



Análisis de la posible incorporación de la maternidad subrogada o vientre de alquiler en el Código Civil ecuatoriano

Analysis of the possible incorporation of surrogacy or surrogacy in the Ecuadorian Civil Code

Análise da possível incorporaco da barriga de aluguel ou barriga de aluguel no Código Civil equatoriano

Carolina Estefania Chica Tapia ^I

caritochica15@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0007-0503-4014>

Ivan Culcay Villavicencio ^{II}

leg.1970@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-9167-2122>

Correspondencia: caritochica15@hotmail.com

Ciencias Sociales y Políticas

Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de marzo de 2023 * **Aceptado:** 12 de abril de 2023 * **Publicado:** 02 de mayo de 2023

I. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

II. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

Dentro de la normativa jurídica del Ecuador, una de las principales metas es el proyecto de vida, el cual es el tener hijos, no obstante, el problema más habitual que existe para alcanzar esta meta es el tema de la infertilidad, problema que ha sido muy relevante durante varios años en el estado, por el hecho que su tratamiento médico es muy complicado, sino que también llega a afectar de forma emotiva y afectiva entre las parejas que no pueden llegar a tener hijos por razones de infertilidad. Afortunadamente el avance médico que se ha logrado durante varios años ha proporcionado alternativas como la maternidad subrogada opción a escoger para las parejas que no pueden llegar a tener hijos siendo esta la manera más eficaz de reproducción en temas de eficacia.

Aunque la constitución consagra derechos relacionados al proyecto de vida y a la libertad sexual y reproductiva aún no existe legislación respecto al tema, por lo que se observa que el estado instaure normativa referente a la maternidad subrogada, por lo que la siguiente investigación planteara de forma social, doctrinaria, jurídica y bajo a la legislación comparada, a la necesidad de una reforma al código civil para la tipificación de un contrato referente a la maternidad subrogada.

Palabras Clave: Maternidad subrogada; vientre de alquiler; embarazo; sexualidad; infertilidad.

Abstract

Within the legal regulations of Ecuador, one of the main goals is the life project, which is having children, however, the most common problem that exists to achieve this goal is the issue of infertility, a problem that has been very relevant for several years in the state, due to the fact that its medical treatment is very complicated, but also affects emotionally and affectively among couples who cannot have children due to infertility. Fortunately, the medical progress that has been achieved for several years has provided alternatives such as surrogate motherhood, an option to choose for couples who cannot have children, this being the most effective way of reproduction in terms of efficiency.

Although the constitution consecrates rights related to the life project and sexual and reproductive freedom, there is still no legislation on the subject, so it is observed that the state establishes regulations regarding surrogate motherhood, for which the following investigation will raise socially, doctrinal, legal and under comparative legislation, to the need for a reform to the civil code for the classification of a contract referring to surrogate motherhood.

Keywords: Surrogate motherhood; surrogacy; pregnancy; sexuality; infertility.

Resumo

Dentro das normas legais do Equador, um dos principais objetivos é o projeto de vida, que é ter filhos, no entanto, o problema mais comum que existe para atingir esse objetivo é a questão da infertilidade, um problema que é muito relevante há vários anos no estado, pelo fato de seu tratamento médico ser muito complicado, mas também afeta emocional e afetivamente os casais que não podem ter filhos devido à infertilidade. Felizmente, os progressos médicos alcançados ao longo de vários anos têm proporcionado alternativas como a maternidade de substituição, uma opção de escolha para casais que não podem ter filhos, sendo esta a forma de reprodução mais eficaz em termos de eficiência.

Embora a constituição consagre direitos relacionados ao projeto de vida e à liberdade sexual e reprodutiva, ainda não há legislação sobre o tema, por isso observa-se que o Estado estabelece normas a respeito da maternidade de substituição, para a qual levantará a seguinte investigação social, doutrinária, legal e no âmbito da legislação comparada, à necessidade de reforma do código civil para a tipificação do contrato referente à maternidade de substituição.

Palavras-chave: Maternidade substituta; barriga de aluguel; gravidez; sexualidade; infertilidade.

Introducción

Toda persona frente a la ley, se le otorga libertades y derechos iguales, desde tiempos antiguos el ser humano ha tenido la meta de formar una familia y a partir del nacimiento de problemas como la infertilidad estos han intentado por todos los medios llegar a la meta soñada de formar una familia.

En el Ecuador han existido varios casos en donde se demuestra una gran cantidad de personas que sufren de infertilidad, lo que obliga al ser humano a buscar el deseo de ser padres y viéndose incapacitados de lograrlo llegan a considerar una forma social que vulnera un principio moral, ético y jurídico.

Aunque en el estado Ecuatoriano exista la opción de adopción, esta significa una filiación legal de alguien que ingresa a nueva familia, pero este acto se basa en un estudio posterior correspondiente al estatus económico como psicológico para poder generar una relación correcta de maternidad y paternidad que en muchos casos no se logra.

La maternidad subrogada se ha practicado hace varios años y en varios países, basado en el derecho a la familia, cuyo derecho debe ser reconocido por todos los estados, actualmente ha tomado mucha fuerza, gracias a los avances tecnológicos y de igual manera nacen cuestiones éticas para su legalización, que nuestro ordenamiento jurídico no está preparado para combatir y poder garantizar este derecho, ya que no existe una regularización que proteja o respalde esa práctica.

Desarrollo

1. Antecedentes históricos de la maternidad subrogada o vientre de alquiler

Históricamente en 1975 en Estados Unidos (California), se dio a conocer el primer caso de inseminación artificial por una pareja que no podía concebir hijos, y acudieron a un periódico donde publican su situación para lograr conseguir alguna mujer que pueda ayudarles en esta situación, ofreciendo una remuneración por la ayuda.

Gracias a lo sucedido en el año 1975, se formaron diversas instituciones relacionadas con supervisión de los diferentes casos que se dieron a conocer a partir del mayor auge el conocido como “BABY M”, el cual sucedió en 1985 en Estados Unidos, donde se creó un contrato para evitar el vínculo materno-filial de la progenitora con el niño, llegando a un acuerdo económico de 10.000\$.

A pesar de la existencia de un contrato, se produjo un conflicto jurídico de la madre gestante con el matrimonio, referente a la entrega del niño, se llegó a instancias judiciales a la cual se llegó al contrato válido, cumpliéndose así la entrega del niño al matrimonio, esta controversia se da porque la madre gestante no analizó las consecuencias al momento de firmar el contrato.

En 1982 se crea el primer centro de investigación de técnicas de reproducción, donde ayudan a vincular madres estériles con madres subrogadas, en cambio en 1987 en Gran Bretaña se dio un conflicto entre un funcionario gubernamental contra un contrato de vientre de alquiler, la cual la corte suprema falló a favor de las partes del contrato entregando al menor a la pareja dueña del contrato.

En Australia en 1984, se dio un contrato controversial en el cual la madre gestante no quiso entregar al niño por un vínculo sentimental y nostálgico, a la pareja contratante, por este motivo el estado de Victoria creó una ley, la cual prohibía al donante de espermia y al donante del óvulo en reclamar la custodia del menor. En Japón en el año 1994 por falta de leyes que permite la concepción in

vitro, una pareja tuvo que gastar 80.000\$ para poder concebir un niño con un ovulo donado en Norteamérica.

Como se ha demostrado históricamente en diferentes países, los estados intentaban proteger a la familia y a las personas que buscaban la misma, no obstante, existen casos como el de Japón en el cual no contaban con la legislación necesaria para proteger a las parejas que no podían tener hijos.

2. Definiciones de la maternidad subrogada o vientre de alquiler

El Dr. Mark P. Trolice (ginecólogo) y la Dra. Zaira Salvador (embriología) nos menciona lo siguiente: “La gestación subrogada o por sustitución, popular y erróneamente conocida como maternidad subrogada o vientre de alquiler, es un método de reproducción asistida caracterizado porque la mujer que gesta al bebé no será finalmente la madre del mismo” (¿Qué es la gestación subrogada?, 2019)

Bajo el análisis de la definición anterior, se llega a demostrar un conflicto social y emocional para la madre gestante, en donde se puede observar un lazo del cual la madre gestante aun habiendo una autorización de entrega del niño a los padres del contrato, demostrando que, aunque habiendo consentimiento por parte de la madre gestante esto no significa que al momento del contrato haya pensado en las consecuencias posteriores, habiendo un conflicto interno sobre entregar o no al menor.

Para Martínez, Camilo A. Rodríguez y Karol Ximena: “Un contrato de maternidad subrogada significa un acuerdo por medio del cual una persona no casada con el contribuyente de la esperma acuerda por una contraprestación de valor ser inseminada, llevar el feto resultante hasta el nacimiento, y luego entregar al contribuyente de la esperma la custodia y todos los derechos y obligaciones del recién nacido” (Martínez C. A., 2012)

Se considera un acuerdo entre una mujer que acepta con consentimiento al quedar embarazada mediante inseminación artificial, para que se el nacimiento de un bebe y se realice la entrega del mismo al padre donante y a su esposa, de esta manera renuncia expresamente a los derechos del niño otorgados por la ley, siendo a favor de ella una compensación económica acordado con anterioridad entre las partes, este supuesto hecho se llega a considerar apta para la mayor parte de legislaciones como la Americana. Dejando así a un lado el vínculo emocional de la madre gestante frente al menor guiándose más por el acatamiento del ámbito jurídico.

De acuerdo a Ruiz (2013) “se puede definir esta práctica como aquella alternativa dentro de las TRHA (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), en favor de la cual una mujer gesta a un

bebé, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad sobre el mismo”.

Analizando el pensamiento del doctrinario anterior se nos establece tres tipos de maternidad al hablar de vientre de alquiler, el primero trata de un ámbito biológico en donde la madre es aquella que tiene el embrión en el útero durante el tiempo de gestación hasta llegar a dar luz, el segundo nos plantea el caso afectivo en el cual la madre es la que logra este lazo, y por último el tercero habla en el ámbito jurídico en el cual presenta a la madre la que es apta para ejercer el derecho de serlo, bajo estos puntos se demuestran que existen varios factores a tomar en cuenta al momento de decidir quién es la “madre” del niño.

3. Ámbito jurídico y social de la maternidad subrogada o vientre de alquiler

Desde la perspectiva del vínculo jurídico y social a la mira de los avances científicos y tecnológicos, estos son vinculados en el campo jurídico y en el núcleo social como la familia, llegando a un conflicto por una incompatibilidad entre el mundo moderno y las costumbres sociales. Observando desde la perspectiva medica las concepciones tradicionales (filiación, paternidad, maternidad, familia), deben llegar a redefinirse para adaptarse a los nuevos avances y soluciones médicas, para evitar así problemas sociales y conflictos dentro del campo jurídico, de esta manera los valores puedan llegar a estar enlazados con la normativa jurídica y así se dé un mayor beneficio a las parejas frente a la imposibilidad de procrear un hijo.

Así como nos menciona Alfonso Quiroz “Las normas del derecho no pueden estar sometidas a cambio cotidiano y a la hipertrofia de los descubrimientos científicos, sino que estos deben probar su eficacia para que trasciendan al derecho” (Medicina Forense, 1980)

La importancia de la maternidad subrogada dentro del campo jurídico en cuestión de derechos humanos y en su desarrollo promueve la evolución de definiciones jurídicas consideradas tradicionales, ya que buscan atender las necesidades actuales de la ciencia con la sociedad, enfocándose en la reproducción frente a nuevas críticas basadas en la búsqueda de una relación jurídica conceptualizada en los tipos de reproducción asistida, bajo este este pensamiento la legislación debe ser más abierta y comprensiva para llegar a fusionar conceptos jurídicos como leyes y principios sociales donde se protegidos a las parejas que no puedan llegar a concebir, de igual manera a la mujer que decide sobre su cuerpo garantizando así la integridad y seguridad de sus derechos, como gestante.

No obstante, existen diferentes criterios en los cuales se coloca a la maternidad subrogada frente a la sociedad como una libertad de decisión, otro criterio la enfocan como un tipo de explotación más en el ámbito social y cultural.

En base al tema planteado, sobre la situación legal en cuanto a la practica en algunos estados la normativa llega a cerrarse completamente prohibiendo así a la maternidad subrogada y en otros casos los estados fiscalizan de manera amplia los modelos jurídicos para que se puedan realizar de manera segura, existen casos excepcionales donde no existen ninguna ley que permita o niegue la maternidad subrogada como es en el caso de Ecuador.

“El Ecuador como un Estado Social de Derechos y Justicia, en este momento al no responder antes las necesidades de sus ciudadanos no está cumpliendo con su deber ante la sociedad” (Alexander, 2021)

Aunque el ministerio de salud pública del Ecuador, haya analizado y recopilado durante varios años información sobre la maternidad subrogada esta se lleva realizando hace varios años, llevándose a cabo a pesar de no existir ningún reglamento jurídico llegando a considerarse un problema social frente al gran vacío legal que existe en la legislación insuficiente al no prohibir ni permitir a la práctica de la misma. Se observa así dentro de la sociedad ecuatoriana un problema visible en la sociedad ya que no se puede fiscalizar las circunstancias de la madre gestante, de los padres intencionales y de los bebés. Al existir esta situación sin norma que la regularice puede desencadenar y generar actos que perjudiquen derechos de las personas que están involucradas a la maternidad subrogada y que genere una inseguridad frente a otras personas ya que se puede sobrentender que el estado no resguarda ni garantiza derechos fundamentales.

Para Gisela María PÉREZ y Karla CANTORAL La maternidad subrogada: “Es una práctica necesaria para las parejas que no tienen hijos y quieren tener hijos biológico propios rescatando esta opción como un derecho más”. (CANTORAL, 2013)

Como conclusión se observa importante la regularización de la maternidad subrogada ya que su aplicación juega un papel importante dentro de los derechos humanos para la sociedad, en referencia a los derechos de la mujer ya que esta presta su capacidad de gestación, como a los derechos de los padres intencionales ayudando a su anhelo de procreación bajo una reproducción asistida y por último pero no menos importante la protección del recién nacido que tiene el derecho superior al llegar a este mundo y poder desarrollarse dentro de una familia, por lo que es importante la regularización de este derecho bajo una vista jurídica filosófica, y practica ayudando así a normar

y reglamentar esta acción protegiéndole de actos ilícitos. Así estas leyes ayudan a generar y proteger derechos a los que los estados deban garantizar, bajo leyes que se adapten a las necesidades de los ciudadanos a través de legisladores aptos en los temas de reproducción, derechos de la mujer, familia, niñez y de la vida, así llegando a solucionar diferentes problemas de pensamiento jurídico que se analizaran a continuación.

4. Diferentes corrientes del pensamiento jurídico acerca de la maternidad subrogada o vientre de alquiler

Para la revista Reflexiones éticas y propuestas jurídicas sobre la maternidad subrogada en España “La maternidad subrogada plantea múltiples conflictos éticos y jurídicos difíciles de resolver: filiación del menor, instrumentalización o mercantilización de la mujer gestante, compra-venta de niños, inseguridad jurídica, etc.” (Emaldi-Cirión, 2020)

En la actualidad la sociedad rechaza a la maternidad subrogada ya que la considera inaceptable por diferentes argumentos, por ejemplo:

5. Una de las principales razones es que llegan a considerar una forma de contratación basada en la venta y compra de niños, alegan e igual manera que con la maternidad subrogada se evita una adopción basada en el proceso y fiscalización de trámites para que las parejas puedan adoptar de manera libre, así ocasionando que las parejas del mismo sexo o monoparentales lleguen a ser restringidos.

6. Se llega a considerar una vulneración de la persona y de las partes que intervienen, por ejemplo:

-la mujer gestante o prestadora de ovulo se le puede llegar a considerar instrumento basado en la reproducción

-el recién nacido puede llegar a tener un conflicto ya que existe la posibilidad de tener dos madres, la biológica y la gestante

-incluso puede llegar a tener tres madres, la gestante, la biológica, la supuesta madre (la contratante), aquí se llegaría a perder el sentido común de FAMILIA (padre, madre, hijo)

7. Por último, se piensa que la maternidad subrogada llega a ser un negocio basada en la comercialización, controlada por instituciones basadas en la creación de contratos en la cual su punto principal es el ámbito económico.

8. Diferentes corrientes de la normativa en relación a la maternidad subrogada o vientre de alquiler

Al hablar de la maternidad subrogada hay que aclarar que es diversa y compleja dependiendo la percepción del lugar a la que se le analice, por ejemplo, en ciertos países la maternidad subrogada la maternidad subrogada se permite a personas solas, parejas sin discriminación de sexo, en caso contrario existen países en donde es exclusivo el uso de la maternidad subrogada para parejas heterosexuales.

Existen casos donde solo se acepta la subrogación gestacional (aquí el ovulo y el esperma son de los padres contratantes), y otros la tradicional (el ovulo es de la madre gestante y el esperma del padre contratante).

Existen países en donde el contrato se basa en que los padres contratantes que desde el principio de la gestación se convierten en los padres ya reconocidos, no obstante, en otros casos se llega a establecer que la madre gestante seguirá siendo su madre hasta la hora del parte en la cual debe entregar al niño a los padres contratantes.

Algunos países velan por los intereses de los extranjeros que buscan ser padres dándole la opción de la maternidad subrogada en dicho país, existen casos en los cuales los países solo permiten a los ciudadanos nacionales el uso de este derecho, vulnerando así a los derechos de los extranjeros, por ultimo existen países con una normativa en relación a la maternidad subrogada que tienen mayor accesibilidad para la creación de estos contratos, otros países contienen una legislación no muy rigurosa para estos casos y en otros prohíben expresamente la maternidad subrogada o no llega a existir legislación que hable de la misma, a continuación se presentaran diferentes casos de distintos países:

9. Brasil

Resolución CFM n 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, nos menciona en su sección VII sobre la sustitución para la gestación (donación temporaria de útero) “las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución o como la venimos llamando en este trabajo maternidad subrogada, generalmente cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética” (Humanos, 1992).

En dicho país no existe una legislación referente a la maternidad subrogada, tan solo existía una resolución del consejo federal de medicina, la cual hay que mencionar no tenía fuerza de ley y ni otorgaba sanciones, pero en sus reglamentos promovía un uso de la maternidad subrogada sin

intención mercantil. No obstante, después de 18 años de vigencia esta fue remplazada por una nueva resolución la cual establece lo siguiente:

Centro de salud o clínicas para el uso de la maternidad subrogada, pueden desarrollar dicha función siempre y cuando exista una condición medicamente establecida que llegue a implicar o impida en su totalidad un embarazo normal de la pareja contratante, así también otorgan dos requisitos:

1. Los donantes de úteros deben pertenecer obligatoriamente a los miembros de la familia de la donante, máximo hasta un segundo grado de parentesco, en caso excepcionales los sujetos que no sean parte de la familia entran a ser sujetos de una autorización otorgada por el consejo regional de medicina.
2. De la misma manera no puede ser rentable o lucrativo la donación del útero.

10. Colombia

Colombia es uno de los países en los cuales no existe una regularización de la maternidad subrogada, pero su jurisprudencia menciona un caso de autorización en el uso de la maternidad subrogada, demostrando así que, aunque no esté regularizada esta tampoco no está prohibida. Se llegó a presentar un proyecto de ley Estatuaría en el año 2016, en los cuales se llega a prohibir la maternidad subrogada basada en fines lucrativos, y así se crea controles para la prevención de esta práctica. En la cual se considera una forma de trata de personas y de la misma manera una explotación con fines reproductivos a la mujer.

El artículo 42-6 constitucional de la sentencia T-968/09, menciona que: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.” (Colombia, 2009)

El fundamento principal de este proyecto es proteger el buen uso de la maternidad subrogada evitando los fines económicos, la explotación de los cuerpos de las mujeres, ya que las puedan usar como máquinas de hacer niños, basadas en el arrendamiento y explotación para cumplir los deseos de otras personas. En el caso de los niños llegan a ser considerado un objeto o producto comerciable, basado en la compra-venta en las cuales se puede regresar e incluso cambiar hasta satisfacer al cliente.

Con la creación del proyecto de ley 88 del año 2017 (ley lucía) esta llega a reglamentar la maternidad subrogada basadas en una asistencia científica y en disposiciones sobre el uso correcto y solidario del vientre, su argumento principal es la protección del vientre de la mujer así mismo el uso correcto de la maternidad subrogada usada únicamente usada cuando la mujer contratante

sufra una esterilidad genética en su útero, antecedentes de patológicos que imposibilitan recibir embriones o otras soluciones.

Así mismo crea un requisito de la existencia de un contrato escrito entre la mujer gestante y la madre sustituta en la cual se obligan a un convenio como por ejemplo practicarse exámenes para evitar enfermedades patológicas al futuro niño. En dicho acuerdo también menciona que la mujer gestante debe renunciar al niño que está por nacer así protegiendo a las madres sustitutas a una posible impugnación de maternidad. Así mismo la pareja o madre sustituta debe correr con los gastos que se den durante la gestación.

11. Uruguay

La Ley N° 19.167 de Uruguay nos menciona que: “El Estado garantizará que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud con el alcance dispuesto en la presente ley. Asimismo, promoverá la prevención de la infertilidad combatiendo las enfermedades que la puedan dejar como secuela, así como la incidencia de otros factores que la causen” (Uruguay, 2013).

Dentro de su normativa ya se encuentran reguladas la maternidad subrogada basadas en la acreditación científica y en requisitos que deben cumplir las diversas instituciones públicas o privadas para que estén puedan realizar la maternidad subrogada en base a la normativa que a continuación resumiré los puntos más principales:

- Está permitida en ciertos casos.
- La madre contratante debe tener de manera obligatoria un impedimento genético de ser madre.
- Otro requisito es que la mujer gestante deba ser un familiar directo de la contratante.
- Debe tener una autorización otorgada por la comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, organismo creado por la ley.
- Por último, la filiación del niño corresponde a los padres contratantes, acordado expresamente con lo anterior.

Como se ha demostrado en dentro de este punto existen países en los cuales no existe legislación al momento de referirnos a la maternidad subrogada, creando así una violación de derechos frente a los padres que no pueden llegar a tener hijos, en cambio otros países su legislación llega a ser inestable ocasionando así una pérdida parcial del derecho a la maternidad subrogada

(comercialización y lucro de madre-niño). Por último, la existencia de países regula de manera eficaz la maternidad subrogada demuestra el cumplimiento de los derechos humanos y la protección de los mismos para las parejas que no pueden tener hijos.

12. ¿Como solucionar los problemas referentes a la maternidad subrogada en favor a los matrimonios?

En términos de ley la maternidad subrogada es confusa ya que necesita ser abordada desde la mira de sus diferentes bordes, desde el Derecho de familia, por sus alcances para la organización de la institución social, el Derecho civil, con temas tales como la paternidad, la maternidad, la identidad personal y el Derecho Constitucional con la protección de los derechos en relación a la familia.

A pesar de lo mencionado anteriormente se ha demostrado que hace más de 25 años y basándose en el vacío legal ecuatoriano la práctica de maternidad subrogada se da un pago por alquiler entre los 4.000 y 15.000\$, ya que la normativa ecuatoriana no regula ni prohíbe esta actividad, por lo que no se llega a vulnerar ni violentar la normativa relacionada a la maternidad subrogada.

Como en el tema anterior se ha demostrado en cada país existe normativa que regula la maternidad subrogada velando los derechos de todos los implicados y garantizando el respeto de la dignidad humana. A su vez entrega seguridad jurídica que respalda el procedimiento correcto para la aplicación de la misma.

Se ha demostrado que para que se dé un uso legal de la maternidad subrogada se establece un contrato practico que regula mientras las normas referentes a la protección de derechos fundamentales en relación a la familia y a la concepción de un niño. Dentro de los aspectos a considerar importantes que evitan la creación de problemas al momento de comenzar el procedimiento de maternidad subrogada son los siguientes:

1. Que los implicados sean legalmente capaces, para establecer acuerdos a beneficio de las partes, esto en relación a la capacidad legal y mental para crear clausulas basadas en los intereses mutuos.
2. La existencia del consentimiento en la práctica de una manera libre y voluntaria, la actual debe ser dada por escrito para que no exista ambigüedad, bajo la regla de la solemnidad en un sentido de consentimiento, enfocándose en la mujer gestante y consentimiento informado para una adecuada técnica reproductiva basada en lograr una concepción y posteriormente un embarazo seguro.

3. Debe existir causa lícita, esto referente al porque las partes quieren llegar a la creación de un contrato de la maternidad subrogada, en dicho contrato deben existir elementos obligatorios (lugar de inseminación, como y donde será fiscalizado la gestación, el consentimiento de las partes, cláusulas que son convenio de las partes), todo esto basado en un proceso de acuerdo legal vigente.

A base de lo analizado se observa necesario que el ordenamiento Ecuatoriano, respete los derechos fundamentales de la Constitución para que se pueda solucionar la falta de normativa referente a la maternidad subrogada, ya que en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano se llegue a reconocer a la mujer gestante madre biológica y legal, no obstante la maternidad subrogada es una solución creada para las parejas que no puedan llegar a tener hijos pero que no ha sido reconocida dentro de la normativa, ya que el estado Ecuatoriano es muy tradicionalista al momento de hablar de la concepción y la filiación, llegando a desconocer la solución apta para los problemas de las parejas que no puedan tener hijos.

Como conclusión se debe reconocer en el ordenamiento jurídico los derechos reproductivos de las personas, ya que este reconocimiento es limitado al no contemplar aspectos como es la maternidad subrogada práctica que ya es aceptada internacionalmente, proponiendo como solución para el estado Ecuatoriano el proyecto de reforma para el código civil que se fundamentara a continuación.

13. Importancia de un proyecto de reforma del código civil ecuatoriano

En la conferencia de la Haya se mencionó que “La dispar regulación en los derechos nacionales, motiva que estos acuerdos se celebren entre personas situadas en países distintos abarcando, en la práctica, los lugares más distantes del mundo, dando lugar incluso a lo que se denomina “turismo procreativo” (La Conferencia de Paz de La Haya, 1954)

El derecho al ser una reguladora de conducta que tiene el fin de conceder la paz, no es considerado una ciencia permanente o paralizada, si no se considera una ciencia cambiante y adaptable a la realidad social del hombre, por lo tanto, el derecho no es una ciencia aparte si no se enlaza al mundo social, político, tecnológico y de la ciencia, por lo que es normal que recurra al auxilio de las mismas para llegar a ser una ciencia eficiente para el hombre.

La ciencia del derecho nos sirve como una forma de solución a los diversos problemas de reproducción que se han ido mencionando en el transcurso de este artículo, ya que la misma ayudaría a la procreación con los propios genes de la pareja infértil, siendo esto una opción principal ante la adopción. Dentro del sistema jurídico Ecuatoriano no se encuentra una tipificación

a la nueva realidad de las parejas infértiles ni mucho menos los efectos que puede ocasionar en el campo social y jurídico, como por ejemplo en la filiación.

Para ser más específicos en el código civil ecuatoriano, no llega a existir una norma en la cual coloque a un padre o una madre como tal de forma legal a una persona, socialmente se llega a considerar madre a quien haya dado a luz o padre quien engendro, de la misma forma se le coloca como una presunción legal, ya que se entiende que el padre es quien está casado con la madre y el cual ha reconocido de la manera involuntaria al hijo como suyo.

Por lo que se ha demostrado una ambigüedad en nuestra legislación, de la misma manera se encuentra un conflicto entre normas referentes a la maternidad con elementos que determinan distintos escenarios y estos son:

- El código civil menciona de manera determinante el elemento de la gestación biológica.
- Mientras que el código de la niñez y adolescencia establece el ADN como forma de encontrar el vínculo materno filial.

Bajo estos dos puntos de vista, se encuentra la problemática de la maternidad subrogada por que los elementos pueden llegar a encontrarse en una misma madre, y por este motivo se encuentra en conflicto al momento de ser reconocida como tal ante la ley.

14. Incorporación en la normativa ecuatoriana del contrato de maternidad subrogada y vientre de alquiler

Normativa que apoya la incorporación del contrato de la maternidad subrogada y vientre de alquiler, se ve reflejada en la diferente legislación en el estado Ecuatoriano, por ejemplo:

15. Constitución de la República del Ecuador:

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su

bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”. (Constitucion de la Republica del Ecuador, 2008)

Dentro del presente artículo se menciona un punto fundamental a la filiación, siendo este un principio basado en proteger cualquier tipo de discriminación al momento de un nacimiento, de la misma manera basado en el interés superior del menor, vinculado estrechamente a la solución de problemas familiares, creando así derechos como la educación, auxilio social la paternidad y la patria potestad, velando así de igual manera por los nacidos de manera artificial.

Por lo tanto, nace el pensamiento del principio biológico basada en determinar la filiación, por ejemplo, en el caso hipotético de que una madre gestante llegue a rechazar el estatus de maternidad esta se le colocaría de manera obligatoria como madre legal. En el caso presentado de la maternidad subrogada, la condición es determinar quién es la madre se basaría en un punto a favor a la madre gestante y a la biología.

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

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

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

28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.”

(Constitucion de la Republica del Ecuador, 2008)

El referente a la libertad de las personas, nos encontramos al artículo anteriormente citado, en referencia a los derechos reproductivos el estado crea la opción de tomar decisiones basadas en la libertad para conformar una familia y acudir a las diversas formas de superación en casos de infertilidad. Bajo este precepto el estado debe garantizar la toma libre de decisiones de las parejas infértiles al momento de querer tener una familia, otorgando así soluciones frente a esta problemática.

“Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.” (Constitucion de la Republica del Ecuador, 2008)

Dentro de la Constitución Ecuatoriana, se puede mencionar al derecho de la procreación como un derecho e el cual la persona puede usar métodos adecuados para tener una descendencia, dicho métodos pueden ser naturales (cúpula humana sexual) o administrativa (adopción y médicos), de esta manera dándose una descendencia una manera segura con técnicas de reproducción asistidas. Estas técnicas reconocidas son basadas en la bioética y derechos del menor, son técnicas supletorias que buscan ayudar a una deficiencia que puede llegar a tener la pareja que han usado distintos métodos para ser padres y todos estos han fracasado.

Por lo tanto, la constitución de la República del Ecuador debería facilitar medios supletorios que protejan la reproducción humana de parejas que no puedan tener descendencia, con la implementación de la maternidad subrogada y vientre de alquiler.

16. Código Civil:

Giovanna Salazar, nos menciona lo siguiente : “Los métodos asistidos a la reproducción humana ha sido un método alternativo utilizado por los ecuatorianos, cada vez con más frecuencia ante la imposibilidad de un embarazo natural, al no encontrarse legalmente regulada esta práctica médica, existen graves y grandes vacíos legales los cuales repercuten e inciden gravemente en el derecho de los padres así como en el de los niños que se encuentran por nacer.” (LA FILIACIÓN Y LA MATERNIDAD SUBROGADA, 2018)

Bajo los parámetros anteriores nos encontramos con el código civil Ecuatoriano, en donde su cuerpo legal nos menciona lo siguiente:

“Art. 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo.” (Nacional, Codigo Civil Ecuatoriano, 2005)

“Art. 247.- Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre

de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del Art. 63.” (Nacional, Código Civil Ecuatoriano, 2005)

“Art. 249.- (Sustituido por el Art. 32 de la Ley s/n, R.O. 526-2S, 19-VI-2015). - El reconocimiento podrá hacerse por escritura pública, declaración judicial, acto testamentario, instrumento privado reconocido judicialmente, declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo o en el acta matrimonial. El reconocimiento se notificará al hijo, quien podrá impugnarlo en cualquier tiempo. Si solamente es uno de los padres el que reconoce, no podrá expresar la persona en quién o de quién tuvo el hijo”. (Nacional, Código Civil Ecuatoriano, 2005)

Dentro de la normativa del Código Civil Ecuatoriano, se basa en un estado garantista sobre un modelo absurdo considerado para muchos patriarcal, por ejemplo no se basa en una protección del derecho a la personas en el caso de llevar los apellidos de los padres basados en un derecho personal como la libertad siendo parte del derecho a la identidad, si no realmente se basa en una visión social tradicional, basada en un pensamiento heredado por generaciones referentes a la familia, a los hijos y a la filiación. No obstante hace menos de 10 años, se crea y se expide el código de la Niñez y Adolescencia con una solución a la visión que implemento el Código Civil Ecuatoriano, basada en el derecho Romano dando nacimiento el uso del ADN, como prueba de maternidad y paternidad de manera igualitaria, es de señalar que por primera vez el elemento principal sería el genético, aun así de igual manera se crea un conflicto entre dos leyes que no visualizaron un avance tecnológico ni médico, especialmente tras la evolución de medios alternativos como la tan conocida maternidad subrogada.

17. Tratados y pactos internacionales:

La Conferencia de El Cairo, nos menciona lo siguiente:

“La salud reproductiva implica, entre otras cosas, la prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad.” (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo - El Cairo, 1994)

Bajo los preceptos de los Tratados y Pactos Internacionales, el punto principal es el derecho a la vida y a la libertad reproductiva, dando las facilidades para que se puedan ejercer las mismas por ejemplo el acceso a las tecnologías necesarias para ejercer de manera eficaz a este derecho, este derecho y beneficio es reconocido internacionalmente, basadas en una relación quien busca la protección y satisfacción de las necesidades tanto materiales como sociales. De igual manera el derecho a la autonomía busca proteger a la mujer contra cualquier forma de discriminación bajo el

punto fundamental que son libres de decidir qué hacer y no hacer sobre su cuerpo y así ejercer el derecho de ejercer la maternidad de manera libre y segura.

Por ende, la implementación de la maternidad subrogada o vientre de alquiler busca ayudar a ambas partes al momento de ejercer sus derechos sobre la procreación, así respetando las decisiones tomadas de ser padre o madre, incluyendo de la misma manera en convertirse en padres genéticos de un menor que por problemas de infertilidad no hubieran podido tener.

18. Beneficios a los matrimonios que desean ser padres y no pueden

La comisión Nacional Bioética en Salud, nos menciona: “La legislación debería regular la realidad social del país, consagrar la gratuidad, combatir el lucro y explotación de seres humanos, garantizar el estatus del embrión, considerar en forma holística a todos los actores incluidos en el proceso y resultar de un amplio, inclusivo y participativo debate en la sociedad civil. Además de asegurar el bienestar del nuevo ser y proteger íntegramente todos sus derechos.” (Pacheco, 2018)

A continuación, se desarrollará los beneficios encontrados frente a la incorporación del contrato de maternidad o vientre de alquiler en el código civil Ecuatoriano:

- ✓ Crea familias, ya que existen parejas no pueden procrear un hijo, pero con tratamientos y procedimientos, basados en la fertilidad como, la maternidad subrogada, se vuelve posible la creación de una familia.
- ✓ Ayuda a un vínculo genético ya que parejas que no pueden llegar a tener un hijo, se sienten más aliviados al saber sobre los distintos métodos, en los cuales pueden llegar a engendrar un hijo con pariente genético, aunque esta no es la única opción (pueden llegar a solicitar donantes de espermias y óvulos)
- ✓ Se sientes participes durante la gestación, los futuros padres pueden llegar a tener una relación con la madre sustituta, a si también asistir a todo procedimiento médico, durante toda la gestación y parto, logrando así un vínculo emocionante para los futuros padres.
- ✓ Se considera un proceso sencillo, para los profesionales de la salud se ha convertido en una ciencia profesional y fácil de realizar, de igual manera se incluye diferentes ramas profesionales como la jurídica en el caso de la firma del contrato y así se ve protegido de manera médica y jurídica.

- ✓ Al momento de la firma del contrato, no se puede llegar a considerar una explotación, ya que, al ser un contrato bilateral, este llega a ser considerado libre y voluntario.
- ✓ Al existir más opciones que la adopción, llega a ser considerada justa e igualitaria para parejas infértiles, ya que la adopción no se toma como la única alternativa.
- ✓ Respeto la diversidad de familias y libertad sexual dentro de un estado.

19. Conclusiones

1. La implementación de la maternidad subrogada dentro del estado ecuatoriano garantizará plenamente el derecho a la familia y de esta manera será una figura importante en el desarrollo social que crece día a día.
2. La maternidad subrogada se le relaciona como una forma de contrato ya que cumple con algunos elementos esenciales para considerarse uno, siendo la más importante la obligación del cumplimiento de una prestación de un servicio basado en una relación bilateral.
3. Se ha llegado a demostrar la importancia de la maternidad subrogada como un interés social en el cual el derecho debe vincularse, de esta manera nace una propuesta para reformar el código civil Ecuatoriano y así incorporar en su normativa una forma de contrato que proteja a las partes interesadas en tener una familia.
4. Esta implementación será un paso gigantesco dentro de la historia Ecuatoriana garantizando de esta manera el derecho de las personas que buscan beneficiarse de este método, sirviendo así de ejemplo para las distintas legislaciones del mundo y siendo trascendental en el crecimiento jurídico social y moral del estado.

20. Recomendaciones

1. Bajo la investigación realizada se observa necesario se tomen en cuenta los argumentos redactados anteriormente para cubrir vacíos jurídicos referentes a la materia de la familia y así dar un paso a la evolución y garantía de derechos de las personas.
2. Se debe analizar el tema de la familia de manera profunda para que pueda llegar a ser implementada en nuestro ordenamiento jurídico, los diversos métodos de reproducción asistida.

Concluyendo así con la necesidad fundamental con la creación de un contrato de maternidad subrogada, para que pueda llevarse a cabo este tipo de técnica de manera segura y libre.

Referencias

1. Alexander, M. G. (2021). La maternidad subrogada en el ámbito jurídico en el Ecuador. Guayaquil: Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas.
2. CANTORAL, G. M. (2013). LA DIGNIDAD DEL MENOR EN CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO MEXICANO. UNA PROPUESTA LEGISLATIVA DESDE LA ACADEMIA. Bolivia: Scielo.
3. Carrera, G. P. (2018). LA FILIACIÓN Y LA MATERNIDAD SUBROGADA. Ambato: Universidad Tecnica Ambato.
4. Colombia, C. C. (2009). Sentencia T-968/ 09. Colombia: Folio.
5. Emaldi-Cirión, A. (2020). Reflexiones éticas y propuestas jurídicas sobre la maternidad subrogada en España. Revista Iberoamericana de Bioética, 2-3.
6. Humanos, C. I. (1992). Resolución del Conselho Federal de Medicina. Brasil: No.5.
7. II, z. N. (1954). La Conferencia de Paz de La Haya. HOLANDA: CORTE INTERNACIONAL.
8. Martínez, C. A. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. Chile: Revista de Derecho.
9. Martínez, R. R. (2013). Maternidad Subrogada. España: Universidad de Cantabria.
10. Nacional, A. (2005). Código Civil Ecuatoriano. Quito: Lexis.
11. Nacional, A. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Lexis.
12. ONU. (1994). Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo - El Cairo. Egipto: ONU.
13. Pacheco, D. V. (2018). CRITERIO Y RECOMENDACIONES BIOÉTICAS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA. Ecuador: Comisión Nacional de Bioética en Salud.
14. Quiroz, A. (1980). Medicina Forense. Texas: Porrúa.
15. Salvador, D. M. (2019). ¿Qué es la gestación subrogada? Estados Unidos: Reproducción Asistida ORG.
16. Uruguay, R. O. (2013). Técnicas de Reproducción Asistida. Uruguay: Ley 19.167.

© 2023 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).