



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

**“La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los
intervinientes”**

**Trabajo de Titulación para optar al título de ABOGADA DE LOS
TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

Autor:

Tatiana Mishell Leiva Torres

Tutor:

Dr. Fernando Patricio Peñafiel Rodríguez

Riobamba, Ecuador. 2023

DERECHOS DE AUTORÍA

Yo, Tatiana Mishell Leiva Torres, con cédula de ciudadanía 0704404524, autora del trabajo de investigación titulado: "La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes", certifico que la producción, ideas, opiniones, criterios, contenidos y conclusiones expuestas son de mí exclusiva responsabilidad.

Asimismo, cedo a la Universidad Nacional de Chimborazo, en forma no exclusiva, los derechos para su uso, comunicación pública, distribución, divulgación y/o reproducción total o parcial, por medio físico o digital; en esta cesión se entiende que el cesionario no podrá obtener beneficios económicos. La posible reclamación de terceros respecto de los derechos de autor (a) de la obra referida, será de mi entera responsabilidad; librando a la Universidad Nacional de Chimborazo de posibles obligaciones.

En Riobamba, 6 de marzo de 2023



Tatiana Mishell Leiva Torres

CI: 0704404524

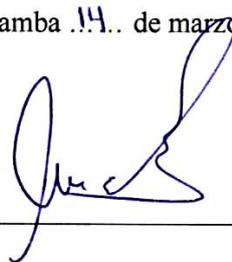
DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR Y MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Quienes suscribimos, catedráticos designados Tutor y Miembros del Tribunal de Grado para la evaluación del trabajo de investigación "**La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes**" presentado por **Tatiana Mishell Leiva Torres**, con cedula de identidad número **0704404524**, certificamos que recomendamos la APROBACIÓN de este con fines de titulación. Previamente se ha asesorado durante el desarrollo, revisado y evaluado el trabajo de investigación escrito y escuchada la sustentación por parte de su autor, no teniendo más nada más que observar.

De conformidad a la normativa aplicable firmamos, en Riobamba **14** de marzo 2023

Dr. Vinicio Mejía Chávez

PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE GRADO



Dr. Orlando Granizo Castillo

MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE GRADO



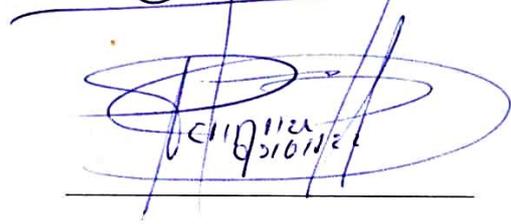
Dr. Hugo Hidalgo Morales

MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE GRADO



Dr. Fernando Peñafiel Rodríguez

TUTOR





Dirección
Académica
VICERRECTORADO ACADÉMICO

en movimiento



UNACH-RGF-01-04-02.20
VERSIÓN 02: 06-09-2021

CERTIFICACIÓN

Que, **LEIVA TORRES TATIANA MISHELL** con CC: **0704404524**, estudiante de la Carrera **DERECHO, NO VIGENTE**, Facultad de **CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS**; ha trabajado bajo mi tutoría el trabajo de investigación titulado "**LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR Y LOS DERECHO DE LOS INTERVINIENTES**", cumple con el N° 9, de acuerdo al reporte del sistema Anti plagio **URKUND**, porcentaje aceptado de acuerdo a la reglamentación institucional, por consiguiente autorizo continuar con el proceso.

Riobamba, 30 de Enero de 2023

Dr. Fernando Peñañiel Rodríguez

TUTOR(A) TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación va dedicado a toda mi familia. Principalmente a mis padres por ser el pilar fundamental para poder lograr tan anhelada meta.

A mis hermanos y cuñada Abg. Omar Leiva, Econ. Stalin Leiva y Abg. Tatiana Castro por su cariño y ser mi ejemplo a seguir.

A mi sobrino Luan David por ser la alegría de mi vida.

A mis colegas y amigos de vida Abg. Carlos Campuzano, Abg. Edison Plaza por creer en mí e impulsarme cuando más lo necesitaba.

Y por último dedico este trabajo a mi mejor amiga Maleni Andrade, por compartir conmigo una de las mejores experiencias de vida y poder cumplir esta meta juntas.

Tatiana Mishell Leiva Torres

AGRADECIMIENTO

A dios por saberme guiar en cada decisión que he tomado a lo largo de mi vida e iluminarme para poder culminar mi carrera universitaria.

A la familia Vásconez Torres por abrirme las puertas de su hogar y acogerme como una hija más.

A cada uno de mis amigos por estar siempre para mi brindándome un consejo, de todo corazón mil gracias

Finalmente, a mi tutor Dr. Fernando Peñafiel y profesores de la Universidad Nacional de Chimborazo quienes, con sus enseñanzas me han convertido en la profesional que hoy soy.

Tatiana Mishell Leiva Torres

ÍNDICE GENERAL

DECLARACIÓN DE AUTORIA	
DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR Y MIEMBROS DEL TRIBUNAL	
CERTIFICADO ANTIPLAGIO	
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
ÍNDICE GENERAL	
ÍNDICE DE TABLAS	
ÍNDICE DE GRÁFICOS	
RESÚMEN	
ABSTRACT	
CAPÍTULO I.....	13
INTRODUCCIÓN.....	13
1.1 Planteamiento del problema.....	16
1.2 Justificación.....	16
1.3 OBJETIVOS.....	17
1.3.1 Objetivo general.....	17
1.3.2 Objetivos específicos.....	17
CAPÍTULO II.....	18
MARCO TEÓRICO.....	18
2.1 ESTADO DEL ARTE.....	18
2.2 ASPECTOS TEÓRICOS.....	20
2.2.1 UNIDAD I: CONCEPTOS, CARACTERÍSTICAS, PROCEDIMIENTOS Y NORMATIVA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.	20
2.2.1.1 Conceptos y procedimientos de maternidad subrogada.	20
2.2.1.2 Evolución de la maternidad subrogada.....	22
2.2.1.3 La maternidad subrogada en el ámbito civil ecuatoriano.....	24
2.2.1.4 La maternidad subrogada en el derecho penal ecuatoriano.....	26

2.2.2 UNIDAD II: LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.....	27
2.2.2.1 La maternidad subrogada en Latinoamérica.....	27
2.2.2.2 La maternidad subrogada en Europa.....	31
2.2.2.3 La maternidad subrogada en el Derecho Anglosajón.....	37
2.2.3 UNIDAD III: LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	40
2.2.3.1 Realidad de la maternidad subrogada en el Ecuador.....	40
2.2.3.2 Consecuencias jurídicas y sociales de la maternidad subrogada.....	42
2.2.3.3 Determinación de la pertinencia de la realización de reformas legales en la.....	45
legislación ecuatoriana respecto de la maternidad subrogada.....	45
CAPÍTULO III	47
METODOLOGÍA.....	47
3.1 Unidad de análisis	47
3.2 Método de investigación	47
3.3 Enfoque de investigación	47
3.4 Tipo de investigación	48
3.5 Diseño de investigación	48
3.6 Población y muestra	48
3.7 Técnicas e instrumentos de investigación	49
3.8 Técnicas para el tratamiento de información	50
CAPÍTULO IV.....	52
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	52
CONCLUSIONES	72
RECOMENDACIONES.....	73
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	74
ANEXOS	79

ÍNDICE DE TABLA DE ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

TABLA NO.1	52
TABLA NO. 2	53
TABLA NO. 3	54
TABLA NO. 4	55
TABLA NO.5	56
TABLA NO.6	57
TABLA NO.7	58
TABLA NO.8	59
TABLA NO.9	60
TABLA NO. 10	61

ÍNDICE DE TABLA DE PAREJAS CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD

TABLA NO.1	62
TABLA NO. 2	63
TABLA NO. 3	64
TABLA NO. 3	64
TABLA NO. 4	65
TABLA NO. 5	66
TABLA NO. 6	67
TABLA NO.7	68
TABLA NO. 8	69

TABLA DE GRÁFICOS DE ENCUESTA A ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

FIGURA NO 1.....	52
FIGURA NO.2.....	53
FIGURA NO. 3.....	54
FIGURA NO. 4.....	55
FIGURA NO.5.....	56
FIGURA NO.6.....	57
FIGURA NO.7.....	58
FIGURA NO.8.....	59
FIGURA NO. 9.....	60
FIGURA NO. 10.....	61

TABLA DE GRÁFICOS DE ENCUESTA A PAREJAS CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD

FIGURA NO.1.....	62
FIGURA NO. 2.....	63
FIGURA NO. 3.....	64
FIGURA NO. 4.....	65
FIGURA NO. 5.....	66
FIGURA NO. 6.....	67
FIGURA NO. 7.....	68
FIGURA NO. 8.....	69

RESÚMEN

La presente investigación tiene por objetivo realizar un análisis jurídico y doctrinario de la maternidad subrogada y el derecho de los intervinientes en el Ecuador, de tal manera que abarcará temas relativos al vientre de alquiler, fecundación humana y reproducción humana asistida, por lo que el presente trabajo comprenderá tres unidades para una mejor comprensión, en tal sentido que:

En la primera unidad se abordará los conceptos, características, procedimientos y todo lo referente a la normativa relacionada a la maternidad subrogada constante en la Constitución de la República del Ecuador

En la segunda unidad se analizará la maternidad subrogada en el derecho comparado teniendo como punto de partida a países de Latinoamérica como de Europa, información que nos servirá para conocer la realidad jurídica que maneja cada país referente a este tema.

En la unidad tres se determinará la pertinencia de la realización de reformas legales en la legislación ecuatoriana debido al gran retraso que existe en el país frente a las nuevas técnicas de reproducción asistida que se desarrollan.

Con los resultados obtenidos se podrá evidenciar la urgencia de legislar esta problemática puesto que en la actualidad es una práctica que se está llevando en nuestro país de manera clandestina debido a la carencia de normativa que existe, en la que establezcan los límites que se debe de llevar a cabo.

Palabras claves: Alquiler, maternidad, subrogación, técnicas, madre, niño, vientre, derechos.

ABSTRACT

The aim of this research is to carry out a legal and doctrinal analysis of surrogate maternity and the right of the intervention in Ecuador, in such a way that it will cover issues related to rental belly, human fertilization and assisted human reproduction, so that the present work will comprise three units for a better understanding, in such a sense that:

The first unit will address the concepts, characteristics, procedures and everything related to regulations related to surrogate maternity in the Constitution of the Republic of Ecuador.

In the second unit we will analyze surrogate maternity in comparative law taking as a starting point Latin American countries as of Europe, information that will serve us to know the legal reality that each country manages regarding this topic.

Unit three will determine the relevance of the implementation of legal reforms in Ecuadorian legislation due to the great delay that exists in the country compared to the new techniques of assisted reproduction that are developed.

The results obtained will show the urgency of legislating this problem, since it is currently a practice that is being carried out in our country in a clandestine way due to the lack of regulations that exist, in which they establish the limits that must be carried out.

Keywords: Rent, maternity, surrogacy, techniques, mother, child, belly, rights.



Firmado electrónicamente por:

ALISON
TAMARA
VARELA
PUENTE

.....
Revisado por la docente: Alison Tamara Varela
Puente CI: 0606093904

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada implica la gestación en el vientre materno del nasciturus, por un pacto o contrato que en ocasiones se lo hace a cambio de una cantidad pactada, siendo también conocida como “madre subrogante” o “gestación por sustitución”.

El término “maternidad subrogada” fue utilizado por primera vez, a nivel mundial, en los Estados Unidos de Norteamérica, en 1976 por el abogado Noel Kaene (1976) para aplicarlo en la primera agencia de alquiler de vientres, donde se pactaba la gestación de niños previo contrato con parejas interesadas, a las que se cedía después del parto todos los derechos de maternidad y paternidad. En el Ecuador desde 1993 se efectúan estos procesos sin establecerse regulaciones legales que la normen.

Los términos menos adecuados, en este tema, son de “útero o vientre de alquiler” en función a que la gestante por sustitución compromete todo su organismo y no solo los órganos de gestación indicados. La práctica de la maternidad subrogada conlleva implícita el hecho de que la mujer, de manera individual o en pareja, asume ante la ley los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, asumiendo las obligaciones de crianza y cuidado del menor, que las normas civiles le imponen.

Según el Dr. Víctor Manuel Pacheco presidente de la comisión nacional de bioética en salud (2018) “Maternidad subrogada es la práctica por la que una mujer gesta en su cuerpo un bebé previo pacto, compromiso o contrato, que incluye una cláusula de cesión, al término de la gestación, de todos sus derechos sobre el recién nacido”, esa cesión se hará a favor de otras personas, que en ocasiones son parientes consanguíneos, quienes asumirán la paternidad o maternidad del menor.

En el tema de maternidad subrogada, en el ámbito del Derecho Comparado Latinoamericano, cabe anotar lo siguiente:

En Uruguay, la Ley 19.167 permite la gestación subrogada cuando la madre tiene un impedimento médico para gestar un embrión propio.

En México, la gestación subrogada ha sido regulada en los Estados de Tabasco y Sinaloa. En ambos casos, la práctica está permitida cuando la madre pactante padece

imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

En Argentina, no existe una ley que regule la gestación subrogada y hasta ahora ha sido la justicia la que ha fallado varias causas. No obstante, se han presentado varios proyectos de Ley, como el de Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria 5700-D-2016, que consiste en el compromiso que asume una persona llamada gestante, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja sin que exista vínculo de filiación alguno.

Otra iniciativa legal, es la 5759-D-2016 de Gestación por Sustitución, que destaca el carácter no lucrativo o comercial del proceso; así también, el Proyecto de ley 3202-2017 modifica algunos artículos del Código Civil y Comercial argentino, incluyendo la gestación subrogada: mientras que el Proyecto de ley 3765-D-2017, establece la autorización judicial para la gestación por sustitución.

En Brasil, la maternidad subrogada, tampoco ha sido normada por una ley, únicamente, está regulada sólo por la Resolución CFM nº 1.957 / 2010 del Consejo de Medicina Federal, donde señala que la prestación temporal del útero no puede tener carácter rentable o lucrativo, de esta manera establece la maternidad subrogada como una práctica ilegal.

En Colombia, se han presentado proyectos como la Ley Estatuaria, mediante el cual se prohíbe la práctica de maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenirla. Por su parte, el Proyecto de Ley 88 de 2017, señala que el vientre de una mujer, de manera sustituta, podrá utilizarse únicamente ante la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad por razones médicas.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 361, determina que el Estado ejercerá la rectoría del sistema de salud y que normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con esta área; sin embargo, en el tema de la maternidad subrogada no ha expedido normativa alguna.

En el Ecuador, al respecto, existe el mandato constitucional del numeral 6 del artículo 363 que ordena al Estado tomar cartas en el asunto para la prevención y tratamiento de patologías que afectan la salud reproductiva de las personas, como es la

infertilidad cuando señala lo siguiente: “El Estado será responsable de“...Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto” Constitución del Ecuador (2008).

En el Código Orgánico Integral Penal (COIP) no existe tipificación específica que sancione a la maternidad subrogada.

Es importante señalar que, la infertilidad en las parejas es un asunto que afecta al campo familiar y social de las mismas que ven frustrado su deseo de procrear; razón por la cual, en ocasiones, deciden optar por la figura de la maternidad subrogada, de manera clandestina porque no existen normas legales que regulen.

La sociedad y el Derecho en general son transformados por los adelantos de la ciencia y la tecnología, es notorio que no sólo el quehacer jurídico es trastocado por los descubrimientos de la ciencia, sino también instituciones como la familia, las normas de convivencia social, entre otras instituciones jurídicas. Las concepciones tradicionales como paternidad, filiación, maternidad deben reconsiderarse frente a estos fenómenos médicos.

A lo largo de los años, el tema de infertilidad ha hecho que la ciencia médica busque solucionarla; sin embargo, en muchos casos, no lo logra a pesar de los adelantos tecnológicos y de la importancia que tiene.

En el ámbito legal y en la doctrina diversos órganos gubernamentales y profesionales del derecho, alrededor del mundo, han manifestado el interés de elevar la infertilidad a una problemática emergente de salud pública, que de manera prioritaria debe ser abordada en el ámbito jurídico

Según el Ministerio de Salud, la infertilidad ha dado lugar a la presencia de técnicas de reproducción humana en parejas que buscan procrear como son la fecundación in vitro y la inseminación artificial.

La infertilidad, indudablemente, trastoca la tradicional figura de la maternidad, disociándola debido a la presencia de una madre que busca adquirir dicho estatus sin gestar ni parir un niño. Adicionalmente se adhiere a esta extraña situación una madre gestante y en algunos casos otra biológica siendo la maternidad “compartida” por más de una mujer.

De tal manera que vincula derechos fundamentales de los menores, como: la vida, la no discriminación, derecho de identidad, derecho de filiación, mismos que se encuentran consagrados en nuestra Constitución del Ecuador, Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político.

1.1 Planteamiento del problema

Sin duda, los adelantos científicos y tecnológicos ocasionan reformas a las normas del Derecho, una vez que han probado su eficacia en la solución a problemas médicos y sociales; sin embargo, en el ámbito de la infertilidad no se encuentra soluciones en muchos casos; por ello, la maternidad subrogada, que es una realidad palpable en el Ecuador, debe conducir a un análisis dentro del ámbito legal, como lo han hecho otros países a fin de buscar soluciones a este problema.

Para nuestra sociedad la estabilidad de la familia constituye la base de la estructura social, y el tener descendencia contribuye a lograrla, siendo, además, uno de los objetivos de una pareja el tener una descendencia que continúe con su legado familiar y patrimonial, y cuando esto no se logra, pese al avance de la ciencia, las personas ven en la maternidad subrogada una solución a este problema, generando una serie de controversias que el tema provoca haciendo que se enfrenten varios criterios de juristas y médicos legistas, en donde están presentes convicciones sociales, religiosas, bioéticas, jurídicas, posibles necesidades emocionales por un lado y económicas por otro.

En el Ecuador, respecto a la maternidad subrogada o vientre de alquiler, la carencia de una legislación positiva, ocasiona su práctica clandestina, lo que implica la generación de conflictos de orden jurídico.

La maternidad subrogada origina una serie de repercusiones sociales y jurídicas que pueden incidir en los derechos de la madre que presta o alquila su vientre, en la persona o personas que encargan dicha maternidad o en el menor que nace fruto de ese “contrato”; razón por la cual, la academia debe aportar con sus investigaciones a fin de poner claridad jurídica en este importante tema social.

1.2 Justificación

El presente tema es importante de realizar por cuanto se intenta demostrar la ausencia de normativa que existe en nuestro país con el tema de la maternidad

subrogada, al ser considerado un problema social, que tiene repercusiones no solo en nuestra sociedad sino a nivel mundial.

La pertinencia de desarrollar la investigación radica en la necesidad de regular la maternidad subrogada en nuestra legislación ecuatoriana puesto que es una realidad palpable que se vive día a día, y al no existir una regularización adecuada, permite que se ponga en juego los derechos de las partes que intervienen en este proceso, por un lado, el derecho de las personas a tener una familia y a poder acceder a tecnologías reproductivas y por otro lado el derecho de las mujeres a que se cuide su integridad, su vida y su salud.

La investigación es de interés, puesto que ha sido un tema que se ha tratado en la Asamblea Nacional y que inclusive existió un proyecto de ley, sin embargo, hasta la actualidad no se ha podido regular mediante el Código Orgánico de Salud, dejando en duda cuales son las causas para que nuestro país no se legisle esta nueva técnica de reproducción asistida.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo general

Determinar, a través de un análisis jurídico, doctrinario, en el ámbito nacional y en el Derecho Comparado, la pertinencia de reconocer la maternidad subrogada en la legislación ecuatoriana, a fin de garantizar los derechos de los intervinientes.

1.3.2 Objetivos específicos

- Definir los conceptos, características, procedimientos de la maternidad subrogada.
- Analizar la maternidad subrogada en el derecho comparado.
- Realizar un análisis de la conveniencia jurídica y social de reconocer la maternidad subrogada en el Ecuador, como mecanismo que permita la consolidación de la unidad familiar.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

En el marco teórico de la presente investigación se analiza el estado del arte, así como también los aspectos teóricos, los mismos que se desarrollan a continuación.

2.1 ESTADO DEL ARTE

En relación al tema “La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes” no existen temas iguales desarrollados en el país o en la Universidad Nacional de Chimborazo en tesis con fines de graduación; sin embargo, existen investigaciones similares cuyas terminaciones más importantes son las siguientes:

Ramírez, S. (2019), en su investigación denominada “Determinación legal de filiación por uso de métodos de reproducción humana asistida. Previo a la obtención del grado académico de magíster en derecho mención derecho procesal.”, señala que:

Con la regulación de las normas de filiación legal, los operadores de justicia podrán con su sana crítica palpar a los intervinientes en los procesos de reproducción asistida, a fin de proteger y reprochar cualquier tipo de mercantilización de niños y mujeres, pues será el Juez especializado en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia el encargado de aprobar los contratos que realicen las partes, previo a la intervención médica.

Arroyo, A. (2020), en su investigación denominada “Gestación por sustitución: La dignidad humana en juego. Estudios de Deusto”, señala que:

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida que vincula derechos fundamentales de quienes intervienen como son la dignidad humana, reproducción, protección al menor y la vida; derechos que se fundamentan en el principio de igualdad y no discriminación. Esta práctica es una realidad social que se acude por diversas razones, pero si no se encuentra regulado legalmente expone a las personas a riesgos que perjudican su vida y salud. En Ecuador se generó un avance legislativo sobre el tema incorporándolo en un proyecto de ley impulsado en el 2006 según informe William Garzón Ricaurte quien fuere asambleísta y presidente de la comisión de derecho a la

salud, sin embargo, al no ser aprobado continúa existiendo un vacío legal, lo que da lugar a una desprotección y vulneración a derechos.

Ávila, C. (2017) en su investigación denominada “La maternidad subrogada en el Derecho Comparado. Cadernos de Dereito Actual” señala que:

Entre los hallazgos más significativos se pudo conocer que esta práctica no está aceptada ni regulada por los sistemas jurídicos de la mayor parte de países debido a que vulnera de forma directa algunos de los derechos que le corresponden al menor y a la madre biológica, y a pesar de que legitima los derechos de los padres intencionales, existiendo de esta forma una controversia o conflicto jurídico entre las partes implicadas, presentándose adicionalmente a ello otros conflictos éticos y morales. En función a ello, resulta necesario que los países dispongan de normativas orientadas a regular la maternidad subrogada, considerando la realidad que presenta cada país.

Castellanos, J. (2019), en su investigación denominada “Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico. Revista sobre la infancia y la adolescencia” señala que:

En este artículo se abordan las implicaciones prácticas de la noción de dignidad humana como elemento intrínseco del concepto de persona y fundante de los derechos humanos. Estas implicaciones se proyectan sobre las decisiones referidas al rechazo de terapias y a los acuerdos de alquiler de vientres para valorar su ordenación o contradicción con la noción de dignidad humana ensayada. En primer lugar, se trata una definición con base en instrumentos legales internacionales, europeos y argentinos. Se hace una revisión histórica de la fundamentación de los derechos y la dignidad del ser humano en la filosofía clásica. A partir de esas conclusiones, se abordan los casos de negativa a tratamientos médicos o disposición sobre el propio cuerpo en virtud de una objeción de conciencia, y los supuestos de madres subrogantes tanto en casos altruistas como de alquiler comercial de vientres. En el primer caso, se analiza la coherencia con un sentido de dignidad fundante; en el segundo, se entiende contrario a la afirmación de la dignidad humana. La gestación por sustitución se concibe como un estereotipo de género que reduce a la mujer y al niño a objetos de derechos de terceros.

Barahona D. y Guerra M. (2021), en su investigación denominada “La maternidad subrogada en el Ecuador publicada en la Revista Científica Fomento de la investigación y publicación científico- técnico disciplinario”, señala que:

La maternidad subrogada es un tema de discusión que ha aparecido en los últimos tiempos, cada vez con más incidencia, en la actualidad. Los poderes económicos, políticos y los medios de comunicación han acercado a la ciudadanía un concepto, estrictamente técnico, con el fin de familiarizar esta técnica. Esta estrategia se ha amparado en la natural tendencia a considerar que cualquier avance tecnológico es bueno de por sí, de manera que no se han revisado y puesto al alcance de los ciudadanos, de forma razonable, ninguna de las cuestiones que deben de tratarse con esta técnica. Así, cabe hacer un estudio de la normativa y jurisprudencia de los supuestos que han ido produciéndose y considerar la realidad que implica esta formulación no solo para los demandantes de esta forma de reproducción, sino también desde el prisma de la mujer que va a gestar el niño, así como de la posición en la que quedará el niño tras este proceso. La dignidad tanto de la madre biológica como la del niño desaconsejan llevar a cabo este tipo de prácticas porque únicamente trata de satisfacerse un supuesto derecho a ser padre o madre, derecho que no tiene consistencia jurídica, porque para ello se pervierten otros derechos de los sujetos implicados y, especialmente, se pasa por encima de la dignidad tanto de la madre gestante como del niño que resulta del proceso.

2.2 ASPECTOS TEÓRICOS

2.2.1 UNIDAD I: CONCEPTOS, CARACTERÍSTICAS, PROCEDIMIENTOS Y NORMATIVA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

2.2.1.1 Conceptos y procedimientos de maternidad subrogada.

La maternidad subrogada o también conocida como vientre de alquiler, arriendo de útero, maternidad sustituta, madres de alquiler y gestación por sustitución, es el método por el cual una mujer permite gestar en su vientre un bebé a pedido de un tercero, con la finalidad de entregárselo una vez que el embarazo haya finalizado.

Para la Comisión Nacional de Bioética en salud del Ministerio de Salud Pública del Ecuador, define a la maternidad subrogada como: “*La practica por la que una mujer gesta en su cuerpo un bebe previo pacto, compromiso o contrato, que incluye una*

cláusula de cesión, al término de la gestación, de todos sus derechos sobre el recién nacido” (Dr. Pacheco/ Dr. García, 2018).

El procedimiento que se lleva a cabo para la maternidad subrogada es mediante una intervención quirúrgica donde el embrión de la pareja es implantado en el útero de otra mujer, la misma que se encargará de llevar a cabo la gestación y dar a luz, para posteriormente entregar al menor a los padres beneficiarios. Dicha práctica consiste en un contrato entre una mujer denominada madre portadora o subrogada, con una pareja casada denominada pareja subrogante.

Para entender a este fenómeno en toda su extensión, debe considerarse en las diferentes variables que presenta, atendiendo los diversos criterios de clasificaciones que a continuación se detallan como son:

- **Maternidad Portadora:**

Es la mujer que acepta por encargo de otros llevar a cabo la gestación de un embrión que previamente ha sido producido en un laboratorio por medio de las técnicas de reproducción asistida, para que posteriormente éste sea transferido a su útero, para gestarlo. En este caso se trata propiamente de un préstamo de útero, en donde no interviene el material genético de la mujer que va a gestar al embrión.

- **Maternidad Sustituta:**

En este supuesto la mujer que pretende rentar el útero de otra no genera óvulos ni puede gestar, por lo que en este caso la mujer que va a arrendar su útero es también la que aporta con el material biológico. A este tipo de maternidad subrogada también se la conoce con el nombre de maternidad tradicional, plena o total.

- **Embriodonación:**

Este procedimiento consiste en descongelar y transferir al útero de la mujer receptora embriones procedentes de parejas que se han sometido a tratamientos de reproducción y, tras haber conseguido embarazo, los han donado con fines reproductivos. Para determinar esta cuestión, se plantea que ambos miembros de la pareja padezcan de infertilidad en su totalidad

2.2.1.2 Evolución de la maternidad subrogada

La historia de las madres sustitutas comienza en el año 1782 A.C. en Mesopotamia. Se decía que la mujer estéril o infértil que quería tener hijos tenía que concederle una esclava a su marido, con un solo fin, el del procrear, y así el esposo perdía el derecho de dejarla y no podría tener cualquier acto de repudio hacia su mujer.

En lo que era la antigua Roma y Grecia, se decía que, en ese tiempo, la pareja que contraía matrimonio y resultaba estéril por causa del marido, se tomaba en consideración un familiar como un hermano el cual debía sustituirlo y su mujer tenía que procrear con el hermano. El hijo que nacía de esa procreación o unión era considerado como del esposo y continuaban con su matrimonio.

En Estados Unidos en 1939 se establece el primer banco de semen, teniendo un auge en la segunda guerra mundial, siendo muy requerida por aquellos soldados que tenían el deseo de fecundar a sus mujeres o esposas. En el año de 1942 se da a conocer la existencia de la primera fecundación extracorpórea de los embriones humanos, la cual fue realizada por los biólogos Mirian Menki y Jhon Rok después de 5 años de estar intentando estos procedimientos en sus laboratorios del Hospital and Women en Massachusettes.

En 1975 se dio el caso más conocido en el Estado de California, Estados Unidos, en el momento que se publicó en los periódicos, que solicitaban a una mujer para realizar el proceso de que sea inseminada artificialmente, mediante el pedido de una pareja que no podían tener hijos a cambio del servicio recibiría una remuneración.

En 1978 un caso muy relevante fue el de Louise Brown en Inglaterra que fue el primer niño nacido por fecundación in vitro, lo mismo que dio paso a que sigan naciendo más niños bajo esta técnica de reproducción humana asistida, en 1985 se da conocer en Estados Unidos el famoso caso de “Baby M” en el cual mediante un contrato de maternidad subrogada se le confería la potestad de madre a quien solicitaba esa técnica de reproducción asistida.

En 1982 en Francia se fundó el CEFER que es el centro de investigaciones de técnicas de reproducción, mismo que tenía como objetivo vincular a parejas estériles con madres subrogadas.

En 1987 en Gran Bretaña, existió el caso de la señora Kim Cotton quien aceptó ser madre portadora a través de la técnica de inseminación artificial, dicho acuerdo se efectuó por la cantidad de 14.000 libras esterlinas, con la agencia Surrogate Parenting Association, hecho que fue denunciado en los tribunales por un funcionario del servicio gubernamental, pronunciándose la Corte Superior Civil de Londres que la niña nacida bajo esta técnica de reproducción asistida debía ser entregada a la pareja contratante.

En 1994 se da a conocer el caso de un matrimonio japonés que por problemas de salud y por la avanzada edad se les imposibilitaba la capacidad de procrear un bebé o su deseo de adoptar, por ello optaron contratar un vientre de alquiler donde utilizaron óvulos de una estudiante norteamericana y el espermatozoides del marido, cancelando por dicho acuerdo la cantidad de 80.000 dólares, esto se celebró en San Francisco Estados Unidos.

En febrero del 2000 mediante la autorización de una jueza de lo civil de Roma se autorizó a una pareja que lleve a cabo la maternidad subrogada debido a problemas de malformación en su aparato genital de la mujer, dicha pareja llevaba congelados sus embriones por cuatro años, finalmente mediante dicha autorización se pudo implantar los embriones a la madre sustituta y así poder llevar a cabo dicho procedimiento.

En Ecuador en 1992 se lleva a cabo una fecundación in vitro, donde se implantaron células que fueron obtenidas del útero de una mujer que había aportado el material genético. siendo esto el primer evento de este tipo que se llevaba a cabo, pero no el último.

A este tema no se le ha dado la importancia necesaria, tanto así, que en el año 2000 se creó un proyecto de Ley de Familia, donde su contenido refería la regulación y el tratamiento que debe darse a estas técnicas reproductivas, lamentablemente solo quedó en proyecto y no se llevó a cabo la promulgación de tal ley.

El 28 de marzo del 2016 se presentó la iniciativa de proyecto de ley en el Código Orgánico de Salud, en el art 189 se refería sobre las técnicas de reproducción asistida, respecto a la maternidad subrogada, indicándolo como un procedimiento que debía ser llevado a cabo únicamente por circunstancias médicas, sin embargo, no fue aprobada dicha iniciativa quedando nuevamente en el olvido.

El Ecuador no participa directamente en el proceso de la reproducción a través de la maternidad subrogada, tiene responsabilidad en la creación de políticas sanitarias, administrativas y sobre todo normas legales que regulen este tipo de prácticas.

2.2.1.3 La maternidad subrogada en el ámbito civil ecuatoriano.

En la actualidad el concepto de familia ha variado y se ha desprendido un poco del modelo predominante en años anteriores, su esencia sigue siendo la misma y como es normal e incluso instintivo, es un deseo casi colectivo el llegar a ser padres, aunque los modos hayan cambiado.

En nuestro país la maternidad subrogada, es una práctica que tiene vigencia pero que no está normada y la importancia de regularla se enfrasca en los riesgos, tanto médicos como legales, que implica llevarla a cabo. Es importante comprender que dentro de este método de reproducción existe una serie de derechos que se podrían estar vulnerando y descuidando dentro de la tipicidad principal en materia civil.

La maternidad subrogada ofrece una alternativa que, aunque costosa, es viable para lograr recibir niños en el núcleo familiar sin las complicaciones de un embarazo común o los larguísimos procesos de adopción y también aporta gran valor al sentido de paternidad o maternidad planeada que en teoría busca que las personas alcancen esta etapa cuando estén completamente listos, cabe mencionar también que esa técnica puede ser usada por cualquier colectivo y es la manera más común de tener hijos para parejas infértiles, parejas homosexuales y madres o padres solteras/os.

No existe una forma que pueda regular el contrato de maternidad subrogada, sin embargo, se puede tomar como ejemplo a Estados Unidos, específicamente en Florida en donde se permite el contrato de maternidad subrogada en el cual se debe de realizar un contrato vinculante y ejecutable de subrogación gestacional entre los padres solicitantes y la madre sustituta.

El art 1454 del Código Civil define al contrato como “Un acto por el cual una parte se compromete para con otra dar, hacer o no hacer alguna cosa”, por ello al “contrato” de maternidad subrogada se lo podría asemejar a un contrato de arrendamiento pese a que no cumpla con todas sus características, desde el punto de vista contractual la maternidad subrogada resultaría ser un acuerdo entre las partes, que

busca crear obligaciones recíprocas; la una consistente en gestar producto de la concepción y posteriormente entregarlo en contraprestación y la otra parte hacer el pago dinerario o cumplir el acuerdo que se haya pactado, en este caso dependería del título de la prestación que puede ser gratuito u oneroso.

Analizando el Código Civil en su art 1624 se establece que: “La subrogación es la transmisión de derechos del acreedor a un tercero que le paga” (Código Civil, 2016), ahora si bien es cierto se puede entender que la subrogación es una institución reconocida en el Código Civil Ecuatoriano sin embargo se debería dar sustento jurídico en correlación de la maternidad subrogada.

Existen varios aspectos que se deben de estudiar desde el punto de vista civil como por ejemplo el contrato de los dueños del material genético y de la mujer que alquila su vientre, le diversidad de tipos de familia, siendo uno de los temas que es importante considerar como la filiación, argumento principal por el vínculo jurídico social que genera.

Es necesario una regulación sobre todo para la determinación de la filiación ya que para el derecho habitual de la filiación se establece a través de la genética; considerando que en la maternidad subrogada se puede presentar dos situaciones: 1. Que la mujer aporte su material genético y por razones ajenas a su voluntad tenga que contraer un vientre de alquiler 2. Que la mujer gestante aporte también el material genético.

Nuestro ordenamiento jurídico establece que la presunción de maternidad se da por quien da a luz al niño, por tanto, se entendería que la práctica de la maternidad subrogada es madre la mujer que da a luz a la criatura. El Código Civil Ecuatoriano en su art 60 nos manifiesta: “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre” (Código Civil, 2016), de tal modo que únicamente se podrá impugnar la maternidad de ese niño mediante la falsedad del parto y la suplantación del niño.

Nuestro ordenamiento jurídico en relación con la maternidad subrogada y de manera más concreta en el Código Civil contiene muchas normas que necesitan ser actualizadas como son los contratos y el derecho de filiación , para que puedan evolucionar más hacia la realidad cotidiana de nuestra sociedad, pues es necesario legislar sobre la gestación subrogada para así poder eliminar y erradicar los casos

clandestinos que actualmente se encuentran entre miles de ciudadanos ecuatorianos, sobre todo las mujeres.

Esto no es solo una discusión a nivel nacional, sino a nivel mundial, dado que el régimen legal de la maternidad subrogada no ha terminado, pero podría dar nuevos pasos en los que se modernice el concepto tradicional de la maternidad, y por esta razón, la convierte en un tema de discusión o un problema, puesto que es necesario comprender la importancia jurídica, social y moral que tiene como impacto en diferentes ámbitos.

Es importante realizar un avance legislativo para reforzar el vacío legal, siendo en este caso el código civil, pues al ser un estado constitucional de derechos y justicia social en el que reconoce a la familia en sus diversos tipos, debe de garantizar la filiación, de tal modo que permitiría hacer efectivos los derechos, sobre todo que se respete y promueva el ejercicio de las nuevas formas de paternidad y maternidad que se han implementado con el avance de la ciencia.

2.2.1.4 La maternidad subrogada en el derecho penal ecuatoriano

El surgimiento de la maternidad subrogada es una problemática que es tratada a nivel internacional debido a que esta práctica está siendo llevada a cabo bajo remuneraciones económicas lo cual hoy en día se está convirtiendo en un negocio lucrativo, sin embargo, a causa de la vulneración de derechos humanos y sobre todo de los derechos de los niños, es necesario fortalecer nuestras legislaciones ecuatorianas, siendo en este caso el Código Orgánico Integral Penal con la tipificación del delito de vientre de alquiler, dado que en la actualidad no se contemplan artículos específicos para hacer alusión a este tipo de prácticas.

Sin embargo, en el art 47 numeral 10 del citado código hace alusión a las circunstancias agravantes de los delitos y que reconoce de modo implícito que las mujeres en estado de gestación pueden ser catalogadas como sujetos vulnerables y aunque en este caso no se hace mención de la maternidad subrogada como tal, podemos decir que si afectaría estas circunstancias en casos excepcionales y bajo características específicas a un proceso de maternidad subrogada.

Es necesario que exista una regulación sobre la prohibición de la maternidad subrogada con fines lucrativos, es decir cuando exista de por medio una

contraprestación económica a cambio de este “servicio” y cuando el niño fruto de esta nueva técnica de reproducción asistida sea visto como objeto de comercio.

Es importante destacar que el derecho se adapta al hombre y no el hombre al derecho, en términos más coloquiales esto hace referencia a que si no existen en el área penal casos de esta índole no podrán desarrollarse normativas que penalicen conductas inapropiadas el proceso de maternidad subrogada, por lo tanto para que existan leyes penales sobre maternidad subrogada primero deben haber casos donde se pueda contemplar lo que se debe penalizar, pues en términos de población social puede decir que el derecho esta un paso atrás de la realidad cotidiana, pues este no prevé las conductas que los individuos van a cometer.

2.2.2 UNIDAD II: LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.

2.2.2.1 La maternidad subrogada en Latinoamérica.

Tradicionalmente, en la sociedad, se toma a la maternidad como referencia de la realización de una mujer como tal. Muchas personas en América Latina y fuera de ella, desean ser padres, sin embargo, existen situaciones por fuerza mayor que no lo permite, además que, en muchos países, aun perteneciendo al continente, sus normativas no están adecuadas para un proceso aparte y que implica la utilización de la ciencia y tecnología.

Ciertos países del mundo reconocen esta práctica de manera legal, ciertas legislaciones han tenido un acercamiento sobre el tema, otros han planteado proyectos de ley como es el caso de Latinoamérica, y hay unos en los que no se encuentra regulado en su ordenamiento jurídico como es el caso de Ecuador.

El fenómeno de la maternidad subrogada ha tenido un gran desarrollo en países como Estados Unidos, en donde, por medio de normas y decisiones judiciales, se ha ido regulando su ejercicio, aunque no de manera uniforme (Camilo A. Rodríguez-Yong, 2012)

Formando parte de Norteamérica, Estados Unidos tiene una visión amplia al respecto. Ya que ha aumentado el número de bebés nacidos de las madres subrogada en el periodo de 2004 a 2008, pasando de 738 a casi 1.400, de la misma forma, este

país, ha sido escenario de discusión acerca de la validez de los contratos de maternidad subrogada, puesto que, al aumentar este tipo de prácticas en la población, es necesario brindar lo necesario para que se lleve a cabo un buen proceso y el mismo sea legal.

CALIFORNIA

En California se encuentra normada la maternidad subrogada, se lleva a cabo de manera comercial, de acuerdo a los requerimientos que llevan es que, para poder subrogar el vientre, la madre a la que le subrogara debe ser mayor de 21 años y por lo menos haber concebido su propio hijo.

En este estado se lleva aplicando esta técnica reproductiva desde 1993, sin embargo, a pesar de su larga trayectoria California no cuenta con una ley que regule esta técnica, únicamente actúa por jurisprudencia.

Gracias a la jurisprudencia existente, California es uno de los estados más permisivos en cuanto a la maternidad subrogada, en tal sentido los beneficios que otorga son los siguientes:

- Acceso a todos los modelos de familia.
- Permite el uso tanto de óvulos como de semen del donante.
- La filiación se instituye por sentencia judicial.

En tal sentido, al no existir ley, es importante que se establezca en el contrato de subrogación las obligaciones de las partes intervinientes.

GUATEMALA

Por ejemplo, en Guatemala, no se han ubicado normativas sobre reproducción asistida, en este país, las personas que desarrollan este tipo practicas deben hacerlo sin el fundamento legal que los respalde.

Al no ser una práctica legalmente prohibida, existe vulnerabilidad de las partes que intervienen en este proceso debido a la ausencia de un sistema legal que regule la misma.

COSTA RICA

En este territorio múltiples parejas sufren problemas de infertilidad, por ello acuden a la maternidad subrogada para tener sus propios hijos, sin embargo, la falta de regularización impide que se lleve a cabo dicha práctica.

En Costa Rica la ley determina que madre es la mujer que da a luz, en caso de realizarse un proceso de vientre de alquiler el Registro Civil deberá inscribir como madre a la mujer que gestó al niño, en tal sentido es recomendable no llevar a cabo esta práctica debido a los riesgos que involucra.

CHILE

En Chile la maternidad subrogada no es un tema que se encuentre regulado, no obstante, existen leyes en las cuales hacen referencia a derechos de reproducción como de filiación como por ejemplo la Ley 19.585 en la cual se encuentran aspectos relativos a la filiación respecto de la reproducción asistida.

Ante la ausencia de ley, únicamente consta el art 182 del Código Civil donde menciona a la filiación del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida pero no desarrolla una regulación sobre este procedimiento, únicamente están normadas la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la donación de óvulos, pero no la maternidad subrogada o vientre de alquiler.

MÉXICO

En México existe un vacío legislativo, hasta el momento no existe norma en la que se haya regulado la manera de tratarse la maternidad por subrogación, sin embargo, se menciona que en dos legislaciones como son el estado de Tabasco y Sinaloa se permiten esta práctica cuando la madre pactante padece de alguna imposibilidad física o esta contenga alguna contraindicación médica.

El estado de Tabasco introdujo una regulación sobre la maternidad subrogada en su Código Civil donde establecía el registro de los menores nacidos bajo esta técnica, se encuentra permitida la gestación en parejas heterosexuales, casados o quienes actúen como marido y mujer, de tal modo que para acceder a un tratamiento de subrogación deben justificar mediante certificado médico emitido por la secretaria de Salud de Tabasco su incapacidad para procrear.

Esta técnica se desarrolla de manera altruista y se contempla dos tipos de madres gestantes:

1. La madre gestante que es aquella que presta su cuerpo para gestar el embrión de la pareja comitente

2. La madre gestante-donante que es aquella que presta sus óvulos para llevar a cabo dicho proceso.

En su última modificación del Código Civil se estableció que dicho proceso ha quedado regulado únicamente para ciudadanos mexicanos con la finalidad de evitar un paraíso procreativo.

El estado de Sinaloa permite la gestación por subrogación en el Código Familiar (Decreto N 742), la misma que puede ser total, parcial, onerosa o altruista.

- **Total:** La mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos
- **Parcial:** La mujer gestante únicamente porta en su vientre un embrión fecundado
- **Onerosa:** Cuando la mujer gestante recibe a cambio una compensación económica para llevar a cabo este procedimiento.
- **Altruista:** Cuando acepta gestar de manera gratuita.

Para poder llevar a cabo este proceso en Sinaloa es necesario que los padres sean mexicanos y demuestren su incapacidad para gestar de acuerdo al art 283 de la ley sobre técnicas de reproducción asistida.

Para suscribir el contrato de subrogación las partes intervinientes deben cumplir ciertos requisitos como son:

- Ser ciudadanos mexicanos
- Poseer capacidad de goce y ejercicio
- Acreditación de la madre subrogada
- Certificado médico donde conste la imposibilidad de procrear

ARGENTINA

Respecto a los países que conforman Latinoamérica, en Argentina el alquiler

de vientre no está permitido con fines comerciales, en la legislación sólo se lleva a cabo bajo términos altruistas. Normalmente, en este país son familiares o seres queridos los que facilitan su vientre para que alguien cercano pueda concebir un bebé.

Por su lado, Uruguay, Honduras, Bolivia, Perú, Paraguay y Colombia en sus leyes nacionales, no tienen control de una normativa vigente que les permita a los ciudadanos practicar estos hechos.

La realidad tanto en Uruguay como en Ecuador es similar, ya que no se cuenta con una regulación que prohíba o permita la maternidad subrogada. En nuestro país, lo más cercano a una futura implementación normativa sobre el tema fue el proyecto del Código de familia y el Código Orgánico de Salud.

La maternidad subrogada en la actualidad se ha vuelto de gran importancia en la práctica, generalmente en países sin regulación es convertido en un elemento fundamental y esencial en materia de filiación de comercio y especialmente en materia contractual, así mismo hemos contrastado algunos de los países donde es legal esta maternidad subrogada y cuales no cuenta con una ley que la respalde.

2.2.2.2 La maternidad subrogada en Europa.

En gran parte de los países europeos se ha implementado la prohibición de la maternidad subrogada. Y de los cuales se encuentran en esta circunscripción los siguientes países: Austria, Alemania, Francia, Noruega, Suecia, Estonia.

En aquellos que si está vigente son en los siguientes: Reino Unido, Países bajos, Dinamarca, Portugal y la República Checa.

En los países que tienen la luz verde para el embarazo subrogado es en Ucrania, Rusia, Bielorrusia. Aunque en Grecia, Bélgica, España y Finlandia esta tecnología no tiene una regulación por parte de la legislación de la Unión Europea, pero no existe una negativa tácita por lo cual, pueden llegarse a dar casos relacionados a la maternidad.

Han existido, ciertas revoluciones con la aprobación de este método en ciertos países europeos como las críticas que se han generado que la constituyen como la práctica o metodología abierta a una explotación de una mujer, venta de niños y de la misma forma conduce a problemas tanto emocionales como sentimentales con respecto la legalidad de los derechos del niño desde el momento que nace.

Se enfatiza que la maternidad subrogada es una transfronterización que encarna a muchos problemas sociales, los cuales los altos niveles de infertilidad en países desarrollados se evidencia un incremento constante de parejas homosexuales para construir familias, las naciones europeas deben analizar cada una de las actitudes de estos ciudadanos para ver si son factibles a una maternidad subrogada y que vía legal les conviene seguir.

Se explica que muchos de los países que conforman la Unión Europea establecen que la gestación subrogada está totalmente prohibida de manera que, si en alguno de los casos la ley expuesta de la maternidad o gestación subrogada se incumpliese, se tendría grandes consecuencias la cual la ley reprenderá como lo es en Estonia, Austria, Noruega, Suecia, Alemania, Francia.

La maternidad subrogada que se la denomina como altruista no se encuentra prohibida en el Reino Unido, así como también en los países bajos que forman Europa es así como, el embarazo subrogado se conceptualiza de forma legal en los países de Bielorrusia, Ucrania y Rusia.

Por ende, existen así mismo algunos países que no consideran una alternativa la maternidad subrogada como lo es Bélgica, Grecia, Finlandia y España, porque explicaron que es un procedimiento el cual se usa la tecnología como un método para la reproducción asistida, de modo que, en su reglamento no se encuentra aprobada por la misma siendo así prohibida.

REINO UNIDO

La subrogación de vientre en este país es legal siempre y cuando sea con fines altruistas, el problema radica debido a que la legislación del Reino Unido establece que madre es quien porta el niño en su vientre, en tal sentido para convertirse en padres se debe solicitar la paternidad siendo un trámite más largo de lo habitual.

La ley penaliza la negociación de la subrogación, asimismo los medios de comunicación, revistas, periódicos que promuevan este tipo de negocio serán considerados como culpables.

PORTUGAL

En Portugal se encuentra permitida desde el año 2016 únicamente con fines

altruistas, sin embargo, existen ciertas restricciones para que se lleve a cabo este proceso

- Puede llevarse a cabo utilizando al menos uno de los gametos de los padres potenciales
- Se prohíbe a la madre sustituta donar óvulos para llevar este procedimiento
- Se prohíbe el pago del mismo, por lo que debe ser gratuito
- Autorización del Consejo Nacional de Procreación Medicamente Asistida

De acuerdo con el artículo 39 de la ley de sanciones 25/2016 establece las sanciones que pueden tener en caso de infracciones como son:

- Tres años de prisión si el procedimiento no se lleva a cabo en los centros autorizados por el ministerio de salud
- Dos años de prisión si la gestación subrogada se la realiza de manera comercial y 240 días de multa si la gestante recibe dinero por sus servicios.
- Un año de cárcel si el contrato no respeta las disposiciones dispuestas en la ley

PAISES BAJOS

Al no existir una ley específica sobre la maternidad subrogada, se regula por el Código Penal Holandés, en el cual manifiesta la prohibición de gestación con fines comerciales, el Código Penal sanciona con prisión o multa para los intermediarios que actúen con fines de lucro, por esta razón las agencias de gestantes son ilegales.

Para llevarse a cabo dicha práctica debe cumplir ciertas condiciones:

- La mujer gestante que va a llevar a cabo este procedimiento debe ser preferiblemente un familiar de la pareja solicitante, no contar con más de 44 años, haber tenido uno o más hijos, gozar de buen estado de salud, tener nacionalidad holandesa y estar dispuesta a separarse del bebé.
- Con respecto a los padres solicitantes, los mismos deben de realizarse

exámenes psicológicos, residir en países bajos y no poseer antecedentes penales.

BIELORRUSIA

En Bielorrusia en 2016 la maternidad subrogada fue legalizada como un método de tratamiento de infertilidad en la nueva sección del «Código de Familia». Solo aquellas parejas que por razones médicas no pueden convertirse en padres sin ayuda de la medicina reproductiva pueden recurrir a este tipo de tratamiento de infertilidad.

La legislación define claramente que los derechos parentales de un niño pertenecen, a una pareja casada, la madre subrogada no tiene ningún derecho a este bebé. Los requisitos para una gestante en Bielorrusia son muy estrictos:

- Una mujer debe estar casada
- Tener a su propio niño
- Disciplinada
- El consentimiento de su marido
- No registrada como paciente de un psiquiatra y narcólogo
- La edad de 20 a 35 años

“La nueva enmienda a la ley permitió participar en los programas de subrogación a las mujeres solteras que ya tienen hijos mayores de edad”. (Yulia, 2019)

UCRANIA

La maternidad subrogada en Ucrania es llevada a cabo de manera legal, es considerado uno de los destinos más asequibles para llevar a cabo este procedimiento debido a la seguridad social y precios sumamente accesibles que ofrecen.

No obstante, no es una opción para personas solas, parejas homosexuales o parejas que no posean problemas de infertilidad.

El Código de Familia en Ucrania establece que los niños nacidos bajo la subrogación tienen derecho a que su filiación parental sea el de los padres portadores del material genético, inclusive las clínicas que llevan a cabo estos procesos guían a los padres solicitantes en este proceso para garantizar sus derechos.

Para que una mujer ucraniana pueda llevar un proceso de subrogación debe cumplir ciertos requisitos como son:

- Ser mayor de edad
- Haber tenido un hijo
- Estar física y mentalmente estable
- Ausencia de enfermedades crónicas que puedan afectar la evolución del embarazo.

La ley ucraniana permite la subrogación siempre y cuando se cumplan las siguientes exigencias:

- Ser una pareja heterosexual casada
- El padre como mínimo debe aportar el material genético
- Razón medica que imposibilite llevar a cabo un embarazo

RUSIA

En este territorio se encuentra regulada la subrogación para parejas heterosexuales y mujeres solteras que no puedan dar a luz por causas médicas, únicamente estará disponible para ciudadanos rusos lo cual no es opción para ciudadanos extranjeros.

El decreto del Ministerio de Sanidad de la Federación de Rusia indica los requerimientos que se deben seguir las mujeres que desean ser gestantes:

- Tener entre 20 y 35 años
- Gozar de buena salud
- Haber tenido un hijo propio

ALEMANIA

Las leyes Alemanas refieren la maternidad subrogada a la protección del embrión de manera que la misma va a restringir de forma estricta a la medicina que se especializa en esto denominándose como medicina reproductiva y de igual forma a la donación de ovocitos que realice la persona interesada por lo tanto, en este país la norma prohibirá este tipo de métodos para alguna acción de reproducción humana de

manera que, su ley estipula que la mujer debe de parir a su propio hijo y no por medio de alguien más.

La fecundación in vitro se encuentra permitida únicamente con sus propios óvulos siendo una de las opciones para quedar embarazadas en Alemania.

POLONIA

En este país la maternidad subrogada se considera totalmente ilegal pero cualquier otro método de reproducción asistida se les ha permitido a las mujeres que se puede realizar para poder concebir a un niño.

GRECIA

En Grecia se considera que la maternidad subrogada es totalmente legal, por lo tanto, cualquier persona que puede concebir hijos, puede alquilar su vientre y cobrar por sus servicios, brindándole ayuda a cualquier mujer que no puede concebir. En su ley se establece que la mujer no debe de cobrar para alquilar su vientre, pero aun así la misma recibe una indemnización. Por lo tanto, se considera que es prohibido la forma de uso comercial.

Le gestación por sustitución se encuentra regulada por dos leyes: Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005, para que los ciudadanos extranjeros puedan acudir al proceso de gestación deben cumplir ciertos requerimientos:

- Poseer certificado médico de infertilidad
- La madre de intención debe de tener menos de 50 años
- Pago a la madre gestante
- La gestante no puede donar sus óvulos para llevar a cabo el proceso

ESPAÑA

La ley española mantiene la prohibición de la maternidad subrogada, en tal sentido que las parejas que buscan formar una familia deben acudir al extranjero para poder cumplir su sueño, sin embargo, la Dirección General de Registros y del Notariado promulga una resolución para la inscripción de los niños que han nacido bajo esta modalidad en otros países con la finalidad de salvaguardar la identidad y el interés superior del niño.

Una vez que el niño haya nacido en el extranjero, el mismo debe volver al país con sus padres y obtener la ciudadanía en el país que se llevó a cabo este proceso para luego conseguir el pasaporte y regresar a España donde deberán llevar a cabo el proceso de filiación para regularizar la situación del menor.

En Europa se ha comprobado que en ciertos países no es legal este método de reproducción la cual, se percibe que mucho influye la religión la cual es cristiana por ende se ha prohibido, pero así mismo existe países que si han legalizado esta práctica de manera que, solo esta práctica produce la clandestinidad, básicamente crea solo riesgos que son totalmente innecesarios para las mujeres que alquilan su vientre que mucha de las veces pueden ser vulnerables.

2.2.2.3 La maternidad subrogada en el Derecho Anglosajón.

La ley anglosajona (ley consuetudinaria en inglés) era parte del sistema manejado en la Inglaterra medieval y se utilizó en muchas áreas influyentes de Gran Bretaña. Este derecho surge de una decisión judicial. En Inglaterra se han desarrollado dos tipos de legislación. Derecho consuetudinario y Derecho Civil. Adoptado como un acto jurídico estadounidense, basado en la jurisprudencia y no en la ley. El ordenamiento jurídico anglosajón incluye, entre otras cosas, el análisis de las decisiones judiciales y las interpretaciones contenidas en ellas que pueden ser impugnadas por el mismo tribunal o su tribunal superior por ello, la ley puede ser ambigua en muchos aspectos y debe ser resuelta por los tribunales (como ocurría con leyes anteriores).

En el Reino Unido la subrogación es legal y está regulada desde 1985. Inicialmente, la ley mostró un desinterés por la práctica y se centró en proteger a los menores involucrados. Lo que ha pasado a lo largo de los años ha sido positivo, inmersos en el entorno social y los debates jurídicos, los aspectos que han resultado ser cambios legislativos, obsoletos, y obstáculos para la formación de familias y para reconocer nuevas formas de descendencia para proporcionar una amplia evidencia empírica de una serie de relaciones de parentesco, familiares y razones altruistas para la subrogación.

La gestación subrogada en el Reino Unido, país que comparte similitudes sociales, culturales e incluso normativas respecto a las técnicas de reproducción asistida,

es por tanto el debate jurídico, social y ético que se está produciendo actualmente en España.

La subrogación generalmente se considera una tecnología de reproducción humana asistida, y aunque tiene sus propios instrumentos legales en el Reino Unido (Ley de acuerdos de subrogación de 1985), la principal legislación que rige la tecnología de reproducción humana asistida (Ley de fertilización humana y embriología de 1990) la regula directamente.

Dicho artículo analiza la ley de subrogación del Reino Unido, la realidad de la subrogación en la sociedad británica y cómo la futura ley de subrogación podría mejorar la gestación subrogada en España y beneficiarse de la experiencia legislativa del Reino Unido. Ley (1985), que incorporó las recomendaciones de la Comisión Warnock en 1985.

La Comisión de Investigación sobre Fertilidad y Embriología Humana (1982-198) (conocida como la Comisión Warnock) produjo el informe que se convirtió en la base de la primera Ley Británica sobre Reproducción Asistida (el Informe Warnock). Además, la subrogación comercial puede incluso constituir un delito penal, por lo que la Ley regula la subrogación solo de manera altruista (Sección Ley de arreglos de subrogación, 1985).

La compensación económica entre un futuro padre y una madre subrogada no es ilegal, pero las autoridades judiciales deben vigilar que se trate de una compensación y no de un pago. El contrato no es exigible si no se cumplen las obligaciones contraídas en el contrato de gestación subrogada. En este caso, el juez decidirá cuál es la solución que mejor salvaguarda el interés superior del menor. Para garantizar el altruismo del contrato y evitar cualquier tipo de beneficio, no se permite la agencia comercial o cualquier tipo de publicidad como intermediario entre los futuros padres y la madre sustituta (11 párr. Ley de Arreglos de Subrogación, 1985).

Solo existen organizaciones sin fines de lucro que se especializan en poner en contacto a una mujer embarazada con sus futuros padres y acompañar a ambas partes durante todo el proceso. En ambos casos, el padre biológico (quien aportó el material genético) puede ser el padre legal (si la madre sustituta es soltera).

Después de que nazca el bebé, el futuro padre puede obtener una decisión de paternidad de un juez, transfiriendo la paternidad legal de la madre sustituta al futuro padre. En 2015, se concedió la licencia de maternidad para los futuros padres (Horsey y Neofytou, 2015).

El requisito de solicitar la custodia y garantizar que los arreglos de subrogación cumplan con la ley después que el bebé ya haya nacido ha sido criticado por no garantizar el interés superior de los menores. 2016).

- **La realidad de la gestación subrogada en la sociedad británica**

Los británicos al respecto de la gestación por sustitución ha ido evolucionado hacia una postura más tolerante de esta manera de formar una familia, en consonancia con la propia evolución de sus expertos médicos y legales. Las razones por la cual los ciudadanos británicos siguen viajando a otros países para acceder a una gestación subrogada a pesar de que está permitida en el Reino Unido son, sobre todo, porque no siempre los padres no gestantes cumplen los requisitos para poder solicitar, posteriormente la orden parental, o cuando ninguno de los dos puede otorgar material genético.

A veces se trata de desconocimiento de las leyes del país, o la creencia de que en otros países se ofrece mayor seguridad jurídica porque los contratos son ejecutables, o no se permite que la gestante pueda revocar su consentimiento una vez nacido el bebé (Jackson, 2016; Horsey, 2016).

Esta evolución en la aceptación y generalización de la gestación por sustitución en el Reino Unido viene avalada por diferentes investigaciones (Golombok et al. 2017; Golombok et al., 2006; Golombok et al. 2004; Jadvá et al., 2012) que evidencia la ausencia de consecuencias negativas en el desarrollo y bienestar emocional de los niños/as nacidos mediante gestación por sustitución, así como la ausencia de especiales dificultades en las relaciones paternofiliales en las familias formadas a partir de la gestación por sustitución. Estos estudios desmontan con evidencia empírica algunas de las objeciones y obstáculos éticos que tradicionalmente han recelado de la gestación por sustitución como una nueva forma de filiación.

2.2.3 UNIDAD III: LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

2.2.3.1 Realidad de la maternidad subrogada en el Ecuador.

En Ecuador, según una investigación realizada por la Comisión Nacional de Bioética en Salud, se han llevado a cabo diversos procesos de maternidad subrogada desde el año 1993; no obstante, a pesar de su prolongada vigencia, no se han realizado regulaciones legales que la normen. De acuerdo con un informe de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida del año 2008, en Ecuador, existen alrededor de seis centros médicos donde se lleva a cabo procedimientos de reproducción asistida, como son:

1. Biogepa, Centro de reproducción humana
2. CerhValencia Cia Ltda (Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana Asistida)
3. Clínica Infes
4. Concebir (Unidad de Fertilidad y Esterilidad)
5. Innaifest
6. Centro Nacional de Reproducción Asistida Unidad de Fertilidad del Hospital Alcívar

El informe de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida indica que dichos métodos, donde se puede incluir a la maternidad subrogada, únicamente van a continuar vigentes en nuestro país. Según datos provenientes de la misma fuente, en Ecuador han nacido aproximadamente 1100 niños por técnicas de reproducción asistida entre los años de 1990 hasta 2011. Al parecer, el número de prácticas que se han llevado a cabo no han cesado, connotando una vez más la necesidad de regulación jurídica dentro de nuestro país. Indiscutiblemente, esta práctica únicamente se seguirá desarrollando y su necesidad de legislación es idónea para regular y precautelar la salud de los menores y las madres subrogadas.

Pese a que en el ordenamiento jurídico hay un reconocimiento a los derechos reproductivos se puede evidenciar que es un poco limitado al no contemplar otros aspectos como la reproducción asistida.

En nuestro país uno de los intentos por legislar en materia de reproducción asistida fue en el año 2000 mediante el proyecto de ley del Código de la Familia mismo que tenía como objetivo regular la maternidad subrogada en el sentido de producirse un alquiler de útero, la portadora no tenía la obligación de entregar al niño, sin embargo, este intento de regulación no llegó a suscitarse.

En el año 2016 en el Código Orgánico de Salud se presentó un proyecto de ley en el cual se hablaba acerca de las técnicas de reproducción asistida en la cual manifestó que la maternidad subrogada estaría permitida únicamente en los casos en donde la mujer que por circunstancias médicas no podía llevar a cabo el embarazo, sin embargo, este proyecto tampoco llegó a contemplarse.

El tema de la gestación subrogada es un hecho que existe, con solo ver anuncios en Internet de mujeres que declaran su necesidad de alquilar una matriz para ganar dinero, como cualquier anuncio de alquiler de un artículo o una oferta. Por otro lado, hay personas que, por diversas razones, no pueden tener hijos, pero quieren ser padres biológicos, por lo que buscaron el servicio de alquiler de úteros para las mujeres mencionadas anteriormente.

Para demostrar el punto de inflexión legislativo que atraviesa este país y lo que sorprende frente a las realidades sociales modernas, debe destacarse el caso Satya: “Satya es hija biológica de Nicola, un mismo- sexo pareja de Helen en unión de facto reconocida, Satya nació en Nicola por reproducción asistida, donde el "padre natural" es una persona mediante donación anónima. Los cónyuges Helen y Nicola pretendieron inscribir a Satya a nombre de su unión, lo cual no fue reconocido por el registro civil". El caso en cuestión fue llevado ante la Corte Constitucional.

El 29 de mayo de 2018, la Corte Constitucional del Ecuador aceptó la Medida de Protección Extraordinaria No. 1692-12-EP de Helen Bicknell y la madre de Satya, Nicola Rothon, a quienes se les negó el derecho de inscribir a su hija con ellas en el registro civil, como pareja materna lesbiana. Pero, la Corte Constitucional ordenó que el nombre de la niña resultado de subrogación deberá ser inscrito con el nombre de la madre, y agregó:

“Declaración de violación de derechos constitucionales antes de que surta efecto la tutela judicial, un proceso razonable para asegurar la motivación; identidad

relacionada con la nacionalidad; igualdad y no discriminación; familias de maneras diferentes: también en principio del interés de los niños y jóvenes”.

Explica de manera exhaustiva las implicaciones del derecho de una niña a vivir con su familia y que la negativa del estado a registrarla es una violación indebida de derechos de los estados vecinos. Este es un paso importante en el desarrollo de los derechos porque reconoce que es una familia diversa la cual consiste en los mismos cónyuges, al tiempo que se da cuenta de que la relación de la niña con su madre debe ser respetada por todas las instituciones estatales y que un elemento grande de la identidad es el reconocimiento como parte del núcleo familiar.

El caso Satya marca un precedente a la tradicional figura de filiación, al reconocer una nueva forma de maternidad, no obstante, resulta lamentable que tengan que suscitarse estas controversias para que la justicia tenga que actuar y sean los jueces los encargados de tomar cartas en el asunto.

2.2.3.2 Consecuencias jurídicas y sociales de la maternidad subrogada.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Las consecuencias son múltiples en el campo jurídico resaltando las principales:

- Puede ser incierto el destino de los bebés nacidos mediante gestación subrogada, debido al incumplimiento de contrato y por el anonimato de su procedencia genética, al igual que al estipularse obligaciones dentro del contrato de subrogación y una de las partes incumple con las mismas.
- El riesgo de comercialización que esta práctica podría generar tanto para la madre gestante como para el niño producto de este proceso, puesto que en varios países es considerado un delito el ver a esta técnica como un servicio para beneficios propios.
- En caso separación genera la pérdida de derechos de uno de los padres o el acceso a la pensión alimenticia, visitas, u otros aspectos, pueden limitarse los derechos ligados a la herencia y a la identidad.
- Se pueden generar conflictos a la hora de determinar la filiación del menor por la presencia de otra mujer en el proceso de gestación, ante la novedad de esta técnica de reproducción asistida como es el vientre de alquiler esta figura sería trastocada.
- Un problema principal que se puede generar es que la madre gestante decida no entregar al niño a sus padres generando un conflicto de maternidades, en este caso

un juez sería el encargado determinar el destino del menor en base a la filiación y salvaguardando el interés superior del niño.

- La atribución de la maternidad es un problema que puede surgir a partir de la maternidad subrogada, el Código Civil atribuye la maternidad por el hecho del parto sin embargo si existiere un acuerdo entre las partes se rompería el tradicional principio del parto *partus sequitur* (el parto sigue al vientre).
- Dependiendo de las leyes de cada estado, generalmente se requiere un contrato antes de que pueda comenzar el tratamiento médico; es decir, antes de la fecundación in vitro. Las madres preocupadas y sus parejas a menudo deben someterse a una evaluación psicológica para determinar si participan en un contrato de subrogación.
- Los expertos deben dar una opinión para probar su integridad. Una vez que apruebe este examen, se deben cumplir los requisitos legales. En algunos casos, esto puede requerir un estudio sociológico de los padres biológicos, documentación de su estado civil, orientación sexual, prueba de su incapacidad para reproducirse y otros.
- Una vez que se hace el contrato, la corte puede emitir una "orden prenatal" que dice que los padres biológicos deben figurar como tales en el certificado de nacimiento del niño. De esta manera, obtienen todos los derechos legales del niño, pueden visitarlo en el hospital, elegir un nombre, tomar decisiones médicas y traerlo a casa sin mayores obstáculos". (Coronel & Cobos, 2021)

La carencia de la ley sobre esta materia nos conlleva a plantearse maneras de establecer el derecho por costumbre por decirlo de alguna manera, dejando únicamente los conceptos de maternidad como única cualidad inherente a la mujer, cuando esto al menos jurídicamente y ante la ley no debería ser así, como ya lo vimos por sus consecuencias jurídicas y sociales.

CONSECUENCIAS SOCIALES

Se han identificado una serie de dificultades que pueden derivarse por la práctica de la gestación subrogada y que en algunos países han sido llevadas a juicio y resueltas desde diversas fuentes. Respecto a los efectos que la maternidad subrogada podría tener en la mujer gestante, algunos estudios citan consecuencias de carácter psicológico, físico social psicológico y físico como, por ejemplo:

- **Consecuencias sociales**

Una de las consecuencias sociales que experimentan la madre portadora es que tiende a limitarse en ciertos aspectos de su vida como por ejemplo la prohibición de tomar, de fumar, de seguir una dieta adecuada, restringirse de ciertos alimentos. Inclusive el tener visitas, llamadas constantes por parte de los padres contratantes para asegurar que cumple con lo establecido.

En tal sentido es recomendable que el entorno de la madre gestante conozca la razón por la cual lleva este proceso a beneficios de otros, lo cual hará que disfrute mas de este proceso y se sienta feliz de ayudar a otros.

- **Consecuencias psicológicas**

Una de las consecuencias psicológicas que puede padecer la madre portadora al momento de ser separada del bebé, es que experimente un bajo ánimo e inclusive depresión posparto, en la que también influirá desde el punto de vista biológico y psicológico el no poder amamantar y tener que tomar medicación para suprimir la lactancia.

Durante la gestación el cerebro de la madre se vuelve más emocional conforme avanza el embarazo lo cual puede generar una profunda tristeza a la hora de entregar al menor a sus padres.

Para evitar este tipo de consecuencias es necesario que las mujeres que se van a someter al proceso de gestación se les realice estudios y sesiones psicológicas con la finalidad de determinar su capacidad para llevar a cabo este procedimiento, y facilitar la entrega del menor al culminar el periodo de gestación.

- **Consecuencias físicas**

Una de las consecuencias que se puede experimentar la madre subrogada durante su proceso de gestación son abortos, infecciones, diabetes emocional, entre otras.

En algunas ocasiones la madre puede ser sometida a cesárea para evitar que ocurran problemas en el parto que puedan repercutir en la salud del recién nacido, poniendo en riesgo la suya.

Por ello es indispensable tomar en cuenta ciertos criterios a favor y en contra, que puede generar la regularización de esta práctica:

CRITERIOS A FAVOR

- Brinda la oportunidad de ser padres aquellas parejas que por problemas congénitos no pueden serlo.
- Es un proceso más sencillo y rápido a diferencia de la adopción.
- Permite el ejercicio del derecho a fundar una familia.

CRITERIOS EN CONTRA

- Se puede convertir en un negocio lucrativo y el niño puede ser visto como objeto de comercio.
- La subrogación puede convertir a la mujer como objeto de explotación.
- Se mercantiliza el deseo de ser padres.

2.2.3.3 Determinación de la pertinencia de la realización de reformas legales en la legislación ecuatoriana respecto de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada se ha convertido en una realidad social la cual hoy en día no se puede ignorar, puesto que por medio se encuentran involucrados derechos como el de los niños producto de esta técnica, de tal modo que es necesario que se otorgue un tratamiento legal para de esta manera generar protección y garantías a las partes, para que en un futuro no se encuentren en conflicto y actuaciones contrarias a la ley, la ética y la moral.

La necesidad de realizar reformas legales en la legislación ecuatoriana es de suma importancia, puesto que nos encontramos frente a derechos titulares tanto para la mujer gestante, los padres contratantes y los derechos en defensa del interés de los niños, los mismos que no pueden ser vulnerados porque es indispensable que gocen de protección sobre la base del respeto del principio de interés superior, entre otros derechos que son el de formar parte de una familia y tener identidad. Mismos derechos que se encuentran reconocidos en instrumentos internacionales como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que los Estados deben proteger a la familia, que todo niño sin discriminación alguna debe ser inscrito y debe adquirir una nacionalidad.

La maternidad subrogada es un modo de generar de vida, que puede resultar

especial o difícil de ver o comprender ante una sociedad que es lastimosamente atrasada, como es Ecuador, siendo el punto de inflexión únicamente la filiación como medio para probar de manera jurídica cual sería en acto axiológico que se busca impugnar. La manera más tradicional es dejar que el legislador elija, sin embargo, mediante la ley no parece ser un buen camino para solventar las problemáticas y dudas que el mismo tenga.

Por consiguiente, es necesario tener en cuenta que tanto la madre subrogada como la pareja subrogante constituyen derechos, por lo cual, se considera prescindible que se encuentren reguladas estas relaciones en nuestra legislación ecuatoriana en cuestión al tema, protegiendo aquellos derechos de las personas y a su vez el derecho a poder formar una familia, de manera que, la constitución permita, incluya y considere sustancial ser permitida la maternidad subrogada dentro de nuestra legislación, puesto que no hay una norma en la cual se encuentre explícitamente prohibido que se lleve a cabo esta práctica, ni alguna sanción, pero es una manera de poder conllevar una reproducción, la cual no está enmendada en el marco constitucional.

De esta forma se demuestra un escaso compromiso por parte de los legisladores en los derechos fundamentales y los muchos valores que se comprenden en la Constitución del Ecuador. Es necesario saber la visión constitucional para poder considerar o cuestionar los derechos que lo rodean.

(Rosales Andrade, 2018) Se puede considerar como una alternativa u oportunidad que tiene por fin de contribuir a mejorar las condiciones de vida, es decir, a encontrar una solución en algún problema de distinta índole, como lo es la maternidad subrogada, puede ser vista como una opción que tiene por objetivo brindar solución efectiva al problema de la infertilidad, problema el cual afecta muchas veces en el desenvolvimiento pleno de los seres humanos.

Hipótesis

La maternidad subrogada debe de ser reconocida en la legislación ecuatoriana para evitar que se realice de manera clandestina con todos los problemas legales y sociales que producen.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Unidad de análisis

Por las características del tema la investigación tendrá un ámbito espacial de análisis nacional con énfasis en casos presentados en el cantón Arenillas, provincia de El Oro.

3.2 Método de investigación

En el presente proyecto de investigación se aplicarán los métodos:

a) Método histórico-lógico: Con este método se llegará a evaluar la manera en que ha ido evolucionando la maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes, a través del tiempo.

b) Método jurídico-doctrinal: Este método permitirá analizar las posiciones legales sobre el tema objeto de investigación para arribar a conclusiones científicamente válidas., que servirán posteriormente para llegar a una conclusión concreta y una determinación acerca de la valoración de los medios probatorios.

c) Método jurídico-analítico: A través de este método se analizaron las normas jurídicas relacionadas con el tema de estudio para facilitar la comprensión del tema dentro de la normativa legal ecuatoriana.

d) Método inductivo: Se utilizará este método por cuanto se identificarán algunos de los casos en los cuales se podrá denotar la carencia de normativa de la maternidad subrogada de una manera particular a una manera general para construir nuevos conocimientos relacionadas con el tema de investigación y llegar a una conclusión universal.

3.3 Enfoque de investigación

El enfoque de la investigación será cualitativo debido a que no requiere de medición numérica, pues se basará únicamente en la recopilación de información y en la observación del fenómeno de estudio

3.4 Tipo de investigación

Por las características que la presente investigación conlleva el tipo de la investigación es el siguiente:

Básica. – La investigación tiene como finalidad la obtención y recopilación de información, cuyo objetivo es aumentar el conocimiento sobre el problema que se va a investigar.

Documental bibliográfico. – En el presente trabajo investigativo se recopilará y se realizará un análisis de la información sobre un objeto de estudio a partir de fuentes bibliográficas como son, tesis, artículos científicos, trabajos investigativos y libros relacionados con el tema a investigarse.

Descriptiva. – En base a los resultados de la investigación documental-bibliográfica se describirá y analizará la maternidad subrogada en el Ecuador y la falta de carencia en nuestra normativa legal.

3.5 Diseño de investigación

Con base al enfoque de la presente investigación y los objetivos que la misma conlleva, el tipo de investigación fue de tipo, básica, documental bibliográfico y descriptiva, de tal manera el problema jurídico a investigarse será no experimental ya el mismo será estudiado y observado tal como se da en su contexto, razón por la cual no se ha construido ninguna situación, pero si se sujeta a conclusiones.

3.6 Población y muestra

POBLACIÓN

El universo de la población objeto del presente trabajo de investigación corresponde a parejas con problemas de infertilidad de la provincia de El Oro, Abogados en libre ejercicio profesional y Médicos, quienes tienen conocimiento acerca de la problemática descrita.

En el presente trabajo investigativo se trabajó con la siguiente población:

Unidades de Observación	Población
Parejas con problemas de infertilidad	10
Abogados en libre ejercicio del cantón Arenillas	30
Médicos	5
Total	45

Cuadro No. 1 Población

Elaboración: Tatiana Leiva Torres

Fuente: Población involucrada en el trabajo investigativo

MUESTRA

Para efectos de la recolección de la información no se emplea ninguna fórmula estadística, en vista que la población a ser investigada es reducida y su muestreo estratificado es decir dividido por grupos.

3.7 Técnicas e instrumentos de investigación

La presente investigación tiene por objeto fortalecer las técnicas y métodos requeridos por los objetivos e hipótesis presentados junto con el punto de vista alcanzado por el investigador.

Para la construcción de la información se opera en dos fases:

Según Herrera (2008): “El plan de recolección de información contempla estrategias metodológicas requeridas por los objetivos e hipótesis de investigación, de acuerdo con el enfoque escogido” (pp.4).

Para la recolección de la información relacionada con la presente investigación se ha seleccionado como técnicas e instrumentos de investigación a las siguientes:

Técnicas

•**Encuesta:** Según Herrera (2008): “La encuesta es una técnica de recolección de información, por la cual los informantes responden por escrito a preguntas entregadas por escrito” (pp. 6).

Mediante esta técnica se recolectará datos e información aplicada para los

abogados en libre ejercicio y parejas con problemas de infertilidad de la Provincia de El Oro, sobre la maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes.

- **Cuestionario:** Es una técnica que se basa en un conjunto de preguntas en la cual su objetivo es obtener información respecto al tema que se investiga.

3.8 Técnicas para el tratamiento de información

- **Plan de recolección de la información**

Para una mejor recolección de la información se la realizará de la siguiente manera:

Preguntas básicas	Explicación
1.- ¿Para qué?	Cumplir con los objetivos de la presente investigación
2.- ¿A qué personas o sujetos?	Parejas con problemas de infertilidad Abogados en libre ejercicio Médicos
3.- ¿Sobre qué aspecto?	Indicadores
4.- ¿Quién?	La investigadora
5.- ¿Cuándo?	En el Año 2022
6.- ¿Dónde?	Cantón Arenillas
7.- ¿Cuántas veces?	Las que se considere necesario
8.- ¿Qué técnicas de recolección utiliza?	Encuesta, Cuestionario
9.- ¿Con qué instrumentos?	Cuestionario

Cuadro No. 2 Recolección Información

Fuente: Investigadora. Elaboración: Tatiana Leiva Torres.

- **Plan de procesamiento de la información**

Para lograr el cumplimiento de cada uno de los objetivos planteados en la presente investigación, nos concentramos en la recolección de suficiente información se aplicarán, los instrumentos correspondientes la guía de cuestionario respectivamente, para esto se les dará previamente la respectiva explicación a los Abogados en libre ejercicio del cantón Arenillas, las parejas con problemas de infertilidad y Médicos.

- **Procesamiento y análisis revisión crítica**

Una vez que se hayan realizado la encuesta se procederá a realizar la respectiva tabulación y consecuentemente el análisis e interpretación de datos lo que nos llevará a comprobar la hipótesis, y llegar a las conclusiones correspondientes del presente trabajo de investigación

- **Clasificación de la información**

La información obtenida se clasificó conforme las dos variables planteadas, estas son: La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes.

- **Tabulación de la información**

La tabulación permite organizar los datos obtenidos, para una visión clara acerca de cómo se ha venido dando y los cambios que ha tenido el problema que es objeto de la investigación, además de su concordancia con las variables planteadas.

3.9 Comprobación de Hipótesis

La maternidad subrogada debe ser normada en el Código Orgánico de Salud, por ser deber primordial del Estado el salvaguardar el interés superior del niño que se encuentra en juego y proteger los derechos de las partes que intervienen en este proceso como son madre subrogante y padres beneficiarios, con el único fin de que no se convierta en un negocio lucrativo.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “la maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes”, la misma que fue dirigida a abogados en libre ejercicio.

PREGUNTA No.1

1. ¿Considera usted que la maternidad subrogada es una realidad en la sociedad ecuatoriana?

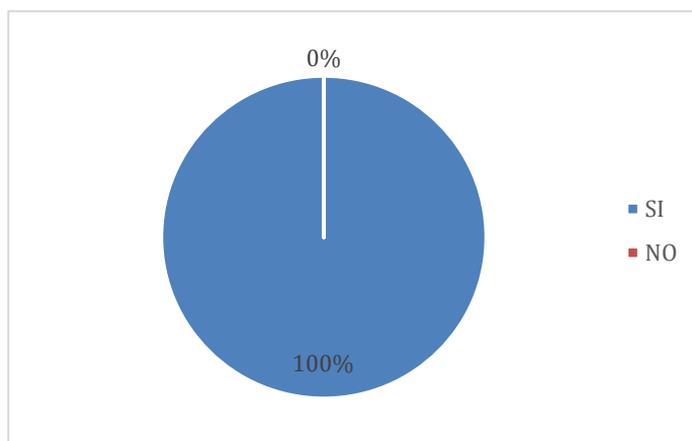
TABLA No.1

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No 1



INTERPRETACIÓN

La población encuestada ha respondido que efectivamente la maternidad subrogada es una realidad en la sociedad ecuatoriana a pesar de no estar regulada en nuestra legislación vigente, muchas personas utilizan esta práctica de fecundación asistida para lucrarse de manera clandestina.

PREGUNTA No.2

2. ¿Cree usted que la maternidad subrogada soluciona el problema social de la infertilidad?

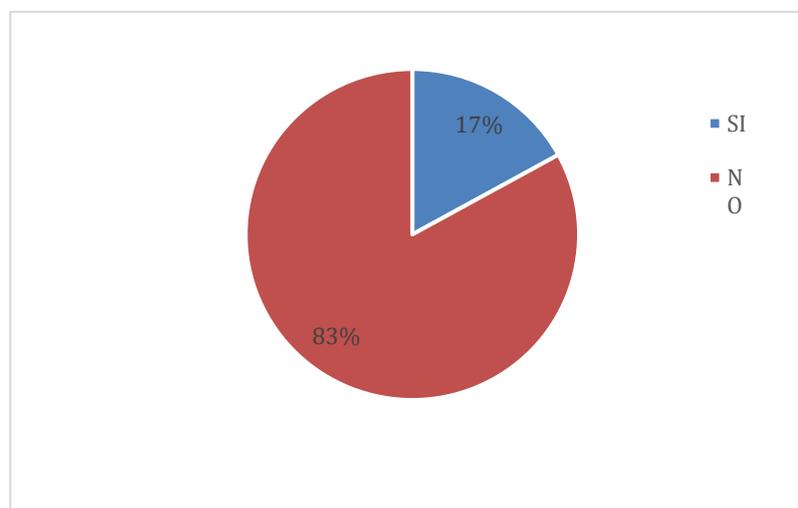
TABLA No. 2

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	17%
NO	25	83%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No.2



INTERPRETACIÓN

La mayoría de los profesionales en derecho, esto es el 83 % consideran que la maternidad subrogada no es la solución a los problemas de infertilidad, únicamente es una de las tantas posibilidades de técnicas de fecundación asistidas que hay para ese problema, por esta razón la solución más viable a este problema social es llenar el vacío legal, las consecuencias jurídicas y sociales que existen.

PREGUNTA No.3

3. ¿Considera que la maternidad subrogada garantiza los derechos establecidos Constitución de la República del Ecuador?

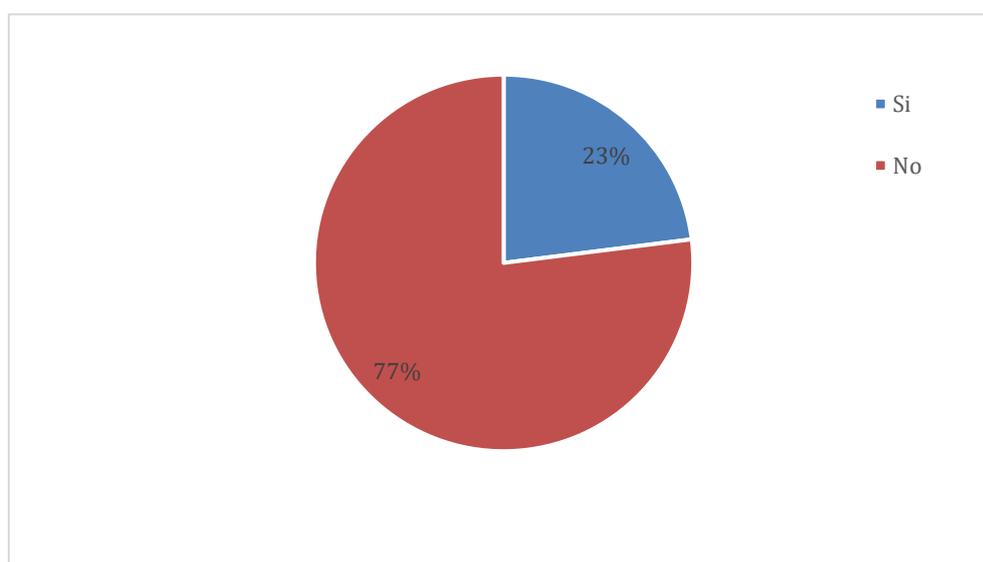
TABLA No. 3

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	77%
NO	7	23%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 3



INTERPRETACIÓN

De acuerdo con los resultados obtenidos en la presente encuesta, la mayor parte de la población considera que la maternidad subrogada si garantiza los derechos establecidos en la constitución de la Republica del Ecuador, ya que se encuentran inmersos derechos de libertad, reproductivos y derechos tanto de la madre subrogante, el futuro niño y los padres beneficiarios.

PREGUNTA No.4

4. ¿Considera usted que en la maternidad subrogada se garantizan los derechos de los intervinientes?

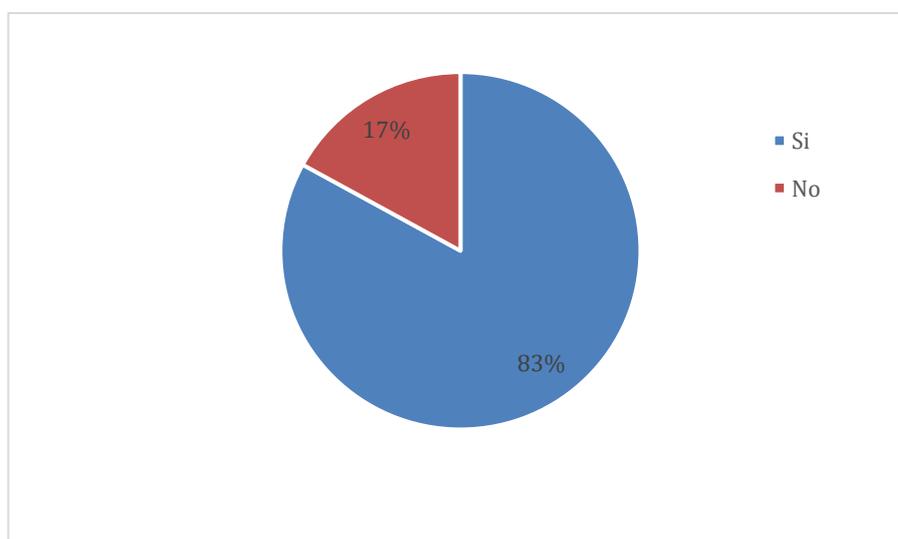
TABLA No. 4

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 4



INTERPRETACIÓN

La mayoría de los abogados en libre ejercicio consideran que si se garantizan los derechos de los intervinientes en la maternidad subrogada puesto que al regularla se establecería un marco jurídico por medio de un instrumento (contrato) el cual serviría de soporte para garantizar el cumplimiento de las obligaciones y por ende los derechos, recordando que ningún acto o contrato jurídico puede o debe ir en contra de lo prescrito en la Constitución.

PREGUNTA No.5

5. ¿Considera usted que la práctica de la maternidad subrogada en el Ecuador se la debe de realizar con fines lucrativos?

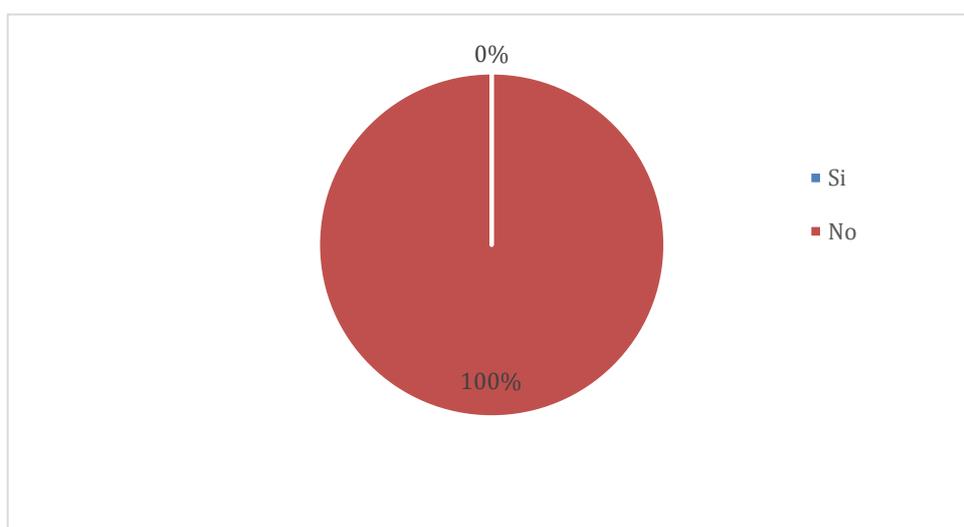
TABLA No.5

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	30	100%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No.5



INTERPRETACIÓN

El 100% de encuestados, es decir 30 personas consideran que la maternidad subrogada no debería ser realizada con fines lucrativos, dado que la vida de un niño no debería ser vista como un negocio de vida, sino como lo que es, un problema de salud pública, y así acabar con quienes ven alquilar un útero una fuente de ingreso económico.

PREGUNTA No.6

6. ¿Considera que la maternidad subrogada vulnera los derechos humanos?

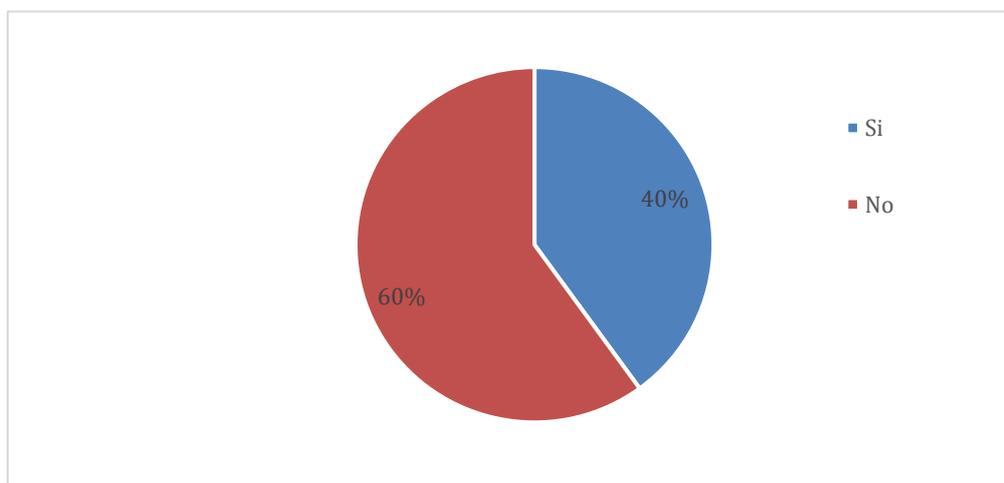
TABLA No.6

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	40%
NO	18	60%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No.6



INTERPRETACIÓN

La mayoría de las personas encuestadas, esto es el 60% de abogados, consideran que no se vulneran derechos humanos dentro de la maternidad subrogada puesto que se estaría dando la oportunidad a un niño a tener un futuro de provecho, por esta razón no iría en contra de las buenas costumbres, sino más bien se vería como un beneficio tanto para el niño como para las partes intervinientes, mientras que un el 40 % considera que la maternidad subrogada si vulnera los derechos humanos porque va en contra de los derechos reconocidos mundialmente.

PREGUNTA No. 7

7. ¿Cree usted que la maternidad subrogada debe constar en la legislación civil ecuatoriana como un contrato?

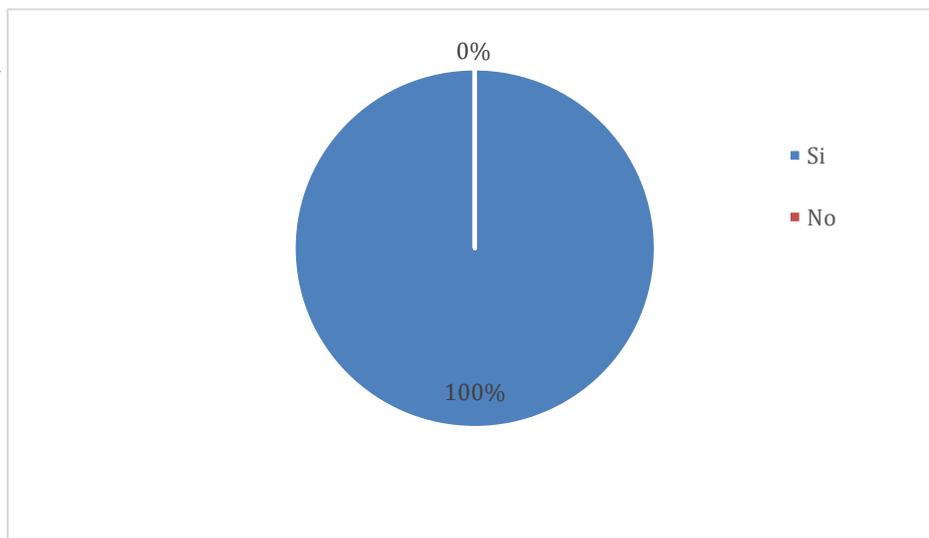
TABLA No.7

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No.7



INTERPRETACIÓN

La totalidad de abogados encuestados consideran que la maternidad subrogada debe constar como un contrato en nuestro Código Civil Ecuatoriano esto con el fin de evitar conflictos a futuro entre las partes intervinientes, y de igual manera porque se mediría la responsabilidad tanto de los padres que tendrían el cuidado de un niño, como el de la madre progenitora al dar a luz a un niño basándose en términos legales de cuidado.

PREGUNTA No. 8

8. ¿Considera que la maternidad subrogada debe ser considerada como delito y tipificada claramente en el COIP?

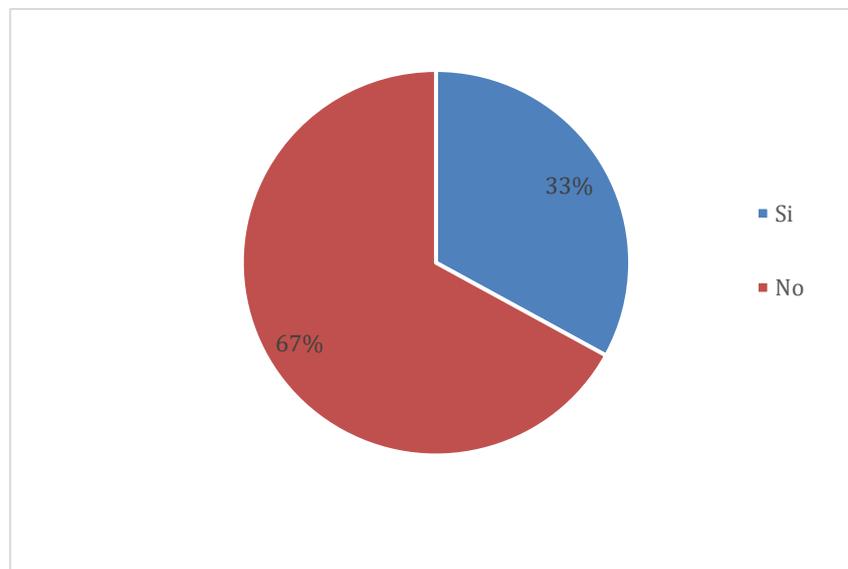
TABLA No.8

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	33%
NO	20	67%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No.8



INTERPRETACIÓN

Es notorio que un número superior de encuestados consideran que la maternidad subrogada no debería ser tipificada como un delito puesto que es un método de reproducción asistido legal, y no lesiona ningún bien jurídico protegido por nuestra ley, mientras que el 33% de encuestados manifestaron que si se debería tipificar como un delito siempre y cuando sea visto como un negocio lucrativo.

PREGUNTA No. 9

9. ¿Considera usted que la maternidad subrogada afecta el interés superior del niño que nace bajo la referida modalidad?

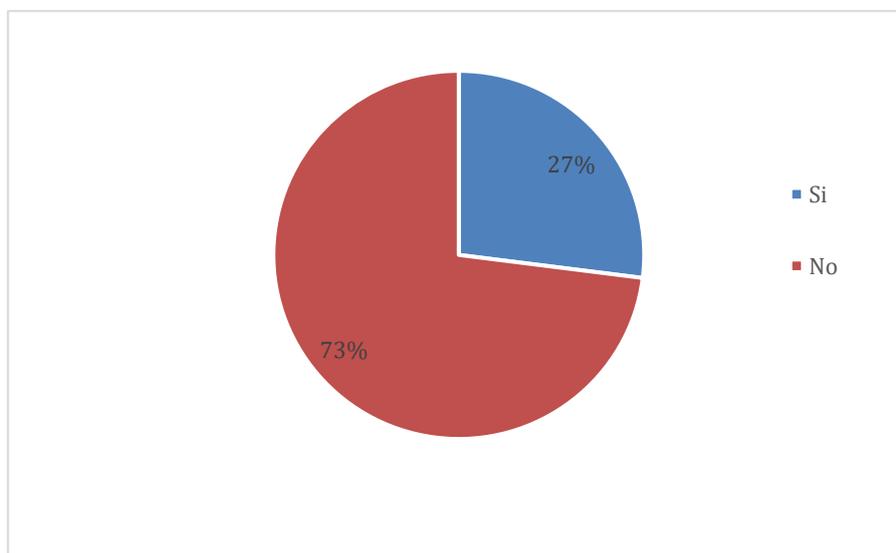
TABLA No.9

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	27%
NO	22	73%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 9



INTERPRETACIÓN

La mayoría de los profesionales en derecho, esto es el 73% coincidieron de la maternidad subrogada no afecta el interés superior del niño dado que al nacer gozaría de las mejores condiciones para su bienestar como es el espíritu de dicho interés superior, incluso habiendo un contrato el mismo estaría estipulado lo referente al derecho fundamental de identidad, mientras que el 27 % considera que la maternidad subrogada si afecta el interés superior del niño que nace bajo esta modalidad.

PREGUNTA No. 10

10. ¿Cree usted que la maternidad subrogada ocasiona problemas jurídicos entre la madre sustituta y la pareja que encarga la maternidad?

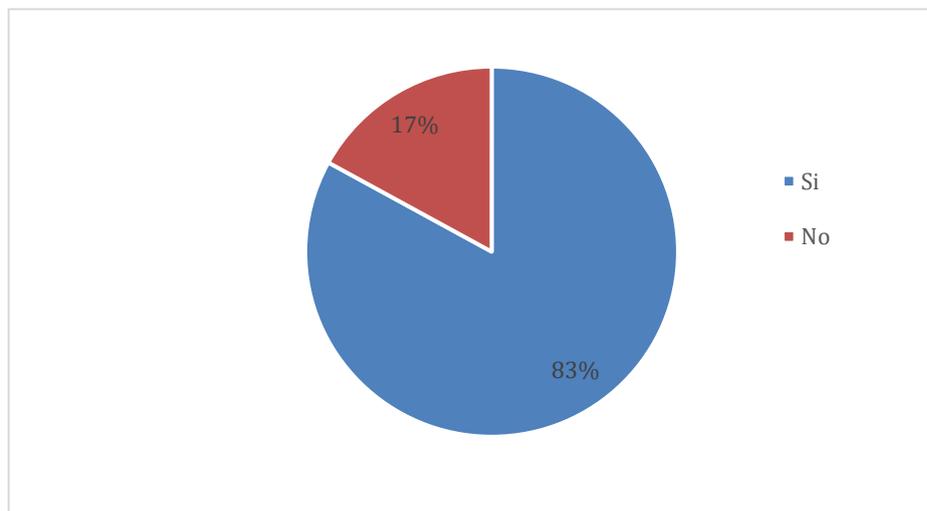
TABLA No. 10

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 10



INTERPRETACIÓN

Con respecto a la última pregunta, el 83% de la población encuestada considera que la maternidad subrogada si ocasiona problemas jurídicos entre la madre sustituta y la pareja que encarga la maternidad puesto que al no encontrarse regulada es muy seguro que exista conflictos de por medio, por eso es necesario que exista una norma en la que se establezca los limites tanto para la madre subrogada como para los padres beneficiarios, para de esta manera evitar repercusiones a futuro y más que nada no se ponga en juego la vida del niño.

ENCUESTA A PAREJAS CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD

PREGUNTA No.1

1. ¿Considera usted que el avance de la ciencia garantiza la posibilidad de procrear?

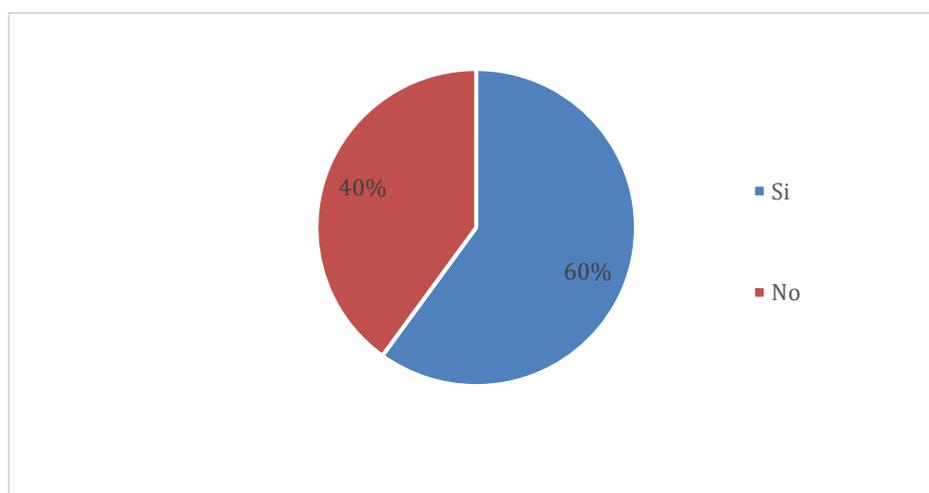
TABLA No.1

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	6	60%
NO	4	40%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No.1



INTERPRETACIÓN

De 10 parejas con problemas de infertilidad encuestas, el 60% consideran que el avance de la ciencia garantiza la posibilidad de procrear, mientras que un número menor del 40% considera que no garantiza la posibilidad de procrear porque con el avance de la ciencia, las parejas con problemas de infertilidad consideran que si se garantiza la posibilidad de procrear e incluso lo ven como un método funcional para las parejas que buscan formar un hogar, por tal razón hoy en día consideran que la tecnología y la ciencia han evolucionado para bien en el ámbito médico y han visto como una solución y un beneficio para aquellas parejas.

PREGUNTA No. 2

2. ¿Cree usted que la maternidad subrogada soluciona el problema social de la infertilidad?

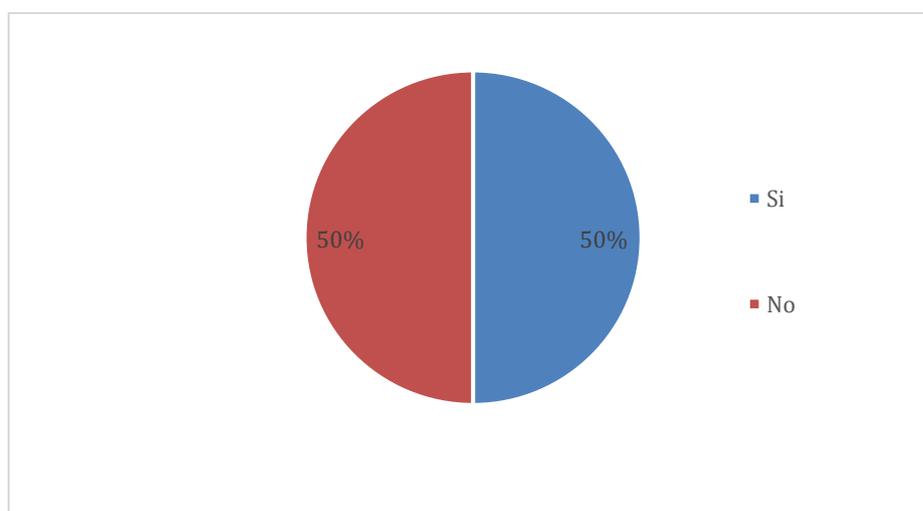
TABLA No. 2

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	50%
NO	5	50%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 2



INTERPRETACIÓN

Con respecto a la segunda pregunta, existe una coincidencia con respecto a dicha pregunta, cinco personas consideran que la maternidad si soluciona los problemas de infertilidad, mientras que las otras 5 consideran que no soluciona como tal dicha problemática. Las parejas con problemas de infertilidad consideran que la maternidad subrogada no soluciona como tal los problemas de infertilidad porque en nuestro país no es un tema del cual se tenga acceso dado que no se encuentra regulado como para que sea visto como una solución, únicamente es un mecanismo que efectivamente existe, pero no es nuestra legislación, por tal razón si alguna pareja quisiera acceder debería recurrir a este mecanismo mediante un pago muy alto, por ese motivo no es una solución con la que se pueden eliminar los problemas de infertilidad.

PREGUNTA No. 3

3. ¿Considera que la maternidad subrogada se la puede pactar en el Ecuador mediante un contrato?

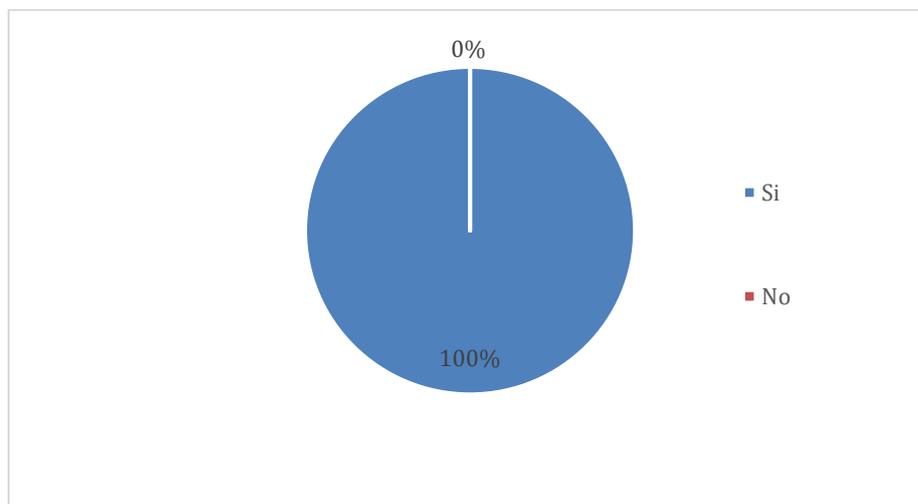
TABLA No. 3

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	100%
NO	0	0%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 3



INTERPRETACIÓN

Con las encuestas realizadas, las parejas coinciden que una de las maneras en que se puede pactar la maternidad subrogada es mediante un contrato en el cual se deberían estipular las cláusulas que deberían respetar las partes intervinientes, en este caso la madre gestante y los padres beneficiarios, de esta manera se evitaría inconvenientes a futuro.

PREGUNTA No. 4

4. ¿Considera usted que en la maternidad subrogada es un delito?

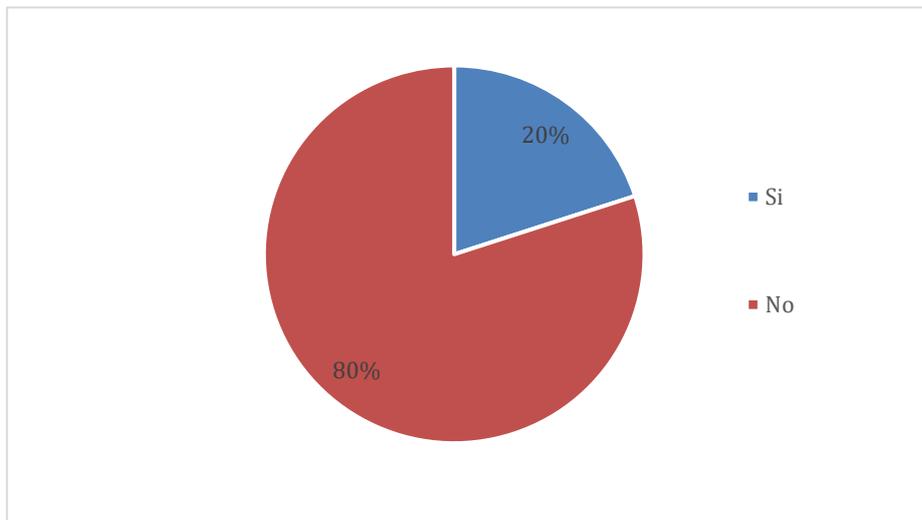
TABLA No. 4

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	20%
NO	8	80%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 4



INTERPRETACIÓN

De 10 parejas encuestadas, 8 consideran que la maternidad subrogada no es un delito puesto que actualmente no se encuentra prohibida, pero tampoco se encuentra regulada por tal razón, no puede ser considerada como un delito dado que no existe ley que sancione la práctica de esta, mientras que dos de ellas consideran que la maternidad si pudiese ser vista como un delito cuando este proceso se lo convierta en un negocio.

PREGUNTA No. 5

5. ¿Considera usted que la práctica de la maternidad subrogada en el Ecuador se la debe de realizar con fines lucrativos?

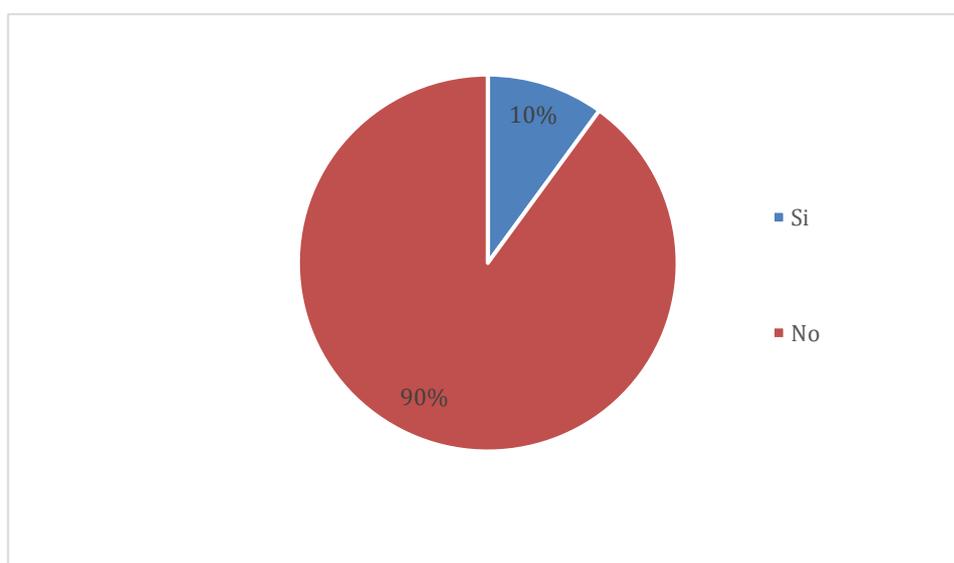
TABLA No. 5

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	10%
NO	9	90%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 5



INTERPRETACIÓN

En la quinta pregunta realizada, nueve parejas con problemas de infertilidad consideran que la maternidad subrogada no se debería realizar con fines lucrativos por motivo que se convertiría en un negocio, lo cual no es lo correcto porque un niño no es objeto de comercio, de tal modo que la maternidad subrogada debería ser una práctica altruista y netamente desinteresada, donde su único fin sea ayudar a parejas que no pueden concebir.

PREGUNTA No. 6

6. ¿Cree usted que, según la religión que profesa, que la maternidad subrogada es permitida?

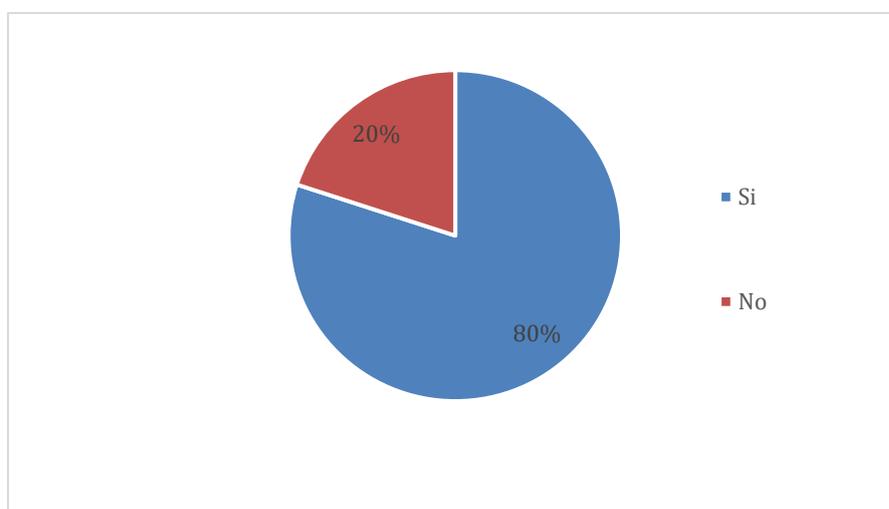
TABLA No. 6

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	80%
NO	2	20%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 6



INTERPRETACIÓN

En la sexta pregunta, ocho parejas consideran que de acuerdo con la religión que profesan la maternidad subrogada si es permitida, mientras que dos parejas consideran que posiblemente no está permitida. Si bien es cierto el fin de esta práctica médica es ayudar a parejas con problemas de infertilidad, las parejas encuestadas consideran que este deseo de formar una familia no debería ser vista como algo que la iglesia o la sociedad juzgue, puesto que el verdadero sentido de este mecanismo es el servicio de la vida humana, en tal sentido consideran que esta práctica según su religión que profesan no la prohíbe, siempre y cuando su deseo sea el de crear un ambiente familiar armonioso en la que se proteja y se respete la vida del menor.

PREGUNTA No. 7

7. ¿Cree usted que la maternidad subrogada puede causar problemas jurídicos que afecten al menor que nació bajo esta forma de maternidad?

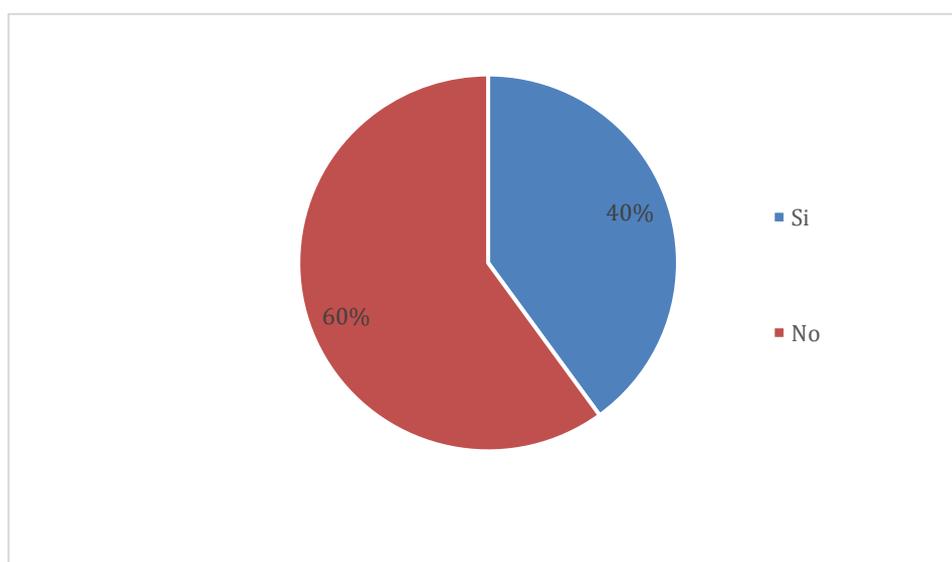
TABLA No.7

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	4	40%
NO	6	60%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 7



INTERPRETACIÓN

En la séptima pregunta, seis parejas con problemas de infertilidad consideran que la maternidad subrogada no puede causar problemas jurídicos que afecten al menor que nació bajo esta forma, consideran que no causa problemas jurídicos que afecten al menor que nace bajo esta forma de maternidad, dado que uno de los propósitos de este mecanismo debe ser salvaguardar el interés superior del menor, por lo tanto, el mismo gozaría de beneficios como salud, alimentación, vivienda, que son derechos que todos los menores adquieren constitucionalmente.

PREGUNTA No. 8

8. ¿Considera que la maternidad subrogada puede ocasionar problemas legales entre la madre biológica y quienes encargaron la paternidad?

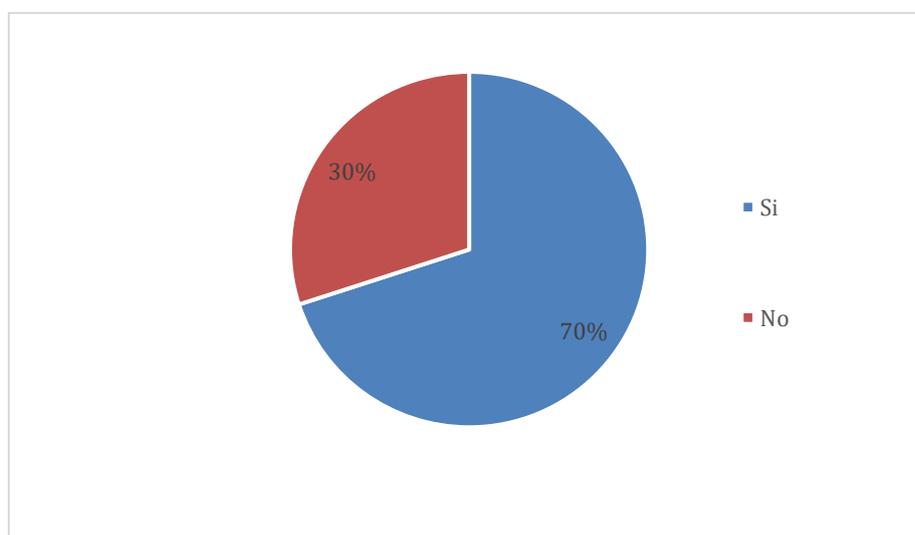
TABLA No. 8

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	7	70%
NO	3	30%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La investigadora

FIGURA No. 8



INTERPRETACIÓN

En la última pregunta, siete parejas consideran que la maternidad subrogada puede ocasionar problemas legales entre la madre biológica y quienes encargaron la paternidad, mientras que tres parejas consideran que no ocasiona problemas legales entre las partes intervinientes. De tal modo que efectivamente pueden existir problemas legales entre las partes siempre y cuando no se cumplan con lo que se pueda estipular en el contrato, ya sea por parte de la madre gestante como por ejemplo el no querer entregar al niño, y por parte de los padres el no querer hacerse cargo de este. Son riesgos que pueden existir si no cumplen con su parte al firmar el acuerdo.

ANÁLISIS DEL CUESTIONARIO DIRIGIDO A MÉDICOS

Luego de haber realizados el cuestionario a 5 profesionales de la salud del cantón Arenillas se ha podido llegar a las siguientes conclusiones respecto al tema de estudio: “La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes”

Pregunta 1

¿Para usted que es la maternidad subrogada?

De acuerdo con las respuestas de los profesionales de la salud, definen a la maternidad subrogada como un tratamiento mediante el cual previo acuerdo una mujer queda embarazada con un óvulo ajeno al suyo, a este procedimiento generalmente es conocido como maternidad por sustitución.

En este procedimiento intervienen dos partes que son: la madre subrogada (es la mujer que presta su útero) y los padres beneficiarios, en el cual esta tercera persona será la encargada de llevar a cabo el proceso de gestación.

Pregunta 2

¿Conoce usted si en Ecuador se han llevado a cabo casos de maternidad subrogada?

En Ecuador efectivamente se han llevado a cabo casos de maternidad subrogada, hoy en día por medio de internet se pueden encontrar este tipo de “servicios”, se conoce que clínicas tanto de Quito y Guayaquil ya llevan a cabo estos procesos sin problema alguno.

Sin embargo, en lo que respecta a nuestro cantón o nuestra provincia no se han llevado estos procedimientos.

Pregunta 3

¿Cree usted que la subrogación de útero es una solución para aquellas mujeres que no pueden gestar?

Desde el punto de vista médico efectivamente es visto como una solución para aquellas mujeres que no pueden gestar, sin embargo, no todas son beneficiarias de este, puesto que al ser un procedimiento costoso no todas cuentan los recursos necesarios para solventar el mismo.

Pregunta 4

¿Desde el punto médico, en caso de crearse una ley que regule estos procedimientos médicos, ¿cuáles cree usted que serían los requisitos que las partes intervinientes deberían cumplir?

Los profesionales de la salud ante esta pregunta recomiendan que los requisitos que las partes deben de cumplir son los siguientes:

- Que la mujer que va a llevar a cabo el procedimiento de subrogación se encuentre en óptimo estado de salud
- Se trate de un procedimiento altruista en el cual no existan intereses económicos de por medio.
- Exista una justificación médica de la madre subrogada en la cual conste la imposibilidad de procrear.
- Acuerdo en el que se estipulen las condiciones que deben de cumplir las partes intervinientes en este caso los padres beneficiarios y la madre gestante.
- Valoración psicológica, social y económica de la madre subrogada.

Pregunta 5

¿Considera usted que la infertilidad es un problema de Salud Pública en el Ecuador?

La infertilidad es un problema de salud mundial, según la Organización Mundial de Salud alrededor de 48 millones de parejas y 186 millones de personas indican que tienen problemas de infertilidad.

Con lo que respecta a Ecuador según cifras del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos indica que nuestro país se encuentra entre el 17% y 20%, por ende, poco a poco se puede ir considerando como un problema de salud pública, el mismo que se debe a diferentes factores como son malos hábitos, consumo de alcohol y tabaco, problemas de edad, etc.

CONCLUSIONES

Cuando se habla de maternidad subrogada se encuentra tres puntos fundamentales que nos ayudan a comprender la perspectiva legal de este proceso pues el mismo resulta muy complejo y a su vez debe ser llevado de modo muy regular para evitar caer en vacíos legales, por lo que al finalizar la presente investigación se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

1. La maternidad subrogada es una práctica que en nuestro país no se encuentra regulado lo que ocasiona que se realice de manera clandestina poniendo en riesgo los derechos de las partes intervinientes como son la madre portadora, los padres beneficiarios y el niño producto de esta técnica de reproducción asistida, por lo que es importante normar esta figura y establecer que su único fin es beneficiar a aquellas parejas que quieren crear una familia.
2. La maternidad subrogada es un avance alentador en la percepción de las nuevas familias contemporáneas, es penoso que aún se encuentran irregularidades y hasta actos criminales en estos procesos, pues, aunque se busca que este se lleve de la manera más apropiada posible, encontramos varios puntos que son bastante inflexibles en el derecho y que por ende representa un debate muy polémico tanto desde la ética médica, como desde la ética jurídica.
3. Este nuevo método de maternidad es bastante complejo por lo que se requiere estudiar de modo muy exhaustivo tanto los sectores más vulnerables, como los sectores más fuertes de la economía y a su vez comprender los valores morales y éticos de la sociedad.
4. En nuestra legislación ecuatoriana no existe ningún Código, Ley o Reglamento referente al proceso de maternidad subrogada dejando que se desarrolle de manera libre y que sean las clínicas las encargadas de realizar sus propios lineamientos para llevar a cabo este procedimiento.

RECOMENDACIONES

Considerando todo lo estudiado se puede recomendar de manera teórica lo siguiente:

1. Es necesario que los médicos de nuestro país se capaciten acerca de las nuevas técnicas de reproducción asistida ya que la esterilidad y la infertilidad con el pasar del tiempo se convertirán en problemas de salud pública y deberá ser incluido dentro de nuestro ordenamiento jurídico para darle una solución.
2. Estar conscientes del nivel de madurez que el proceso requiere, pues el mismo es complicado y a su vez puede representar una percepción diferente de la maternidad pues en los casos más extremos, se pueden encontrar con problemas emocionales por no entender el proceso con criticidad.
3. Se debería establecer un código de ética en las clínicas que llevan a cabo estos procedimientos, con el propósito de salvaguardar los intereses del futuro niño y la madre gestante, ya que la finalidad del mismo sería plantear valores, normas y principios que garanticen el interés superior del menor.
4. Tomar en cuenta las legislaciones internacionales para regular la maternidad subrogada en nuestro país con la finalidad de establecer un marco jurídico en el cual se establezcan las reglas que se debe de llevar a cabo este procedimiento y así evitar riesgos a futuro.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Acosta, A. (01 de julio de 2011). *Maternidad subrogada*. Obtenido de Revista Ciencias Biomédicas: <https://doi.org/10.32997/rcb-2011-3397>

Andrade, V. R. (2018). LA MATERNIDAD SUBROGADA. *Propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador*, 17.

Arambula, A., & Reino, U. (2008-1982). *Viteri Problemas*. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6907/1/T2981-MDC-Viteri-Problemas.pdf>

Aranda, I. L. (2015). Maternidad Subrogada. 29. Obtenido de <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8933/Lopez%20Aranda%20I..pdf?sequence=4>

Barahona Cobos, D., & Guerra Coronel, M. (Enero-Marzo de 2021). *POCAIP*. Obtenido de [file:///C:/Users/TOSHISBA/Downloads/337-Texto%20del%20art%C3%ADculo-642-1-10-20210106%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/TOSHISBA/Downloads/337-Texto%20del%20art%C3%ADculo-642-1-10-20210106%20(2).pdf)

Cano, M., & Romeo, C. (2013-2003). *Viteri Problemas*. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6907/1/T2981-MDC-Viteri-Problemas.pdf>

Cano, M. (2013). BREVE APROXIMACION EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. *Revista Persona*.

Chaves, E. (2021). *Gestación subrogada en Colombia: evolución, tendencias y desafíos*. Colombia: Universidad el bosque departamento de Bioética. Obtenido de https://repositorio.unbosque.edu.co/bitstream/handle/20.500.12495/6876/Chaves_Carrero_Erika_Alexandra_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Coronel, M. A., & Cobos, D. B. (04 de enero de 2021). *La maternidad subrogada en el Ecuador*. Obtenido de Revista Científica FIPCAEC (Fomento De La investigación Y publicación En Ciencias Administrativas, Económicas Y Contables): <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i1.337>

Colaboradores de Wikipedia. (s. f.). Derecho anglosajón. Wikipedia, la enciclopedia libre. Obtenido el 4 de agosto de 2022, de https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_anglosaj%C3%B3n

Cuddy, A. (19 de 02 de 2019). *Euronwes*. Obtenido de Euronwes: <https://es.euronews.com/2018/09/13/donde-en-europa-es-legal-la-gestacion-subrogada>.

González, N. I. G. (2020). La gestación por sustitución en el Reino Unido. EDICIONES COMPLUTENSE. <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/69840>

TUBELLA, P. T. (2019, 19 abril). En el Reino Unido todo empezó con ‘Baby Cotton’. EL PAIS obtenido el 4 de agosto de 2022, de https://elpais.com/sociedad/2019/04/17/actualidad/1555506649_845481.html

Larrea Holguín Juan, Manual elemental de derecho civil del Ecuador Quito: Corporación de Estudios Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y Publicaciones, 2002), 94. Camacho, M. (2004). *La Maternidad Subrogada*. España: Dialnet.

Matozzo de Romualdi, Liliana. 1999. “¿Hay algún fundamento que pueda atribuirle fuerza legal a los contratos de subrogación de vientres?”. Revista de Derecho ED 182-1663

Orellana Criollo, S. P. (2020, 10 13). El Derecho de los niños, niñas y adolescentes a la Identidad en los casos de Gestacion por Subrogacion dentro de la

legislacion ecuatoriana (Bachelor's thesis). Obtenido de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/34870>

Pacheco, D. V. M. (2020). CRITERIO Y RECOMENDACIONES BIOÉTICAS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ECUADOR. MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO. obtenido el 4 de agosto de 2022, de <https://www.salud.gob.ec/wpcontent/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>

Peppino, A. M. (2019). Las mujeres y la ciencia en la sociedad patriarcal. I Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación.

Rodriguez C., & Martinez Muñoz, K. (Diciembre de 2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. Revista Scielo. [fecha de Consulta 6 de Agosto de 2022]. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003

Repositorio. (s.f.). Maternidad subrogada. Repoitorio. repositorio.usfq.edu.ec. [fecha de Consulta 6 de Agosto de 2022]. ISSN: 0716-9132. Disponible en: <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/334/1/84587.pdf>

Rosales Andrade, V. (2018, agosto). La Maternidad Subrogada: Propuesta Para Considerarla Como Una Forma De Trabajo En Ecuador. USFQ Law Review. *La maternidad Subrogada*, 5(1). doi:10.18272/Ir.v5i1.1221.

Rodríguez-Yong, Camilo A. , & Martínez-Muñoz, Karol Ximena (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. Revista de Derecho (Valdivia), XXV(2),59-81.[fecha de Consulta 6 de Agosto de 2022]. ISSN: 0716-9132. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173725189003>

Rodríguez, M. P. (1994). *La maternidad portadora o subrogada*. España: Dialnet. Yulia. (20 de 12 de 2019). *VittoriaVita*. Obtenido de VittoriaVita: <https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-europa/#:~:text=El%20embarazo%20subrogado%20es%20legal,ley%2C%20per%20tampoco%20est%C3%A1%20prohibido>

Romeo, C. (2003). *Genetica y derecho, responsabilidad juridica y mecanismos de control*. Astrea.

Sánchez, M. F. (09 de enero de 2019). *Universidad Andina Simón Bolívar*. Obtenido de Maestría Profesional en Derecho Constitucional: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6907/1/T2981-MDC-Viteri-Problemas.pdf>

Tena, G. F. (s. f.). Los subsistemas jurídicos británicos (derecho consuetudinario inglés o common law) y el sistema judicial español (civil law). scielo. Recuperado 4 de agosto de 2022, de https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332019000100513

Ugaz de la Piedra, Z. P. (7 de Agosto de 2021). La maternidad subrogada como trata de personas y la concepción bioética de los derechos fundamentales. Obtenido de La maternidad subrogada como trata de personas y la concepción bioética de los derechos fundamentales: <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/10036>

Verea, C. P. (08 de agosto de 2005). *La ventana. Revista de estudios de género*. Obtenido de SciELO México: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362005000200035&lng=es&tlng=es.

Viteri Sanchez, M. (29 de Agosto de 2019). *Viteri Problemas*. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6907/1/T2981-MDC-Viteri-Problemas.pdf>

Viteri, M. F. (2019). Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador. Quito. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6907/1/T2981-MDC-Viteri-Problemas.pdf>

Viteri Sánchez, M. F. (28 de Agosto de 2019). Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador. Obtenido de Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador.

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

GUÍA DE ENCUESTA DIRIGIDA A ABOGADOS EN LIBRE
EJERCICIO DE LA PROVINCIA DE EL ORO

Introducción: la presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado **“La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes”** la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Indicaciones: Por la importancia del tema se le solicita a usted (es), ser veraz al responder las interrogantes.

Cuestionario

Preguntas:

1. ¿Considera usted que la maternidad subrogada es una realidad en la sociedad ecuatoriana?

Sí __

No __

¿Por qué?

2. ¿Cree usted que la maternidad subrogada soluciona el problema social de la infertilidad?

Sí __

No __

¿Por qué?

3. ¿Considera que la maternidad subrogada garantiza los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador?

Sí __

No__

¿Por qué?

4. ¿Considera usted que en la maternidad subrogada se garantizan los derechos de los intervinientes?

Sí __

No__

¿Por qué?

5. ¿Considera usted que la práctica de la maternidad subrogada en el Ecuador se debe de realizar con fines lucrativos?

Sí __

No__

¿Por qué?

6. ¿Considera que la maternidad subrogada vulnera los derechos humanos?

Sí __

No__

¿Por qué?

7. ¿Cree usted que la maternidad subrogada debe constar en la legislación civil ecuatoriana como un contrato?

Sí __

No__

¿Por qué?

8. ¿Considera que la maternidad subrogada debe ser considerada como delito y tipificada claramente en el COIP?

Sí __

No__

¿Por qué?

9. ¿Considera usted que la maternidad subrogada afecta el interés superior del niño que nace bajo la referida modalidad?

Sí __

No__

¿Por qué?

10. ¿Cree usted que la maternidad subrogada ocasiona problemas jurídicos entre la madre sustituta y la pareja que encarga la maternidad?

Sí __

No__

¿Por qué?



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

**GUÍA DE ENCUESTA DIRIGIDA A PAREJAS CON PROBLEMAS DE
INFERTILIDAD**

Introducción: la presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado **“La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes”** la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Indicaciones: Por la importancia del tema se le solicita a usted (es), ser veraz al responder las interrogantes.

Cuestionario

Preguntas:

1. ¿Considera usted que el avance de la ciencia garantiza la posibilidad de procrear?

Sí __

No__

¿Por qué?

2. ¿Cree usted que la maternidad subrogada soluciona el problema social de la infertilidad?

Sí __

No__

¿Por qué?

3. ¿Considera que la maternidad subrogada se la puede pactar en el Ecuador mediante un contrato?

Sí __

No__

¿Por qué?

4. ¿Considera usted que en la maternidad subrogada es un delito?

Sí __

No__

¿Por qué?

5. ¿Considera usted que la práctica de la maternidad subrogada en el Ecuador se la debe de realizar con fines lucrativos?

Sí __

No__

¿Por qué?

6. ¿Cree usted que, según la religión que profesa, que la maternidad subrogada es permitida?

Sí __

No__

¿Por qué?

7. ¿Cree usted que la maternidad subrogada puede causar problemas jurídicos que afecten al menor que nació bajo esta forma de maternidad?

Sí __

No__

¿Por qué?

8. ¿Considera que la maternidad subrogada puede ocasionar problemas legales entre la madre biológica y quienes encargaron la paternidad?

Sí __

No__

¿Por qué?



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO
CUESTIONARIO DIRIGIDO A MEDICOS DEL CANTÓN ARENILLAS

Introducción: El presente cuestionario tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado **“La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes”** la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Indicaciones: Por la importancia del tema se le solicita a usted (es), ser veraz al responder las interrogantes.

Cuestionario

Preguntas:

1. **¿Para usted que es la maternidad subrogada?**

2. **¿Conoce usted si en Ecuador se han llevado a cabo casos de maternidad subrogada?**

3. **¿Cree usted que la subrogación de útero es una solución para aquellas mujeres que no pueden gestar?**

4. **¿Desde el punto médico, en caso de crearse una ley que regule estos procedimientos médicos, ¿cuáles cree usted que serían los requisitos que las partes intervinientes deberían cumplir?**

5. **¿Considera usted que la infertilidad es un problema de Salud Pública en el Ecuador?**