son relativamente fértiles es decir, que sufren de alguna causa de esterilidad; entendiendo a ésta, como la incapacidad de fecundar un gameto durante el coito natural. También sirven para contrarrestar la esterilidad, que es la incapacidad de fecundar por cualquier medio, imposibilitando totalmente la procreación sin opción a tratamiento médico.

Datos históricos, aún sin haber sido comprobados, consideran que el nacimiento de las TRA se dan en el siglo XIV, en Inglaterra. Gracias al médico Arnau de Vilanova³⁸ ya que este fue el primero en ejecutar una inseminación artificial, a Reina Juana de Portugal.

Podemos reconocer como los antecedentes más remotos de las Técnicas de Reproducción Asistida al pensamiento de los griegos, árabes y romanos. Quienes basados en el estudio de la fertilización de los amínales y vegetales determinaron la capacidad de fecundación extracorpórea. Por ejemplo: se inseminaban yeguas con semen de potros reproductores con el propósito de mejorar la raza caballar. Algunos experimentos en animales arrojaban resultados alentadores; acontecimientos que impulsaron la utilización de dichas técnicas en seres humanos. Conjuntamente se desarrolló los métodos para preservar o aumentar el conteo de los espermatozoides y

³⁸ Este alquimista de la Edad Media muy famoso porque habría dejado embarazada a la reina, mediante una precoz técnica de inseminación artificial utilizando una *cánula de oro (per cannam auream)*. Gregorio Marañón. Publicado por Anthos. *Ensayo Biológico Sobre Enrique IV de Castilla y su Tiempo*. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.hislibris.com/ensayo-biologico-sobre-enrique-iv-de-castilla-y-su-tiempo-%E2%80%93-gregorio-maranon/>.

óvulos. Sin embargo el hecho científico más considerable y notable, se dio con Louise Brown, al ser la primera niña concebida mediante inseminación in vitro.

La autora Mónica Martínez define a las Técnicas de Reproducción Asistida o TRA como:

“los métodos colaboración creados por la genética, los cuales permiten tener descendencia a las personas que padecen de esterilidad o infertilidad relativa, aplicando únicamente según la legislación comparada a cónyuges y convivientes”³⁹.

La Dra. Sonia Merlyn la define como:

*“el conjunto de mecanismos biólogo-ginecológico que contemplan o suplantando una de las fases del acto sexual, con el fin de lograr la concepción en mujeres infértiles”.*⁴⁰

Analizando las dos definiciones podemos extraer los siguientes conceptos fundamentales:

- **Técnica:** Los estudios y variedades de conocimientos se los categoriza como técnicas debido a la aplicación en los seres humanos después de la experimentación exitosa.

³⁹Martínez Mónica. I Coloquio de los Estudiantes de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Artículo: Los Derechos Del Niño: Entre la Ley y la Ciencia. Lima. 1993. pg. 320.

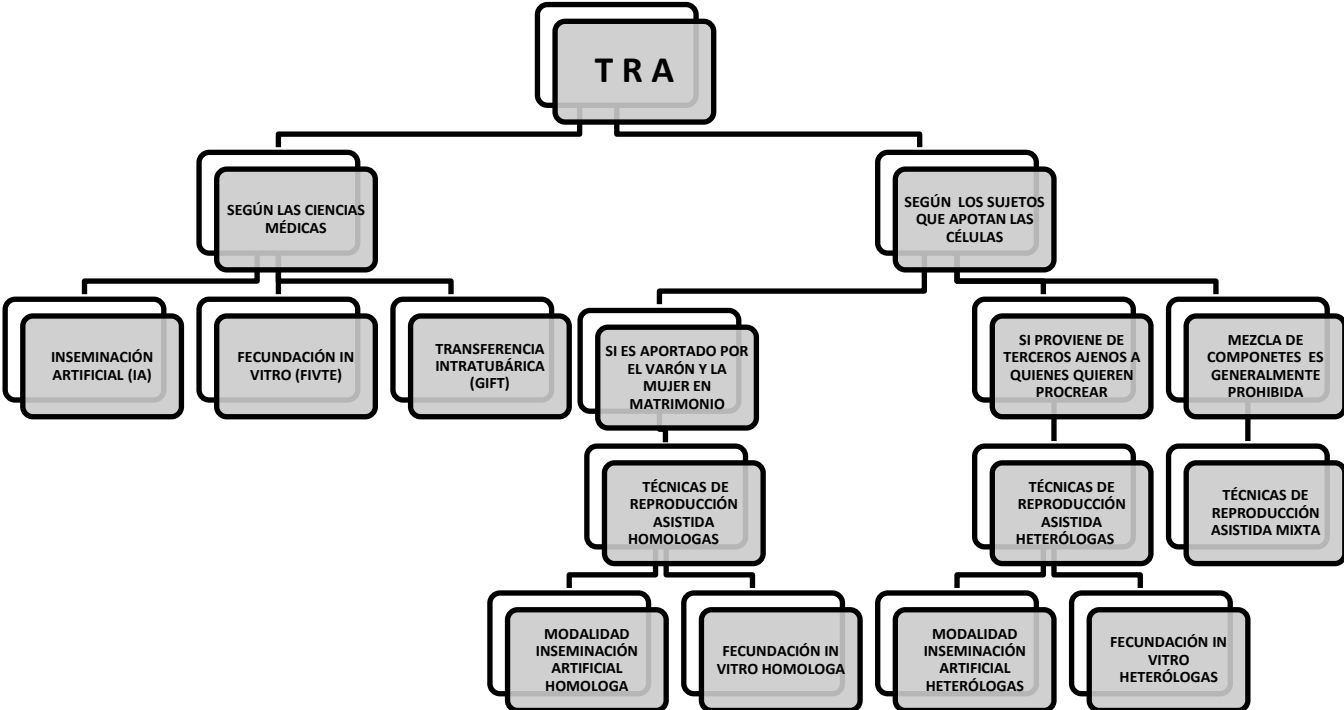
⁴⁰Merlyn Sonia. Op cit. pg. 37.

- **Desarrollada por la genética:** La medicina es la rama encargada del estudio de la transferencia de los caracteres hereditarios y especializados el campo biológico-ginecológico. Dicha rama estudia y desarrolla las TERAS con el propósito de ayudar a prevenir enfermedades de transmisión hereditaria, cuando fuere posible y concebir artificialmente.
- **Suplantar el acto sexual:** La fecundación se la realiza fuera del cuerpo humano incluso bajo el lente de un microscopio. No son procesos agresivos ni invasivos al cuerpo humano, sino que se separa de la relación sexual en la fecundación.
- **Finalidad Terapéutica:** Son supletorias y tiene como propósito ayudar a las personas que padecen de infertilidad o esterilidad, para permitir la satisfacción de sus necesidades afectivas de maternidad y paternidad.

En el caso de la maternidad subrogada gestacional constituye la última alternativa, para aquellas personas estériles o infértiles que lo pueden hacer a través de médicos, agencias o laboratorios de planificación familiar. Ya que también pueden darse más precariamente a través de relaciones coitales fuera del matrimonio pero con el consentimiento de la pareja.

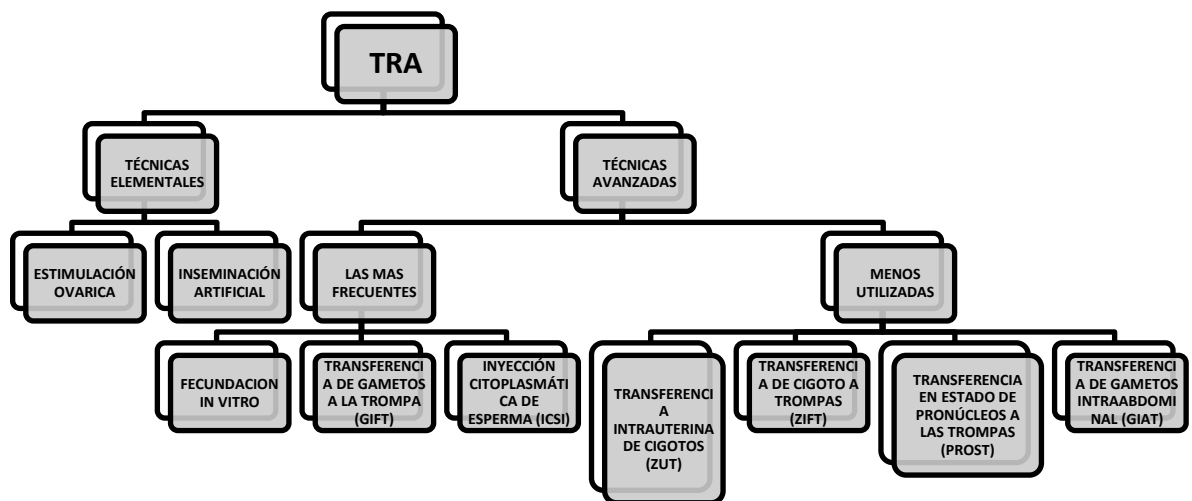
Las TRA se clasifican bajo diferentes criterios

1. Según las ciencias médicas y según los sujetos que las utilizan. Dicha clasificación es manejada por la Dr. Mónica Martínez Quiroz.⁴¹



⁴¹ Elaborado a base del libro de Mónica Martínez. Op cit. Pg. 320-330.

2. Según la complejidad, clasificación utilizada por la Dra. Sonia Merlyn⁴².



Es importante señalar que las TRA no son herramientas ilimitadas, sino que se encuentran sujetas a prohibiciones explícitas como: la manipulación genética, la

⁴² Elaborado a base del libro de la Sonia Merlyn. Op cit. Pg. 20-40.

clonación, entre otras. Que tienen la finalidad de evitar la lesión a otros derechos que coexisten en el proceso de gestación.

A continuación se explican algunas de las técnicas que se pueden utilizar en la maternidad subrogada gestacional.

1.2.3.1. Inseminación artificial

El término inseminación proviene de latín *seminatio*, *-ōnis* que significa siembra, fecundación. El aumento de personas que padecen de infertilidad o esterilidad⁴³, motivó a que la Biotecnología haya desarrollado técnicas para facilitar la fertilización. Consiste en la implantación de semen (proveniente de recolección directa) en el órgano reproductivo femenino, aplicando varios métodos como la estimulación ovárica, suministro de medicinas, lavado de espermatozoides, etc. para elevar la probabilidad de fecundación. Posterior a esta técnica el proceso de fecundación se realiza naturalmente. Siendo menos invasiva para el embrión ya que todo se produce en el útero femenino.

La primera inseminación artificial realizada con éxito, fue en la Escuela de Medicina Jefferson de Filadelfia en el año de 1884, pero posteriormente se perfecciona⁴⁴ con el nacimiento de Louise Brown⁴⁵ en el año de 1978 quien es conocida con la "primera niña

⁴³ Por lo general se utiliza esta técnica en problemas como: deformidad o anomalía cuantitativa en los espermatozoides y problemas de ovulación.

⁴⁴ El perfeccionamiento se lo hace a través del desarrollo de la fecundación in vitro, medio por el cual fue concebida Louise Brown.

⁴⁵ Es reconocida mundialmente como la primera niña probeta, desarrollada bajo la investigación de los doctores Patrick Steptoe y Bob Edwards. Demostrando de esta manera que era posible la fecundación y

nacida en un tubo de ensayo⁴⁶”. En el año de 1984 específicamente el 28 de marzo, en Australia nace el primer niño a partir de un embrión congelado.

Esta técnica ha viabilizado la subrogación materna; se estima que alrededor de cuatro mil niños y niñas han nacido con dicha técnica. Muchos critican este avance, calificándolo como una manipulación genética, así por ejemplo: el filósofo alemán Rudiger Safranski manifiesta en su trabajo “El mal o el drama de la libertad”: “el ser humano del futuro tenga que percibirse como el producto de la planificación deliberada. Sus creadores – que solían ser sus padres y que ahora son donantes de esperma, las dueñas del útero alquilado, los empleados de laboratorio y los bancos genéticos”....⁴⁷ Junto a otros desarrollos como: los senos artificiales y el acortar el periodo de lactancia a nueve meses como máximo, son argumentos de los detractores de la utilización de la Técnicas de Reproducción Asistida.

La inseminación artificial puede ser de dos clases:

- **Homóloga:** Cuando se implantan espermatozoides provenientes del cónyuge o del conviviente.
- **Heteróloga:** Los espermatozoides provienen de una tercera persona⁴⁸.

formación de embriones humanos bajo condiciones controladas. Posteriormente fue implantado en el útero de una mujer que terminó con el nacimiento de Louise.

⁴⁶Weingarten Celia. *Daños. Medio Ambiente. Salud. Familia. Derechos Humanos*. Buenos Aires-Argentina. Rubinzal-Culzoni Ediciones.2007.Pg 188.

⁴⁷ Weingarten Celia. Op cit. Pg. 187.

⁴⁸ Los Centros recolectores de esperma facilitan los espermatozoides que se utilizarán en la inseminación Heteróloga. Dichos centros congelan los espermatozoides para lograr extender su vida. También realizan lavados del esperma para eliminar el plasma, además realizan análisis para descartar enfermedades.

1.2.3.2. Fecundación In Vitro

La fecundación in vitro difiere de la fecundación natural ya que se la realiza de manera extracorpórea, bajo el lente de un microscopio en un laboratorio. El óvulo y espermatozoides se obtienen de quienes consienten en practicar esta técnica, mediante la aspiración o eco extracción folicular y la masturbación o coito cortado respectivamente; para luego ser almacenados en ambientes controlados que alarguen su vida. Se fecunda el óvulo con los espermatozoides bajo condiciones artificiales, posteriormente se implanta en el útero femenino.

Pueden presentarse varias modalidades para la Fecundación In Vitro, el profesor Moro Almaraz plantea las siguientes:

- Hijo producto del ovulo y semen de una pareja y gestado por la madre biológica.
- Óvulo de la mujer de la pareja gestado por ella, pero con la colaboración del un dador.
- Gameto fecundado de la pareja y gestado por una tercera persona (maternidad subrogada gestacional).
- Óvulo donado junto con el semen del varón de la pareja y gestado por la mujer de la pareja.
- Óvulo de donante junto con el semen del varón de la pareja y gestado por una tercera mujer.
- Óvulo de la donante que a su vez es gestante y semen del varón de la pareja.

- Óvulo y semen provenientes de la donación, gestados en una tercera persona.
- Óvulo donado que a su vez es gestante junto al semen del varón de la pareja⁴⁹.
-

Un estudio antropológico realizado por Elizabeth Frances Spindel Roberts titulado *Equatorial In Vitro: Reproductive Medicine and Modernity in Ecuador*, revela de manera pormenorizada la utilización de la fundación in vitro en nuestro país, analizando aspectos religiosos, morales, sociales, tecnológicos, políticos y profesionales de quienes se someten y proporcionan este servicio. La autora inicia su análisis contraponiendo los criterios oficiales católicos con la práctica social de la medicina reproductiva ecuatoriana; basada en una población mayoritariamente católica y la posición del Vaticano, en especial del Papa Benedicto XVI, quien décadas atrás se pronunció acerca de reproducción humana al participar en la elaboración del documento: *Doctrina de los Fieles*. Dicho escrito enfatiza la posición en contra del aborto, natalidad y la manipulación del material genético⁵⁰ de la Iglesia Católica. La autora encuentra una dicotomía en la sociedad ecuatoriana, debido a su alto grado de religiosidad y poco apego a la doctrina católica. La evolución de la reproducción asistida en el Ecuador se reconoció públicamente en el año de 1992⁵¹, por el nacimiento del primer niño bajo esta técnica. Posteriormente se detalla el crecimiento de las clínicas de reproducción asistida

⁴⁹ Moro Almaraz. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial la Fecundación "in vitro"*. Barcelona España, 1988 pg. 58.

⁵⁰Spindel Elizabeth Frances. *Equatorial In Vitro: Reproductive Medicine and Modernity in Ecuador*. EEUU. University of California, Berkeley, 2006. pg. 2.

⁵¹Spindel Elizabeth. Op cit. Pg. 4.

privadas⁵² en el país, que hasta el año del 2006 eran alrededor de 10, con capacidad de realizar procesos de fecundación in vitro y algunas con tecnología para la criopreservación. La mayoría de los médicos han sido capacitados y especializados en el exterior, trabajando con tecnología moderna para ofrecer una alternativa a las parejas que sufren de infertilidad o esterilidad. Aproximadamente las clínicas y centros especializados en el tema, según la autora, han realizado de 25 a 40 ciclos de FIV al año, con una tasa de hasta el 40 por ciento de éxito⁵³. Las personas que acceden a este servicio son de capacidad económica media y alta, debido al costo elevado de dichos procedimientos. Durante el desarrollo del proceso científico de la FIV, la autora hace un análisis antropológico y encuentra un devoto fanatismo a las imágenes religiosas y la anhelada intervención divina para lograr el éxito en los ciclos, es así que: los usuarios, los médicos, analistas de laboratorio y demás personal dejan el resultado en manos de Dios.

En el Ecuador el crecimiento de esta industria en reproducción aun no tiene reglas claras, por el bajo e insipiente debate acerca del tema, como por ejemplo: las autoridades no han fijado el límite de transferencia de embriones⁵⁴ y se ha limitado a prohibir la manipulación⁵⁵ genética. Terminología usada sin interpretación, que enmarca de ilegal a varias prácticas médicas como la criopreservación. Nacionalmente las decisiones estatales, ni la posición extrema de la iglesia no han causado polémica social, incluso

⁵² La autora resalta en su trabajo la casi nula iniciativa estatal para ofrecer de manera pública la medicina reproductiva. Además la falta de debate y posicionamiento estatal acerca del tema propicia la extrema influencia religiosa y política para el desarrollo de leyes regulatorias.

⁵³ Spindel Elizabeth. Op cit. Pg. 67.

⁵⁴ Ibid. Pg. 214.

⁵⁵ Art. 20 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

quienes se someten a la FIV confiesan haber consultado la opinión de una cura o párroco cercano, buscando motivación para someterse al tratamiento.

1.2.3.3. Transferencia de gametos a la trompa (GIFT)

Esta técnica preliminarmente es similar a las anteriores, pero se diferencia de la fecundación in vitro. En que la fecundación se la hace en una de las trompas de Falopio; mediante la introducción de un catéter que contiene el óvulo y espermatozoides. Posteriormente la paciente recibe un tratamiento hormonal para lograr el embarazo.

1.2.3.4. Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (ICSI)

Se la utiliza cuando existe una dificultad para que el espermatozoide pueda penetrar el óvulo, por lo que se inyecta el espermatozoide directamente al ovocito⁵⁶. Se requiere de un microscopio invertido con aditamentos hidráulicos para que se pueda implantar, mediante una aguja de vidrio en la trompa o útero femenino. Se continúa el procedimiento gestacionario con tratamiento hormonal para que se logre implantar el embrión en el endometrio. Los óvulos y espermatozoides utilizados en esta técnica son recolectados de igual forma que en los procesos anteriores.

⁵⁶Weingarten Celia. Op cit. Pg. 189.

1.2.4. Donaciones⁵⁷

1.2.4.1. Semen

El desarrollo de la criopreservación ha facilitado la conservación de células sin afectación micro celular, en el caso de los espermatozoides los protocolos de congelación recomiendan refrigerar a -160 C.⁵⁸ La donación por sí sola no crea obligaciones, aunque si facilita la concepción para parejas o personas que desean concebir y requieren de espermatozoides. Las clínicas de fertilidad y los bancos de esperma ofrecen este servicio, gracias a la donación de esperma. En varias legislaciones se ha recogido la tendencia a excluir la responsabilidad del donante, por lo que resulta complicado exigir la paternidad por donación. La dualidad del concepto paternidad encierra por un lado el aporte genético y por otro el vinculo psicoafectivo. Un donante puede ser padre de centenas⁵⁹ de niños y niñas regados por el mundo, sin que él lo sepa, pero en dicha persona no existe el instinto o laso afectivo que se desprende de la paternidad por todos sus “hijos”. Respecto a la consideración del semen como objetos o sujetos, Moro Almaraz lo reconoce, como cosas por la imposibilidad de considerarlos como personas, pero tampoco se no considera conveniente su comercio⁶⁰.

Hay países que ofrecen una indemnización o compensación como método de reclutamiento. Una vez obtenida la donación los bancos de semen o clínicas de fertilidad requieren un archivo concatenado con las muestras, que contenga:

⁵⁷ La Dra. Sonia Merlyn considera que no está bien utilizado el término de “donación” debido a que dicho término le otorgaría una categoría contractual al acto jurídico. Merlyn Sacoto. Op cit. Pg. 45.

⁵⁸ *Infertilidad*. Op cit. s/p.

⁵⁹ El informe Warnock ha puesto un límite de diez embarazos con la donación del mismo esperma.

⁶⁰ Moro Almaraz. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Barcelona. 1988.

- Análisis de enfermedades preexistentes o heredables.
- Utilización de fichas tipológicas y fenotípicas de los donantes.
- Recopilación de características psicológicas, físicas, personalidad, educación, etc.

El anonimato se discute en la filiación paterna del niño o niña, aunque exista exención jurídica para el donador, doctrinariamente hay variedad de criterios al respecto. La mayoría opina que la pareja receptora no debe conocer totalmente la identidad del donador y se mantenga en secreto, para evitar posteriores interferencias que ocasionen problemas psicológicos. El principal argumento en contra del anonimato se funda en el derecho subjetivo a la identidad y a conocer los orígenes biológicos⁶¹. Dicho derecho solo recae en el sujeto producto de la utilización de los espermatozoides; más no en el donador respecto de sus hijos. Una de las legislaciones que ya han regulado las donaciones es la española, en la cual se recogió el anonimato.

1.2.4.2. Óvulos

Lo expuesto al respecto de la donación de esperma se aplica, pero hay que hacer ciertas particularizaciones. Por lo general la donación de óvulos se encuentra unida a la fecundación in vitro o a la transferencia intributaría de gametos. La donación conlleva mayor dificultad y riesgos, lo que disminuye la concurrencia de donadoras. Aún no es posible congelar los óvulos para su preservación, entorpeciendo la donación. Los

⁶¹ Es útil conocer el origen biológico para prevenir enfermedades hereditarias y evitar incestos accidentales.

procesos hormonales y la baja o deficiente producción de óvulos dificultan aun más la extracción, donación y fecundación, ya que se requiere coordinar a la donadora con todo el proceso asistido de reproducción y la receptora.

En este caso la gratuidad no se ha respetado, debido a lo complicado del proceso, hay mucha demanda y poca oferta, por lo que se pagan cantidades altas por la donación de óvulos. Y se contrata a una mujer para la maternidad subrogada. La actual legislación tiene un vacío, acerca de la donación de óvulos y espermatozoides al momento de establecer o definir a la maternidad. Por lo que será madre, la mujer que diere a luz; ya que opera la prueba del nacimiento como única constancia para establecer la filiación materna, confundiendo la maternidad genética con la gestacional.

En el caso de las mujeres casadas que deseen donar un óvulo, su consentimiento no será suficiente, se requiere indispensablemente el asentimiento de su cónyuge. La donación por sí sola no causaría vínculo alguno, pero para evitar posibles conflictos e impugnaciones de maternidad dicho consentimiento debe ser eficaz. Varios autores coinciden que el consentimiento debe ser solemne, previo a la fecundación y que implique renuncia a posteriores reclamos de filiación.

1.2.4.3. Embriones

La donación⁶² de embriones tiene la facilidad de preservación o congelación a diferencia de la donación de óvulos. Pero este caso tiene varias dificultades:

- Su alto costo impide el acceso a esta técnica.
- No existe vinculación genética con la pareja receptora, por lo que acuden a la donación de embriones las parejas que poseen una infertilidad total, masculina y femenina.
- Lo más frecuente es la donación de los embriones supernuméricos, que son sobrantes de otras fecundaciones, para lo cual se requiere un abandono voluntario de los embriones sobrantes y donarlo para otra pareja.

La filiación en estos casos se fija de la forma ya expuesta. En varios países está prohibida la donación de embriones, debido a que ya fecundados gozan de protección legal, por lo que varios autores prefieren llamarla una adopción prenatal. En el caso de legislación ecuatoriana no se puede utilizar el término de “adopción” de embriones debido a que a la luz del Código de la Niñez y la Adolescencia aun no son contemplados como sujetos del derecho.

1.2.5. Madre y maternidad

Todo ser humano necesitó de un útero para existir y tuvo lasos psicoafectivos con la madre, que son parte fundamental de cualquier ser humano. Por lo que se considera a la madre como lo único que no puede faltar. Con el pasar de los años se ha comprobado la trascendencia en el ámbito afectivo que tiene la palabra madre. Constituye parte de la naturaleza humana conceptualarlo como lo mas amoroso, tierno y cariñoso. Pero con el avance del tiempo estos conceptos están cambiando. Por lo que cabe explicar la visión moderna –occidental de la mujer en el rol de madre.

Madre es quien se hace cargo de sus hijos, quien es responsable de su cuidado y necesidades. Actualmente no se considera madre solo a la que da a luz sino, a la que se vivirá y cuidara de sus hijos por el resto de su vida. La palabra madre proviene del latín *mater-matris* que significa “hembra que ha parido⁶³”. Esta palabra en la antigüedad no era precisamente la que conocemos ahora, sino que se la utilizaba como un calificativo para las mujeres recatadas y que vivían en la casa de su padre, sin importar el estado civil. Posteriormente los romanos concedieron el título de *materfamilias*, a las cónyuges de los *paterfamilias*⁶⁴, donde se mantenía la consideración errónea de desigualdad e inferioridad femenina; dependiendo de la voluntad del hombre en todo momento, sea como hija, esposa o viuda de sus hijos. Legalmente se encontraban subordinadas al hombre.

⁶³ Real Academia de la Lengua. Op cit. s/p.

⁶⁴ En la antigua Roma, jefe o cabeza de familia. Real Academia de la Lengua. Ibid. s/p.

La Ley de Manú decía: *“La mujer, durante la infancia, depende de su padre; durante la juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los parientes próximos; de su marido, pues una mujer no debe gobernarse a sí misma”*⁶⁵

Superioridad mal fundamentada en las diferencias fisiológicas y en las creencias religiosas. Con el tiempo se ha cambiado este concepto por la emotividad y afectividad materna derramada durante el crecimiento de sus hijos e hijas.

La autora Gabriela Castellanos, en su libro “Custodia Compartida Coloquio” respecto a la maternidad considera necesario, citar hechos históricos que fueron pilares para la concepción occidental de la misma. El antecedente más remoto aparece en la Grecia Clásica, donde existía cierto desprecio a las mujeres; que se reflejó en la literatura. El escritor Timeo dice: *“un hombre que haya sido malvado puede recibir como castigo regresar en la próxima vida como mujer”*⁶⁶. Incluyendo otros filósofos importantes como Platón y el mismo Aristóteles en su obra La Política, quien suponía una inferioridad del sexo femenino otorgando una jerarquía superior al ingenio y figura del hombre. Considerando a la mujeres como una imperfección del varón. Creía además, que en el proceso reproductivo la mujer solo constituía un medio de nutrición del embrión otorgado por el hombre, “creador de vida”. Dando a entender que la perfección durante el proceso gestacional da como resultado el nacimiento de un varón y por el contrario si existe un desarrollo inadecuado, nace una niña. Aunque existen escritos aun más extremistas que buscaban la exclusión de la mujer en la historia, en los versos de

⁶⁵ Citado por Alma Arambula. *Maternidad Subrogada*. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>.

⁶⁶ Castellanos Gabriela. Op cit. Pg. 11.

Eurípides, donde le piden a Zeus que elimine a las mujeres por completo y que los hijos sean milagros divinos, en pago a las ofrendas entregadas a los dioses. Proliferando durante esta época innumerables ejemplos de la mal concebida inferioridad de la mujer. Afirmaciones que hoy resultan de lo más absurdas y carentes de contenido científico. La principal idea acerca de la maternidad que corresponde a esta época solo mira a la mujer dentro de su papel de madre.

La religión judaista- cristiana concibe a la mujer como una sirvienta del varón Adán. Otorgando a la mujer una función de ayudante y compañía de Adán, quien estaba creada para adorar a Dios. Además se castiga a la mujer por el pecado original y la impureza; haciéndola sufrir durante el parto. Dentro de la Biblia, en el antiguo testamento existen muchas reflexiones de castigo cuando las mujeres eran infértiles. Mientras que en el cristianismo se pretende desvalorizar la maternidad biológica, en el caso de María madre de Jesús, la concepción y el parto son espiritualizaciones⁶⁷ que rompen con lo natural y la biología. Fundamentando el modelo cristiano de maternidad en la entrega total al hijo⁶⁸. María sufre, se humilla por su hijo resignando a la mujer al sacrificio doloroso y a la adoración a Jesús.

En la Edad Media la doctrina cristiana bajo la influencia de Tomas de Aquino y el mismo evangelio de apóstol San Pablo, consideran a la mujer como una sirvienta obediente del hombre. Dicha labor era el camino para llegar a Dios.

⁶⁷ La Virgen María constituye el primer ejemplo de la separación del acto sexual y la fecundación.

⁶⁸Castellos Gabriela. Op cit. Pg. 15.

En la edad media feudal, las mujeres ocupan cargos importantes en reemplazo de sus maridos, ya que estos debían concurrir a las guerras. Las mismas se desprenden un poco de la función procreadora y crianza de los hijos, especialmente en la clase alta aristocrática; dichas mujeres tenían acceso a la educación y al poder. En la época del Renacimiento y la Ilustración la maternidad pierde importancia dentro de la cultura, debido al encargo, casi total desde el nacimiento, que hacían las mujeres de la clase media y alta de sus hijos a nodrizas y nanas; en dichas época se eleva el nivel de mortandad de menores de tres años por ésta causa. En los siglos XVIII y XIX se trata de incentivar la maternidad y la lactancia; es así como Rousseau, en su obra Emilio incentiva a las madres a tratar mejor a sus hijos. En uno de sus fragmentos menciona al respecto de la crianza de los mismo: *“debería seguir el desarrollo de la naturaleza interna del niño más que de los intereses de los adultos, y los niños deberían ser valorados , tratados con amor y cariño y protegidos de la corrupción de la sociedad”*⁶⁹. Napoleón como seguidor de Rousseau en el Código Civil en el Art. 212 prevé la sumisión de la mujer ante su marido durante el matrimonio. Siguiendo esta línea en el siglo XX, Freud escribe acerca de la formación de la psiquis femenina, junto a la actuación de la madre en la educación de los hijos. En el caso de la crianza de las mujeres, Freud recomienda el abandono de los placeres sexuales, especialmente el clitoriano. La autora Gabriela Castellanos considera que el psicoanálisis de Freud hacia las mujeres, las condena a la sumisión y servicio a otros. A pesar de estas críticas evoluciona el movimiento feminista y comienzan a obtener conquistas culturales de

⁶⁹Hays Sharon. *Las contradicciones culturales de la maternidad*. Traducido por Cristina Piña. Barcelona. Taurus. 1996. pg. 54.

reivindicación; en los Estados Unidos en 1920, obteniendo el derecho al voto y el derecho a la educación. Posteriormente obtienen la ruptura en la distinción entre hombre y mujer logrando los mismos derechos y obligaciones. Llegando a considerar a la maternidad como una opción femenina y no una obligación cultural.

Actualmente se puede definir y distinguir a la maternidad en:

- **Completa.-** Será madre completa la que biológicamente tiene vínculo de filiación y que haya gestado a su hijo.
- **Genética.-** Si la madre ha aportado el óvulo o quien lo haya donado y haya soportado el embarazo hasta el nacimiento.
- **Subrogada gestacional.-** Quien continúa con el proceso de gestación después de la implantación de un embrión ajeno en su útero.
- **Legal.-** Aquella mujer que asumirá todos los deberes y derechos otorgados a través de una decisión judicial.

1.2.5.1. Determinación de la maternidad

El Código Civil Ecuatoriano al regular la filiación la divide en dos clases:

- Parentesco por consanguinidad
- Parentesco por afinidad.

Y a su vez:

- En línea recta
- En línea colateral

Civilmente la maternidad se entiende que solo puede darse en línea recta y por consanguineidad, suponiendo que será madre la que mediante su óvulo aportó el material genético para la creación de un niño o niña y que a su vez lo gestó durante nueve meses. En la maternidad subrogada estas dos condiciones pueden dividirse y hacerlas dos mujeres distintas. Por lo que la norma jurídica sería ambigua, ya que no prevé dicha situación por la antigua concepción civilista. En el caso de la madre “contratante” que aporta el óvulo existe el vínculo consanguíneo que da origen a la filiación, pero por imposibilidad física no resiste un embarazo. Lo cual conlleva un conflicto normativo con el Art. 60 del Código Civil y con el Art. 32 del Código de la Niñez y la Adolescencia que se presume que la madre da a luz un hijo tiene con un vínculo consanguíneo. El avance de la tecnología obliga a la legislación a adaptarse y regular estos conflictos, requiriendo una reforma legal. Existen autores que apelan al principio de igualdad entre hombres y mujeres, que proponen: que la filiación sea para estos casos solo de tipo consanguínea y se derogue la presunción del nacimiento. Ya que en el caso del hombre, solo predomina el parentesco biológico cuya prueba suficiente es el ADN.

La comisión Warnock da cuenta de la postura legislativa acerca del principio “*mater semper certa est, pater numquam*”⁷⁰, en el caso que exista la donación de un óvulo, la comisión considera que se debe mantener la regla “*mater semper certa est, pater nunquam*”, que identifica como la madre a aquella que diere a luz, pero posteriormente dicha madre podía darlo en adopción. La comisión trató de adecuar la legislación a las TRA, dicha regla muestra una preferencia internacional al reconocer el nacimiento como la prueba de la maternidad.

Para los casos de maternidad subrogada gestacional en los cuales no haya aporte del óvulo se deberá recurrir a otras herramientas jurídicas, para obtener el reconocimiento judicial como madre; por ejemplo la adopción o acciones de impugnación.

⁷⁰ La madre siempre es cierta, el padre nunca. Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

2. CAPÍTULO SEGUNDO

2.1.La familia

En la prehistoria el ser humano por su instinto de protección se volvió un ser social. Precariamente se formaron las tribus y ayllus, posteriormente fue la familia, institución sociocultural de vínculos afectivos y sanguíneos. Ahora ésta es el del tipo nuclear, cuya formalización es el matrimonio y también la unión de hecho. Siempre la familia ha tenido por una de sus finalidades la procreación, como método de supervivencia de la especie.

El término familia se aplica en dos formas: la primera para el grupo concentrado, compuesto por los cónyuges y sus descendientes; mientras que también se considera familia al grupo de consanguíneos de un mismo árbol genealógico. Principalmente a la familia se la entiende como núcleo social concentrado, que ha merecido la protección del Derecho por lo que, tanto internacionalmente como nacionalmente se han desarrollado políticas de protección y estabilidad; basados en el resguardo social, económico, jurídico, etc.

Positivamente la familia se encuentra contemplada y protegida en varios instrumentos internacionales como:

- En la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 16 numeral 1 sostiene que:

“Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutan de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante al matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

Dicha protección jurídica contempla dos situaciones importantes; la primera concibe al derecho procreacional del que gozan los hombres y mujeres, y segundo garantiza el derecho a fundar una familia, entendiéndose a la familia como una organización social.

- En el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos contempla el derecho del hombre o mujer a formar una familia. De igual manera que el anterior cuerpo normativo se positiviza el derecho a fundar una familia, por consiguiente el derecho a procrear.

El Ecuador también protege a la familia en el Art. 67⁷¹ en la Constitución, reconociendo a la familia en sus diversos tipos y condiciones necesarias para la consecución de sus fines; protege también la intimidad familiar en el Art. 66 numeral 20. Por lo cual

⁷¹ Art. 67.- “Se reconoce a la familia en sus diversos tipos. El estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan íntegramente la consecución de sus fines.”.....

constitucionalmente se puede justificar el acceso a la reproducción asistida, para conseguir una maternidad y paternidad responsable, además de contemplar los derechos sexuales y reproductivos.

2.2. Destinatarios de las Técnicas de Reproducción Asistida

2.2.1. La familia como Beneficiaria de la Utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida.

La unión de hecho y el matrimonio como unión de voluntades, anhelos, deseos, amor y responsabilidades son objeto de protección y garantía del Estado. Son un paso previo a la formación de una familia reconocida legalmente; junto a los hijos forman una célula de organización social. Pero cuando existe infertilidad o esterilidad se trunca un sueño y un anhelo del matrimonio o la unión de hecho; impide el desempeño de los roles de padre y madre. Situación causante de tensión y en peores casos de separación y disolución. La utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida es una respuesta científica a ésta dificultad personal y familiar. Otorga una solución justa a padecimientos traumáticos. Además el verdadero destinatario de las TRA según los médicos son los niños nacidos, quienes sin la intervención de la tecnología no habrían existido nunca.

Pio XII en 1951 hizo una crítica a la Unión Católica de Ginecólogos Italianos, quienes apoyaban la práctica de las TRA. Pio XII rechazó estas técnicas ya que deshumanizan el seno familiar, rompiendo la intimidad. A lo cual se le respondió que para ciertas mujeres sufrir de esterilidad constituía un castigo que la ciencia podía evitar. Dicho procedimiento esta colmado de amor por parte de la pareja en busca de un hijo o hija.

Quienes se someten a este procedimiento lo hacen libres y consientes de las consecuencias, por lo que el Derecho no puede negar absolutamente el acceso a las TRA.

En los debates al respecto de la utilización de las TRA, ha sido una pregunta frecuente ¿A quiénes se debe permitir el acceso a las técnicas de reproducción asistida? La respuesta a esta pregunta debería contener implícitamente una protección a los sujetos intervinientes y establecer límites de acceso⁷². Los principales derechos intervinientes son: los derechos reproductivos y los derechos de los niños nacidos bajo estas técnicas. En el primer grupo hay ciertos tratadistas que lo consideran como una extensión del derecho a la salud; ya que las TRA serían la cura o remedio a la infertilidad o esterilidad. Mientras que otro grupo de tratadistas considera que serían una extensión de los derechos de la personalidad, ya que las TRA como medio alternativo de reproducción, permiten el libre desarrollo de la personalidad. Al respecto de los derechos de los niños nacidos a través de esta técnica, por lo general se consideran como ponderables, porque sus titulares serían los menos protegidos. El alcance de estos derechos no siempre es igual, ya que hay ciertas limitaciones que dificultan saber exactamente su amplitud o restricción, como por ejemplo: la protección desde la concepción, teoría de la viabilidad, etc.. Dentro de estos derechos están: la vida, integridad, identidad, intimidad.

Las parejas casadas o en unión de hecho, son los primeros destinatarios de las TRA, si volvemos a considerar la esterilidad o la infertilidad como enfermedades que atentan al

⁷²Lema Carlos. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico jurídico*. pg. 108.

propósito de reproducción en el matrimonio. De forma concordante opinan el Dr. Farith Simon Campaña y el Dr. Iván Valencia, al considerar como los mejores candidatos, a los matrimonios y las uniones de hecho estables y monogámicas para el acceso a la Maternidad Subrogada Gestacional⁷³. Pero también se debe considerar que la esterilidad afecta tanto a parejas como a personas solas. Se considera que el matrimonio es el único vínculo que condiciona a mantener juntas a las personas, por lo que aparentemente serían los destinatarios ideales para la utilización de las TRA, en especial de la maternidad subrogada gestacional.

2.2.2. Las Mujeres Solas, Hombres Solos Y Parejas Homosexuales Como Destinatarios De La Maternidad Subrogada.

Por lo general se rechaza a las mujeres solas y parejas homosexuales, pero también existe argumentación a favor de la utilización de las TRA en base del ejercicio de los derechos:

- El derecho a la libertad y a recibir del Estado protección y respeto.
- La asimilación con la adopción en la cual, por lo menos las mujeres solas si puede adoptar.
- Se considera especialmente la maternidad.
- El ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.
- El derecho a la igualdad ante la ley.

⁷³ Entrevista al Dr. Farith Simon Campaña. Anexo 1. Entrevista al Dr. Iván Valencia. Anexo 2.

Uno de los primeros instrumentos internacionales que ha contemplado dicho acceso, ha sido la Convención Europea de Derechos Humanos, en cuyo informe del Consejo de Europa del año 1981 de la IA⁷⁴. Instrumento que menciona que las mujeres solteras tienen derecho a la maternidad, cuya motivación suficiente se basa en la protección de su cuerpo de relaciones sexuales ocasionales.

Los bancos de gametos y la criopreservación con las nuevas formas de fecundación permiten que se pueda procrear con la concurrencia de una sola persona, en ejercicio mancomunado⁷⁵ del derecho a tener descendencia.

Las mujeres al igual que los hombres gozan del derecho a la procreación por lo que, en su ejercicio pueden decidir sin la intromisión del Estado, optando por la maternidad subrogada gestacional como un medio para tener descendencia. El autor Robertson afirma que:

“cualquier imposición restrictiva en razón de la personalidad o preferencia sexual sería discriminatoria tanto para el hombre solo como para la mujer sola y también las parejas homosexuales y lesbianas”⁷⁶.

⁷⁴ Citado por Alma Arámbula. Op cit. s/n.

⁷⁵ Existe un debate acerca del ejercicio individual o mancomunado, al optar por la individualidad se niega la colaboración de terceros en el proceso de fecundación, mientras que en el ejercicio mancomunado o colectivo permite que individuos o parejas con cualquier tendencia sexual o personal puedan acceder a las técnicas asistidas para tener descendencia y aclaran que en estos casos la titularidad es individual pero de ejercicio colectivo. Hay varios tratadistas que la llaman un derecho a procrear “CON”.

⁷⁶ Comisión Internacional de Juristas. *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.icj.org/dwn/database/PG4-SOGI-Spanish-ElecDist.pdf>

Los contraargumentos esgrimidos en éste debate se motivan en el principio moral “todo lo técnicamente posible no siempre debe ser realizado”. Ya que no se puede romper los mínimos compartidos por el cuerpo social, ni sobrepasar dichos principios. Además consideran que no es posible invocar un derecho al hijo, para justificar el “sentimentalismo femenino”. Mantienen la libertad de decisión de la mujer siempre y cuando no afecte el interés o el bienestar del hijo. Los niños nacidos a través de las TRA cuya maternidad o paternidad sea en solitario, nacerán en relaciones familiares diferentes y especiales.

Las mujeres solas que requieran de una ovodonación para ser madres según Moro Almaraz, tienen la opción de la adopción, en la cual ayudan a un ser desprotegido además no incurren en el gasto de la FIV. Situaciones semejantes en las cuales no habrá losos genéticos pero que cumplen el deseo de ser madre. Además la utilización de las TRA crea en este caso estados familiares semi-anómalos, por la falta de figura paterna, confusión en la identidad y represión social.

3. CAPÍTULO TERCERO

3.1. Maternidad Subrogada

3.1.1. Concepto

La esterilidad femenina es una patología que imposibilita la viabilidad fetal. Una vez practicados los tratamientos convencionales y en casos extremos se llega al “préstamo de útero”. Se conoce a la maternidad subrogada como la traducción de la expresión surrogate motherhood (gestational motherhood) y cuyos sinónimos más utilizados son: maternidad sustituta, gestación por encargo, arrendamiento de útero, alquiler de útero⁷⁷, madre de alquiler, madre suplente, portadora, etc.

La autora Adriana Wagmaister la define como:

*“en aquellos supuestos en que el embrión de la pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a término el embarazo y da a luz al hijo en beneficio de la pareja.”*⁷⁸

Según Mario Castillo, de nacionalidad peruana, en su obra: “Por qué no se debe reformar el Código Civil”, define a la maternidad subrogada como:

“la sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer de quien procede el ovulo o mujer gestante.”⁷⁹

⁷⁷ Moro Almaraz considera que esta expresión es denigrante ya que confunde términos patrimoniales con el verdadero significado de la maternidad subrogada. Citado en Alma Arambula. Op cit. s/p.

⁷⁸Weingarten Celia. Op cit. Pg. 190

⁷⁹ Castillo Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Lima. Palestra. 2007. Pg. 217

En estricto rigor la mujer que gesta a un hijo al cual aportó material genético no es una madre subrogada gestacional, ya que existiría un vínculo consanguíneo. Siendo dos casos completamente distintos y en la primera alternativa es apenas una incubación subrogada, mientras que el segundo existe una donación y gestación de óvulo, que origina un vínculo de filiación con el que está por nacer.

En el Informe Warnock elaborado en el Reino Unido se la define de la siguiente manera:

“Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”⁸⁰.

La mujer gestante debe ser fértil y capaz de gestar, aceptar la utilización de técnicas reproductivas para que se le implante el embrión de la pareja o de una donación. (El procedimiento asistido de reproducción debe estar a cargo de un profesional acreditado, en lo posible en un centro controlado u regulado, para evitar daños a la mujer o posibles estafas). Cumpliendo este ciclo, en el parto renunciaría a la tenencia del menor y la pareja se hace cargo del niño o niña, de acuerdo a cada modalidad.

Los autores consideran que la definición legal debería determinar el estado civil de los contratantes, con la finalidad de brindar mayor seguridad jurídica para las partes y limitar las consecuencias producidas por conflictos de filiación en los contratos de subrogación.

⁸⁰ *El informe Warnock. Op cit. s/p.*

La autora Adriana Wagmaister en su definición habla de la implantación de un “embrión” lo que requiere de una participación heterogénea. Conjugando con lo que dicen otros tratadistas acerca del estado civil de los contratantes, se podría considerar como sujetos del contrato a los matrimonios estables o a las uniones de hecho legalmente reconocidas. Ya que según esta autora excluye de la subrogación a las mujeres que aportan su óvulo para el embrión. Porque dichas mujeres serán madres biológicas, con vínculos consanguíneos y jurídicamente responsables por su hijo o hija.

La jurisprudencia argentina plantea lo siguiente:

“El contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquel cuyo semen fue inseminado.”⁸¹

Esta definición supone como maternidad subrogada a la maternidad genética subrogada, aceptando que la madre una vez ocurrido el nacimiento puede renunciar a la custodia para que quienes la contrataron puedan adoptarlo. Algo muy rescatable de la definición es la utilización de un “contrato” como una fuente de derechos y obligaciones que incluso serviría como un "contrato" pre adopción privada.

⁸¹ Jurisprudencia Argentina citada en Delgado Calva. *La Maternidad Subrogada un derecho a la Reproducción Humana a la Luz de la Legislación Mexica.*

La Iglesia Católica en el documento titulado Instrucción Sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación-Respuesta a algunas cuestiones de actualidad, califica la moralidad de la maternidad sustituta y la considera como contraria a las creencias católicas; pero en el pie de página define a la maternidad sustituta de la siguiente manera:

“Bajo el nombre de "madre sustitutiva" esta Instrucción entiende: a) la mujer que lleva la gestación de un embrión, implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de "donadores", con el compromiso de entregar el niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación; b) la mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante la inseminación con el espermatozoides de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.”⁸²

Por deducción de la lectura, se entiende que la Iglesia Católica confunde la maternidad subrogada gestacional y la maternidad subrogada genética, pero a la final las dos serían moralmente ilícitas para la Iglesia Católica.

Cabe hacer una diferenciación con la maternidad parcial, en la cual la mujer casada gesta un hijo de su marido, al cual ella no pudo aportar material genético sino que utilizó un óvulo cedido. Mientras que en la maternidad subrogada se entiende que la madre que

⁸² Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad.

encarga la gestación de su hijo es por imposibilidad natural o física (por lo general es uterina).

La utilización de otras mujeres para tener descendencia, fue una práctica realizada desde hace muchos años, por ejemplo: durante el esclavismo las señoras o amas utilizaban a sus criadas para proporcionarles hijos, cuando ellas eran estériles. Posteriormente y de forma precaria se ha comercializado la maternidad subrogada, aprovechando las necesidades económicas de mujeres solas. Hoy positivamente se fundamenta en el derecho a la libre decisión cuyo antepasado es una costumbre de opresión y explotación femenina. Hay autores extremistas como Rubeullin Devichi que compara inexactamente al contrato de subrogación gestacional, con los contratos de prostitución. Fundamentado en el alquiler de una parte de cuerpo, a diferencia que la subrogación se dispone de todo el organismo y durante largo plazo⁸³. Lo interesante de esta comparación es la conclusión que llega Rubeullin Devichi y Arambula Reyes, quienes consideran inútil que el Derecho prohíba este tipo de contratos, sino por el contrario debería regular su ejecución.

Realizando una abstracción de los conceptos y definiciones se puede entender a la maternidad subrogada gestacional como: un acto jurídico mediante el cual una mujer, de preferencia soltera⁸⁴, que acepta gestar⁸⁵, después de la aplicación médica y responsable

⁸³ Citado por Alma Arambula. Op cit. s/p.

⁸⁴ Preferiblemente debe ser soltera por las implicaciones que se desprenden del estado civil de casada.

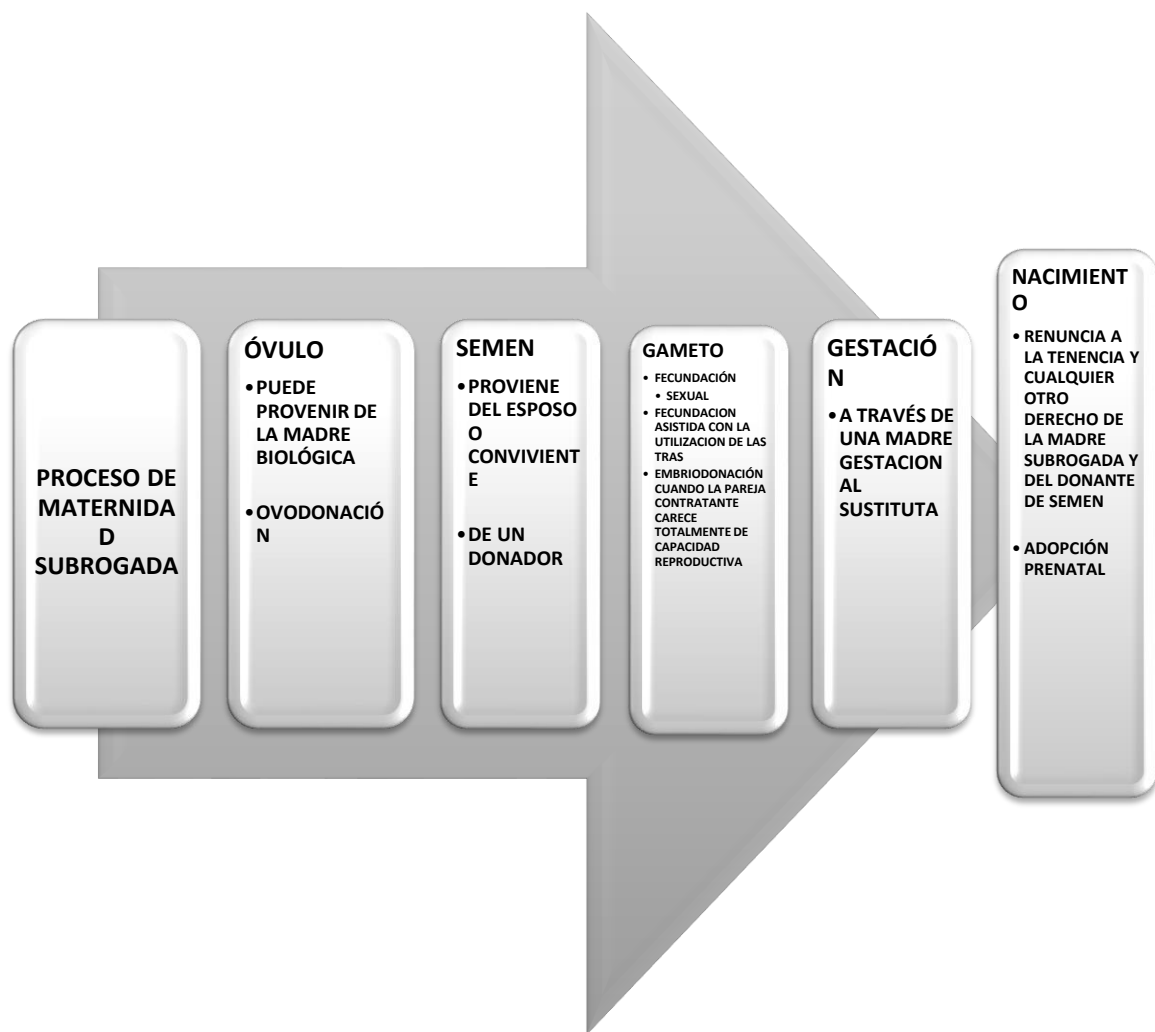
⁸⁵ Significa: Llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento de parto. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Op cit. s/p.

de ciertas técnicas asistidas de reproducción⁸⁶, un embrión ajeno⁸⁷. Que por lo general será a cambio de dinero y a nombre o encargo de un matrimonio o unión de hecho reconocida legalmente. Al momento del nacimiento se realizará la entrega de la criatura. Dicha futura madre subrogante no aportará con material genético alguno, para la fecundación y no existiría filiación biológica. Los intervinientes deben ser capaces de obligarse por sí solos.

A continuación, determino mediante un mapa conceptual el proceso y los intervinientes en la maternidad subrogada:

⁸⁶ Específicamente la inseminación artificial y la fecundación in vitro para evitar la manipulación genética y otras prohibiciones en la materia.

⁸⁷ La pareja proporciona un embrión que se implantara en el vientre de una mujer. Mediante una fecundación homóloga in vitro con una transferencia al útero.



Los conflictos ocasionados por la participación de varias mujeres en la creación de una nueva vida, ha causado fallos contradictorios y diferentes, parte de ellos concuerdan en permitir la intervención de más de una madre durante el crecimiento del niño.

En el caso específico de la maternidad subrogada gestacional, existen varios problemas de relevancia jurídica que doctrinalmente han recibido diversas respuestas. Para otras modalidades de la maternidad a través de la utilización de las TRA, existe más y

complicados problemas jurídicos, de difícil solución. Los doctrinarios como: Bullard, Vidal, Varsi, etc.; quienes han expuestos posturas, que sustentan la prohibición legal o fomentan el principio de autorresponsabilidad procreacional.

Situación que el Ecuador no ha podido normar al respecto, por lo que a continuación se explicaran algunos de las opiniones doctrinarias del tema y la maternidad subrogada en general.

Para varios autores los cambios sociales han deducido, que el nacimiento no puede ser prueba suficiente para la determinación de la filiación, sino que se debería construir jurídicamente nuevas herramientas para evitar conflictos causados por lo arcaico de la ley. La legislación no puede seguir manteniendo el criterio natural que motiva la ley civil, sino que se debe actualizar de acuerdo a las nuevas tendencias voluntaristas, según varios autores. Si coexisten varias madres intervinientes, se debe ponderar la voluntad procreacional. Cuya fundamentación se basaría en la libertad y la responsabilidad por la procreación de quienes intervienen en el contrato. La Lcda. Alma Arámbula sostiene que será madre, quien con su acción empezó el proceso biológico para originar un ser humano. La autora cita a Gorassin quien, parafraseándolo anuncia la dualidad del principio de responsabilidad y voluntad procreacional, entendiendo que dicho acto debe ser en conjunción hombre-mujer, en cuyo caso será suficiente para determinar la maternidad y paternidad⁸⁸. En definitiva se intenta separar la voluntad del proceso

⁸⁸ Criterios que son muy discutibles ya que intervienen hasta tres mujeres distintas en este proceso y que resulta contrario al principio, *mater semper certa est, pater nunquam*. Ocasionando inestabilidad al niño.

biológico para facilitar el reconocimiento legal del nacido, basado en el principio de autorresponsabilidad de los contratantes.

Según investigaciones citadas por Adriana Wagmaister sostiene que los niños nacidos a través de esta técnica, son los más deseados y anhelados. Debido a varios factores como: la edad de los padres que acceden a esta técnica, quienes poseen estabilidad económica; la satisfacción y deseo de ser padre o madre sin importar el vínculo consanguíneo. Situaciones que tácitamente estarían de acuerdo a los intereses del menor, debido a que facilitarían su desarrollo normal. Frecuentemente, los padres contratantes que acceden a las TRA tienen mayores recursos para el mantenimiento del niño, lo cual asegura una situación económica estable al menor. Hay varios tratadistas que consideran que el hijo puede exigir jurídicamente sus derechos a su madre biológica, cuando haya existido una ovodonación o donación de esperma, incluso hay tratadistas como Lanzillo, que considera necesario fijar el derecho a las visitas. Algunos más extremistas sostienen que el niño o niña, puede exigir el derecho a visitas que le correspondiente a la madre gestante; debido a la relación psicofísica durante el proceso de gestación. Además que facilita la identificación de la madre y brinda certeza jurídica.

A esta teoría respecto de la filiación se oponen varios argumentos: se excluye el aporte genético, no siempre estará la madre subrogada en posición de mantener un nuevo hijo y si es casada pueden existir conflictos conyugales de adulterio consentido.

Conviene señalar que el veinte por ciento⁸⁹ de los matrimonios genéticos que deciden utilizar la subrogación para la procreación vuelven a encargar a la misma mujer otro hijo.

3.1.2. Relevancia De La Maternidad Subrogada:

La maternidad subrogada adquiere mucha relevancia en casos de personas o parejas deseosas de tener una familia, pero que padecen de infertilidad o esterilidad. Por lo que la maternidad subrogada se vuelve una alternativa a este tipo de problemas.

Cito así algunas de las causas y ejemplos:

- El aumento de población de mujeres solas y cónyuges que son incapaces de soportar los procesos gestacionarios por deficiencias biológicas⁹⁰, dichas mujeres se encontrarían condenadas a morir sin descendencia. A través de las TRAS y en especial la maternidad subrogada, pueden tener varias alternativas como la adopción; la maternidad subrogada si aportase o no material genético. Actualmente los ordenamientos jurídicos de los Estados Unidos y España permiten que mujeres solas opten por ella.

Se debería permitir también que los hombres solos puedan tener la misma opción, debido a la igualdad contemplada como derecho humano y el trato igualitario ante la ley. (No se puede equipar la adopción a la maternidad

⁸⁹ *History of Surrogacy*. Op cit. s/p.

⁹⁰ La esterilidad no permite que una mujer geste pero produce óvulos viables y fértiles. La infertilidad no permite soportar un embarazo pero si produce óvulos viables y fértiles. Cuando se requiere de una ovodonación.

subrogada debido a que ésta permite que existan vínculos consanguíneos biológicos entre el padre y el niño(a)⁹¹.

- Para las parejas estables que desean tener descendencia pero que se encuentran privados de esta satisfacción afectiva, resulta “casi celestial” la maternidad subrogada. Ellos aportan el material genético necesario y contratan a una mujer dispuesta e informada, que consienta en arrendar su útero para llevar a cabo el proceso gestacionario, de un niño(a) que no tenga un vínculo con ella. La satisfacción emocional que tendrán los padres será incalculable, por lo que la aplicación de la Maternidad Subrogada Gestacional constituye un verdadero milagro científico.
- No se puede descartar que existan mujeres que se nieguen a llevar en su vientre a su descendencia, por circunstancias que no sean impedimentos biológicos sino meramente físicos o estéticos.
- Se podría utilizar material genético de una persona muerta, que en su “testamento” consintió en contratar la maternidad subrogada o proseguir con el procedimiento. Los tratadistas consideran que se debe prohibir esta motivación, debido a que el hijo o hija antes de nacer ya sería huérfano y se atentaría al “*principio de lo más beneficioso al niño*”, por la inestabilidad emocional que podría provocar, además de afectar a las sucesiones.

⁹¹ En la entrevista al catedrático de la Universidad San Francisco de Quito el Dr. Farith Simon Campaña en su opinión, está plenamente justificado el acceso a la Maternidad Subrogada por el impedimento biológico de no tener hijos. Además podría ser una figura jurídica que permita tener un hijo con una madre de embarazo. Anexos. Entrevista Dr. Farith Simon Campaña

Es necesaria la regulación jurídica de este tipo de problemas, ya que en ciertos casos la pareja contratante carece de motivos alegables para impugnar la maternidad y paternidad, anulando lo acordado en el contrato. Dejándolo a voluntad de la madre subrogada la entrega de su hijo o hija para proceder al trámite de adopción.

3.1.3. Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico considera al Derecho como una herramienta práctica para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses imponiendo normas, basadas en un examen económico de la conducta humana, para legislar en función de elementos científicamente demostrables. La conexión entre la Economía y el Derecho explica cómo las normas jurídicas incentivan la voluntad humana, por lo que la economía puede determinar qué tipo de incentivos o costos deben ser incluidos en una legislación informada y organizada. Esta teoría procura desechar la emocionalidad legal del proceso de creación de leyes y reemplazarlo por información científica, racional y demostrable⁹².

Uno de los exponentes más reconocidos de esta dogmática jurídica, el Dr. Alfredo Bullard González⁹³, se ha pronunciado en su artículo “¿Qué puede ser objeto de un contrato?”, acerca de los recursos desperdiciados en los contratos de alquiler del vientre.

⁹² Entrevista al Dr. Alfredo Bullard González. Disponible en la Dirección electrónica: <http://youtube.com/watch?v=qTAN8KD5rjI>

⁹³ Dr. Alfredo Bullard González tiene una Maestría en Derecho de la Universidad de Yale, USA. Profesor de Derecho de la Competencia, Derecho Civil, Análisis Económico del Derecho y Arbitraje tanto en la Pontificia Universidad Católica del Perú como en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de la Maestría en Derecho de la Empresa y de la Maestría en Regulación en el curso de Análisis Económico del Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor Visitante de Derecho

La primera afirmación que hace el autor al respecto de éste problema, es encasillarlo pedagógicamente dentro del Derecho Contractual. Considerando al término “contractual” como un sinónimo de libertad de mercado, en el cual el vínculo jurídico está determinado por la conmutatividad de la satisfacción de los contratantes. Las partes involucradas están dispuestas a perder su tiempo prestando un servicio, mientras que la contraparte está dispuesta a desprenderse de algo a cambio de ese servicio. Socialmente el contrato es un instrumento de repartición de riqueza y un canal para el bienestar social a costo de la satisfacción individual.

- A través del Análisis Económico del Derecho se puede analizar el desperdicio de los recursos escasos, sean tangibles e intangibles, en este caso la capacidad reproductiva humana, como recurso inmaterial. El desperdicio en unos casos y la escasez en otros, hace que la capacidad procreacional pueda ser considerada como un elemento susceptible del análisis económico, independiente de la moralidad o ética revestidas en el tema. Dicha capacidad reproductiva sería social, al sumar las capacidades reproductivas individuales con el avance de la tecnología y la ciencia. Biológicamente se ha privado de la capacidad reproductiva a ciertos individuos de la sociedad, lo cual no prohíbe que dichos individuos se acojan o utilicen la capacidad reproductiva social. El Derecho tiene

de la Competencia de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, Argentina. Profesor Visitante de la Escuela Superior de Economía y Negocios de El Salvador. Ex Presidente y Miembro del Consejo Directivo de la de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía – ALACDE

la potestad de disminuir o aumentar la potencialidad procreacional a través de la aceptación o prohibición legal de métodos y técnicas asistidas.

- Alfredo Bullard analiza como beneficios y costos los siguientes:
 - La capacidad reproductiva individual obtiene como beneficio la satisfacción emocional de ser padre o madre; dicha satisfacción en algunos casos depende de las normas legales que regulen el acceso a las TRA. El beneficio también conlleva costos que serán el incremento de la tasa de natalidad, costos familiares, crítica subjetiva, moral y religiosa. El Derecho deberá valorar el costo y beneficio antes de legislar permisivamente o prohibitivamente.
- Examinando específicamente el contrato de subrogación del vientre el autor mencionado ha esgrimido los siguientes beneficios:
 - El contrato constituye una herramienta para canalizar y organizar las relaciones individuales de intercambio; en la maternidad subrogada gestacional sirve como un mecanismo de apoyo intersubjetivo para ejercer la capacidad reproductiva. El autor sostiene que las personas que pueden tener hijos “a bajo costo”, es decir gozan de capacidad reproductiva, pueden ayudar a quienes podrían tener hijo a un “alto costo”, es decir no tiene eficiente capacidad reproductiva, pero crean una demanda de hijos en vientres alquilados. En el mercado habrá oferentes y compradores que acepten el intercambio, no necesariamente será el dinero lo que se intercambie sino también la intención altruista. No

siempre hay abundancia de actos altruistas, por lo que se produce una escasez que genera un mercado negro de alquiler del vientre costoso y antijurídico.

- El autor considera necesario un “libre intercambio” para que a través del mercado se autoregule la oferta y demanda de maternidad subrogada y satisfacer la necesidad de tener hijos de parejas que biológicamente no pueden.
- De los beneficios se dependen los costos, que a consideración del autor se dividen en tres categorías: las partes, los menores y la sociedad, a continuación se expondrán cada una de ellas:
 - Las Partes: En la Maternidad Subrogada Gestacional las partes son la madre portadora o sustituta y la pareja que desea tener un hijo. Los costos para la madre sustituta serían: el sufrimiento, nostalgia, depresión, resistencia⁹⁴, al momento de entregar a la criatura; comercialización abusiva de la madre portadora por la pareja o instituciones mal fundadas de explotación a mujeres de bajos recursos⁹⁵. En esta especie de contratos hay una particularidad para la madre sustituta, se le permite retractarse al nacimiento semejante a un vicio de la voluntad; causa fundamental de los conflictos de no cumplimiento y frustraciones afectivas de las parejas contratantes. La remuneración recibida en los

⁹⁴ Alfredo Bullard en su artículo considera que las madres portadoras deberían gozar de un derecho al arrepentimiento y revocar su consentimiento inicial, para lo cual podrían contar con algunos días de tenencia después del alumbramiento.

⁹⁵ Por lo general las madres sustitutas son de clase media ya que éstas brindan mejores garantías y son más saludables para gestar, pero también quienes contratan tienen una mejor situación económica.

contratos de maternidad subrogada supone un beneficio económico para la madre; además de cubrir los gastos de la gestación y toda intervención médica que se necesitare. La relación privada nacida del contrato oneroso se entiende que será conmutativa para ambas partes. La regulación legislativa en la maternidad subrogada debe orientar y evitar el exceso. Para los contratantes el costo más grande es la irregularización de este tipo de contratos y la dificultad de reivindicar su paternidad o maternidad en caso de no entregar al niño al momento del nacimiento, además de la frustración y desilusión por lo dificultoso del procedimiento, costoso y pocas probabilidades de efectividad; todo esto opacado por la esperanza de ser padres o madres.

- Los menores: A ellos se limita su participación a ser concebidos, biológicamente el proceso de gestación es similar a cualquier otro. Al momento del nacimiento sufren su primera pérdida, separarse de su madre psicoafectiva. Varias legislaciones en caso de conflicto permiten que un juez analice si la madre subrogada, o los contratantes ofrecen las mejores condiciones para el desarrollo adecuado del niño o niña; siempre en lo más favorable al menor. Otro de los problemas es el daño psicológico sobre todo durante los conflictos de custodia; resumidamente Alfredo Bullard dice “el menor sufre en carne y hueso beneficios y costos que él no ha generado⁹⁶”. Además el autor analiza la externalización de dichos costos y beneficios al menor; los contratantes de la maternidad

⁹⁶ Bullard Alfredo. Op cit. Pg. 306.

subrogada gestacional endosan al pequeño todas las consecuencias que dependiendo del caso serán buenas o malas. Este efecto también se lo encontró en la adopción pero legislativamente no se ha prohibido, presumiendo la buena fe de los futuros padres.

El Estado a través de un estudio minucioso determina quienes o no son aptos para ser padres adoptivos, posiblemente en los casos de la subrogación también se pudiese otorgar esta potestad a un órgano estatal. Dicho control estatal hasta el momento ha sido “*ex post*”, es decir después de producirse los efectos y llegar a conflictos, probablemente la intervención será tardía; pero el autor Bullard, se niega a un control ex ante, porque es desapropiado solicitarle al Estado autorización para ejercer el derecho personalísimo de procrearse, acotando la idea sería discriminatoria porque las personas que acceden a las TRAS sufren de un trato desigual al resto, que mantiene o ejerce su derecho sin consulta u autorización alguna.

- La sociedad: La influencia religiosa, moral, ética ha formulado el concepto de las buenas costumbres. Socialmente la maternidad subrogada es mal vista, por lo que este desprecio genera un costo social, muchas veces desmesurado. Los legisladores, como delegados del pueblo a dicho desprecio social lo consideran un antivisor y por lo cual será necesario negar la posibilidad de instrumentalizar, éstas prácticas consuetudinarias que están al margen de la ley, prohibiendo totalmente su uso. La cuantificación a este desprecio social de la maternidad subrogada, sería

mayor a la satisfacción de las parejas infértiles condenadas a no tener descendencia; esto resultaría discriminante y contrario a los preceptos constitucionales de libertad e igualdad. Alfredo Bullard llama a un equilibrio de tolerancia, las externalidades sociales deben ser recíprocas entre los contratantes y la sociedad.

3.2. Antecedentes de la maternidad subrogada gestacional

3.2.1. Contexto Nacional En El Derecho Civil

Hasta el momento la maternidad subrogada, sin legislación aplicable, en el Ecuador y muchas partes del mundo se la celebra a través de un documento privado⁹⁷, en el cual las partes pactan obligaciones y derechos sobre la gestación de un ser humano. Dicho documento podría ser un contrato que en su mayoría de casos reviste un carácter patrimonial, mediante el cual se pretende privatizar hechos humanos en los cuales interfieren el Estado y el Derecho por el interés público que los tutela. Varios autores como Jaime Vidal califican a dicho contrato como nulo, viciado y antiético, basándose en la contradicción entre la moral y el orden establecido⁹⁸. A criterio del Dr. Farith Simon Campaña el tema cabe dentro del concepto amplio del negocio jurídico, motivándolo de manera similar a la donación de órganos entre vivos y la capacidad individual de negociar.⁹⁹

⁹⁷ Según el Dr. Farith Simon Campaña, actualmente dicho documento serviría como medio probatorio en el proceso de impugnación de maternidad. Op cit. Anexo 1.

⁹⁸ Vidal Jaime. *Las nuevas formas de Reproducción Humana Estudio desde la Perspectiva del derecho civil español*. Madrid. Civitas. 1988. pg. 180.

⁹⁹ Entrevista Dr. Farith Simon Campaña. Anexo 1.

Según el Código Civil Ecuatoriano en su art. 1454 define al contrato como: “contrato o convención es un acto por el cual una de las partes se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. Definición que concuerda con lo pactado en la maternidad subrogada gestacional. Contrato atípico que actualmente no consta en el Código Civil. Para encasillar al contrato de maternidad subrogada gestacional dentro de uno de los contratos típicos descritos en el dicho código, podemos decir que coincide forzosamente con la descripción que hace el código, al hablar del contrato de arrendamiento, en especial al de prestación de servicios. Al cual llegamos por el método de exclusión; debido a que la legislación ecuatoriana en el código civil divide al arrendamiento en cuatro clases:

- Arrendamiento de cosas: El Código Civil en su Art. 1857 señala las cosas susceptibles de arrendarse: “Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorpóreas que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso”. Podría decirse que el útero es una “cosa” no consumible. Pero salta ante este razonamiento, la contradicción que las partes del cuerpo humano no pueden ser consideradas como objetos aislados y menos que pueden ser entendidos como cosas. Recordemos que dentro de las obligaciones contempladas para los contratos de arrendamiento de cosas se establece la cesión del uso y goce; por lo cual resulta físicamente imposible desmembrarse al útero del cuerpo femenino, para prestárselo a otra mujer.

- Arrendamiento para la construcción de una obra material: El Art. 1930 caracteriza al contrato de arrendamiento para la construcción de una obra en los siguientes términos; inciso tercero “Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento”. En el contrato de subrogación gestacional podría hipotéticamente encajarse al arrendamiento de obra, asumiendo que la madre sustituta construya o “confeccione” un ser humano, del material (embrión) proporcionado por los padres. Situación que resulta objetable ya que el material en el presente caso sería un embrión humano, el cual goza de una protección desde la concepción y consideración de sujeto del derecho, por lo que resulta inadecuado llamarlo obra.
- Arrendamiento de transporte: Por sí solo es imposible asimilarlo analógicamente al contrato de maternidad subrogada gestacional.
- Arrendamiento de servicios inmateriales: En el Art. 1941 señala que, “Las obras inmateriales, o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano”. En el contrato de arrendamiento interviene: el arrendador que en este caso es la mujer que presta su vientre, mientras que el arrendatario es quien contrata dicho servicio, cuyo “objeto¹⁰⁰” es el vientre. Considerando que esta disposición no afecte la salud de la arrendataria. En la maternidad subrogada difiere mucho de la presente figura jurídica por el rol activo que desempeña la parte arrendadora, pero es la más análoga. Es complicado establecer la diferencia entre la mano de

¹⁰⁰ Jurídicamente el útero como parte no regenerable del ser humano se encontraría fuera del comercio. Pero hay autores que lo consideran relativamente disponible, basados en que la disposición del cuerpo humano como un derecho por demás personalísimo. Zannoni, Eduardo. Inseminación artificial y fecundación extrauterina, citado en María Cano. *Breve Aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada*. Disponible en la Dirección: <http://www.revistapersona.com.ar/>.

obra y la inteligencia en el contrato de subrogación. Pero podemos asimilarlo ya que la gestación es un servicio de ejecución y resultado, que brinda la mujer contratada. Por lo cual recibirá un precio salvo la realizada con fines altruistas. Es decir que, se presta un servicio de gestación ya que el gameto no contiene material genético coincidente con la madre subrogante.

En definitiva no existe aún una figura contractual típica que sea analógicamente asimilable al contrato de subrogación gestacional, por lo que el arrendamiento de servicios inmateriales puede forzosamente adecuarse a tal situación jurídica. Dicho contrato de gestación, presupone la implantación de un embrión en una mujer que no posea vínculos consanguíneos con la criatura. Siendo la madre sustituta o portadora, una arrendataria que presta un servicio, por lo cual podría recibir una cantidad económica remunerativa, conforme a lo establecido en el Código Civil en su Art. 1856. Del vínculo contractual nace una serie de obligaciones correlativas a las partes, siendo la principal, cuidar al feto durante la gestación y entregarlo una vez que haya nacido; para la contraparte la principal obligación será de cubrir los gastos necesarios y el posible pago acordado por el servicio. En el Derecho Civil Ecuatoriano se marca jurídicamente al nacimiento como el principio de existencia de la personas, por lo cual éste será el momento para el cumplimiento de la obligación de entregar al nacido.

Para los casos de la maternidad subrogada gratuita puede ser encasillada en una prestación gratuita de servicios.

3.2.1.1. Características del Contrato

- **Bilateral.-** En el Art. 1455 se determina que un contrato será “bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”. El contrato objeto del presente estudio es bilateral, porque existen obligaciones mutuas para las partes. Como por ejemplo: la madre sustituta se obliga a prestar su servicio de gestación del embrión, mientras que la contraparte se obliga a pagar el precio en caso de existirlo o brindar la asistencia médica y económica, necesaria para el bienestar de la madre y la criatura. Cabe recordar que no todas las normas jurídicas que se desprenden de la bilateralidad se podrán aplicar al caso, debido a que se trata de seres humanos y procesos biológicos continuos. Por ejemplo la condición resolutoria tácita contenida en el Art. 1505 del Código Civil, la madre subrogante no se puede negar a gestar. Sino que esta regla se la podría utilizar en las obligaciones patrimoniales. Además que en el Ecuador se encuentra prohibido el aborto.
- **Oneroso.-** Un contrato es oneroso cuando: Art.- 1456 del Código Civil “cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”. Esta característica concuerda con la analogía hecha al contrato de arrendamiento, ya que si fuese gratuito se convertiría en una prestación de servicios gratuita. En el contrato de subrogación existen contraprestaciones mutuas, que reportan un beneficio para las partes; por un lado el beneficio económico y por el otro el niño o niña.

- **Conmutativo.-** Esta característica es inherente a la subdivisión de los contratos onerosos y el Código Civil lo describe como: “El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”. Las partes al momento de contratar deben fijar la equivalencia y beneficio de forma semejante. En ciertos contratos de maternidad subrogada se prevé para la madre sustituta el consentimiento informado y la asesoría de médicos y abogados antes de la celebración, con la finalidad que exista un pleno conocimiento de las consecuencias para las partes.
- **Principal.-** En el Art. 1458 caracteriza al contrato como principal “cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención”. El contrato de subrogación gestacional subsiste por sí solo y de forma independiente para surtir efectos.
- **Solemne.-** De encontrarse regulado el contrato debería celebrarse de forma solemne para darle formalidad y brindar seguridad y certeza jurídica a los contratantes. **Consensual.-** Debido a la inexistente legislación se entiende que este contrato se perfecciona por la sola voluntad de las partes.¹⁰¹

¹⁰¹ Los contratos de maternidad subrogada deberían contener ciertas solemnidades para que surta efectos, así por ejemplo: debería celebrarse a través de escritura pública en el cual se incluya el asesoramiento de un centro especializado de fertilidad o planificación familiar, se podría dotar al contrato de una salvedad para reconocer anticipadamente la maternidad y paternidad, que incluso podría servir para marginar el acta de nacimiento.

- **Innominado.-** Los contratos innominados son aquellos que carecen de reglamentación específica que los regule y limite. El contrato de subrogación gestacional debería estar regulado por una ley específica; actualmente se deriva del principio de voluntad de las partes y los principios generales de los contratos y del Derecho.
- **Tracto sucesivo.-** El contrato es de tracto sucesivo ya que se ejecuta de forma continua y perdura en el tiempo mientras dure el proceso biológico de gestación. Es necesario el transcurso del tiempo para obtener el resultado deseado por la parte contratante. Cabe resaltar que este contrato puede considerarse como de ejecución diferida, ya que el cumplimiento de la obligación está supeditada al paso del tiempo y terminado el servicio de gestación.
- **Individual.-** Doctrinariamente se clasificaría a este contrato por oponerse al cumplimiento colectivo del mismo. Por lo que los contratantes se obligan por sí solos y a sí mismos.
- **Civil.-** Por exclusión de los contratos enumerados en el Art. 3 del Código de Comercio, el contrato de subrogación es materia civil.

3.2.2. Contexto Internacional

Las legislaciones han recogido la utilización de la Maternidad Subrogada Gestacional manifestando diferentes maneras de regularla. Para lo cual analizaré lo ocurrido en Argentina y Chile, países que contienen ordenamientos jurídicos similares al ecuatoriano. Mientras que las legislaciones consideradas como permisivas serán

brevemente expuestas. Así como también se considera la legislación alemana, que actualmente posee una prohibición penal a la maternidad subrogada.

En la Republica Argentina según el estudio realizado por Loyarte y Rotonda, acerca de los casos en los cuales la madre genética de pareja es quien aporta el óvulo. El Código Civil Argentino en su Capítulo 2, donde habla acerca de la Determinación de la maternidad en el Art. 242.

“La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”¹⁰².

De acuerdo a la presente regla civil la madre será quién diere a luz, aunque el gameto fecundado sea de la pareja, y tendrá como padre a su esposo o concubino. Determinando de esta manera una identidad errada del niño, de acuerdo a la normas civiles correspondientes. Para lo cual los padres genéticos deberían interponer una acción judicial, para impugnar la filiación de niño, justificados en el nexo biológico privilegiado. Cabe destacar que la legislación argentina no prohíbe la acción de impugnación de la maternidad bajo estos supuestos.

¹⁰² Código Civil de la Republica Argentina. (Texto conforme ley 24.540)

Otra modalidad propuesta por las autoras Loyarte y Rotonda es aquella en la cual la mujer gestante es madre de la mujer que aporta los óvulos fecundados, con el semen del esposo de su hija. En cuyo caso la madre subrogante sería madre-abuela. Siguiendo la regla del Art. 242 del Código Civil Argentino, la madre sería quien gestó al feto y que culminó con el nacimiento. Complicando la prueba biológica de la maternidad debido al parentesco consanguíneo.

Bajo un distinto supuesto en el cual la pareja solo aporta el óvulo que será fecundado con el semen de un donador y gestado en una madre subrogada, podría ocurrir lo siguiente: que la madre sustituta no inscriba al niño dándole oportunidad a la madre biológica a adoptarlo. Cabe también una adopción antedicha. En el caso de que la madre subrogante sea casada y existe la presunción de ser hijo del matrimonio, se debería renunciar al hijo permitiendo que lo reconozca la madre biológica que en este caso es quien aportó el óvulo. Cabe también, bajo el mismo supuesto que el hijo podría accionar la impugnación de maternidad y reclamar la maternidad genética.

Otro supuesto es aquel en el cual el varón de la pareja contratante es quien aporta el semen que fecundará el óvulo de una mujer donante, para ser gestado por una tercera mujer. La solución más simple debería ser que ni la madre genética, así como también la madre gestante no reclamen la maternidad, en cuyo caso el padre biológico podría reclamarlo y su esposa adoptarlo. Al momento del nacimiento, el problema radica en el estado civil de la madre gestante; en el caso de que fuese soltera el padre biológico, varón de la pareja, podrían inscribirlo como padre legítimo y lo adopte su esposa. En cambio si la madre sustituta es casada, su esposo sería presuntivamente el padre del

niño, por lo cual este mismo debería accionar impugnando su paternidad y la madre sustituta abandonarlo, para que lo pueda adoptar o reconocer.

Después de constatar los problemas legales que acarrea la subrogación, se debe considerar necesario un acuerdo de voluntades de todos los intervinientes para facilitar el ánimo procreacional y la planificación familiar. El autor Zannoni considera que el acuerdo debe garantizar la incondicionalidad del hijo para ser atribuido exclusivamente a los padres destinatarios; evitando la incertidumbre y la lucha judicial.

En la legislación chilena reconocen a las TRA como fuente de la filiación, en la Ley N.- 19587 en el Art. 182 expresa:

“el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana son el hombre y la mujer que se sometieron a ella. No podrá impugnarse la filiación determina de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.”¹⁰³

El presente artículo marca la incorporación y reconocimiento de la TRA y también de la maternidad subrogada. Recogiendo el criterio de la voluntad procreacionista a pesar de que la legislación chilena mantiene la presunción de que será madre, la que dé a luz a su hijo. Es decir que, no separan la maternidad gestación y la biológica o genética. Situación que aun crea conflictos de impugnación de maternidad mediante la prueba del ADN, siempre y cuando la madre haya aportado el óvulo. La maternidad afectiva o la

¹⁰³Legislación chilena.- Ley N.- 19587 en el Art. 182.

que no aporta material genético, no se encuentra protegida ya que existe el predominio de la consanguinidad.

Una de las legislaciones latinoamericanas que ha regulado la reproducción asistida es la brasileña, ya que el Consejo Federal de Medicina¹⁰⁴ ha emitido una resolución, sentando precedentes innovadores como¹⁰⁵:

- Acceso legal a las TRAS a todas las personas incluyendo a: solteros(as) y parejas del mismo sexo.
- Utilización de material genético postmortem¹⁰⁶. El catedrático Dr. Farith Simon Campaña considera que se podría utilizar el material genético si el fallecido ha convenido voluntariamente a la celebración de la Maternidad Subrogada Gestacional.¹⁰⁷
- Los médicos pueden utilizar material genético crio preservado postmortem, sin infraccionar el ordenamiento legal, si al momento de congelar dicho material se ha acordado tal disposición.
- Limita el número de embriones implantados durante los ciclos, de acuerdo a la edad de las receptoras.
- Prohíbe la elección de embriones.

¹⁰⁴ Es un organismo que forma parte del Ministerio de Trabajo y se encarga de establecer reglamentación profesional para el ejercicio de la medicina, además de conceder licencias y aplicar el Código de Ética Médico.

¹⁰⁵ Información traducida de la página web: <http://portal.cfm.org.br/> /acceso 26 Octubre 2011.

¹⁰⁶ El Consejo Federal de Medicina brasileño ha permitido que las personas puedan congelar su material genético con la finalidad de que sea utilizado en caso de muerte, previa autorización.

¹⁰⁷ Entrevista Dr. Farith Simon Campaña. Anexo 1.

- Legaliza la maternidad subrogada gestacional altruista, las madres sustitutas deben tener vínculo de consanguineidad hasta el segundo grado.
- Los centros de planificación y fertilidad están obligados a llevar registros y serán responsables jurídicamente.

Las legislaciones europeas abiertas al respecto de las técnicas de reproducción asistida son la española, inglesa y francesa. Países europeos abiertos al cambio y con una natalidad controlada. En el caso específico de Inglaterra en el año de 1985 se expidió la “Ley de Contratos de Subrogación”, que regula el carácter económico de los contratos de subrogación.

Estas legislaciones se caracterizan por permitir ciertas técnicas como:

- Donación anónima de óvulos y espermatozoides con renuncia a cualquier responsabilidad.
- Permiten el acceso a las TRA para cualquier persona.
- Se permite la utilización de la criopreservación, así como la venta y el desecho de material genético.
- La protección jurídica al embrión inicia a la segunda semana de fecundado. Antes de este tiempo se permite la experimentación.
- Respecto de la maternidad subrogada se encuentra prohibida.

En Francia, ante la Corte de Casación se ventiló un caso de filiación después de utilizar la maternidad subrogada, en la cual un matrimonio decide inseminar a una mujer con el

esperma del marido. Por lo cual nace una niña que tiene por padre al hombre del matrimonio. Según el acta de nacimiento se excluyó el nombre de la madre sustituta, que este caso era la madre biológica. La mujer de dicho matrimonio después de unos años pretende adoptar judicialmente a la niña. En primera instancia se rechaza la petición, por lo cual interponen recurso de apelación. La siguiente instancia decide revocar la sentencia venida en grado y otorgar la adopción de la niña. Llega a conocimiento de la Corte de Casación, quienes revocan la sentencia de segunda instancia; basados en una consulta realizada al Presidente del Comité Consultativo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y la Salud. Mediante el cual se considera prohibida la enajenación del cuerpo humano y que en el contrato celebrado se había procreado un ser humano para olvidarlo.

La Corte Suprema de Justicia Británica en una sentencia acerca de la patriapotestad, en los casos de maternidad subrogada decide no aplicar la ley vigente, ya que resultaría inadecuado para resolver el caso. Una pareja contrata una madre sustituta (Sra. Cotton) debido a la esterilidad de la mujer casada. La Sra. Cotton acepta ser inseminada con el semen del padre contratante, a cambio de una cantidad de dinero por el proceso de gestación y por renunciar a su hijo, una vez nacido. Transcurridos los nueve meses la madre sustituta se arrepiente y decide negarse a entregar a la niña. Los padres contratantes recurren a la justicia británica, llegando a la Corte Suprema, que decide no aplicar la ley vigente debido a que este tipo de controversias son nuevas y especiales; la custodia le corresponde al padre debido a la renuncia que hizo la madre; la menor fue reconocida como hija de la Sra. Cotton y el padre contratante, debido a vínculo

consanguíneo que existe. Esta mujer era la madre biológica de la niña, pero habiéndola procreado a través de una técnica de reproducción; con la intención de recibir dinero permite que la Corte sobreponga el derecho del padre para otorgarle la tenencia.

La legislación alemana ha tomado una posición radical y estableció prohibiciones como:

- La fecundación de óvulos con semen de un difunto.
- Se encuentra penalizado la donación de óvulos así como la maternidad subrogada.
- Prohíbe la fecundación artificial por más de tres veces, mismos que tienen que ser gestados.

Otro país radical al respecto de la maternidad subrogada es Suiza, que prohíbe la maternidad subrogada a través de la ley N.- 1140 acerca de la Inseminación Artificial.

Al contrario de los países recientemente expuestos, la legislación rusa ha facilitado el establecimiento de clínicas de fertilidad y planificación familiar. Mediante la Ley N.- 5478-1 acerca de la Salud y el Código de la Familia, se permite legalmente la utilización de ciertas técnicas. En el Art. 35 de la ley mencionada, positiviza el derecho a la reproducción, a través de la fecundación in vitro y la posterior implantación; además regula las formalidades y solemnidades del procedimiento. Permitiendo el acceso a las técnicas principales para lograr la maternidad subrogada gestacional. Mientras que el Código de la Familia y los Anexos Ministeriales, regulan la maternidad subrogada.

Por didáctica la simplifico y explico de la siguiente manera:

- Los padres contratantes deben cumplir con los siguientes requisitos:
 - Anomalías congénitas o adquiridas en la cavidad uterina.
 - Deformidad en el útero o cuello del mismo.
 - Sinequias intratables.
 - Enfermedades somáticas que contraindiquen el embarazo.
 - Fallo reiterativo de FIV.

- La madre sustituta
 - Rendir su consentimiento voluntariamente.
 - Ser mayor de 20 años y menor de 35 años.
 - Tener por lo menos un hijo.
 - No padecer de enfermedades psicológicas o físicas.

En la legislación rusa se permite la implantación de propiedad del matrimonio debidamente inscrito en el Registro Civil. Para el reconocimiento del menor como hijo, se requiere el consentimiento de la madre sustituta solemnizado por el centro de planificación familiar, que organizó y llevo a término el proceso. En el caso que la madre no prestase su consentimiento para la inscripción y ella lo reconociera como su hijo, cabe la acción de impugnación de la filiación.

Los Estados Unidos ha sido uno de los más grandes productores de jurisprudencia al respecto. Uno de los casos más conocidos acerca de maternidad subrogada es el popular “Baby M”¹⁰⁸. Los actores del presente caso son: como demandantes William y Elizabeth Stern y la demandada Mary Beth Whitehead; quienes el 6 de febrero de 1985 acuerdan un contrato de subrogación por la cantidad total de 25000 USD. A través de la inseminación con el espermatozoides del Sr. William para gestar un feto, el cual sería entregado después del alumbramiento. Las partes se conocieron a través de una agencia de infertilidad de New York. Dentro de las obligaciones del contrato se acordaron que la Sra. Whitehead o su esposo no desarrollarían una relación afectiva a la niña, renunciando a cualquier derecho materno y que permitirían la custodia y adopción por parte de la pareja Stern. La controversia radica en que una niña nació el 27 de marzo de 1986. La cual los Stern la llamaron Melissa y los Whitehead llamaron Sara. La Sra. Whitehead y su cónyuge deciden no entregar a la niña, aunque posteriormente la entregaron a los Stern el 30 de marzo. Por lo cual se le adeudaba a la Sra. Whitehead 10000 USD que le correspondía por la gestación de la niña, pero ella no los aceptó. Una semana después acude a la casa de los Stern para pedirles que la niña se quede con ella por una semana, a lo cual aceptaron. Pasado el tiempo acordado la Sra. Whitehead no entregó a la niña. Por lo que los Stern acudieron al Tribunal de Familias solicitando exitosamente la custodia temporal de la niña. Con ayuda de la policía local fueron a la casa de la Sra. Whitehead, a lo cual su esposo escapó con la niña y posteriormente se reunieron, escapando por tres meses. Una vez que fueron descubiertos por la policía y

¹⁰⁸ Expediente N.- FM 25314-86

se recuperó a la niña, se ejecutó la orden del juez Harley que concedió la custodia temporal y con derechos limitados de visitas para Whitehead.

En tanto el proceso avanzó, se ordenó una prueba de paternidad al Sr. Richard Whitehead, quien tiempo atrás a la concepción de la niña se había realizado una vasectomía, no podía ser el padre de la niña. Después de 32 días de litigio el juez Sorkow determinó mediante sentencia que: el contrato de subrogación era válido y ejecutable, terminó con los derechos maternos de la Sra. Whitehead y otorgó la custodia exclusiva de la niña a los Stern mientras que a su esposa le concedió una orden de adopción, fundamentándose en que era lo más ventajoso para la niña.

Los Whitehead, desconformes con la decisión judicial interponen el recurso de apelación ante el Tribunal supremo de New Jersey, el 3 de febrero de 1988. Argumentando que los contratos de subrogación en los cuales se pacta una cantidad de dinero por lo cual se obtiene un irrevocable e incondicional consentimiento, para entregar a un ser humano al momento del nacimiento es invalido y por tanto no ejecutable. Además, se argumentó que dicho contrato vulneraba la ley de adopción de New Jersey en las cuales se prohíbe la utilización de dinero en los procesos de adopción. Así como también, la política general respecto a las adopciones, fundamenta las actuaciones necesarias en los mejores intereses para el niño y que contrariamente en el contrato de subrogación suscrito, se determinaba la custodia, aun antes del nacimiento de la niña. Dentro del contrato no existía una clausula que concediere asesoramiento técnico a la madre sustituta, siendo requisito indispensable para su existencia y validez. Pretendiendo con la apelación, que

se limiten los derechos paternos, anular la irrevocabilidad del consentimiento de la Sra. Whitehead y que la niña sea restituida a su madre natural.

El tribunal de New Jersey decidió respecto a la apelación: que no existe una prohibición legal a la subrogación, confirmando la custodia a los Stern, pero concedió a través del juez inferior un horario de visitas para la madre natural de la niña la Sra. Whitehead.

Durante el proceso se discutieron temas relevantes para la maternidad subrogada como:

- La inclusión de técnicas no coitales como la subrogación, al derecho de procreación. Por lo que se determinó que contrato no puede ser anulado ni prohibirse el pago y por contrario el Estado en caso de controversia debe hacerlo exigible y resarcible de daños. Sin importar el cambio de voluntad de las parte. Salvo el caso en el cual se dañe al nasciturus para satisfacer la felicidad de una pareja.
- Las mujeres pueden renunciar al deber de criar a un hijo aun antes de su concepción, ya que se basa en el acuerdo y libertad humana, sin humillar a la dignidad. Teniendo en su contra el argumento que la maternidad subrogada facilita la venta de bebés, ya que el pago se realiza por una mercancía y la mujer es un mero contenedor, salvo la subrogación gratuita. Incluyendo la crítica que propone la violación al derecho a la intimidad, ya que la madre subrogada solo

puede renunciar a criar su hijo al momento del nacimiento, para que opere el abandono y posteriormente se pueda adoptar.

En los Estados Unidos han existido múltiples fallos jurisprudenciales al respecto de la maternidad subrogada, tal vez por la proliferación de las clínicas de infertilidad que para 1995 existían alrededor de 350. En los Estados Unidos alrededor de 18 estados¹⁰⁹ por lo menos no prohíben la subrogación. Destacando que en el Estado de California existían 45 de las 350 clínicas. Es así que en la Suprema Corte de los Estados Unidos se ventilo el caso Anna Johnson VS Mark y Crispina Calvert. Dicha jurisprudencia dejó como antecedente que los responsables legalmente del feto eran los padres que encargaban la gestación. También se definió que la madre subrogada carece de derechos y responsabilidades parentales o filiales respecto al niño. En el año de 1992 en el Estado de California intentó poner en vigencia una ley que regularía los contratos de subrogación, pero por un veto del gobernado no se aplicó. A pesar de no ser parte del ordenamiento jurídico estadounidense, este proyecto de ley sirvió como modelo de legalidad de dichos contratos. Dentro de dicho proyecto se consideraba:

- Mínimo de 21 años para acceder a un programa de madres subrogadas, deberían tener por lo menos un hijo propio.
- Recibir tratamiento médico, psicológico por parte de las clínicas de fertilidad.

¹⁰⁹ Arkansas, California, Florida, Georgia, Illinois, Kentucky, Michigan, Minnesota, Nevada, New Hampshire, New York, Tennessee, Texas, Virginia, West Virginia.

- Las Clínicas de Fertilidad debían practicar exámenes que verifiquen la idoneidad de la futura madre subrogante, así como de los materiales genéticos intervinientes.
- Los gastos legales y médicos causados durante el embarazo sería por cuenta de quienes encarguen la gestación del niño.
- Diferenciaba a la madre subrogante y la genética. En el primer caso carecía derecho para adoptar porque a la madre genética le pertenecía incondicionalmente el niño al nacer.
- Situación civil de los padres, casado o convivientes.
- Imposibilidad natural de la madre genética para llevar a término un embarazo.
- Capacidad de las partes y consentimiento informado de los intervinientes.
- Apoyo familiar a la futura madre subrogada.
- Obligación de adopción del hijo y representación legal desde el nacimiento.
- Deseo de no mantener relación alguna después del nacimiento.
- Prohibiciones que afecten al feto durante el proceso de gestación. Seguir el control y recomendaciones médicas durante el embarazo.
- Posibilidad de abortar en el caso de que existan complicaciones y sea necesario para la vida de la madre gestante. Así como los padres genéticos podrían optar por el aborto en el caso que existan complicaciones con el feto.
- Confidencialidad de la información.
- Derechos emergentes en caso de violación del contrato.
- Disposiciones finales en caso de fallecer los padres genéticos.

- Citar las consideraciones legales respecto al tema de maternidad subrogada, de acuerdo al lugar que se lleve a cabo.

Otro caso documentado ocurrido en Latinoamérica específicamente en Brasil, en la ciudad de Belo Horizonte. En el año 2002 en el Hospital Vila da Serra, especializados en fertilización, implantaron en el útero de la Sra. Elizabeth Sales de 53 años de edad un gameto fertilizado por su hijo y su nuera. En este caso la abuela funcionó como madre subrogada, existiendo un parentesco consanguíneo entre la madre subrogada y el feto por la relación familiar. Según la novísima normativa brasileña contemplada en su Art. 1597¹¹⁰ del Código Civil, la presunción de los hijos nacidos durante el matrimonio.

Norma que incorpora:

- A los nacidos por la fecundación artificial homóloga, a pesar de muerte del marido.
- A los nacidos en cualquier momento, en el caso de los embriones sobrantes de la concepción artificial homóloga.
- A los nacidos bajo la inseminación artificial heteróloga, con la correspondiente autorización del marido.

Por lo cual se acepta las Técnicas de Reproducción Asistida y por lo tanto la Maternidad

Subrogada Gestacional.

¹¹⁰ Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

3.3. Clases de maternidad subrogada

3.3.1. Remunerada

La mayoría de veces la madre acepta rentar su útero a cambio de una suma de dinero; en el Ecuador se puede encontrar anuncios electrónicos de mujeres que ofrecen alquilar su útero desde 4000 USD hasta 20000 USD. El internet es uno de los medios que permite ofertar este tipo de servicios, como por ejemplo:

“HOLA SOY UNA JOVEN SALUDABLE DE 26 ANOS NO HE TENIDO HIJOS ANTES RECIDO EN LA CIUDAD USD COSTO DE EMBARAZO Y TODO LO RELACIONADO CON EL. PORFAVOR ESCRIBIR SOLO PERSONAS REALMENTE INTERESADAS Y SERIAS, ESTE COSTO NO INCLUYE UTERO ESCRIBANME PARA DISCUTIR LOS TERMINOS”¹¹¹

“Buen día. Mi nombre es Rocío. Soy una mujer joven y sana que ofrece su vientre a parejas en la cual la esposa, por algún motivo, no pueda alojar a su bebé en su útero. Puedo viajar y llevar el embarazo en su país. Comunicarse directamente al correo clavelesytulipanes@hotmail.com y les enviaré un archivo explicando detalladamente las condiciones.”¹¹²

¹¹¹ Copia textual de la Dirección electrónica: <http://quito.olx.com.ec/ventre-de-alquiler-iid-38136904>.

¹¹² Copia textual de la Dirección electrónica: <http://quito.olx.com.ec/ventre-de-alquiler-iid-38187605>.

Por lo general el contacto entre la pareja y la futura madre sustituta se lo realiza a través de una agencia de planificación familiar. En los Estados Unidos son conocidos por como “broker” y están regulados y controlados por el Estado. Estas agencias son las encargadas de seleccionar a las candidatas para ser madres sustitutas, después de practicarles exámenes médicos y psicológicos. Así como también, se encargan de la elaboración del contrato determinando los deberes y obligaciones de cada una de las partes. Dicha intervención tiene un costo porcentual del precio total, que se suma al pago de la madre sustituta y los gastos que se incurre durante el proceso del embarazo. Gracias a la entrevista al Dr. Iván Valencia, reconocido genetista ecuatoriano, puedo afirmar que la experiencia ecuatoriana refleja la falta de legislación al respecto del tema. La conducta moral y ética del médico tratante constituyen los límites y parámetros de acceso actual a la Maternidad Subrogada.¹¹³

3.3.2. Gratuita o Altruista¹¹⁴

Son las madres sustitutas que prestan su útero sin una contraprestación económica. Motivadas por un sentimiento loable y altruista de ayuda. Los contratantes deben responder por los gastos ocasionados por el embarazo. La solidaridad humana en la maternidad subrogada ha presentado casos extraños, donde intervienen familiares cercanos a la pareja contratante, como por ejemplo: una familia en los Estados Unidos

¹¹³ Entrevista al Dr. Iván Valencia. Anexo 2.

¹¹⁴ La Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en su Art. 4 literal a define al altruismo de la siguiente manera: Es la conducta humana que refleja una actitud de servicio voluntaria, manifestando preocupación o atención desinteresada por el otro.

por la imposibilidad de tener un hijo decide, con el consentimiento de la madre de la mujer de pareja, inseminarla con el semen del hombre de la pareja. En este caso extremo pero común, en la madre sustituta recaerán varias calidades, como la de abuela de su hijo cuyo padre es el esposo de su hija mayor. A dicho hijo la abuela- madre sustituta debe legalmente abandonarlo para que su hija pueda adoptarlo.

Existen legislaciones que prohíben la subrogación comercial para evitar la explotación femenina. Incluso se ha llegado a considerar como delito la maternidad sustituta. Mientras que en otros países solo se permite una subrogación altruista, en la cual los contratantes cubren los gastos incurridos durante el embarazo, pero sin remuneración o compensación por servicio a la madre sustituta¹¹⁵.

En el Ecuador de manera concordante a la reformada Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, uno de los principios básicos es la motivación altruista y gratuita.

- **Art. 4.- Principios.-** Además de aquellos establecidos en la Constitución de la República y los tratados internacionales vigentes sobre la materia, la presente Ley se rige por los siguientes principios:
 - a) **Altruismo.-** Es la conducta humana que refleja una actitud de servicio voluntaria, manifestando preocupación o atención desinteresada por el otro;

¹¹⁵ Un claro ejemplo de esta tendencia es Brasil.

- b) **Voluntariedad.-** Actitud humana que manifiesta, libre y potestativamente, la intención de participar en un proceso de donación;
- c) **Gratuidad.-** No se podrá ofrecer ni percibir compensación económica o valorable económicamente por la donación de órganos y/o tejidos humanos, por parte del donante o cualquier otra persona natural o jurídica;

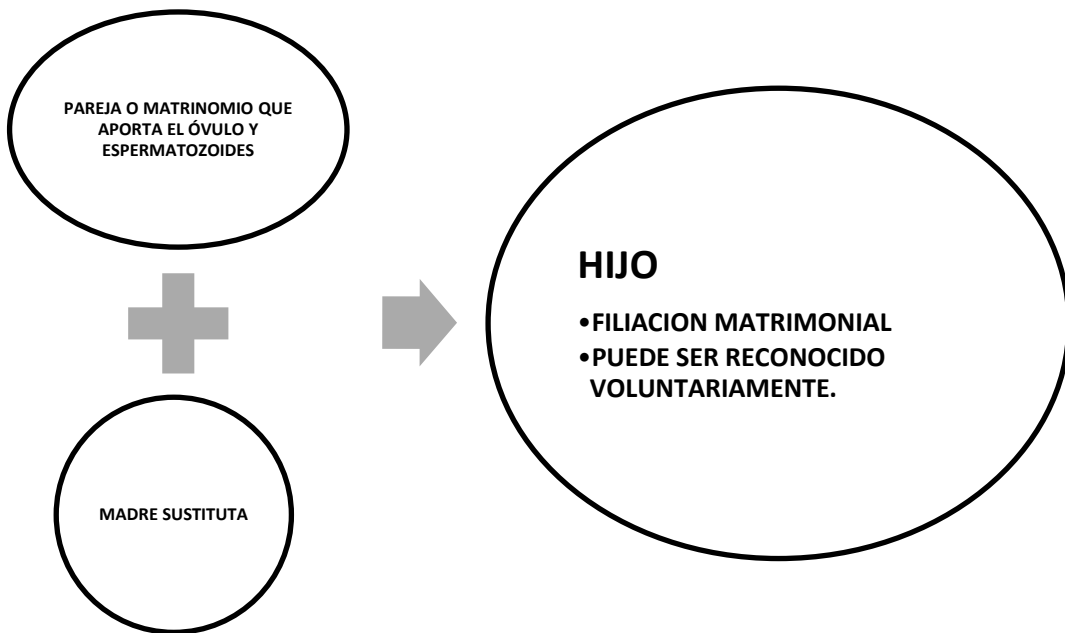
Dichos principios podrían ser considerados de manera semejante para la maternidad subrogada gestacional.

3.4. La Maternidad Subrogada Gestacional y la Filiación

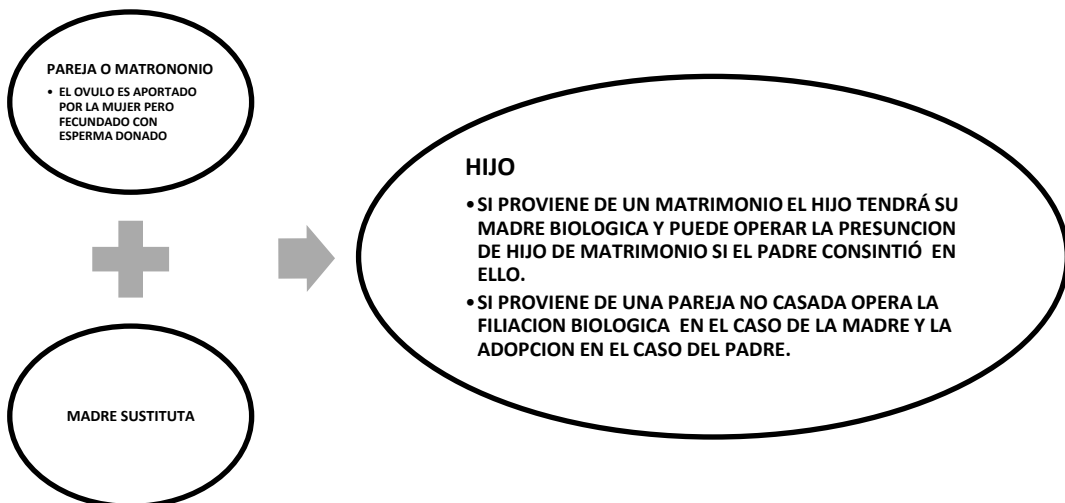
3.4.1. Posibilidades En La Maternidad Subrogada.

Pedagógicamente las posibilidades pueden ser graficadas mediante cuadros conceptuales que a continuación, ilustran de forma ejemplificativa las modalidades que puede existir de maternidad subrogada no necesariamente solo gestacional.

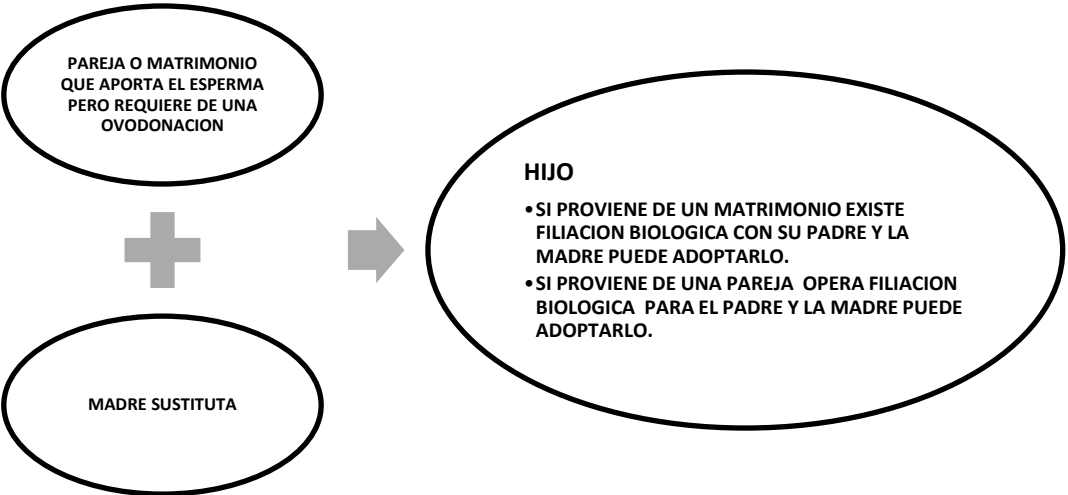
Modalidad 1. Maternidad Subrogada Gestacional



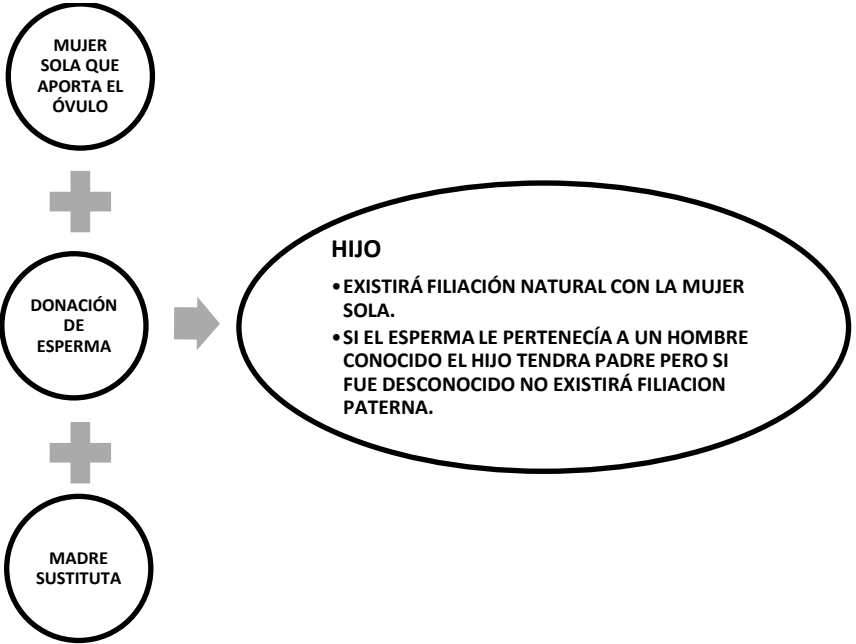
Modalidad 2. Maternidad subrogada gestacional con vínculo biológico con la madre y esperma donado



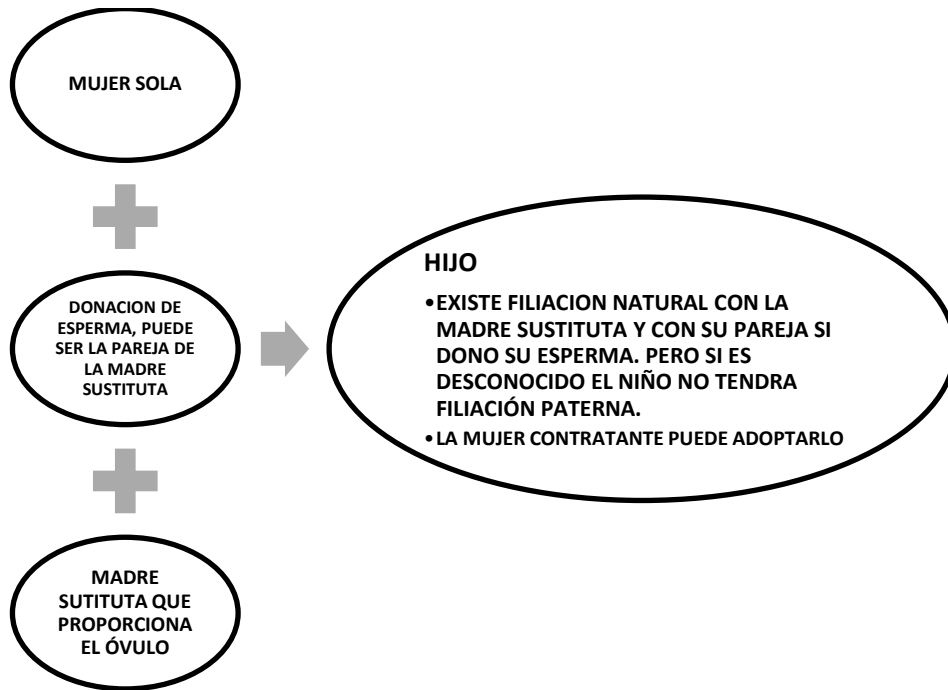
Modalidad 3.- Maternidad subrogada gestacional con vínculo biológico con el padre y óvulo donado



Modalidad 4.- Maternidad subrogada gestacional con vínculo biológico con la madre soltera y esperma donado



Submodalidad 4. 1.- Pre Adopción



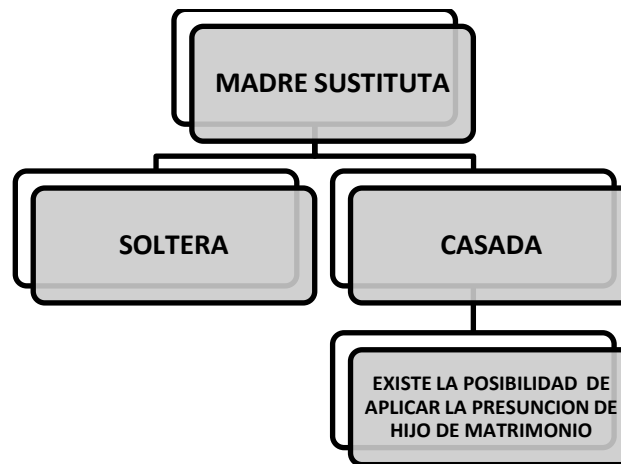
MODALIDAD 5.- Maternidad subrogada gestacional con vínculo biológico con el padre soltero y óvulo donado



MODALIDAD 5.1.- Pre adopción.



Respecto al estado civil de la madre sustituta:



En el caso que la madre sustituta sea casada y se negare a entregar la criatura, pueden incluirse complicaciones, ya que podría aplicar la presunción de paternidad obligando a

que la pareja contratante, solicite reivindicar la paternidad o maternidad dependiendo del vínculo consanguíneo. Pero si el semen fue donado, sería muy complicado obtener una decisión judicial otorgando la paternidad o la maternidad. Jurídicamente la criatura quedaría a cargo de la madre sustituta y su esposo.

3.4.2. Modalidades De La Maternidad Subrogada General Y Las Opciones De Filiación

La filiación ha sufrido cambios y complicaciones por la aplicación general de las TRAS, debido a la descomposición del proceso continuo de reproducción y la intervención de terceros que modifican la relación biológica. Especialmente en la maternidad subrogada es muy importante determinar los vínculos biológicos y psicoafectivos para establecer la filiación materna. Así para varios autores, (en especial Enrique Varsi) consideran que la maternidad subrogada puede darse bajo varios supuestos:

- **Madre gestacionaria:** La mujer posee la capacidad de generar óvulos pero no de gestar, por lo que recurre a otra¹¹⁶, para dicha labor. En este caso existe un vínculo biológico entre la madre y el nasciturus de igual manera con el padre, ya que este aporta los espermatozoides que fertilizan el óvulo que se fecundó extracorpóreamente y posteriormente se lo implanta en una madre subrogante gestacional. Una vez llegado a término el embarazo los padres biológicos

¹¹⁶ Según la autora Ana Delgado la madre gestante crea “lazos muy fuertes de psicoafectividad con la criatura durante el embarazo” La Maternidad subrogada un derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano. México. 2004.

aparecen en el certificado de nacimiento como padres por la consanguinidad.

Por lo tanto sería un hijo de matrimonio o de la pareja.

- **Madre sustituta:** La mujer no puede generar óvulos ni gestar por lo que es necesario buscar una mujer que proporcione un óvulo y lo geste. En este caso dicho óvulo es fecundado por espermatozoides proporcionados por el marido, por lo cual existe un vínculo biológico con el padre y una filiación natural con la madre sustituta. En este caso la madre contratante carece totalmente de vínculos biológicos, por lo que jurídicamente no es prudente reclamar al hijo como suyo. Salvo que exista una adopción de por medio.
- **Embrión donado:** En este caso existe una incapacidad total de la pareja de fecundar y gestar un gameto, por lo que requieren de un donante de semen y una cedente de óvulo. Además de una persona que complete el proceso de gestación humana. En dicha mujer puede coincidir las calidades de madre subrogada y madre donante de óvulo; en el primer caso no existe un vínculo biológico con la criatura ni del esposo ni de la esposa. Particularmente en este caso podría operar el abandono y la adopción.

La Filiación En La Maternidad Subrogada Puede Dividirse En Tres Clases:

- **Biológica:** Se da cuando la pareja aporta todo el material genético para la fecundación del embrión. Al momento del nacimiento la criatura tendrá como padres biológicos a quienes lo desearon y amaron antes incluso que sea concebido. En este caso al factor biológico se le une la intención de los

contratantes, que solo requieren el reconocimiento legal de padres. En los casos en que solo una parte sea fértil y se requiera de la donación de óvulos o espermatozoides. Legalmente quien donó los óvulos o espermatozoides sería el padre o madre biológica de la criatura, pero quien brindo este material genético no deseó ser padre ni madre, sino que se produce gracias a la intención de otra voluntad completamente ajena, con interés de formar una familia. El donante no desea tener ninguna responsabilidad alguna respecto de aquel niño o niña. Por lo cual el óvulo o espermatozoide por sí solos, no crean un vínculo de responsabilidad. Por lo general las legislaciones extranjeras deslindan de toda responsabilidad a los donantes de material genético.

De acuerdo el Código Civil ecuatoriano aun no se regula esta situación, sino que mantiene la concepción clásica de filiación; es decir que se consideran padres quienes aportaron su material genético sin considerar si fue durante una relación sexual o en un laboratorio. Existen presunciones legales que suponen la filiación entre madre y la criatura que dio a luz; situación compleja y camino a la derogación porque ha sido desplazada gracias a la certeza que brinda la prueba del ADN.

- **Adoptiva:** Es aquel reconocimiento que otorga vínculos jurídicos sin vínculos biológicos. En muchos casos la adopción será el mejor camino para determinar la filiación de quienes contrataron la subrogación, cuando no hayan aportado material genético al gameto. Legislativamente en México se presentó un proyecto de ley acerca de la maternidad subrogada, en el cual se propuso la

creación de un trámite simplificado para otorgar el reconocimiento jurídico a los padres contratantes.

La tendencia dogmática voluntarista considera que se debería ampliar las vertientes de la filiación y crea una fuente procreacional.

- **Procreacional:** Proviene de la voluntad procreacional de los padres, quienes contratan la maternidad subrogada o sustituta, porque por lo general los padres son infértiles o estériles. Situación que obliga a contratar la maternidad subrogada, pero que legalmente no ha sido prevista. Esta voluntad procreacional activa todo el proceso cuando la pareja solicita ayuda para tener un hijo. Dicha voluntad desencadena una serie de actos que terminan con el nacimiento de un niño. Los vacíos legales pueden dejar huérfanos a los hijos procreados a través de la maternidad subrogada, ya que impiden que los padres contratantes puedan reconocer legalmente a sus hijos. Por lo que se debe abrir el concepto de filiación para solucionar los enmarañados problemas que produce la subrogación. Primando la voluntad, ya que será lo más conveniente al interés superior del niño, debido al deseo y posibilidades que tienen los padres para brindarle lo necesario para su desarrollo. Facilitando que la “*possessio filiationis*”¹¹⁷ se encuentre segura tanto afectiva como legalmente. Permitiendo

¹¹⁷Es aquella “situación jurídica en la que el hijo se encuentra integrado y en la que se ha consolidado continua e ininterrumpidamente el tractus, impidiéndose que cualquiera pueda perturbar lesiva y extemporáneamente la efectiva socialización del hijo dentro del grupo familiar, al que no solo jurídica sino afectivamente se encuentra ligado” Documento electrónico.

un desarrollo óptimo del hijo, así como también el ejercicio de la paternidad o maternidad a pesar del uso de técnicas asistidas de reproducción.

Es necesario que también se prevean situaciones conflictivas que podrían hacer incumplir el contrato, por ejemplo: si los padres contratantes se separan y ya no desean concebir subrogadamente; ante lo cual se requiere la previsión legal o a su falta, la convencional, llamado “correctivo” y previsto dentro del Contrato de Subrogación. Pensando la situación que tendría el hijo al momento del nacimiento y precautelando su bienestar y seguridad; en otros países se puede recurrir al aborto como un correctivo, pero en la legislación ecuatoriana, el aborto se encuentra tipificado como delito (salvo las excepciones legales). La filiación en el ejemplo hipotético no tendría lugar, debido a la falta de voluntad procreacional. Sino que se debería al momento de celebrar el contrato establecer correctivos en este tipo de situaciones o que mediante ley se establezca la regulación aplicable a estos casos. Otras legislaciones permiten que uno de los padres pueda adoptar a la criatura, es decir que se elimina el requisito del matrimonio para la adopción. Predominando el parentesco en el caso de que uno de los padres contratantes haya aportado material genético. Estudios hechos por Elizabeth Frances Spindel Roberts en su trabajo titulado *Equatorial In Vitro: Reproductive Medicine and Modernity in Ecuador*¹¹⁸, demuestra que los niños procreados y no deseados son cada vez menos, debido al análisis previo a la suscripción del contrato de maternidad subrogada gestacional. Asegurando la estabilidad de la pareja y la madurez emocional para planificar una familia.

¹¹⁸ Spindel Elizabeth. Op cit. Pg. 89.

3.4.3. Comparación Con La Adopción

Se entiende jurídicamente a la adopción: como la relación adoptante – adoptado¹¹⁹, que por la potestad de la autoridad competente ha creado un parentesco civil, con todas sus obligaciones y derechos. En el Ecuador la adopción se entiende como una institución jurídica, encomendada de la protección de los menores declarados en abandono, huérfanos y aquellos cuyos padres lo hayan consentido, encargándolos al cuidado y responsabilidad de una familia, previo a un proceso riguroso de verificación de los requisitos prescritos en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

En el Ecuador se prohíbe la adopción de quienes están por nacer, por lo cual no cabe una adopción prenatal, como lo describe el Art. 103 del cuerpo legal antes mencionado. Los procesos de adopción aquí, así como en varios países son muy complicados y duros, a la vez son restrictivos para ciertos grupos sociales. Haciendo la maternidad subrogada gestacional una herramienta de fácil aplicación¹²⁰, que le concierne al Estado su regulación y limitación, sin que sea restrictiva. Además permite la descendencia con vínculo biológico, a diferencia de la adopción. La adopción y la maternidad subrogada conllevan voluntades e intenciones diferentes, así la maternidad subrogada conlleva el deseo o anhelo de formar una familia; mientras que la adopción intenta vincular a un niño en situación de riesgo o abandono a una familia, motivación que tácitamente obliga a la pareja a renunciar al derecho procreacional. La maternidad subrogada podría decirse que es una especie de cura psicológica para la infertilidad, al igual que la concepción por

¹¹⁹ Art. 103 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

¹²⁰ En la entrevista al Dr. Farith Simon Campaña considera que no cabe comparar el proceso de adopción con la Maternidad Subrogada Gestacional, debido a que existiría una identidad biológica y se requiere un tratamiento privado y simplificado. Anexo 1.

las Técnicas de Reproducción Asistida. Así como también, en casos en los cuales solo un miembro de la pareja pueda aportar material genético y se debe recurrir a la donación de óvulos o espermatozoides; en este caso solo una parte de la pareja renuncia a su derecho procreacional. A diferencia de la adopción en que no hay vínculo genético, sino únicamente el legal.

Las parejas que utilizan la maternidad subrogada estrechan sus vínculos afectivos y evitan un posible divorcio que puede causar la infertilidad o esterilidad. La adopción establece límites de edad para ser padres, mientras que en la maternidad subrogada no hay una edad limitante, obviamente con la opinión médica profesional.

De igual manera la maternidad subrogada difiere de la adopción, porque ésta sale de la esfera personal y se somete a la decisión judicial de autoridad competente, que mediante un proceso verifica la idoneidad, requisitos y concede la adopción. Mientras que la maternidad subrogada gestacional, de la manera planteada en ésta tesis, es un procedimiento privado, convencional y vigilado por un médico acreditado; basado en la dignidad humana, el derecho a la procreación y la intimidad familiar e individual.

La maternidad subrogada gestacional es contrapuesta a la adopción, a pesar de que ambas procuran solucionar el mismo problema, la conformación de la familia social y afectiva. Porque la diferencia más marcada se encuentra en la posibilidad, que brinda la ciencia contemporánea de encargar un hijo consanguíneo en un vientre ajeno, por el periodo de gestación. Mientras que el nacido por la Maternidad Subrogada Gestacional y sus padres tendrán estabilidad emocional para su adecuado desarrollo, desde el inicio de su vida. La adopción por su largo y complicado procedimiento podría tener efectos

contraproducentes para el adoptado, cuando se produzca al fin el emparentamiento y la vida juntos.

4. CAPÍTULO CUARTO

Debido a la naturaleza conflictiva de la Maternidad Subrogada Gestacional las partes ejercen ciertos derechos, mismos que son garantizados y tutelados por el Estado, que son principalmente los siguientes: Derecho a la Libre Elección, Derecho a la Procreación, Derecho a la Intimidad Personal y Familiar, Libertad a la Ciencia y a la Investigación Científica. Los Derechos mencionados no son los únicos intervinientes pero constituyen el núcleo del acceso a la Maternidad Subrogada Gestacional, por lo cual la presente tesis los estudia y profundiza. Excluyendo pedagógicamente a los demás derechos por su poca intervención.

4.1. Derechos Intervinientes

4.1.1. Derecho a La Libre Elección.

El ejercicio del derecho a la libertad de elección y autodeterminación en el caso de la maternidad subrogada, constituye una aplicación paralela al derecho a la procreación. Podría entenderse como una libertad reproductiva, la cual responde al problema de la esterilidad y cuyo ejercicio otorga el poder de decisión personal acerca del uso de las TRA. El autor Florentin lo califica como *droit-liberté* que comprende la prohibición de intromisión del Estado en las decisiones personales¹²¹.

Internacionalmente la libre decisión como parte de los derechos sexuales y reproductivos, se encuentra contemplada en el Programa de Acción de la Conferencia

¹²¹ Citado en Alma Arambula. Op cit. s/p.

Internacional sobre la Población y el Desarrollo, en el Capítulo VII referente a los Derechos Sexuales y Reproductivos señala lo siguiente:

*“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en la leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”*¹²²

En la Constitución Ecuatoriana la libertad de decisión se encuentra contemplada en el Art. 66 numeral 9 y 10 que dicen lo siguiente: *“9.- 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.*

10.-El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas tener.”

¹²² Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>. Capítulo VII, Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, literal a).

4.1.2. Derecho a la Procreación:

El derecho procreacional puede entenderse en dos dimensiones: una positiva y la otra negativa. La primera es un derecho individual que faculta al sujeto activo a exigir al Estado el ejercicio de la procreación; mientras que la dimensión negativa del derecho procreacional, es una prohibición de intromisión del Estado. Dicho derecho en cualquiera de sus dos dimensiones constituye un interés social y necesario de tutelar para la conservación colectiva e individual del ser humano. Éste derecho reproductivo conocido también como el derecho al hijo, adquiere en el caso de la maternidad subrogada una dimensión compleja, debido a la utilización de técnicas reproductivas asistidas que integran a una mujer ajena a relación familiar procreadora.

La autora Adriana Wagmaister plantea un dilema jurídico entre el derecho procreacional asistido contra el derecho a la dignidad del nasciturus. Respondiendo a dicha disyuntiva, la misma autora cita a Hernández Ibáñez, Moreno y Luque Casariego que exponen un criterio voluntarista. Afirmando que al momento de pactar un contrato de subrogación, la madre sería quien tiene el deseo de ser madre, debido a que en ella existe una maternidad psicológica. Se fundamentan también, en la libertad de las parejas para planear la reproducción con la asistencia de las técnicas reproductivas; además que los niños nacidos por subrogación, en el Derecho no se los puede declarar inexistentes o nulos, ya que responden a la naturaleza y a la voluntad y no a la concepción moral o ética del Derecho. Estos doctrinarios dividen la maternidad en dos dimensiones: la gestacional y la genética, cuyo fruto será parte de la familia que tuvo la voluntad de

traerle al mundo ya que ellos cumplirán con la función de padres y/o parcialmente progenitores.

Otros autores a favor del ejercicio de la procreación asistida sostienen que no sería conveniente diferenciar la reproducción natural con la artificial, ya que ambas generan hijos y que, en el caso de negar el acceso a la reproducción asistida, se podría considerar dicha norma como discriminante, por limitar el ejercicio de un derecho.

El autor Enrique Varsi Rospligiosi al referirse a este tema en su libro el Derecho Genético, al derecho de procreación lo caracteriza como relativo, debido a que la capacidad reproductiva de una persona se encuentra limitada por parámetros, como por ejemplo: el derecho coexistente del nasciturus, ya que la concepción marca el inicio de la tutela al derecho a vida y dignidad humana. Deduciendo del pensamiento de Enrique Varsi no se puede aplicar indiscriminadamente las TRA, argumentando el ejercicio del derecho procreacional. Por el contrario caben prohibiciones como la manipulación genética, clonación, etc. Alrededor del tema se ha formulado juicios morales y éticos intentando prohibirla. Cabe mencionar que el Estado tiene la legitimidad para establecer límites de acceso a las TRA y a la maternidad subrogada, pero no podrá por cuestionamientos éticos o morales evitar el ejercicio del derecho procreacional.

Se puede decir que el derecho procreacional comprende:

- La facultad de fundar una familia.

- Decisiones personales al respecto de: Cómo?, Cuántos?, Cuándo?, Con quién?
- Acceso a la educación sexual y reproductiva.
- Planificación familiar
- Acceso a métodos y técnicas que subsanen la esterilidad, pudiendo ser la procreación artificial.

En sistemas del *Common Law*, en especial los Estados Unidos han desarrollado doctrina y jurisprudencia sobre el *right to reproduce*: lo consideran una garantía individual contenida en el *right to personal privacy*¹²³, cuyo impedimento es una violación constitucional. Jurisprudencia al respecto de la existencia de éste derecho se puede citar el caso *Skinner vs Oklahoma*¹²⁴ ante la Corte Suprema, en el cual se solicitó resolver la inconstitucionalidad de un ley para esterilizar a los privados de libertad, se determinó que el derecho a la privacidad era una garantía constitucional que permite la libertad de decisión, en la capacidad de procreación y que es necesario para la existencia de la raza.¹²⁵ En el mismo fallo se analiza y razona al respecto del alcance del derecho a la privacidad y la garantía constitucional a la procreación, consideran que si el Estado no debe interferir en la decisión de tener o no un hijo, tampoco puede interferir al modo o método que se utiliza para tal fin por lo que, el contrato de subrogación es un método para tener descendencia y estaría constitucionalmente protegido dicho contrato¹²⁶. Al

¹²³ Derecho a la privacidad: La Constitución Norteamericana considera al derecho a la privacidad como: la potestad individual de tomar decisiones de planificación familiar, sin que Estado intervenga, salvo en casos que se demuestre un interés superior.

¹²⁴ Caso 316 U.S. 535 (1942)

¹²⁵ Varios. *Journal of Juvenile Justice Volume 1*. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.journalofjuvjustice.org/>.

¹²⁶ Hurtado Xavier. *El derecho a la Vida Y la muerte?*. Segunda Edición. México. 2000. Pg 68.

respecto de la remuneración a la madre portadora concluyen asumiendo una faceta negativa del derecho; es decir, considera que se debe interpretar a éste derecho como una prohibición al Estado de intromisión en las decisiones personales. En la maternidad subrogada la madre subrogada es quien está ejerciendo el derecho a la procreación y es ella quien renuncia a la tutela de la criatura, a lo cual el Estado no puede entrometerse; la mujer tiene el derecho a obtener una compensación por el ejercicio del derecho.

El autor Moran de Vicendi niega que el derecho a la procreación contenga un acceso a la utilización de las TRA, ya que la fecundación artificial manipula y destruye fisiológicamente el proceso natural. La libertad de ejercicio está limitada por la propia capacidad reproductiva, por lo que se permitiría probar y explotar solo la fertilidad personal. El autor también excluye la participación de terceras personas en el proceso, ya que dicha intervención causa un vínculo natural y jurídico de filiación y el estado de progenitor. Por lo que el derecho al hijo cabe solo del propio hijo, no subrogadamente.

A diferencia de los sistemas jurisprudenciales, no en todos los sistemas legislativos se contiene al derecho a la procreación positivizado en una norma concreta.

En España no se reconoce el derecho positivamente, pero lo sostiene de manera indirecta, es decir a través del ejercicio de otros derechos:

- Derecho a la Salud.- autores como Casavola y Roca Trias consideran que la esterilidad y la posibilidad de transmisión de enfermedades genéticas constituyen

enfermedades físicas y psicológicas, que pueden ser solucionadas mediante la aplicación de las TRAS. Esta consideración obliga al Estado a disponer de recursos sanitarios para este tratamiento. Una de las finalidades principales de esta consideración es regular la intervención de terceros como: médicos, centros de planificación familiar y demás. A esta teoría existe el cuestionamiento acerca de afectación física que causa la esterilidad y en preciso sentido las TRAS no serían terapias curativas. El argumento más trascendental explica que la aplicación de la TRAS se la hace a personas, que explotan su propia capacidad reproductiva.

- Como Derecho a Fundar una Familia: No hay una aceptación generalizada de esta corriente ya que requiere de una interpretación amplia y extensiva. Protege el acceso a las TRA para formar una familia, para quien no pudiese engendrar o gestar. Así por ejemplo si el hombre es estéril, la mujer puede acogerse al derecho de fundar una familia y utilizar la fecundación extracorpórea con la donación de semen; mientras que si la mujer es estéril, su marido podría optar por la maternidad subrogada para tener descendencia. De igual manera si ambos miembros de la pareja son estériles, pueden recurrir a la maternidad subrogada sin vínculos biológicos. En sí estas personas no ejercerían su derecho a formar una familia, pero expresan la voluntad de coexistir en familia. Críticas al respecto de esta consideración han querido establecer como requerimiento previo el matrimonio entre heterosexuales, lo cual ocasiona un trato discriminatorio al resto de preferencias sexuales y de vida.

4.1.3. Derecho a la Intimidad Personal y Familiar

La Constitución Ecuatoriana del 2008 en el Art. 66 numeral 20, consagra la intimidad personal y familiar, cuya protección excluye la intervención del exterior al seno familiar e individual. Dicho derecho es autónomo e innato a todo ser humano y sus acciones en el ámbito privado y público, que no afecten el orden público. En el *Common Law* este derecho ha sido reconocido (Right of Privace) y protegido en base a la intimidad personal y familiar; de igual manera sin la intervención del Estado ni de terceros. Le sociedad otorga al ser humano una esfera personalísima de privacidad para su desarrollo individual, sin intromisión ni escrutinio público. El catedrático José García Falconí, sostiene en base a la doctrina que: “(el individuo) tiene derecho a reclamar de sus propios familiares, aún de los más allegados, el respeto a su soledad en ciertos momentos, la inviolabilidad de sus documentos personales y de su correspondencia, así como la mínima consideración respecto de problemas y circunstancias que deseen mantener en reserva”¹²⁷. El derecho a la intimidad comprende principalmente estos aspectos:

- Privacidad física (vida sexual y reproductiva).
- Privacidad psicológica (personalidad, creencias, ideologías, etc.)
- Derecho a la vida privada.
- Respeto a la honra y honor.

¹²⁷José García. *Derecho a la Intimidad personal y Familiar*. Disponible en la Dirección electrónica: www.derechoecuador.com.ec.

Aplicando la intimidad a la maternidad subrogada gestacional, se deberá prohibir que el médico tratante divulgue o publique datos del proceso que permitan identificar a los intervinientes; así también la madre sustituta no podrá publicar o divulgar datos del proceso en ningún caso, para evitar el sufrimiento de los padres y del menor. Garantizando de tal manera la privacidad del proceso y posteriormente el desarrollo humano del nacido, bajo esta técnica dentro de la normalidad.

4.1.4. Libertad a la Ciencia y a la Investigación Científica

El desarrollo de la sociedad está vinculada a la ciencia y tecnología, por lo cual nace la Libertad a la Ciencia y a la Investigación, que en nuestra Constitución está protegida y garantizada en el Art. 385, en especial los numerales 1 y 3¹²⁸; dicho artículo otorga amplia confianza investigativa apegada a la dignidad e inviolabilidad de los derechos humanos. La ciencia debe permanecer al servicio de la humanidad en su continua búsqueda de innovaciones; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Art. 15; mantiene la posibilidad de participar en los procesos de investigación científica y gozar de los beneficios que resultasen. Además que constituye una obligación del Estado a promover el desarrollo de ciencia y tecnología, a través de la asignación de fondos (Art. 298 y 388 de la Constitución).

La profundización de ciencia y técnica en la reproducción asistida dio como resultado la maternidad subrogada gestacional, que es una variante de las tradicionales TRAS, toda

¹²⁸ **Art. 385.-** El sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, en el marco del respeto al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, tendrá como finalidad: 1. Generar, adaptar y difundir conocimientos científicos; 3.- Desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir.

vez que el proceso científico soluciona la necesidad de ciertas parejas de tener descendencia, justificativo suficiente para seguir impulsando su desarrollo y acceso.

5. CAPÍTULO QUINTO

5.1. Elementos de Validez

Para la regularización de la maternidad subrogada gestacional se requiere desarrollar cuatro conceptos básicos, para darle la naturaleza contractual a la maternidad subrogada gestacional y evitar problemas jurídicos; en especial de filiación al momento del nacimiento. Dichos elementos junto a la responsabilidad son pilares fundamentales, para definir los papeles de los intervinientes en la procreación sustituta.

5.1.1. La Capacidad

La capacidad es un atributo de las personas desde su nacimiento, en la legislación ecuatoriana como regla general, todas las personas son capaces salvo aquellas que la ley declara como incapaces. La capacidad fundamentalmente se refiere a la aptitud de poseer derechos y a ejercerlos por el titular. Para la celebración de un convenio de maternidad subrogada gestacional, principalmente se requiere la capacidad de ejercicio, descrita en el siguiente artículo del Código Civil:

Art. 14.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Los usuarios contratantes de la maternidad subrogada pueden ser los matrimonios o uniones de hecho, pero también doctrinariamente existen argumentos a favor de las mujeres y hombres solos, así como también de las parejas homosexuales y lesbianas; temas aún por definir a través de una ley específica.

Quienes sean capaces de contratar la maternidad subrogada gestacional, deben cumplir varios requisitos y exámenes médicos previos a la celebración de dicho acto. Si la mujer o esposa decide someterse al tratamiento sin el consentimiento de su cónyuge, éste puede impugnar la paternidad y pedir una indemnización por daños y perjuicios. Una vez realizado el tratamiento y logrado la fecundación e implantación nace la responsabilidad de crianza del menor, cuyo incumplimiento produce una responsabilidad civil de indemnizar los daños y perjuicios al niño y frente a su pareja, a cargo del padre o madre.

Para entender de mejor manera la capacidad se puede concordar con la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células; que establece en los siguientes artículos quienes son capaces de donar:

- Art. 33.- Cualquier persona podrá donar en vida sus componentes anatómicos, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a.- Que la o el donante sea mayor de edad, en goce de plenas facultades mentales, con un estado de salud adecuado para el procedimiento y exista compatibilidad biológica, morfológica y funcional con la o el receptor.
- Art. 31.- Es obligación de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación de la República consultar y recabar de las personas mayores de dieciocho años, que concurran ante dicho organismo, la manifestación de su voluntad respecto de tener o no la calidad de donantes de órganos y registrarla en el documento de identificación respectivo.

5.1.2. El Consentimiento Informado

Para la maternidad subrogada gestacional se requiere de un consentimiento informado¹²⁹, que según Ricardo Rabinovich constituye un hecho jurídico biomédico, que establece un “derecho a los individuos a la autodeterminación respecto de su integridad física”¹³⁰. Tiene como principales características: el discernimiento, capacidad, individualidad, expresión de voluntad y libertad; además dicho autor en su obra considera que el consentimiento es bilateral debido al mutuo sentir entre el médico y su paciente¹³¹. El galeno se encuentra en la obligación de “revelar”, mientras que el paciente tiene el derecho de “decidir”. Con tal finalidad dicho consentimiento requiere la información suficiente al respecto de los riesgos corporales, problemas de recuperación,

¹²⁹ A lo largo del Capítulo XIII del libro *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos*, se realiza un análisis histórico del desarrollo del consentimiento informado; el profesor Rabinovich atribuye el nacimiento y perfeccionamiento al sistema del common law, utilizado en los Estados Unidos. Mediante la casuística se determinó la necesidad del uso continuo del consentimiento informado para evitar la “intromisión física ilícita”, además de otros problemas como: mala práctica médica y negligencia.

¹³⁰ Rabinovich cita a Joseph King. Rabinovich Ricardo. *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos*. Buenos Aires.- Argentina. Ed. La Ley. 2004. Pg.285.

¹³¹ Rabinovich Ricardo. Op cit. Pg.19

alternativas y peligros¹³²; incluyendo aquellos riesgos de poca probabilidad, para evitarle responsabilidad al galeno. Rabinovich añade que la información debe ser completa, para impedir la obtención de un consentimiento fraudulento y viciado por el dolo.

En la legislación ecuatoriana el consentimiento informado se encuentra definido en dos cuerpos legales:

- **La Ley Orgánica de la Salud.**

- Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:
 - e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna;¹³³

- **Código de Ética Médica del Ecuador.**

- Art. 15.- El Médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si éste no pudiera darla recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que esté de por medio

¹³²Ibid. Pg.279-282.

¹³³ La Ley Orgánica de la Salud Vigente.

la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos la autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones.

- Art. 16.- Igualmente, los casos que sean sometidos a procedimientos de diagnóstico o de terapéutica que signifiquen riesgo, a juicio del médico tratante, deben tener la autorización del paciente, de su representante o de sus familiares. También lo hará en caso de usar técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos debidamente probados como medios terapéuticos y salvaguardando la vida e integridad del paciente.¹³⁴

5.1.2.1. Consentimiento Informado De La Pareja Contratante:

Doctrinariamente se ha debatido acerca de quiénes pueden acceder a la maternidad subrogada, mayoritariamente se considera que los matrimonios y uniones de hecho reconocidas son los mejores candidatos y con mayor estabilidad para contratar este servicio. Pero como se dijo en su momento, también existen argumentos a favor del acceso para las mujeres y hombres solos, así como también de las parejas homosexuales y lesbianas. Situación que se encuentra aún por legislar.

En cualquier caso, los contratantes deben expresar su consentimiento de forma libre y voluntaria previamente a someterse al tratamiento médico tendiente a contratar una madre sustituta. Si quienes contratan son parejas, casadas o en una unión de hecho, el consentimiento debe ser expresado por ambos miembros. Dentro de un documento

¹³⁴ Código de Ética Médica del Ecuador. Acuerdo Ministerial 14660-A. Registro Oficial 5 de 17 de Agosto de 1992.

escrito y con la asesoría necesaria. Hay tratadistas como Francisco Lledó¹³⁵, que manifiestan que el consentimiento debe ser por escrito y contener una autorización para que el médico realice los procedimientos necesarios, para concebir un hijo y especificar si es el caso que se requiera la fecundación a través de espermatozoides de otro hombre. Por medio de esta autorización el esposo u hombre de la pareja, acepta la paternidad a pesar de no mantener vínculo biológico¹³⁶, documento del cual nace la obligación de asumir la paternidad. Incluso hay legislaciones que obligan al padre a ratificar su autorización y paternidad después del parto. En la obra citada¹³⁷ se menciona el criterio purista, afirmando la necesidad de que dicha autorización conste por escritura pública, ya que servirá como título de determinación legal de filiación. En cambio para que la mujer exprese su voluntad basta de un documento privado, en el cual consienta someterse al tratamiento médico.

Los requisitos que deberían reunir los contratos y autorizaciones, convendrían ser determinados a través de una ley, siendo los suficientes para aceptar la maternidad subrogada gestacional y demostrar su voluntad; así como también, dotar de las formalidades necesarias capaces de legalizar un convenio al respecto, valorados bajo la premisa del interés superior del menor.

¹³⁵ Citado por Moro Almaraz. Op cit. Pg. 154.

¹³⁶ Lamentablemente en legislaciones que no poseen regulación al respecto, se puede impugnar la paternidad con la prueba de sangre a pesar de la aceptación escrita anterior a la fecundación.

¹³⁷ Se cita a Francisco Lledó por Moro Almaraz. Op cit. Pg. 145.

Otro tema controversial, es la vigencia del contrato o convenio, al respecto hay principalmente dos corrientes:

- Hay autores que consideran que la vigencia es indefinida, hasta que se logre la fecundación y puede ser anulado hasta antes de la implantación. Rabinovich al respecto del tema dice que cabe una inseminación *post mortem*, entendiéndolo como un acto de última voluntad y especialmente hace hincapié, en que no es requisito que se encuentre expresado en un testamento, ya que dicha voluntad no es de contenido económico¹³⁸.
- La segunda corriente mantiene los mismos argumentos, pero añade que si el marido muere durante el proceso el convenio caduca y pierde la validez, salvo que en el mismo documento se haya previsto una procreación *post mortem*. De igual manera la separación de la pareja constituye una resolución tácita.

Los criterios doctrinarios coincidentemente afirman que una vez implantado el embrión no cabe una revocatoria del convenio, o que judicialmente se decrete la nulidad del pacto, debido a la imposibilidad de revertir las cosas a su estado original. El consentimiento informado no puede estar viciado por el error, la fuerza o el dolo. Se requiere una explicación del procedimiento¹³⁹ y aproximación real de éxito. En el caso

¹³⁸ Rabinovich Ricardo. Op cit. Pg. 45.

¹³⁹ La explicación debe contener una descripción científica, psicológica y jurídica del procedimiento a todos las personas que intervienen, explicando los riesgos y consecuencias que provoca someterse a dicho tratamiento.

de obtener el consentimiento viciado, el convenio puede ser impugnado al igual que la paternidad, demostrando el error, la fuerza o el dolo.

5.1.2.2. El Consentimiento de la Madre Sustituta o Portadora

Los primeros requisitos que deben cumplir son el consentimiento y la capacidad jurídica de la mujer para ofrecer su vientre. El consentimiento versado en la voluntad, resulta indispensable para celebrar un acto jurídico, el mismo que debe ser informado. La mujer debe estar en pleno uso de sus capacidades y facultades mentales sin vicio jurídico alguno. Expresado de forma libre y consiente su intención de prestar su útero. Debe constar por escrito, documento en el cual se especificará todo el procedimiento y técnicas a utilizar, así como la intervención del personal calificado para realizar la implantación, revisión y seguimiento médico durante todo el embarazo.

En el caso específico de la maternidad subrogada gestacional se requiere además la asistencia de un abogado y un psicológico. Quienes pondrán al tanto de todas las consecuencias, dificultades y responsabilidades que conlleva la gestación de un ser humano. El consentimiento debe ser irrevocable después de implantado el embrión, ya que podría constituirse un aborto, situación penada por la ley, (con sus excepciones). Posterior al nacimiento la madre sustituta debe renunciar a la presuntiva maternidad entregando inmediatamente al recién nacido a sus padres. Doctrinariamente consideran necesario que se obtenga el consentimiento por escrito previo a la implantación.

Consecutivamente cuando se emita una ley se pueden establecer ciertas solemnidades para darle mayor eficacia al consentimiento informado. Cabe señalar que tanto el consentimiento como la capacidad jurídica estarán sometidos a la potestad imperativa de la ley. Es decir, no se podrán pactar situaciones prohibidas por la misma.

5.1.3. Causa

La premisa positiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano manda que: no puede haber obligación sin una causa real y lícita¹⁴⁰; constituyendo la causa¹⁴¹ un elemento indispensable de la validez del contrato. Se debe entender a la causa como la motivación determinante para la celebración de un acto o contrato y por lo tanto la creación o extinción de obligaciones. El convenio de las partes en la celebración de un contrato, se encuentra impulsado por una finalidad o causa. La causa se encuentra en todo acto jurídico y durante toda su ejecución.

Se considera causa ilícita a las siguientes:

- Prohibidas por la ley.
- Contrarias a las buenas costumbres¹⁴².
- Contraria al orden público.

¹⁴⁰ Art. 1483 del Código Civil ecuatoriano.

¹⁴¹ Al respecto Ricardo Rabinovich dice: “la causa aparece como un elemento del proyecto, que está presente en la mente del sujeto antes de concretarse la conducta, pero proyectado hacia un momento en el tiempo necesariamente posterior a ésta”. ¹⁴¹ Rabinovich Ramiro. Op cit. Pg.102.

¹⁴² Rabinovich considera que las buenas costumbres son un concepto jurídico con una excesiva carga ideológica, impide la mudanza e innovación. Además este concepto difuso permite la mala interpretación y es una herramienta para reprimir la oposición.

La principal consecuencia de la causa ilícita es la nulidad absoluta regulada en el Código Civil en el siguiente artículo:

Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

El control judicial mediante el reconocimiento de los elementos esenciales al contrato, hace revisión de la licitud de las acciones y voluntades, de quienes intervinieron en la celebración del contrato.

La causa en la maternidad subrogada gestacional, genera problemas por la supuesta contradicción con la legislación actual. Esta consideración produciría una laguna jurídica, que haría imposible demandar con éxito el cumplimiento de las obligaciones contractuales, ni exigir la resolución de éste contrato innominado y atípico. Por lo que, es necesaria una fundamentación en torno al altruismo; base de la maternidad subrogada que se ha propuesto en la presente tesis. Considerando que el concepto de buenas costumbres es muy difuso, no puede ser suficiente para catalogar como causa ilícita la motivación procreacional del los contratantes de la maternidad subrogada gestacional; además de toda la argumentación jurídico constitucional al respecto.

5.1.4. Objeto Lícito

Puede ser objeto de un contrato cualquier cosa sobre la cual recaiga una obligación o derecho. De la misma manera el objeto determina la materia en la que recae la prestación de los contratantes. El Código Civil considera¹⁴³ objeto a las cosas que reúnan las siguientes características:

- Que sea física y moralmente posible o que se pueda realizar y no esté en contra de la moral.

- Que no contravenga al derecho público ecuatoriano.

- Y aquellos que su enajenación no esté prohibida por la ley.

Mientras que serán caracterizados como ilícitos todo lo que contravenga al Derecho Público Ecuatoriano¹⁴⁴. Además habrá objeto ilícito en la enajenación¹⁴⁵:

- De las cosas que no están en el comercio.
- De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y,
- De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello.

¹⁴³ Art. 1477 del Código Civil.

¹⁴⁴ Art. 1478 del Código Civil.

¹⁴⁵ Art. 1480 del Código Civil.

- Deudas contraídas en juego de azar¹⁴⁶.
- Venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente.
- Venta de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes.

La oposición a la doctrina contractualista de la maternidad subrogada gestacional, mantiene que el objeto del presente contrato es ilícito. Ya que la última prestación sería la entrega de un niño, lo que constituiría ilícito considerar a un ser humano como objeto de una relación jurídica; argumento suficiente para declarar la nulidad del contrato. Además de que la madre sustituta, parte del contrato, no podrá ser considerada objeto. En razón de que su cuerpo o el útero, como parte del mismo no constituyen una cosa.

Al igual que la causa al catalogar como objeto ilícito, se produciría la indefensión de los intervinientes en la maternidad subrogada, por lo cual es necesario ampliar el concepto del objeto¹⁴⁷ del Art. 1477 del Código Civil.

La tendencia legislativa expresada en la Ley Orgánica de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células, introduce tácitamente los actos de disposición del propio cuerpo en sus Art. 33 y 35, por lo que los componentes anatómicos serían considerados

¹⁴⁶ Art. 1482 del Código Civil.

¹⁴⁷ Medina y Erades consideran a la maternidad subrogada gestacional como la “la disposición del mismo (útero) es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible y, en este sentido, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público”. Medina, Erades. Op cit. Pg. 8.

legislativamente como objeto lícito, para la declaración de consentimiento informado hecha ante un notario. En el caso de la maternidad subrogada gestacional gratuita, cabe una ampliación de las normas citadas, permitiendo que las madres sustitutas puedan prestar un servicio gratuito de gestación, a favor de aquellas personas que se encuentran imposibilitadas de tener descendencia.

5.2. RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Jurídicamente nace la responsabilidad por el incumplimiento de un convenio, la violación de una norma o la producción de un daño. Principalmente en la maternidad subrogada se puede generar una responsabilidad subjetiva civil. Nacida de un contrato o de la violación del orden público establecido.

5.2.1. Responsabilidad de Las Partes

Según la legislación ecuatoriana en su art. 1563 del Código Civil, los contratantes serían responsables de culpa leve por el incumplimiento de sus obligaciones; en éste caso, de acuerdo al Art. 1561 del Código Civil, dicho incumplimiento puede ser validado por causas legales o acuerdo entre las partes. De la infracción del contrato la responsabilidad civil de las mismas, conllevaría una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (Art. 1569 C.C.).

5.2.2. Responsabilidad del Médico y su Personal.

Dentro del contrato se conviene con el médico una prestación de servicios profesionales, mismo que se encargará de realizar todos los estudios y aplicar las técnicas autorizadas,

para concebir e implantar un embrión. Según el autor Luis Serrano Escobar en su obra “Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica”, la responsabilidad del galeno nace de dos fuentes: contractual y extracontractualmente. La forma que nos interesa de acuerdo al tema, es la responsabilidad contraída por la suscripción de un contrato de maternidad subrogada gestacional. Por lo que hipotéticamente podemos afirmar que las faltas comunes de los médicos, versan acerca de cuatro fallas descritas por el doctrinario antes citado:

- Falta en el deber de información y en la etapa previa al acto médico, es decir en la obtención del consentimiento informado del los intervinientes.
- Ruptura de los deberes profesionales. Deontológicamente los galenos se encuentran supeditados a un juramente hipocrático y al Código de Ética Médica¹⁴⁸, el mismo que establece de forma específica la actuación profesional.
- Falta de técnica médica en el diagnóstico y terapia; se refiere a adoptar medidas o tratamientos sin la consulta, sin exámenes previos, ninguna o mala utilización del instrumental médico, nula consideración de eventualidades por las características del paciente, falta de la valoración en el diagnóstico. Cabe mencionar que es obligación del médico, informar de todas las alternativas de tratamiento y brindar por lo menos las indispensables.

¹⁴⁸ En el Ecuador el 7 de Agosto de 1992 se publicó mediante el Registro Oficial N.- 5 y bajo el Acuerdo Ministerial N.- 146600, el Código de Ética Médica, mediante este instrumento se regula y controla las actuaciones profesionales de la medicina.

- Faltas en el post tratamiento. Luego de un diagnóstico y procedimiento el médico debe proseguir con la valoración al paciente, para evaluar el resultado y de ser necesario buscar otra alternativa.¹⁴⁹

La responsabilidad profesional se centra en cuatro aspectos:

- **El secreto profesional.-** La reserva y discreción son dos principios de la ética profesional¹⁵⁰. Solo los usuarios y su médico pueden tener acceso a la información al respecto, cuyos archivos se encuentran a cargo y responsabilidad del médico tratante. Cuando se utilicen centros de fertilidad o de planificación familiar estos deben mantener expedientes secretos de cada paciente y mantener el anonimato de los donadores. Dicho expediente según varios autores puede ser conocido por el niño concebido, en caso existir enfermedades congénitas.
- **Responsabilidad profesional.-** La actuación del médico y el personal a su cargo debe realizarse con la mayor diligencia y prolijidad. El médico pudiese ser responsable de daños o patologías que afecten al concebido, siempre que se demuestre causalmente el nexo entre el daño y la patología. Así como también, son responsables contractual y extracontractualmente del manejo de los óvulos y espermatozoides

¹⁴⁹ Serrano Escobar Luis Guillermo. *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica*. Santa Fe de Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2000. pg. 123.

¹⁵⁰ Código de Ética Médica. Art. 66.- El secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la responsabilidad del profesional y la dignidad de la ciencia médica, exigen el secreto. Los médicos tienen el deber de conservar en secreto todo cuanto observen, escuchen o descubran en el ejercicio de su profesión.

restantes. Las lesiones causadas por la mala intervención¹⁵¹ y falta de precauciones dentro el procedimiento, también son responsabilidad del médico. El galeno durante el procedimiento no puede utilizar gametos que puedan transmitir enfermedades graves o incurables o que produzcan malformaciones.

- **Responsabilidad administrativa.-** Responde el médico si ha vulnerado normas sanitarias, procedimentales o de orden público. Se incluyen las prohibiciones expresas de la ley como la clonación, gestación en laboratorio, mezcla de especies, etc.

- La Ley Orgánica de la Salud señala:

- Art. 199.- Corresponde a la autoridad sanitaria nacional la investigación y sanción de la práctica ilegal, negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia en el ejercicio de las profesiones de la salud, sin perjuicio de la acción de la justicia ordinaria.

- **Responsabilidad penal.-** El equipo médico podría ser penalmente responsable, si durante el procedimiento ha existido el uso de la violencia para inseminar artificialmente o actuar sin el consentimiento de las partes. Además los intervinientes pueden incurrir en varios de los delitos tipificados en el Código Penal, como por ejemplo: la sustitución de

¹⁵¹ El médico es responsable objetivamente si no se cuenta con los instrumentos necesarios o se encuentren defectuosos.

menores, sustitución de parto o la usurpación de estado civil, sancionados en el Art.542 del Código Penal, con reclusión de tres a seis años. Además de dichos delitos se podría aplicar los descritos en el Libro II, Título IX, Capítulos I y II, que atentan contra el Estado Civil y la prueba del mismo. La determinación del dolo deberá contener el análisis del consentimiento y voluntad del equipo médico o su conocimiento, por lo cual, la justicia determinará el grado de responsabilidad y la pena aplicable a cada participante. Con la finalidad de confundir la identidad de la madre subrogada con la madre biológica al momento del nacimiento, para facilitar el reconocimiento legal como hijo o hija.

6. CAPÍTULO SEXTO

6.1. Conclusiones y Recomendaciones

La aplicación de instituciones antiguas del derecho para resolver problemas nuevos como la Maternidad Subrogada produce soluciones confusas, por lo cual nace la necesidad de una regulación legislativa apta para los casos de maternidad subrogada gestacional. Imperiosamente se requiere la intervención de Estado en la voluntad, previniendo situaciones y estableciendo normas y principios, para evitar la vulneración de derechos, sin detener el ejercicio de la procreación; resguardando el interés y bienestar de los intervinientes, cautelando los valores culturales y evitando esta práctica al margen de la ley. A pesar que la norma jurídica no puede regular todas las circunstancias sociales debería abarcar lo imprescindible para poder controlar a la sociedad.

Después del análisis pedagógico es fácil identificar el problema, el vacío legal en ésta materia constituye un peligro; la legislación ecuatoriana debería regular las nuevas realidades y sus consecuencias, por lo que es conveniente exponer en forma de conclusiones los criterios básicos para un futuro estatuto legal.

1. El posible proyecto legislativo debería comenzar estableciendo una definición, en la cual sería conveniente considerar a la maternidad subrogada gestacional como un procedimiento científico-médico que implanta en una mujer, ajena a la pareja que procrea, el embrión fecundado proveniente de un matrimonio o unión

de hecho legalmente reconocida, cuyos miembros aportarían toda la carga genética necesaria para tal embrión.

2. La regulación legal debería tener como objeto y principios, el respeto a la dignidad y la integridad física y psíquica de las personas, que accedan a la maternidad subrogada. De forma concordante con la Constitución, la dignidad humana y el interés superior del niño o niña deberían ser ejes fundamentales para éste proyecto de ley, debido a la trascendencia e implicaciones de los conflictos nacidos de las relaciones contractuales de subrogación.
3. La finalidad de la maternidad subrogada gestacional sería ayudar a mujeres casadas o en unión de hecho estable y monogámicas, con capacidad plena, que sufran de contraindicaciones médicas probadas, que imposibilitan la gestación en su propio útero. Mientras que el padre será un hombre legalmente capaz, quien haya aportado el espermatozoide y posea vínculo del matrimonio con la mujer de pareja o forme parte de la unión de hecho estable y monogámica legalmente reconocida.
4. La posible Ley de la Maternidad Subrogada se obligaría a proteger el ejercicio del Derecho a la Libre Elección, mediante la determinación de una libertad reproductiva, ejercido activamente por quienes padezcan de infertilidad o esterilidad, imposibilitando el embarazo exitoso. Conllevaría además una prohibición de intromisión al Estado en decisiones de pareja, porque estarían

basadas en la libertad privada de contratar y en la obligación del Estado de promover el acceso seguro a los medios de reproducción.

5. El proyecto de Ley al respecto del Derecho a la Procreación debería garantizar el acceso seguro y con garantías a las Técnicas de Reproducción Asistida, en especial a la fecundación in vitro y sus variantes homólogas, para quienes no puedan tener un embarazo exitoso. Además los sujetos activos, en ejercicio de los Derechos Sexuales y Reproductivos pueden exigir su cumplimiento, basado en la conservación del ser humano. El proyecto debería garantizar la existencia e identidad del que está por nacer bajo la Maternidad Subrogada Gestacional, ya que no se podría negar su existencia o declarar su nulidad, de ahí la trascendencia de una ley al respecto.
6. En la posible Ley de Maternidad Subrogada para garantizar el Derecho a la Intimidad Personal y Familiar sería conveniente que la norma provea de protección a las personas que han de intervenir, dotando de privacidad al proceso para evitar un escrutinio público. Contemplaría una prohibición de divulgación de información, con la finalidad de precautelar la identidad y la honra de quienes accedan a la Maternidad Subrogada Gestacional.
7. Respecto a la Libertad de Ciencia y la Investigación Científica, el proyecto de ley debería promover en los profesionales de la medicina la investigación para la

búsqueda de innovaciones en la Maternidad Subrogada. Así como también, garantizar el goce de los beneficios que resulten de dichas innovaciones.

8. Durante el proceso no se podría vulnerar el ordenamiento jurídico, la Maternidad Subrogada Gestacional no podría contravenir las normas preestablecidas como la prohibición penal al aborto y la manipulación genética, la sustitución de identidad, ni la sustitución de parto.
9. La madre sustituta por disposición legal, gozaría de los beneficios como persona vulnerable, por su embarazo a pesar de no ser madre biológica del feto. La intención de la este proyecto sería precautelar la integridad y el desarrollo del nasciturus.
10. Al ser un proceso científico, el proyecto debería establecer como requisito la supervisión de uno o varios profesionales, primordialmente de la medicina y la psicología; miembros capacitados al respecto y aptos para ofrecer sus servicios, los mismos que serían los encargados y responsables de precautelar la integridad física y psicológica de la madre subrogada, padres biológicos y principalmente del niño o niña por nacer. Bajo su consideración y buen desempeño profesional, determinarían los exámenes previos que se requerían para un acuerdo idóneo y viable de maternidad subrogada gestacional; así como también, la obtención del consentimiento informado. Dichos documentos y certificaciones serían supervisados por el notario, al momento de la suscripción del Contrato de Maternidad Subrogada.

11. Después del análisis doctrinario de las características que debe reunir la madre subrogada, para el desarrollo adecuado del feto, la posible ley debería valorar el establecimiento de requisitos, considerando como por ejemplo: el estado civil de la madre subrogada, en un primer caso la mujer soltera y sin hijos, por su estado civil evitaría posibles complicaciones con la presunción de hijo del matrimonio, que se encuentra contenida Art. 233 del Código Civil. Doctrinariamente se discute si se debería considerar a la mujer con hijos, casada o no, como una candidata idónea para la maternidad subrogada, en el caso afirmativo, se debería determinar que ésta no tuviese hijos menores a cinco años a su cargo, con la finalidad del debido cuidado al embarazo. Si la madre subrogada fuese casada la ley debería ordenar al marido realizar una declaración expresa de no ser padre del “hijo” y un compromiso para no romper con las reglas básicas del procedimiento. Además la madre subrogada debería ser capaz, para contratar. En el Ecuador se adquiere la capacidad de ejercicio a los 18 años de edad, por lo cual ésta edad ya será habilitante para suscribir acuerdos de subrogación, ya que la mujer puede gobernarse por sí misma y contraer obligaciones. En indispensable, por la seguridad de los contratantes que la madre sustituta tenga un domicilio estable.

12. Como uno de los procedimientos previos, la madre receptora o subrogada debería gozar de buena salud física y mental, para el óptimo desarrollo del feto y evitar complicaciones que pongan en riesgo su vida o la del nasciturus. El o los profesionales a cargo de la Maternidad Subrogada Gestacional, por mandato de

la futura ley al respecto, serían quienes certifiquen la idoneidad de la madre portadora para someterse al proceso. Para normar la actuación de los profesionales, están supletoriamente los códigos deontológicos correspondientes.

13. El equipo científico a cargo de dicho procedimiento debería estar registrado y autorizado para brindar asesoramiento en el proceso de gestación subrogada, ellos serían responsables de brindar toda la información requerida y por el personal a su cargo. Dichos profesionales estarían totalmente prohibidos de actuar sin el consentimiento informado previo de todos los contratantes. Además de ser respetuosos del Código de Ética Médica, en especial del secreto profesional y las leyes ecuatorianas.
14. Para el procedimiento, la ley debería determinar como la técnica más adecuada la fecundación In Vitro con sus diferentes variantes. Siempre que dichas técnicas sean homólogas para identificar perfectamente a los padres del embrión. Los establecimientos acreditados para llevar a cabo dicho procedimiento, deberían tener la infraestructura necesaria, pública o privada para prestar este servicio de salud; bajo la supervisión y control de una autoridad pública de salud, encargada de sancionar a los profesionales en caso de requerirlo. Función que se atribuiría a través de la ley de esta materia.
15. Los ciclos del FIV deberían hacerse siempre y cuando los progenitores estén vivos. En caso de muerte durante el proceso, de uno de los padres contratantes el

otro asumirá la responsabilidad y no se podrá alegar ésta excusa como motivo para el incumplimiento del contrato, de igual forma con los hijos póstumos. En caso de fallecimiento de ambos padres se debería en el contrato establecer un tutor para dicha cuestión y seguir con las reglas sucesorias civiles. Serán normas supletorias el Código Civil Ecuatoriano, Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Penal.

16. La ley debería regular o permitir el libre convenio de la remuneración de la subrogación gestacional, siempre considerando que su iniciativa será la intención de ayuda. Claro está que los gastos producidos por el procedimiento, estarían a cargo de la pareja contratante.
17. El parto constituye un momento esencial y determinante en la subrogación gestacional, el proyecto de ley consideraría de forma expresa la presencia de los padres biológicos en el alumbramiento, para constatar el cumplimiento del acuerdo y el desempeño del equipo médico, además de recibir a su hijo o hija, garantizando así, su nacimiento y la identidad desde el inicio de la vida.
18. Una vez nacido el niño o niña y en caso de conflicto, la madre subrogada podría demandar civilmente a los padres: por el abandono de la criatura o si a causa del embarazo sufriese de alguna patología comprobable. Mientras que la negativa a la entrega del nacido, los padres biológicos podrían exigir legalmente el cumplimiento del convenio; para lo cual se debería crear un procedimiento

especial y breve que permita, basado en la identidad biológica del niño, entregarlo a sus padres. Ante el juez que la ley declare como competente, bastaría la presentación del convenio suscrito entre las partes y la prueba de ADN, para que ordene la recuperación y entrega del niño o niña a sus padres. En el caso de que la madre subrogada se niegue a realizar dicha prueba, el juez podría presumir la identidad biológica del niño mediante la presentación del acuerdo y las declaraciones del médico o los profesionales encargados. En el caso que el niño o niña sea abandonado por sus padres biológicos se consideraría a éste como apto para la adopción, siempre apegado al trámite establecido en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

19. Pese a que no es materia de este estudio, es importante precisar que la legislatura podría impedir o no, la criopreservación de embriones sin fines reproductivos para los contratantes. En lo personal considero prohibirla, para evitar la comercialización de material genético. Además, un tema aun no definido en la legislación ecuatoriana, que afecta no solo a los contratantes de la subrogación es determinar el número de embriones máximo que pueden fecundarse para cada ciclo de fecundación in vitro.

20. Los intervinientes deberían acordar mediante un contrato sus obligaciones y derechos, que conste indispensablemente en los siguientes términos:

El acuerdo al que llegan las partes, entre la ley y la autoridad tendría la naturaleza de contrato, basado en la libertad de decisión y capacidad de los

contratantes para obligarse. Dicho documento sería solemne y serían los notarios quienes estén acreditados como funcionarios, que dan fe de la buena intención y compromiso de las partes, además de constatar con los requisitos que exija la ley.

21. En tal documento se debería individualizar perfectamente a las personas intervinientes, para lo cual es importante considerar su estado civil y domicilio permanente. Doctrinariamente sería recomendable que el acceso sea permitido para los matrimonios y uniones de hecho reconocidas legalmente; mientras que la madre sustituta debería ser de preferencia soltera, en todo caso sin hijos menores a cinco años y mantenerse así durante el procedimiento, para evitar conflictos jurídicos. Es necesario que la madre sustituta declare no haber recibido anteriormente procesos de fecundación in vitro. Ninguna de las partes podría padecer de una enfermedad toxicológica, alcohólica o dependencia al tabaco. No cabría la representación por mandato o por terceros a nombre de otro.

22. Dentro del documento debería constar todo el cronograma de actividades para llevar adelante el procedimiento. Determinando los médicos titulados y registrados que han de intervenir, también sería necesaria la ubicación geográfica de las partes y el centro médico o clínica donde se realizaría la fertilización in vitro. Al igual que se debería determinar la jurisdicción bajo cuyo territorio se someterán en caso de conflicto. Los costos generados por el tratamiento, embarazo, nacimiento y demás, serían a cargo de la pareja contratante de la madre subrogada.

23. La duración de éste contrato sería, desde la implantación uterina exitosa, hasta el nacimiento y correspondiente entrega del nacido.

24. El contrato de Maternidad Subrogada Gestacional, por naturaleza privado, regularía éste servicio, a través del cumplimiento de requisitos y condiciones que se establecerían en el proyecto de ley. Si el contrato fuese declarado como nulo por alguna causa, esto no eximiría de responsabilidad a los contratantes, generando consecuentemente el pago de indemnizaciones. La declaración de nulidad no podría tener el mismo efecto que la descrita por el Código Civil, por lo que la nulidad sería especial para los contratos de maternidad subrogada y no eximiría de responsabilidad a los contratantes. El proyecto debería considerar las siguientes causas de nulidad:

- Vicios de consentimiento de las partes.
- Verificación de no cumplir con los requisitos establecidos.
- Cláusulas tendientes a infringir los derechos del ser humano, su dignidad o el interés superior del niño.

25. El notario debería como fedatario, verificar los certificados extendidos por el médico tratante que acrediten:

- La imposibilidad física de la madre genética de llevar a término un embarazo.

- Certificación de la salud de la mujer que habrá de gestar el embrión. Contendrá los exámenes que certifiquen que no está embarazada y sea apta para la gestación.
- Haber hecho todos los exámenes necesarios previamente.
- Se presentaría dentro del mismo documento o aparte, el consentimiento informado previo de los tres intervinientes.
- El médico debería exigir los documentos habilitantes de los intervinientes, para revisar si cumplen con los requerimientos legales.
- Constatar junto con los contratantes los domicilios de los intervinientes.
- Dichos certificados conllevarían responsabilidad ética, civil y penal al galeno.

26. El contrato debería contener explícitamente la aceptación de la madre sustituta para someterse a los tratamientos necesarios, dicho consentimiento debería ser informado por un médico, psicólogo y abogado. Finalmente las partes dejarían constancia de lo acordado y se obligarían con su firma y rúbrica.

Convencionalmente las partes podrían acordar cláusulas que no contravengan lo determinado en la futura Ley de Maternidad Subrogada y no atenten contra la dignidad humana y demás derechos del ser humano.

El Ministerio de Salud debería crear y coordinar un registro de los casos de maternidad subrogada gestacional, concatenados con los registros notariales y el conteo de nacimientos por esta técnica, debidamente inscritos en Registro Civil.

De acuerdo a la Constitución y la legislación penal, así como también los tratados internacionales suscritos por el Ecuador, en todo embarazo, incluyendo el subrogado, el aborto sería permitido solo en los casos descritos en el Art. 447 del Código Penal.

7. BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

- Bullard González Alfredo, *Derecho y economía- El análisis económico de las instituciones legales*. Segunda Edición. Lima. Ed. Palkestra. 2010.
- Castellos Gabriela. *Custodia Compartida Coloquio*. Cali Colombia. Editorial CIES.
- Castillo Mario. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Lima. Palestra. 2007.
- Delgado Ana. *La Maternidad subrogada un derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano*. México 2004.
- Edwards Robert y Steptoe Patrick. *Birth after the implantation of human embryo*. The Lancet. Revista. 1978.
- García Javier y Santolaya Pablo. *La Europa de los Derechos El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005.
- Hays Sharon. *Las contradicciones culturales de la maternidad*. Traducido por Cristina Piña. Barcelona. Taurus. 1996.
- Lima Francisco. *Bioética y Bioderecho*. México. Grupo de Pesquisa y Estudios de Bioética y Bioderecho. Universidad Federal del Espíritu Santo. 2005.
- Martínez Mónica. *I Coloquio de los Estudiantes de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Artículo: Los Derechos Del Niño: Entre la Ley y la Ciencia*. Lima. 1993.
- Martínez, Pereda, Rodríguez. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*. Madrid. Dyckinson, 1994.
- Merlyn Sonia, *Derecho y Reproducción Asistida Retrato de la evolución médica y sus perspectivas legales en Ecuador*. Quito Editorial Jurídica Cevallos. 2006.

- Moro Almaraz. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial la Fecundación "in vitro"*. Barcelona España. 1988.
- Rabinovich Ricardo. *Actos Jurídicos y Documentos Biomédicos*. Buenos Aires.- Argentina. Ed. La Ley. 2004.
- Serrano Escobar Luis Guillermo, *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Santa Fe de Bogotá, 2000, pg. 123.Spindel Elizabeth.
- Varsi Enrique. *Derecho Genético Principios Generales*. Tercera Edición. Lima. Editorial San Marcos. 1998.
- Vidal Jaime. *Las nuevas formas de Reproducción Humana Estudio desde la Perspectiva del derecho civil español*. Madrid, Civitas, 1988.
- Weingarten Celia. *Daños. Medio Ambiente. Salud. Familia. Derechos Humanos*. Buenos Aires-Argentina. Rubinzal-Culzoni Ediciones.2007.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

- Alma Arámbula. Maternidad Subrogada. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>
- Biopsia de endometrio. Disponible en la dirección electrónica: <http://healthlibrary.epnet.com/GetContent.aspx?token=0a1af489-5b4c-4f2d-978e-3930be13b1f6&chunkiid=103888>
- Boletín de la Academia Chilena de Medicina N° XLIV. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.institutodechile.cl/medicina/publicaciones/iac7888%20-%20boletin%20de%20la%20academia%20de%20medicina.pdf>
- Código de Rey Hammurabi. Ley 144, 145, 146, 147. Disponible en la Dirección electrónica: www2.uah.es/histant/Hammurabi.
- Comisión Internacional de Juristas. Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Disponible en la

Dirección electrónica: <http://www.icj.org/dwn/database/PG4-SOGI-Spanish-ElecDist.pdf>

- Consagración para La Doctrina de la Fe. Donum Vitae, Sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación. Disponible en la Dirección electrónica: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.htm.
- El informe Warnock. Disponible en la Dirección electrónica: <http://mda.una.edu.ve/UserFiles/file/informe-warnock.pdf>.
- Entrevista al Dr. Alfredo Bullard González. Disponible en la Dirección electrónica: <http://youtube.com/watch?v=qTAN8KD5rjI>.
- Frances. Equatorial In Vitro: Reproductive Medicine and Modernity in Ecuador. EEUU. University of California, Berkeley, 2006.
- Gregorio Marañón. Publicado por Anthos. Ensayo Biológico Sobre Enrique IV de Castilla y su Tiempo. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.hislibris.com/ensayo-biologico-sobre-enrique-iv-de-castilla-y-su-tiempo-%E2%80%93-gregorio-maranon/>.
- Histerosalpingografía. Disponible en la Dirección electrónica: <http://personales.mundivia.es/vicen/.htm>.
- History of Surrogacy. Disponible en la dirección: <http://www.information-on-surrogacy.com/history-of-surrogacy.html>.
- Hurtado Xavier. El derecho a la Vida Y la muerte?. Segunda Edición. México. 2000.
- Infertilidad. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.yalemedicalgroup.org/stw/Page.asp?PageID=STW025546>
- Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>.

- José García. Derecho a la Intimidad personal y Familiar. Disponible en la Dirección electrónica: www.derechoecuador.com.ec.
- Laparoscopía tubo peritoneal. Disponible en la Dirección electrónica: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/vol52_n2/pdf/A07V52N2.pdf.
- María Cano. Breve Aproximación en Torno a la Problemática de la Maternidad Subrogada. Disponible en la Dirección: <http://www.revistapersona.com.ar/>.
- Mayorga Giovani. La Realidad Vista Desde la Perspectiva Del Derecho Genético. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona73/73Criollo.htm>.
- Noris Vargas. The American Surrogacy Center. Vientre De Alquiler. Disponible en la Dirección electrónica: www.slideshare.net/30326414/vientre-de-alquiler - Estados Unidos
- Proyecto Genoma Humano. Disponible en la Dirección electrónica: <http://es.wikipedia.org/wiki>.
- Real Academia de la Lengua. DRAE. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.rae.es/rae.html>.
- Varios. Journal of Juvenile Justice Volume 1. Disponible en la Dirección electrónica: <http://www.journalofjuvjustice.org/>.

LEGISLACIÓN

- Código Civil Brasileño. 2003.
- Código Civil Chileno. Texto Conforme a la Ley N.- 19587.
- Código Civil de la Republica Argentina. Texto conforme ley 24.540.
- Código Civil Ecuatoriano Vigente.
- Código de Ética Médica Ecuatoriano.
- Código Penal Ecuatoriano Vigente.

- Constitución Ecuatoriana Vigente. 2008.
- La Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. Ecuador Vigente.
- Ley Orgánica de la Salud. Ecuador. Vigente.

8. ANEXOS

8.1. ANEXO 1. ENTREVISTA AL DR. FARITH SIMON CAMPAÑA¹⁵²

1. ¿Considera necesario el acceso a la maternidad subrogada?

Después de discutir la necesidad, conveniencia y moralidad; considero que el tema de la procreación y los impedimentos biológicos de no tener hijos, además de las necesidades afectivas individuales, hacen que la Maternidad Subrogada sea una salida utilizando el material genético propio, por lo cual es necesario regularlo; claro que después vienen las discusiones de la licitud del negocio jurídico.

Por ejemplo las personas que desean adoptar a un niño que no posee vínculo biológico, la maternidad subrogada puede ser una figura jurídica que permita tener un hijo biológico con una madre de embarazo.

2. ¿Qué alcance tiene la ley para los casos de la maternidad subrogada gestacional?

Actualmente el contrato o acuerdo está fuera del ordenamiento jurídico, pero el tema (MSG) cabe dentro del concepto amplio del negocio jurídico, de igual manera que sucede con la donación de órganos, actualmente se contempla la donación de órganos entre parientes. Encuentro las motivaciones suficientes para el pacto de Maternidad Subrogada Gestacional, porque si se puede negociar jurídicamente.

¹⁵² Doctor en Jurisprudencia, Universidad Católica Ecuador. Abogado, Universidad Católica Ecuador. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Ecuador. Maestría en Derechos de la Infancia y Adolescencia en la Universidad Internacional de Andalucía (c). Estudios de doctorado en "Nuevas tendencias del Derecho Civil" por la Universidad de Salamanca.

3. ¿Según la legislación ecuatoriana la maternidad subrogada sería considerada como manipulación genética?

El sentido de la regla es una prohibición a modificar la información genética de la persona, no al hecho científico de unir el material genético, si el proceso de intercambio no se da, no se puede dar. La maternidad subrogada no es procedimiento experimental, ni modifica la información genética, sino simplemente es facilitar la concepción extracorpóreamente. Hay que definir bien el termino manipulación y se dará cuenta que la subrogación no entra dentro de esta definición; porque no se modifica la información genética.

4. ¿Considera el mal llamado “alquiler del vientre” como un contrato exigible judicialmente?

Con la legislación actual el contrato o acuerdo escrito que tengan las partes no es jurídicamente exigible, simplemente sirve como un mecanismo de prueba, lo que haría es disputar la maternidad a través de la acción de impugnación de maternidad disputada.

5. ¿Considera suficiente la legislación actual para resolver los conflictos producidos por la maternidad subrogada gestacional?

Se podría tomar o considerar el derecho que ya esta modelado, como la Ley de Trasplante de Órganos que acepta la donación de órganos entre parientes, que marca la una apertura para aceptar una maternidad subrogada. Para tal es necesaria la reforma legal de dos reglas, la fijación de la maternidad y dentro de ésta el nacimiento como prueba de la filiación materna, y añadir una excepción a la regla, que permita reconocer

como hijo cuando exista previamente un acuerdo de voluntades a través del cual se pacte la maternidad subrogada y que el embarazo sea consecuencia de tal acuerdo. Claro que también se debe considerar la concepción homóloga que conlleva también identidad biológica, que jurisprudencialmente ha sido reiterada en predominar el vínculo biológico y sea prueba suficiente de la filiación. Lo que se requiere es ampliar la legitimación activa para demandar.

6. ¿En caso de regular la maternidad subrogada gestacional usted recomendaría un procedimiento similar a la adopción?

No, porque no cabe, debido a que la identidad es biológica y no tiene aun una identidad social ni jurídica, porque no está inscrito. Es un proceso diferente, se debería darle un tratamiento simplificado y privado. Dicho proceso ya cuenta con etapas previas, que aseguran a las partes el fiel cumplimiento del acuerdo.

7. ¿Quiénes deberían ser sujetos idóneos para la maternidad subrogada gestacional?

Para la maternidad subrogada se deberían asimilar los mismos sujetos idóneos para la adopción; pero en la teoría de la maternidad subrogada gestacional si deberían ser los matrimonios y uniones de hecho.

8. ¿Considera posible otorgarle derechos a madre sustituta sobre el niño (a) después del parto?

Debe ser una solución definitiva, al momento de parto se debe entregar el niño o niña. Pero de debería crear un periodo de maternidad especial y en la hipótesis de que sea es homólogo, marca una diferencia entre la madre gestante y los padres biológicos, no hay necesidad de otorgarle derechos a quien no los tiene, la maternidad subrogada gestacional facilita el control por la identidad genética. Además que todo debe estar pactado previamente al procedimiento.

9. ¿Por la maternidad subrogada gestacional cree que se debería pagar un precio?

Siguiendo la lógica de la legislación, no se puede pagar pero si se puede cubrir los costos que conlleve el embarazo y es una obligación de los contratantes. Aunque la visión realista debería ser que se pague o remunerar a la madre subrogada.

10. ¿En caso de que las partes se arrepintieran durante la gestación, el aborto sería una opción para la madre sustituta?

En la legislación ecuatoriana actualmente no se puede recurrir al aborto, salvo en dos casos, cuando sea terapéutico o eugenésico. La actual constitución con su redacción, tarde o temprano se podrán despenalizar nuevas formas de aborto. Personalmente estoy de acuerdo al aborto en ciertas circunstancias obvias y lógicas por ejemplo: violación, enfermedad grave, inviabilidad del producto del embarazo. Pero en este caso no permitiría el aborto, salvo una causa que afecte la salud mental o física de la madre sustituta.

Hay un tema necesario que es la preparación previa y el consentimiento de las partes, por lo que sería raro y extremo llegar a ese punto.

11. ¿En caso de incumplimiento, después del parto cómo se debería regular jurídicamente?

Personalmente para la Maternidad Subrogada Gestacional haría una cosa más sencilla, de existir un conflicto: se debe verificar el acuerdo de voluntades y a la negativa de entrega del niño al momento del parto. El juez o la autoridad competente deberá inmediatamente ordenar la práctica del examen de ADN y en función de dichos resultados se fijará la filiación. En el caso de que la madre sustituta se niegue o no asista a realizarse el examen de ADN, se presumirá que los contratantes serán los padres, en lo posible durante una audiencia. Además se deberá ordenar la inscripción en el Registro Civil y a la Policía la recuperación del infante.

12. ¿Considera ético y legal continuar con la maternidad subrogada gestacional, después de la muerte de uno de los padres?

Se debe seguir exactamente las mismas reglas que las del hijo póstumo, desde el acuerdo y el examen del ADN; siempre y cuando el sistema ecuatoriano se base en la identidad biológica. Además el padre o madre fallecido ha convenido voluntariamente a la celebración y ejecución de la maternidad subrogada gestacional, la muerte de uno de ellos no cambia la situación. El convenio y el ADN son prueba suficiente de la voluntad del fallecido.

Claro que el documento debería estar dotado de alguna formalidad o solemnidad, que acredite la existencia y validez del documento.

13. ¿Considera necesario la intervención estatal en los convenios de maternidad subrogada?

Los lugares y médicos en que se realice (MSG) deberían estar acreditados por una institución pública y para ello se considerará estándares de la protección a los intervinientes. El médico debe verificar la información y seguridad. El Estado solo debe meterse en caso de un conflicto. En sí el proceso debe mantenerse muy privado.

8.2. ANEXO 2. ENTREVISTA AL DR. IVAN VALENCIA¹⁵³

1. ¿Qué visión tiene Ud. de la maternidad subrogada gestacional en el Ecuador?

Primero el término maternidad subrogada gestacional resulta redundante, porque la maternidad ya supone la gestación, teóricamente se la conoce como la maternidad sustituta, vientre de alquiler, maternidad subrogada, pero personalmente prefiero la terminología práctica, que le ha dado la legislación brasileña llamándola: adopción temporal del útero. Pues se la considera la gestación de un hijo en el vientre de otra mujer. Aquí en el Ecuador no hay una prohibición respecto al tema; por lo cual, no se la puede juzgar como buena o mala, sino que depende de las personas que intervienen en este proceso.

2. ¿Alguna institución los certifica?

Al CEMEFES, centro que dirijo lo califica y regula un Organismo Internacional de Reproducción Asistida en América Latina. De dicho organismo soy socio fundador y me encuentro acreditado, por lo cual sigo sus lineamientos para el ejercicio de la profesión. Esta clínica cuenta como la primera en el Ecuador (1983) con crear un banco de semen y actualmente estamos a la vanguardia con la criopreservación, vitrificación de óvulos, etc.

¹⁵³ Doctor especialista en Ginecología y Obstetricia. Universidad Nacional Autónoma de México y Hospital Español. Profesor de Ginecología e Infertilidad del Curso de Post-Grado de la Universidad Central.

3. ¿A qué personas o parejas Ud. podría realizar la maternidad subrogada gestacional?

Acá acuden todo tipo de personas que solicitan la adopción temporal del útero, pero no todos o todas son aptos para este procedimiento. Como médico ético es conveniente aceptar a las parejas que sean más estables y ofrezcan mayor seguridad al niño o niña que viene al mundo; porque es una decisión importante y trascendente. Entendiendo a la pareja como a una unidad indisoluble.

4. ¿Cuál sería el procedimiento?

Las Técnica de Reproducción Asistida es la rama más avanzada de la medicina, anteriormente resultaba muy complicada la sincronización de los ciclos menstruales de las mujeres, pero gracias a éstas técnicas se ha vuelto más fácil; por la concepción extracorpórea, es decir de laboratorio y posteriormente la implantación.

5. ¿Contempla el procedimiento una remuneración para la madre sustituta?

En los pocos casos que la tenido éste centro, las parejas aceptadas para la adopción temporal del útero deben traer a la persona, que ellos consideren apta y esté de acuerdo con esto. Muchas veces hay problemas con la receptora porque, particularmente de mi experiencia, puedo decirle que éstas abusan de los padres durante el embarazo, porque solicitan cantidades, cada vez más y más de dinero para no interrumpir el embarazo. Una pareja por dicho abuso no pago los gastos y una mujer inescrupulosa se practicó un aborto. Por lo general son personas de bajos recursos y con necesidades.

6. ¿Considera qué habría una manipulación del embrión en la maternidad subrogada gestacional?

Aquí en el Ecuador, está mal entendido el tema de la manipulación, porque es estos procedimientos no existe modificación o alteración genética sino simplemente se facilita la concepción y gestación.

7. ¿Considera necesaria la regulación legal de la maternidad subrogada?

Es lamentable la calidad de legisladores que hay en éste país, por lo que no creo que la regulación solucione el verdadero problema de las personas que acuden por la adopción temporal de útero.