

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANAS Y EDUCACIÓN

CARRERA DERECHO

SEDE QUITO

**ENSAYO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

**TEMA: GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ECUADOR. VACÍOS LEGALES
EXISTENTES**

AUTOR: JULIO ENRIQUE NOVOA OBREGÓN

TUTORA: DRA. AURA DÍAZ DE PERALES

Quito - 2021

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Dra. Aura Díaz de Perales, en calidad de Asesora del Trabajo de Investigación designado por la Universidad Metropolitana de Quito (UMET), certifico que el estudiante, **JULIO ENRIQUE NOVOA OBREGÓN** titular de la cédula de ciudadanía No 171834089-4, ha culminado el trabajo de investigación, con el tema: **GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ECUADOR. VACÍOS LEGALES EXISTENTES**, quien ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,

Dra. Aura Díaz de Perales

Tutora

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, **JULIO ENRIQUE NOVOA OBREGÓN**, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, carrera Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente ensayo que versa sobre: **GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ECUADOR. VACÍOS LEGALES EXISTENTES** y las expresiones vertidas en la misma, son autoría del compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo. En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,



Firmado electrónicamente por:
**JULIO ENRIQUE
NOVOA OBREGON**

FIRMA ELECTRÓNICA

JULIO ENRIQUE NOVOA OBREGÓN

C.I. 1718340894

AUTOR

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, **JULIO ENRIQUE NOVOA OBREGÓN**, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, **GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ECUADOR. VACÍOS LEGALES EXISTENTES**, modalidad Ensayo de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.



Firmado electrónicamente por:
**JULIO ENRIQUE
NOVOA OBREGON**

FIRMA ELECTRÓNICA

JULIO ENRIQUE NOVOA OBREGÓN

CC: 171834089-4

Dedicatoria

En primer lugar, a Dios quien me ha dado vida, voluntad y la oportunidad de realizar con esfuerzo y pasión este trabajo; a mi amada madre la Sra. Blanca Estrella Obregón Durán quien, sin su ayuda, apoyo, esfuerzo y cooperación hubiese sido imposible concluir toda esta etapa. Gracias por estar presente incondicionalmente en todos los buenos y malos momentos, así también, por siempre tener el interés de que me supere académicamente y me desarrolle en todos los demás aspectos de mi vida ya que siempre me ha sabido guiar por un camino de bien y me ha enseñado los valores que servirán en mi profesión y el resto de la vida, además, gracias por enseñarme a trabajar duro para conseguir lo que se quiere y entregarme este legado tan lindo de tener una profesión.

A mis queridos hermanos Luis y Alejandro que siempre han dado la fe de que puedo lograr lo que me proponga, siendo ustedes mi gran ejemplo de vida por incentivar me a mejorar en cada uno de mis errores.

A mi querida tía Janet Obregón que siempre ha estado en la mayoría de los eventos especiales en mi vida y me ha brindado su apoyo incondicional en todo momento, a su esposo Xavier Moreno que siempre me trato como un hijo más, dándome sus consejos que han hecho de mi un mejor ser humano y compartiendo momentos irremplazables.

A mi querida esposa Violeta Valdez por su paciencia y tolerancia, por su participación en cada día de esfuerzo para completar una actividad académica, por auxiliarme cuando necesitaba de fuerza para no decaer y completar mis estudios. A mi amado hijo Martin que sepa que el estudio no es una obligación sino una oportunidad del saber.

Al Dr. Telmo Borja por su apoyo en distintos momentos y su gran influencia en el mundo del derecho y para finalizar a mi persona Julio Novoa Obregón que por fin he cumplido con un objetivo más y todo el sacrificio ha sido valedero.

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR	2
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN	3
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR	4
Dedicatoria.....	5
RESUMEN	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN	10
Objetivo general	11
Objetivos Específicos.....	11
DESARROLLO	12
Definición de términos básicos	12
Historia.....	14
Modalidades de Gestación	17
Legalidad Internacional.....	18
Canadá	18
Estados Unidos	19
Rusia	19
Ucrania.....	20
Grecia.....	21
Reino Unido.....	21
Australia.....	21
India	22
Sudáfrica.....	22
Tailandia	22
La Maternidad subrogada en el Ecuador	23
La migración y la maternidad subrogada.....	28
Argumentos en contra de la maternidad subrogada en el Ecuador	30
Publicidad sobre maternidad subrogada en el Ecuador.....	32
Maternidad subrogada en materia contractual.....	33
Capacidad	36

Consentimiento libre de vicios	38
Objeto lícito	39
Causa lícita	39
Formalismos y Solemnidades	40
Elementos accidentales.....	40
Comentario y análisis personal	44
CONCLUSIONES	46
RECOMENDACIONES.....	47
Bibliografía	48

RESUMEN

El presente ensayo tiene como objetivo principal determinar aquellos vacíos legales que presenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano en cuanto a la gestación subrogada, a pesar de tener una regulación en el reciente Código Orgánico de la Salud este presenta distintas falencias que se intentan describir en el ensayo, por una parte, se determina una de las falencias en cuanto a la filiación que existe entre en recién nacido y la madre de intención y todos los procedimientos a seguir, otra de las falencias en la normativa se basa en el análisis de que una pareja del mismo sexo pueda a través de la gestación subrogada tener un hijo, además, se trata el tema del altruismo del cual la norma hace referencia considerando que la contraprestación económica que se le otorga a la madre de alquiler por su vientre puede ser reflejada como gasto derivado del embarazo, con lo cual se puede reflejar que se hace muy difícil el control por parte de las autoridades al cumplimiento efectivo de la normativa. Es importante mencionar que en el presente ensayo se realiza una investigación en cuanto a la historia y origen en el Ecuador que tiene esta técnica, así como también en los diferentes países que presentan este método de reproducción asistida comparando los lineamientos que estipula la ley, además, se realiza una breve reseña de los diferentes tipos de procedimientos que se llevan a cabo para la gestación subrogada. Por otra parte, se hace mención y referencia a todos aquellos argumentos por los cuales la sociedad se encuentra en contra de la gestación subrogada considerando encuestas realizadas por el ministerio de salud para recopilar información sobre la temática, algo importante e interesante que se lleva a cabo dentro del presente ensayo es la propuesta de un contrato de gestación subrogada que contiene toda la estructura legal y se refleja la teoría sobre los elementos esenciales del contrato que también se desarrolla en este ensayo y antecede el ejemplo del convenio, en conclusión, el presente ensayo da la iniciativa de encontrar las falencias que presenta la norma en cuanto a la temática y la forma y fondo que debe tener un contrato de gestación subrogada.

Palabras clave: Ley, Gestación subrogada, Ecuador.

ABSTRACT

The main objective of the present essay is to determine those legal gaps that the Ecuadorian legal system presents in terms of surrogacy, despite having a regulation in the recent Organic Health Code, it presents different shortcomings that are attempted to be described in the essay, On the one hand, one of the shortcomings in relation to the filiation that exists between the newborn and the intended mother and all the procedures to be followed is determined, another of the shortcomings in the regulations is based on the analysis that a couple of the The same sex can have a child through surrogacy, in addition, it deals with the issue of altruism to which the norm refers considering that the economic consideration given to the surrogate mother for her womb can be reflected as a derivative expense of pregnancy, which can be reflected in the fact that it is very difficult for the authorities to control the effective compliance with the regulations. to. It is important to mention that in this essay an investigation is carried out regarding the history and origin in Ecuador that has this technique, as well as in the different countries that present this method of assisted reproduction, comparing the guidelines stipulated by law, in addition, a brief review is made of the different types of procedures that are carried out for surrogacy. On the other hand, mention and reference are made to all those arguments by which society is against surrogacy considering surveys carried out by the Ministry of Health to collect information on the subject, something important and interesting that is carried out Within this essay is the proposal of a surrogacy contract that contains the entire legal structure and reflects the theory on the essential elements of the contract that is also developed in this essay and precedes the example of the agreement, in conclusion, this essay It gives the initiative to find the shortcomings that the norm presents in terms of the subject matter and the form and substance that a surrogacy contract should have.

Keywords: Law, Surrogacy, Ecuador.

INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo se plantea lo que es la gestación subrogada, la historia de esta figura y cuál es su naturaleza, todo ello bajo un enfoque jurídico, incluso, se tratan temas de derecho comparado que se dan en esta novedosa técnica de reproducción asistida y especialmente, el enfoque social, económico y jurídico existe en el Ecuador sobre la gestación subrogada.

La gestación subrogada en la actualidad y desde hace algunos años ya se ha practicado en otros países tomando en cuenta que la práctica consiste en que una mujer geste el bebé de otras personas entregándolo al momento de nacer, por lo cual existen varios derechos y deberes a discutir por tratarse de una figura contractual que a pesar que ya está reconocida por la legislación ecuatoriana existen vacíos en materia contractual.

Cabe mencionar, que la figura de la adopción era la única utilizada para una pareja que sufría de esterilidad o infertilidad, pero a medida que la sociedad evoluciona el derecho también sufre una metamorfosis que engloba varios bienes jurídicos protegidos, que al no estar reconocido en las leyes contrapone varios conflictos sociales en la práctica, ejemplo: gestación de más de un bebé, sexo no deseado del niño, defectos físicos y genéticos, mujeres que han sido contratadas para la obtención de un embarazo y luego se han negado a entregar el niño a los padres contratantes, entre otros, son los factores que no se toman en cuenta en la norma.

Por lo antes mencionado es importante reconocer, que dentro de esta nueva técnica de reproducción se pueden dar distintas modalidades de fecundación ya que por una parte se puede dar que la mujer gestante done sus óvulos, o que únicamente alquile su vientre, sin embargo, la práctica conlleva el desarrollo de concepciones diferenciadas sobre el ser madre entre ellas: genética, gestacional legal, educativa o afectiva, social.

Es importante mencionar los lugares en los cuales ya se practica esta nueva forma de reproducción, siendo Estados Unidos el pionero, permitiendo la vida mediante la subrogación en distintos Estados. En la actualidad, Uruguay es un país latinoamericano que ha aceptado esta figura en su legislación y en Ecuador fue aprobada el 24 de agosto del 2020 en el Código Orgánico de la Salud, pero en esa legislación, existen varios enfoques que no se tomaron en cuenta, lo que se

discutirá en el desarrollo del ensayo. Otros países como Argentina, han iniciado con proyectos de ley o debates para la práctica de la gestación subrogada en su territorio.

Con motivo de demostrar el manejo de los conocimientos adquiridos a lo largo de los estudios se plantea a través de una metodología documental, con la práctica de sus diferentes técnicas y una estrategia argumentativa, el vacío legal que existe en la Ley ecuatoriana respecto a la gestación subrogada, a pesar que actualmente ya se tiene regularizada esta figura con un enfoque único en salud, es necesario hablar del tema civil y de familia que en cierta forma todavía no se menciona en el Ecuador. Bajo esta perspectiva, se formula el siguiente problema científico ¿Cuáles son los vacíos legales que existen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto a la gestación subrogada?

El ensayo se ha estructurado en introducción, desarrollo, conclusiones, recomendaciones y bibliografía.

Para el desarrollo del ensayo se han planteado los siguientes objetivos:

Objetivo general

- Analizar los aspectos legales relacionados con la gestación subrogada en el Ecuador.

Objetivos Específicos

- Comparar la legislación ecuatoriana con aquellas legislaciones que han aceptado la gestación subrogada hasta la actualidad.
- Determinar la validez de un contrato de gestación subrogada en el Ecuador en concordancia con la doctrina y la norma actual.
- Detectar los vacíos legales que existen en Ecuador en materia de gestación subrogada.

DESARROLLO

Definición de términos básicos

Para iniciar es importante conceptualizar varios términos para facilitar la comprensión de la temática expuesta en el ensayo.

Gestación: “estado de la mujer que lleva en el útero un embrión o un feto producto de la fecundación del óvulo por el espermatozoide”. (Inatal, s.f.)

Subrogación: “es la acción de poner o sustituir una persona o cosa en lugar de otra”. (Inatal, s.f.)

Es una forma de reemplazar por algún motivo, es por esto, que si se unen ambas palabras la maternidad subrogada es cuando el embrión fecundado es colocado en el útero de una mujer distinta a la que pretende la maternidad con la finalidad de que preste su vientre para llevar al hijo de otra.

Un concepto más técnico y elaborado de gestación subrogada, es el aportado por la Comisión Nacional de Bioética en Salud en dirección del Ministerio de Salud Pública, el cual indica que implica la práctica por la que, mediante previo pacto, compromiso o contrato, se incluye una cláusula de cesión para que una mujer gesta en su cuerpo el hijo de otra mujer. Esa cesión se hará a favor de terceras personas, generalmente las contratantes, que asumirán la paternidad o maternidad del recién nacido. El proceso puede reconocer una modalidad plena en la que la mujer que será la gestante dona también sus óvulos, o parcial en la que la gestante no dona sus óvulos, sino que recibe en su útero uno fecundado o un embrión que resulta de gametos (células sexuales) que no le son propios.

Es importante mencionar que según la organización mundial de la salud la infertilidad puede llegar a ser un fenómeno recurrente en la sociedad a nivel mundial por lo cual es vista y se contempla como una enfermedad para toda la vida, ahora bien, con los avances tecnológicos la enfermedad puede finalmente tener una solución parcial pero que acarrea problemas de diferentes índoles sociales, económicos, religiosos y sin duda legales. El ser humano por su naturaleza tiende a querer formar una familia a través del matrimonio considerando incluso la definición del código civil ecuatoriano que habla sobre la unión de dos personas con el fin de procrear o reproducirse,

ahora existe la posibilidad de reproducción artificial para aquellas parejas que por la circunstancia que sea deciden tomar este camino, lo cual hace años atrás era imposible siquiera imaginar.

Como se menciona en el presente ensayo la maternidad subrogada es una técnica médica desarrollada en conjunto con el avance tecnológico y los estudios científicos de la biología que se deriva de resultados sociales en los que parejas anhelan ser padres, pero por problemas fisiológicos o anatómicos predomina la infertilidad o la esterilidad. Por un lado, tenemos a la infertilidad que científicos la definen como un obstáculo temporal que mediante procedimientos médicos es corregible a corto o a largo plazo mientras que el otro término utilizado es la esterilidad siendo una incapacidad de una persona para concebir esta incapacidad es definitiva e irreversible. Las causas pueden ser varias, pero en su mayor parte se dan por problemas en los órganos reproductores mientras que existen otras causas que se dan en el transcurso de la vida del ser humano y por último, causas que tienden a presentarse por eventos fortuitos o de fuerza mayor.

En el Ecuador, según el Ministerio de salud alrededor del 15% de las parejas son estériles con lo cual este grupo de personas necesariamente recurren a este tipo de métodos, pero cabe mencionar que, de este 15% solo el 3% tiene los recursos para acudir a tratamientos médicos de esta índole, con lo que se convierte en una práctica poco común en el medio ecuatoriano, además, la cultura en el Ecuador es altamente tradicional y ve la gestación subrogada como una cuestión inmoral que atenta contra los derechos de los niños. En este sentido, el artículo 250 del Código Orgánico de la Salud, estipula:

Uso de células sexuales humanas en técnicas de reproducción asistida. La donación de óvulos y espermatozoides solo podrá hacerse por personas mayores de dieciocho años. La fertilización de óvulos e implantación de embriones solo podrán hacerse en mayores de edad, que se encuentren en pleno estado físico y mental, cumpliendo los requisitos que establezca el Reglamento General del presente Código para el efecto y, en centros y por profesionales de la salud especializados y autorizados por la Autoridad Sanitaria Nacional. Estos centros deberán llevar un registro de donantes y receptores de este tipo de células, así como de los nacidos vivos concebidos con estos procedimientos y reportarlo mensualmente a la Autoridad Sanitaria Nacional (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016)

En el Ecuador como indica el Código Orgánico de la Salud, las personas que deseen donar gametos deberán estar en capacidad de goce y de ejercicio para poder realizarlo, a su vez la

implantación de un embrión deberá ser para el mismo tipo de personas tomando en consideración aspectos importantes para determinar la capacidad de ejercicio como lo es la salud mental, en el particular caso del Ecuador, el responsable de llevar el registro de los donantes es la autoridad nacional sanitaria correspondiendo al Ministerio de Salud Pública los mismos que deberán tener el registro de los nacidos vivos que hayan sido concebidos por los métodos de reproducción asistida.

En base a la doctrina se reconocen diferentes modalidades de maternidad, como es el caso de la genética, la cual se obtiene mediante la aportación de material genético, el aporte de gametos para la consecución del embarazo, otra modalidad es la biológica, siendo esta la que lleva el desarrollo del feto en el vientre hasta que se da el alumbramiento y, por último, la maternidad legal que es a quien la ley le atribuye la calidad de madre.

De acuerdo al ordenamiento jurídico ecuatoriano, es importante mencionar que la maternidad biológica y la maternidad legal le corresponde a la misma mujer, a pesar de que el Ecuador pertenece a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y debe respetar y desarrollar su legislación interna en base a todo aquello que se estipule en ésta.

Historia

La maternidad subrogada surge como una solución alternativa para parejas que sufren de infertilidad y/o esterilidad. Es una forma contemporánea para aquellas parejas que anhelan tener hijos propios, hijos que tengan sus mismos genes, siendo la maternidad subrogada la alternativa. Es una nueva técnica de reproducción asistida que entre sus modalidades están la fecundación in vitro y la inseminación artificial. La gestación subrogada según la historia es reconocida desde muchos años antes de Cristo inclusive; por ejemplo, el Código de Hammurabi le daba la facultad al marido de recurrir a una esclava con fines reproductivos en caso de infertilidad de la esposa. Así también, la Biblia en su antiguo testamento (Génesis 16) Sarai, quien presuntamente es infértil, al darse cuenta no puede quedar embarazada, le propone a su marido tener un hijo con su empleada Agar. De esta relación, nace Ismael, siendo esta una de las primeras demostraciones de la maternidad subrogada.

Se tienen datos sobre la fecundación in vitro realizada en animales que logró realizarse en primera instancia en mamíferos roedores dando un total éxito a esta práctica realizada por el doctor

Heape, dando paso a una consecuente práctica en humanos que resultó ser un progreso en medicina según muchos catedráticos.

Así, se ve, que la historia de la gestación subrogada empieza como práctica antes de la era cristiana. Por otra parte, existe la gestación subrogada en Mesopotamia en los años de 1948 a.C. cuando se descubrieron unas tablas hechas por escribas en donde descubrieron mediante un contrato matrimonial una cláusula que permitía a el marido recurrir a una esclava si su legitima esposa no le podía dar hijos.

En 1976 el abogado estadounidense Noel Kaene crea el término “maternidad subrogada” para aplicarlo en la primera agencia de alquiler de vientres en los que se gestaban niños previo contrato con parejas interesadas (en el primer caso documentado utilizando óvulos de la propia gestante fecundados con semen del padre) a las que se cedía, después del parto, todos los derechos de maternidad y paternidad. (Ecuador, Comisión Nacional de Bioética en Salud)

En 1986 una madre de alquiler gestó por primera vez un bebé sin relación genética alguna con ella. En esta época que empiezan a reconocer los conflictos que trae consigo la gestación subrogada y se inician proyectos de ley, además de distintas restricciones para todos aquellos que practican esta modalidad de reproducción asistida. De aquí parten las diversas teorías tanto en contra como en favor de la maternidad subrogada por una parte y, la más escuchada, la teoría en contra, que ve a los padres como “contratantes” y a los niños como “objeto comercial” y por otro lado, se encuentra la teoría que la defiende, dando la oportunidad a aquellas personas que desean hijos, pero no pueden por alguna razón ser padres. (Ecuador, Comisión Nacional de Bioética en Salud)

Además, en la presente investigación se logró obtener el testimonio de un médico especialista en ginecología graduado en los años 90 que explica que aun cuando existe esta modalidad en Ecuador no se encuentran claras las normas por lo cual las personas hacen lo que sea en centros de fertilidad en temas como feto donado, óvulo donado, embrión donado inclusive, en este testimonio hace énfasis que existen centros en los que se alquilan mujeres o a su vez se oferta la posibilidad de contratar un vientre para la fecundación.

Según este médico, los casos más frecuentes que se dan es el de aquellas personas que son padres de intención por enfermedades de las personas que desean ser padres pero no pueden, como es caso del síndrome de Mayer-Rokitansky, que es una anomalía genital que por lo general se

diagnostica en la adolescencia de una persona; así también ausencia de útero, alguna cirugía ginecológica, o a su vez algún accidente de tránsito que le imposibilita anatómicamente a la mujer poder gestar o, en aquellos casos, en los que la vida del no nacido o la vida de la madre corren un alto riesgo de fallecer a causa del embarazo por lo tanto, en el presente ensayo se abordan las diferentes temáticas en cuanto a la maternidad subrogada bajo diferentes enfoques, resaltando el jurídico.

Chile fue uno de los primeros países latinoamericanos en desarrollar técnicas de reproducción asistida, siguiéndolo consecuentemente Perú, derivando de estos pioneros la práctica a todo nivel de latino américa con posteriores problemáticas que marcan los ordenamientos jurídicos de cada Estado.

En Costa Rica, se produjo un conflicto serio sobre fecundación in vitro; lo que provocó que la Sala Constitucional de este Estado declarara a esta técnica de reproducción asistida como inconstitucional, al considerar que un embrión es sujeto de derecho como ser humano por lo cual no puede ser sometido a tratamientos manipulables que como consecuencia produzcan la muerte del mismo.

Posteriormente, esta causa fue direccionada a la Corte Interamericana de Derechos humanos, la cual resolvió el caso declarando que la libertad es un derecho humano, y en este sentido, las personas tienen el derecho a tener una familia con la libertad de sus convicciones a llevarlos a cabo como parte de la vida privada considerado la salud mental y su integridad física, en este sentido, se debe eximir a las personas de toda agresión o invasión por parte de cualquier ente ya sea público o privado, siendo este un derecho innato del ser humano, tomando en consideración que la persona está en capacidad de realizar todo aquello que se encuentre lícitamente permitido por la autoridad competente y por sus legislaciones.

En estos casos, la persona no solo se encuentra en la libertad de elegir a una pareja sino también en la libertad reproductiva, estando directamente relacionado con la autonomía de la voluntad. En relación a lo mencionado, la persona para el cuidado de su integridad física y mental puede recurrir a otro derecho humano y constitucional de acceso a la salud, siendo partidario el Estado de garantizar estos derechos a cualquier persona dentro del territorio nacional.

Modalidades de Gestación

En esta sección se pretende dar los distintos supuestos de maternidad subrogada presentándose en cuatro escenarios diferentes.

1. Fecundación in vitro. Consiste en la fecundación de un ovulo con el espermatozoide de la pareja implantándolo en el útero de una tercera mujer que acepta el procedimiento. Siendo una forma de acceder de una forma sencilla a la maternidad, además de ser una de las modalidades de gestación subrogada más común en la actualidad y de hecho en países como Estados Unidos es utilizada como la mejor manera de fecundación. (Medlineplus, s.f.)

2. En este supuesto la misma mujer que acepta el procedimiento dona su ovulo considerando que en este supuesto se lo puede realizar mediante fecundación in vitro o inseminación artificial, en este caso es importante determinar que, la inseminación artificial es aquella en la que se introduce el espermatozoide en el interior de la vagina para fecundar un ovulo considerando que no es un procedimiento de alta complejidad y toma varios días y determinar si dio un resultado positivo, así también es una modalidad que fue pionera en reproducción asistida pero hoy es mucho más utilizada la fecundación in vitro por el hecho de garantizar la fecundación del óvulo.

3. En el tercer supuesto, los espermatozoides son donados por un tercero. Puede ser conocido o desconocido y ajeno a la madre subrogante y subrogada. En este tercer supuesto se lo puede realizar mediante fecundación in vitro o inseminación artificial hablando biológicamente, pero en cuanto a regulaciones legales existe una carencia clara de la regulación de este material biológico que inclusive puede jugar a formar un hijo con aspectos físicos y genéticos de preferencia de la madre de intención que busca particularidades en su hijo.

4. El cuarto supuesto se da cuando el óvulo fecundado no pertenece ni a la madre subrogada ni a la subrogante sino a una mujer ajena, dando de por sí un resultado distinto en cuanto a la relación biológica tanto de la madre subrogada como de la madre gestacional.

Es importante mencionar que, en todos estos supuestos se pueden dar diferentes discusiones jurídicas pero la principal siempre estará en que la madre legal en la legislación ecuatoriana, es la madre biológica aquella que da a luz a una criatura, de por sí, la ley la ampara para reconocer la filiación con su hijo, demostrándose así, la necesidad de la existencia de una

ley que regule y determine ampliamente los diferentes supuestos para la aplicación efectiva de los derechos humanos.

Legalidad Internacional

La realidad de esta figura se basa en que solo pocos países del mundo han permitido expresamente la práctica reproductiva de la gestación subrogada, cabe mencionar que la legislación y las regulaciones de cada país son diferentes, tal como informa LifeBridge Agency, quien indica que la maternidad subrogada es legal en Canadá, Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Georgia, Grecia, Reino Unido, Australia e India. En todos ellos esta modalidad reproductiva está permitida para extranjeros.

Con respecto a las parejas homosexuales y los hombres solteros, tienen bastante restringido el acceso a la gestación subrogada. Tan solo la legislación canadiense y de algunos estados de Estados Unidos, permite este método reproductivo para este modelo de familia; lo cual conlleva a ciertas repercusiones sociales, en base a moralidad y críticas sobre el bien superior de un niño que psicológicamente tiende a necesitar de padres heterosexuales.

Canadá

En base a la investigación realizada es el país que mejor ha desarrollado la legislación de la maternidad subrogada, tanto es así, que parejas heterosexuales, homosexuales, hombres solteros, mujeres solteras y cualquier persona puede acceder a esta figura tomando a la Organización de Naciones Unidas (ONU), como voceros de que la maternidad y la paternidad es un derecho que todos tienen, pero a pesar de esto, la ley sigue manteniendo ciertos aspectos restrictivos importantes tales como que, para ser madre subrogada no solo debe tener capacidad legal sino haber cumplido los 21 años de edad y sólo se permite la maternidad subrogada altruista, en otras palabras, la gestante no puede recibir dinero a cambio. (Surrogacy 365, s.f.)

A pesar de ello, existen unos gastos que los futuros padres si pueden soportar, como son los gastos asociados al embarazo subrogado: medicación, ropa de maternidad, los desplazamientos a las consultas o los días que pierda de trabajo. Todos los gastos han de estar justificados y nunca han de ser superiores a 22.000 dólares. Así también, está prohibido por ley que cualquier persona o agencia actúe como intermediario en el proceso y, además, está prohibida cualquier publicidad

de este tipo de servicios. Por otra parte, no en todo Canadá se acepta el contrato de maternidad subrogada, pues en Quebec este contrato es nulo.

Estados Unidos

Es el país pionero en esta práctica, en términos generales cualquier modelo de familia está permitido, tomado en cuenta, sin embargo, que existen leyes federales como estatales, por lo tanto, hay estados en los que esta práctica se encuentra prohibida inclusive se considera delito. Una de las grandes diferencias en la regulación de esta figura es que es la madre subrogada quien elige a los padres de intención y, a su vez, ellos pueden rechazarla o aceptarla. En los estados en los que se permite cualquier modelo de familia están: Florida, California, Arkansas, Delaware, New Hampshire, Nevada, Illinois. Existen ciertos estados con restricciones que llaman la atención como es el caso de Utah, allí, los padres de intención han de estar casados, la gestante no puede ser la donante de óvulos y si la gestante está casada, el esposo no puede ser el donante de semen. (Trolice & Álvarez, 2019)

En Tennessee, ambos miembros de la pareja han de aportar sus gametos, en Vermont por su parte, para que se lleve a cabo la filiación es necesaria una sentencia judicial posterior al parto.

Pero hay estados en los que está prohibida su práctica tales como: Nueva York, donde se aplican multas de hasta 10.000 dólares tanto a los padres de intención como a cualquier intermediario que intervenga en el proceso. En Michigan, los padres de intención pueden ser multados con hasta 50.000\$ y pena de cárcel hasta de un año. En el resto de los Estados, el contrato es nulo. Cabe mencionar que, en EEUU la práctica de esta figura es sumamente costosa debido a que el proceso conlleva factores de sanidad y es privada. (Trolice & Álvarez, 2019)

Rusia

Este país es otra de las potencias que no se podía quedar atrás en la regulación de las conductas de la sociedad relacionadas con el desarrollo tecnológico y la maternidad subrogada, asumiendo la gran responsabilidad de limitar y regularizar una práctica que puede mantener el equilibrio de derechos para todos. Su normativa sobre la materia que se está tratando, apenas se publicó en el año 2012, sobre las bases de protección de la salud para los ciudadanos rusos. (Rodrigo & Salvador, Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación, 2019)

Cabe mencionar, que la maternidad subrogada solo es posible para parejas heterosexuales, por ende, para llevar a cabo este programa la madre de intención debe demostrar su imposibilidad de quedar embarazada o hacerlo sin que tenga ningún riesgo para su vida o la del nasciturus. Es permitido únicamente la maternidad gestacional, no la genética, es decir, la madre subrogada no puede aportar sus óvulos.

La madre gestante debe tener por lo menos de 20 a 35 años de edad, tener buena salud no solo física sino también mental y haber tenido por lo menos un hijo con anterioridad, en el caso de estar casada, es necesario el consentimiento del esposo. La madre gestante debe renunciar para que en el certificado de nacimiento aparezcan los nombres de los padres de intención, así también, se debe expedir un documento por parte de la institución médica en donde se refleje que la madre subrogada da su consentimiento para la inscripción del bebé a favor de los padres de intención. Con el certificado de nacimiento y el documento de consentimiento de la gestante, los padres de intención ya pueden registrar la identidad del menor en el registro civil. (Rodrigo & Salvador, Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación, 2019)

Ucrania

También conocido como el vientre de Europa, a pesar de que apenas en el año 2009 fue aprobada la legislación de la maternidad subrogada en este país, ya cuenta con distintitas problemáticas por ser tan permisiva. Una de ellas, es el valor que se les paga a las gestantes ya que en Ucrania existen clínicas y agencias dedicadas a esta práctica, la publicidad es permitida por cualquier medio de comunicación. (Álvarez & Salvador, 2019)

En este país, la gestación por sustitución está permitida únicamente a las parejas heterosexuales casadas. La madre de intención debe demostrar una razón médica que justifique la imposibilidad de quedarse embarazada sin riesgo para su propia salud o la del bebé. En Ucrania, aunque está permitida la figura del donante, ha de ser anónima. La madre subrogada no puede reclamar la maternidad y, por tanto, no tiene ningún tipo de derecho ni obligación sobre el bebé.

Una vez que nace el niño, los padres de intención reciben automáticamente el certificado de nacimiento y la renuncia de la maternidad por la gestante. De esta forma el bebé puede ser registrado a nombre de ambos padres de intención en el organismo de Ucrania que corresponde. Lo que me impacta en esta legislación es que las parejas pueden rechazar al bebé por cualquier

causa, sin que la gestante pueda intervenir ya que no tiene derechos y la criatura quedaría en la orfandad. (Álvarez & Salvador, 2019)

Grecia

En este país se permitió la práctica de la gestación subrogada en el 2002, pero en el año 2014 se amplió la norma permitiéndose a los extranjeros esta práctica. Se permite tanto a parejas heterosexuales como mujeres solteras que no puedan tener hijos de otra manera, siempre y cuando aporten un certificado de infertilidad. La gestación subrogada comercial está prohibida y sólo es posible la altruista. No se permite la tradicional, es decir, está prohibido que la gestante aporte sus óvulos. Es importante mencionar, que antes de llevar a cabo cualquier proceso de gestación es necesario el consentimiento por parte de un tribunal de justicia, el cual autoriza el inicio del proceso y también la filiación de los padres de intención. (Salgado & Salvador, 2019)

Reino Unido

Su legislación fue aprobada en el año de 1985 y aunque la revisaron en 2008, sigue siendo muy compleja y restrictiva. Solamente se puede proceder por una gestación subrogada altruista y solo se permite a parejas heterosexuales y mujeres solteras que no puedan tener hijos de manera comprobada. Es un delito publicar anuncios ofertando o buscando madres de alquiler. (Salgado & Salvador, 2019)

Así, tras el parto, los padres de intención tienen hasta 6 meses para solicitar la maternidad y paternidad ya que de lo contrario el bebé pasaría a ser hijo legal de la gestante y de su pareja en caso de tenerla. En este país es casi imposible que esta práctica sea para extranjeros, la ley no pone ninguna restricción con respecto a la nacionalidad no obstante es indispensable que uno de los padres de intención resida en territorio británico para poder beneficiarse de la madre gestante.

Australia

En el caso de Australia la regulación se da en base al estado en el que se encuentra. La característica similar en todos los estados es que tiene que ser altruista. En algunos estados si no se respeta esto, inclusive recae como delito y existen multas muy altas como es el caso de Nueva Gales del Sur. Es únicamente permitido por parte de los padres de intención poder sufragar los gastos que conlleva el embarazo. (Rodrigo & Salvador, 2019)

Es importante resaltar que, la maternidad subrogada que se lleva a cabo en Australia suele ser más entre familiares o amigos. Hacer publicidad es completamente ilegal. La mujer gestante es considerada la madre, independientemente de si aporta o no su carga genética. Por tanto, una vez que nazca el bebé, si decide quedarse con él estaría en todo su derecho. La filiación debe realizarse antes de que el bebé cumpla los 6 meses de nacido vivo.

India

Hasta el 2002 era permitida, pero con una reforma en la legislación del 2015 solo se volvió permisible para parejas heterosexuales y que estén casadas y residan en territorio hindú. (Álvarez, 2019)

Sudáfrica

Es legal solamente para los residentes y siempre que la práctica sea altruista.

Tailandia

Este era uno de los países con mayor demanda para llevar a cabo el proceso de gestación subrogada, hasta que en el 2015 se modificó la ley, desde entonces solo está permitida para las personas cuya nacionalidad sea tailandesa. Está permitida únicamente la gestación subrogada altruista y limitada para parejas heterosexuales. Al menos uno de ellos debe ser tailandés y la mujer debe tener problemas de fertilidad. La madre subrogante debe tener por lo menos 25 años y ser pariente de uno de los padres de intención. Para parejas homosexuales u hombres solteros está prohibido y constituye delito para aquellos que lo hagan. (Álvarez & Salvador, 2019)

Como se observa de la descripción antes hecha, las legislaciones de los diferentes países se han desarrollado al margen de la sociedad, a la cual no se le ha solicitado su criterio sobre la temática tratada. Tomando en consideración que en su gran mayoría presentan características similares ya que el legislador le da el enfoque social que hace de esta práctica una necesidad como es el ejemplo de que en su gran mayoría las parejas deben ser heterosexuales, así también, la mayoría de los países que permiten esta práctica de la gestación subrogada exigen un certificado en el cual conste que la madre de intención no puede tener hijos o de intentarlo su vida o la del no nacido están en riesgo y que sea altruista.

La Maternidad subrogada en el Ecuador

De acuerdo a la investigación realizada por la Comisión Nacional de Bioética en Salud (CNBS), desde el año 1993 se efectúan procesos de maternidad subrogada en el Ecuador, sin que en este lapso se hayan establecido regulaciones legales que las normen, hasta el 24 de agosto de 2020 que se regula, pero con un enfoque en salud sin tomar en cuenta aquellas repercusiones civiles que se pueden dar. Una de las problemáticas civiles es la filiación del recién nacido con los padres de intención ya que la maternidad biológica y la legal son vistas como una sola ante la normativa ecuatoriana. (Ecuador, Comisión Nacional de Bioética en Salud)

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 60 menciona “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre ” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

En este artículo se establece al nacimiento como el principio de la vida para un sujeto de derecho. Es indiscutible, que mientras permanece en el vientre, la criatura tiene derechos, pero su existencia legal se encuentra suspendida hasta que sea separada completamente de su madre. La regla general es clara, la mujer que dé a luz a un niño o niña se entenderá que ese hijo o hija es suyo y en caso de impugnación de maternidad esta deberá ser probada por la parte que la alega.

Así mismo, existe una regla general de los hijos concebidos en matrimonio, la cual indica que el hijo que nace después de los 180 días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, lo que hace nacer un nuevo conflicto en cuanto a la legalidad e identidad del menor.

Esta regla general tiene una fundamentación teórica que se basa en que, durante el periodo gestacional, el feto realiza diferentes e importantes interacciones con el fluido amniótico, el útero, los sonidos, los cambios hormonales, y siendo el conjunto de estos un estímulo para el buen desarrollo del cerebro.

Cabe mencionar que diferentes estudios prenatales han determinado que las sensaciones de la madre ejercen una influencia importante en la actividad neuronal de la criatura, cambios que pasan a través de la placenta. Por consiguiente, constituye un aporte biológico indirecto por parte de la madre gestante y según la doctrina este debe prevalecer por encima del aporte genético.

Lo mencionado anteriormente, es la pauta que toman los legisladores para negarse a una posible regulación de esta figura contractual, aunque es importante mencionar uno de los principios del derecho que dice que se presume que todo aquello que no está prohibido por la norma aparentemente está permitido; dando paso a un vacío legal que envuelve distintos conflictos sociales tomando en consideración lo mucho que ha evolucionado el derecho constitucional y civil en el Ecuador reconociendo las distintas formas de conformación familiar y aceptando las diferencias en cuanto a la identidad de género y la evolución de la institución del matrimonio.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano determina que la maternidad biológica y la maternidad legal recaen siempre sobre la misma persona ya que el hecho del nacimiento da lugar a ambas modalidades y en cualquier caso, sin cuestionar las variables, siempre prevalecerá la maternidad por gestación que se le atribuye por la estrecha relación psicofísica con el nasciturus durante los nueve meses.

Ahora bien, se entiende que ya existe un único artículo en toda la legislación ecuatoriana que habla sobre la reproducción asistida y en el supuesto de darse un caso al momento de filiación ¿cómo se inscribe al menor ante el servidor del registro civil?. Es una inquietud que deja la legislación al darse por entendido que el documento que acredita la identidad y filiación del menor es el que entrega la entidad de salud llamado certificado de “Nacido vivo” en el cual registra la características físicas y fisiológicas del menor y por supuesto, el nombre de la persona que consta como su madre, siendo la persona que dio a luz.

La ley Orgánica de la Gestión de la Identidad y Datos Civiles en su artículo 28 determina lo siguiente:

Documento probatorio del nacimiento. El hecho del nacimiento, para que sea inscrito, se probará con el informe estadístico de nacido vivo o su equivalente, sea físico o electrónico, y legalizado por el profesional de la salud del establecimiento médico que atendió el parto. Excepcionalmente, a falta de dicho profesional, suscribirá el mencionado informe el director del establecimiento de salud respectivo (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016).

Como se observa, la ley es clara cuando indica que será el profesional de la salud el que suscriba un informe que deberá ser entregado con su firma y representación para que se lleve a cabo la inscripción, contemplando los requisitos que exige la misma ley en su artículo 30.

Para poder entender de mejor manera se cita, el Código Orgánico de la Salud en su artículo 196 expresa:

Reproducción humana asistida. Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema. Solo se autorizará este tipo de procedimientos en establecimientos prestadores de servicios de salud que cuenten con la habilitación específica para brindar estos servicios; dispongan de protocolos explícitos de consentimiento informado; sometan a la aprobación de la Autoridad Sanitaria Nacional sus protocolos de atención; y, cumplan las regulaciones que se expidan para el efecto respecto de toda la cadena de atención. La maternidad subrogada estará permitida únicamente en los casos en los que existan circunstancias médicas que no permitan el embarazo en la mujer, se garantizará el derecho de los niños y niñas al armonioso desarrollo de su personalidad en el seno familiar. Los prestadores de servicios de salud deberán garantizar en todo momento el cuidado y atención de las portadoras gestacionales para evitar riesgos durante los procesos de fertilización, embarazo, parto y post parto. Se prohíbe realizar estos procedimientos en niñas y adolescentes; así como, las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos, embriones o de la subrogación del vientre. No se considerarán contraprestaciones económicas a los gastos derivados del proceso de donación y los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016).

En base a este artículo se determina que la reproducción asistida es aceptada por el Ecuador, siendo la encargada de expedir normativas que fijen los requisitos, la autoridad sanitaria nacional, dejando un amplio vacío en materia civil y constitucional ya que en la profundización de la investigación se buscó normativas emitidas por la autoridad sanitaria nacional en cuanto a reproducción asistida sin encontrar resultados, además se mencionan los principios bioéticos universales siendo premisas en estudio ético de la vida; en cuanto a los principales están: autonomía, beneficencia, no maleficencia, justicia.

1. Autonomía: siendo la capacidad que tienen los sujetos de derecho para la toma de las decisiones y todo aquello que se relaciona con aspectos personales.

2. Beneficencia: principio expuesto como una obligación moral de hacer el bien y actuar en beneficio de todos, promover el bienestar de un colectivo.

3. No maleficencia: *primum non nocere* (no producir daño y prevenirlo) un principio muy claro que busca armonía y evita el delito. Tiene naturaleza pública y su incumplimiento puede traer repercusiones penales.

4. Justicia: así también es un principio del derecho que busca la equidad dando a cada uno lo que merece de acuerdo a sus condiciones o méritos.

Entonces, una vez entendido que está aceptada la reproducción asistida cumpliendo con las normas y los requisitos de la autoridad sanitaria nacional lo cual se desconoce, también entran a formar parte estos 4 principios de la bioética y sin duda alguna, respetando la supremacía de las normas en base a la pirámide de Kelsen. La norma se refiere a establecimientos prestadores de servicios de salud autorizados los cuales deben ser aptos, capaces y bien informados para llevar a cabo todo el proceso, aunque es la autoridad sanitaria nacional la que aprueba estos servicios de salud, por naturaleza son de ámbito privado tomando en cuenta que la salud es un derecho que debe garantizar el Estado pero por su naturaleza de ser un requerimiento meramente particular, es el Estado el encargado de reglamentar y limitar cada actuación de los administrados.

La Constitución de la República del Ecuador en su sección cuarta artículo 43 se refiere a todos los derechos que poseen las mujeres embarazadas enfatizando la no discriminación, la gratuidad de la salud maternal (existe una ley de maternidad gratuita y atención a la infancia), la protección y cuidado de la mujer durante su embarazo y la recuperación posterior al parto, por lo que la madre subrogada tendría exactamente los mismos derechos, pero ¿qué sucede en materia laboral? (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

La madre subrogada tiene derecho a la licencia de maternidad, a pesar de no tener derechos ni obligaciones con el menor según la doctrina, pero según la ley, la madre subrogada es la madre biológica y legal entonces la norma debería ser más amplia en este sentido, además ¿Qué sucede durante el período de lactancia tomando en cuenta que existen muchas variables con respecto a la subrogación?

Por otra parte, el Código Orgánico de la Salud exige el certificado por parte de la mujer que por cualquiera que sea la condición médica no pueda quedar embarazada, por lo tanto, el ente responsable de validar esta información sería el Ministerio de Salud Pública, dando paso a que la autoridad sanitaria nacional apruebe el caso. Si esto sucede y se accede a la subrogación, una vez transcurrido el tiempo de gestación y la madre subrogada da a luz y decide no entregar al recién

nacido, estaría actuando conforme a la ley. Pero ¿qué sucede con la madre de intención y toda su situación emocional?; una vez más se demuestra que no se trata solamente de promulgar una ley, sino de hacerla práctica, y que ésta sea aplicable a la sociedad.

Si bien es cierto, que el sentido expreso de la norma cumple con la protección de las niñas y niños en cuanto a su desarrollo familiar, tal y como lo determina la Constitución de la República en su art. 45, no es menos cierto que la filiación en todo este tema se ve turbio, sin precisión ni claridad, especialmente, el cómo darle la identidad al menor, ya que al final, los padres de intención tendrían que seguir una impugnación de paternidad o maternidad como lo dictamina el código civil en su artículo 233A para poder obtener todos los derechos y obligaciones sobre el recién nacido.

Ahora bien, el artículo 197 del Código Orgánico de la Salud determina también el cuidado y atención de la madre subrogada en todo momento, cabe mencionar que no se establece nada nuevo en base a lo que ya estipula la Constitución de la República, siendo una garantía constitucional de las mujeres embarazadas el cuidado, atención y un deber del Estado el cumplimiento de las mismas.

Lo que si es clara la norma, es en la prohibición de realizar esta práctica en niñas o adolescentes dejando tácitamente entendido que una madre subrogada puede ser cualquier mujer que tenga capacidad civil legal, en este punto, el legislador no toma el riesgo de no restringir ni limitar a las madres subrogadas, lo que podría traer repercusiones graves en cuanto a conflictos emocionales o judiciales en base a los supuestos siguientes:

Primer supuesto: caso de una mujer de 18 años de edad, legalmente capaz, accede a la maternidad subrogada y todo el proceso se da con normalidad hasta que entrega al bebé. Su impacto emocional por sentir que entrega a su hijo puede producir: 1. Que no entregue al recién nacido. 2. Que al entregarlo se desmorone emocionalmente ya que fisiológicamente, la mujer durante el embarazo crea un vínculo con el feto. 3. Causarle a la mujer un fuerte impacto psico-emocional con traumas posteriores.

Segundo supuesto: una mujer de 20 años de edad que tiene meses de casada accede a la gestación subrogada, el Estado debería tomar en cuenta que una persona recién casada tiene proyectos de procrear y formar una familia que es parte de los deberes del Estado (protección en

todo sentido a la familia) lo que causaría repercusiones sobre la madre de intención pudiendo fraccionar su estado mental de tal manera que lleve a esta persona a la desgracia. 2. Si entrega el recién nacido podría verse afectado el círculo familiar de la madre subrogada por haber tenido hijos antes y no poder después tenerlos y deseárselos en ese momento. Sin duda, una circunstancia post traumática para la madre subrogada.

El Ecuador en un buen sentido social y jurídico, queriendo evitar la violación de los derechos humanos, además de evitar que los niños o niñas sean utilizados como mercancías, da la pauta de que el proceso de reproducción asistida sea altruista es decir, que prohíbe la contraprestación económica por el hecho de que una mujer acceda a una maternidad subrogada o a su vez, por la donación de gametos, aunque es difícil determinar que sucede en aquellos casos que si se pretende el cobro de una remuneración ya que no existe una sanción, pena o una tipificación penal.

En este sentido, la norma hace hincapié en no considerar contraprestación a todos aquellos gastos que se susciten por la donación de gametos o a su vez, por gastos que se deriven durante el proceso de la maternidad subrogada, aunque es muy difícil llevar un control de gastos, así como fácilmente los padres de intención podrían ofertar una remuneración y hacer que esta pase como gastos derivados del embarazo, por lo cual la norma menciona la prohibición de remuneración pero no limita los gastos que se puedan dar ya sea por donación o por gestación.

Por todo lo antes expuesto, es indispensable mencionar que la norma a pesar de tratar el tema de la reproducción asistida, no es clara en su totalidad y deja muchos ámbitos de interpretación subjetiva que puede acarrear problemas sociales que ya se han venido presentado inclusive antes de que el legislador le de este enfoque de salud, así también, la norma necesita amplitud en cuanto a temas civiles, laborales, constitucionales e inclusive de comercio, ya que se mencionan los gastos en los que se puede recurrir durante todo el embarazo, así como es muy interesante todo aquello que relaciona a la maternidad subrogada contractual.

La migración y la maternidad subrogada

Es importante hoy en día crear normas de derecho internacional privado para la maternidad subrogada en el caso de los migrantes, pues por ejemplo, actualmente en el Ecuador existen casos de migrantes venezolanos que salen de su país debido a la crisis económica que está atravesando, pudiéndose percibir que por sus necesidades económicas recurren a estos métodos de reproducción

asistida como lo es la gestación subrogada, con el fin de generar ingresos de forma rápida y efectiva; lo que se hace incontrolable, por cuanto no existe ninguna normativa sobre la gestación subrogada en nuestro país para migrantes.

En realidad, la gestación subrogada se debería hacer únicamente por altruismo, es decir, para beneficio de otros seres humanos que se sienten perjudicados porque su naturaleza les impide tener hijos por sus propios medios, sin embargo, los migrantes buscan este medio de ingresos porque se les dificulta encontrar un trabajo en el Ecuador, lo que les obliga a ofertar sus servicios de madre subrogante a través de medios electrónicos o digitales.

Este es un tema muy importante que debe ser tratado con la delicadeza que amerita y no a la ligera como es habitual. Como se ha expuesto anteriormente, el hecho de no tener una base jurídica sobre este ámbito no brinda estabilidad social, más aún cuando existen personas dispuestas a gestar a cambio de una retribución económica con la finalidad de aliviar la crisis y poder obtener ingresos; son muchos casos de venezolanas en el Ecuador que ya han pasado por esta nueva forma de reproducción asistida.

En muchos casos, los migrantes venezolanos están tomando esta alternativa como una solución financiera a la crisis que están atravesando, sin que esto garantice a una madre que anhela tener un hijo por cualquier medio, que efectivamente lo va a lograr mediante los servicios ofertados en internet, por conveniente que parezca esta opción.

Si bien es cierto que la madre subrogada lo está haciendo por fines económicos, esto no garantiza que al momento del nacimiento del bebé cambie de opinión y decida regresar a su país junto con el mismo, ¿de qué manera podría la madre de intención presentar un reclamo para hacer cumplir lo pactado y como podría ejercitar el derecho de tutela judicial efectiva en el Ecuador para solicitar su retorno.?

¿Con qué base o argumento jurídico se podría presentar una demanda cuando no existe una normativa para estos casos?. A esto se suma que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana no lleva un registro real de los extranjeros que actualmente se encuentran en el territorio nacional, pues el ingreso al país por los pasos fronterizos ilegales no lo permite. Esta situación se agrava al momento del nacimiento del infante porque los certificados de nacidos vivos

se emiten para cualquier persona, sin verificar la información de identidad de la madre en forma fidedigna.

Esto ocurre en el Ecuador y en muchos otros países que no contemplan la gestación subrogada en su ordenamiento jurídico, en consecuencia, existen innumerables casos a nivel mundial donde muchas personas pueden aprovecharse de otras que buscan desesperadamente ser padres por cualquier medio.

Se han visto casos donde matrimonios han estado al borde del divorcio debido a que la pareja no puede tener hijos, esto conlleva a que la desesperación provoque buscar facilidades a fin de encontrar soluciones más rápidas, pues no se lo considera un tema de alta importancia y simplemente se lo deja al libre albedrío sobre lo que se puede o no se puede hacer.

Argumentos en contra de la maternidad subrogada en el Ecuador

- Se considera una obligación del Estado garantizar la salud y dentro de esta rama se encuentra el bienestar psico-social, lo cual debería ser considerado y tomado en cuenta para evitar una manipulación de la actual ley, además, se deja la incógnita de si el Estado Ecuatoriano debería asumir la ejecución de los costos que implica esta modalidad de reproducción asistida.

- Con la promoción de esta modalidad de reproducción asistida como lo es la gestación subrogada se deja de lado la participación de los padres de intención a una posible adopción, generando un problema social significativo, tomando en cuenta que actualmente en el Ecuador existe un alto índice de niños y adolescentes con declaratoria de adopción (271 en total) según el Ministerio de Inclusión, y solamente se dieron 36 adopciones en el año 2020.

- Es importante mencionar, que la gestación subrogada debería estar direccionada para parejas en matrimonio con imposibilidad debidamente probada de no tener hijos; sin discriminar a parejas homosexuales que hayan contraído nupcias, pues no se ha probado científicamente que el desarrollo de un niño en un círculo familiar homosexual cause desviación o malos hábitos, ya que es una apreciación muy subjetiva lo que realmente es importante mencionar es que la cultura ecuatoriana no está preparada para esta práctica.

- Muchos puntos de vista destacan que no se puede aceptar este tipo de reproducción asistida por va en contra de los derechos humanos ya que la vida no se puede comercializar y a pesar de

que exista el altruismo existe la forma de solventar los gastos de la gestación pudiendo de esta manera realizar pagos a la madre gestante tachándolos de gastos derivados del embarazo.

- También existe una teoría de la vulneración de los derechos humanos de los niños ya que se les está cosificando dándole una apreciación de cosa u objeto, lo cual atenta y violenta la dignidad de las personas.

- En la actualidad se tienen presentes los derechos a favor de las mujeres, inclusive existen campañas internacionales que fomentan la protección de las mujeres; por consiguiente, la maternidad subrogada atenta contra la intimidad de la mujer, así también como la naturaleza y esencia de ser mujer. Se toma a la mujer por una incubadora viviente desnaturalizando la esencia humana.

- En materia contractual se considera a ambas partes dentro del contrato reconociendo los derechos y obligaciones que tienen por una parte la madre subrogada y por la otra, los padres de intención, pero jamás se toman en consideración los derechos que tiene el niño con respecto a todo un procedimiento de esta índole, ya que podría verse afectado e impactado, inclusive con una crisis de identidad probablemente no superable a lo largo de su vida a conocer su origen.

- La legislación ecuatoriana es muy clara con respecto a la donación de órganos y se vuelve polémica la relación que tiene la madre subrogada con donar todo su cuerpo temporalmente, por lo cual existen doctrinarios que hablan sobre una posible violación de una disposición legal.

- Desde un punto de vista moral los procedimientos de desarrollar nuevas modalidades de reproducción asistida niegan la naturaleza humana, tomando en consideración que la maternidad es un proceso natural que es propio de la dignidad humana.

- En este método de reproducción asistida la intervención de un médico es mucho mayor que en otras técnicas de reproducción asistida que inclusive se debe tratar mediante laboratorios en muchas de las ocasiones para poder lograr la fecundación.

- La maternidad subrogada es una nueva modalidad para la promoción de industrias que exploten los seres humanos y principalmente a las mujeres, considerando que al existir una agencia que proporcione servicios de subrogación de vientres la otra parte se encontraría en una desigualdad contractual.

- En la Constitución de la República del Ecuador no consta el derecho al hijo como tal, así como tampoco en la declaratoria de derechos humanos realizada en París en 1948 lo que conlleva a una privatización contractual entre particulares dando oportunidad únicamente a aquellas personas que pueden pagarlo.

Publicidad sobre maternidad subrogada en el Ecuador

En la mayoría de ordenamientos jurídicos que han aceptado la maternidad subrogada como un método de reproducción asistida, tienen una regulación en cuanto a publicitar, ofertar, publicar anuncios sobre maternidad subrogada lo que tiene una razón lógica social de ser; es indispensable reconocer que los derechos humanos y la cultura de un país juegan un papel importante en cuanto a temas que incluyen la integridad de la mujer y de los niños y niñas, por lo cual en el Ecuador se debería regularizar esta situación, para que no exista publicidad que trate sobre la consecución de participantes para desarrollar procedimientos de reproducción asistida entre otras, como por ejemplo: publicar anuncios en un periódico para conseguir a una madre subrogada.

Al no estar bien claras las restricciones en torno a la publicidad en cuanto a reproducción asistida en la maternidad subrogada, se pueden dar diversos métodos de publicidad ya sea electrónico, digital, mediante la prensa, la radio o la televisión, ofertando o reclutando a mujeres para participar de estas prácticas médicas, lo cual violenta la integridad y dignidad de la mujer, concibiéndola como un objeto o cosa que puede ser comerciable transgrediendo el sentido que se le intenta dar a la ley en temas de reproducción asistida, ya que en el Ecuador está permitido únicamente con fines altruistas y no lucrativos, y el hecho de publicitar u ofertar servicio de subrogación de vientre afecta el fin de ayudar y servir a aquellos grupos de personas que presentan problemas fisiológicos o anatómicos de esterilidad o infertilidad para concebir.

El Ecuador tiende a tener una cultura moralista y religiosa por lo cual realizar publicidad sobre temas relacionados a concebir mediante procedimientos no naturales puede conllevar a problemas sociales graves que se vea como inmorales, e inclusive, pueden ser víctimas tanto de agresiones verbales como físicas, causando mayores conflictos de los que ya existen a causa de temas delicados que según la mayoría de la población, atentan contra las buenas costumbres.

Maternidad subrogada en materia contractual

El Ecuador es un país que siempre ha venido adaptando y desarrollando su cultura en base a la de otras, y parte del ordenamiento jurídico se ha visto desenvuelto alrededor de la historia en el mismo ámbito, tal es el caso del código civil, siendo una adaptación del código civil chileno redactado por el jurista venezolano Andrés Bello, entregado al congreso chileno en el año de 1855 para de esta manera dejar a un lado las leyes heredadas de la corona española, así el código civil ecuatoriano entra en vigencia en el año de 1857 y desde esa fecha ha tenido dos variaciones: la primera en 1970 y la segunda en el 2005.

Esto a la larga ha tenido sus consecuencias ya que en la última década la tecnología se ha desarrollado con una rapidez abismal y radical, que ha dejado ciertas normas obsoletas e inaplicables (Por ejemplo, el artículo 61 del Código Civil que muestra una presunción de derecho la cual no admite prueba en contrario, esto es debido a que en tiempos anteriores al actual, no existía la forma científica de saber si el hijo era concebido dentro del matrimonio, por lo tanto, se supone la época de concepción. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005) Lo que en la actualidad se resuelve inmediatamente con una prueba de ADN, por el contrario, este avance ha traído consigo nuevas problemáticas sociales ligadas al vínculo que existe entre la humanidad y la tecnología.

El poder judicial y legislativo del Estado ecuatoriano debe valorar estos cambios y adaptarlos a los preceptos que regulan la sociedad en la actualidad. Ahora bien, dentro de los análisis que se hagan, debe tomarse en cuenta, que la maternidad subrogada es de carácter meramente privado, ya que son las partes las que por medio de un contrato voluntariamente se obligan a esta figura, caracterizándose este contrato además, que es un contrato que tiene obligaciones condicionales; lo que obliga a pensar de si realmente un contrato subrogado cumple con los elementos esenciales que debe tener un contrato y si éste, realmente posee validez jurídica al momento de ejecutarlo en concordancia con el artículo 197 del Código Orgánico de la Salud.

Al hablar de contrato se refiere al vínculo jurídico voluntario que existe entre dos o más partes de dar, hacer o no hacer, partiendo de esto e puede decir, que un contrato parte del principio de la autonomía de la voluntad, pero que sucede si la voluntad de realizar un acto no es clara por distintas circunstancias, especialmente en el caso de la madre subrogante.

Como cláusulas contractuales se precisan los siguientes casos que las partes pudiesen aceptar en el contrato de maternidad subrogada:

1. La aceptación voluntaria de ceder los derechos de maternidad por parte de la madre subrogada a la madre de intención, y por parte de la última aceptar los derechos y obligaciones hacía con el recién nacido.

2. Todos aquellos gastos económicos derivados del embarazo, sin que exista una contraprestación económica ligada a la donación o alquiler del útero.

3. La madre subrogada deberá declarar que se encuentra apta psicológicamente y físicamente para llevar a cabo este proceso. (En este punto cabe mencionar que el legislador debió considerar el realizar exámenes avalados por un perito de la medicina que determine la aptitud de la madre subrogada para llevar a cabo el procedimiento.

4. La entrega del menor en la fecha que se llevaría a cabo tomando en cuenta la fecha del parto y los cuidados post parto que requiere el menor.

5. La aceptación por parte de la gestante para que los padres de intención puedan llevar a cabo la inscripción de identidad y filiación del menor.

Además de estas cláusulas contractuales se puede determinar que un contrato de este tipo debe tener una estructura fuerte para la validez del mismo:

- Para tener una validez jurídica el contrato debe ser celebrado y reconocida por un notario público antes de que se lleve a cabo cualquier procedimiento médico.

- Debe existir la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente que en este caso es el Ministerio de Salud Pública, así mismo la existencia de un documento que acredite a la madre de intención la imposibilidad de tener hijos o a su vez el riesgo que corre tanto la madre como el feto en caso de gestar.

- Para llevar un registro se deberá incluir un informe emitido por parte de la clínica de procreación humana que realice el método de reproducción asistida ya sea por medio de fecundación in vitro o de inseminación artificial con la finalidad de determinar si los gametos son propios de los padres de intención, gametos donados, o incluye gametos por parte de la gestante.

- Este contrato no se podría llevar a cabo de no existir la voluntad y conocimiento por parte de la madre subrogada al procedimiento que se va a someter, por lo cual deberá adjuntar una carta con la aceptación de prestar su útero por considerarse una mujer altruista y detallando para quien prestará su útero.

En un contrato se puede analizar diversos factores tales como: la naturaleza jurídica del mismo, en este caso en materia civil y en cuanto a subrogación de vientre, el contrato tiene una naturaleza meramente privada, aunque existen doctrinas que mencionan a estos contratos como mixtos debido a la intervención del Estado en cuanto a la autorización y seguimiento que debe llevar la autoridad sanitaria competente, además de la imposición de la ley de aceptar o prohibir la práctica de la subrogación de vientres.

Por otra parte, se trata al contrato de subrogación de vientre como un acto meramente constitutivo, considerando que las partes en este caso que son el embrión, el útero de la madre subrogante y la intervención del médico deberán llevar a cabo el acto y procedimiento de fecundación para que el contrato surta efecto y a su vez tenga validez jurídica.

En base a la doctrina, un contrato de subrogación de vientres puede ser clasificado de distintas formas, ya que puede ser típico o atípico. En cuanto al primer punto, podría direccionarse a un contrato de arrendamiento, de servicio o de obra. Se entiende que puede ser de arrendamiento porque la madre subrogante arrienda su vientre, de servicio, porque el altruismo se puede considerar como un servicio de ayuda a alguien que lo necesita y de obra, ya que la madre subrogante lleva consigo la actividad pasiva, aunque de por sí tiene una carga física y psicológica al tener en el vientre una criatura que cuidar por lo menos 48 semanas.

Por otra parte, el contrato puede llegar a ser atípico, y definitivamente, es éste, el que se encuentra mucho más direccionado al ordenamiento jurídico ecuatoriano por carecer de una regulación legal, siendo el objeto las estipulaciones de las partes acompañadas del objeto de los padres de intención por concebir.

Este tipo de modalidad atípica según la doctrina puede darse en un ámbito admisible que condiciona su validez según ciertos requisitos estipulados por ejemplo, en el Código Orgánico de la Salud, según el cual, la mujer debe comprobar su esterilidad, o a su vez, que únicamente se puede dar como un mecanismo altruista sin percibir una contraprestación económica, lo cual es

manipulable ya que da la pauta de que los padres de intención cubran todos aquellos gastos derivados del embarazo, por lo tanto, puede cubrirse un rubro o canon por el alquiler del vientre plasmándolo como un gasto que fue parte del embarazo. La otra teoría, es la modalidad atípica inadmisibles que acarrea la nulidad absoluta del contrato, pero es indispensable mencionar que para esto es importante que el ordenamiento jurídico determine que la reproducción asistida es un método que se le prohíbe a la sociedad.

Sin duda alguna, la gestación subrogada es una práctica de reproducción asistida que en Ecuador es lícita, aunque por su naturaleza pueda causar conflictos por el incumplimiento de cualquiera de las partes a lo convenido, en esta circunstancia se pueden presentar dos supuestos: primero, que cualquiera de las partes que acepta el contrato se niegue al cumplimiento del mismo de acuerdo a lo estipulado en el contrato y por otra parte, se requiere que exista legalmente pautada una reparación integral en caso del incumplimiento de una de las partes.

A continuación, se analizarán los elementos esenciales y accidentales dentro de un contrato de maternidad subrogada y aquellos conflictos relacionados al ámbito jurídico, social, político, moral y ético.

Capacidad

Según el Código Civil vigente en Ecuador, en su artículo 1461, numeral 5 se estipula: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Este artículo hace una clara referencia a la definición de capacidad que se podría considerar como la aptitud que la ley le confiere a un sujeto de derecho para adquirir ciertos derechos y contraer obligaciones, tomando en cuenta que la capacidad a la cual se enfoca esta investigación es la de ejercicio.

Además, el Código Civil estipula en su *artículo 1462 que* “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005) En este sentido, la capacidad se considera la regla y a la incapacidad la excepción, y la capacidad está referida a la posibilidad de actuar por sí mismo, sin la autorización o cuidado de otro.

Contrariamente, la incapacidad es precisamente, la falta de posibilidad de un individuo de valerse por sí mismo, tal es el caso de los dementes, los sordos, los mudos, los impúberes, los

interdictos, quienes requieren de un representante para poder actuar. Como se observa, los incapaces tienen limitaciones para el ejercicio, no para el goce de sus derechos.

El artículo 1463 del Código Civil a su vez estipula:

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Ahora que el código civil hace referencia a las incapacidades es importante relacionar lo que la norma contempla con respecto a la maternidad subrogada siendo importante enfatizar, que las adolescentes por ningún motivo pueden ser madres subrogadas, ya que la ley en el artículo mencionado anteriormente, impone la prohibición de ejecutar este acto de subrogación maternal a una menor adulta.

Además, es importante considerar el hecho mencionado anteriormente sobre como adaptar algunas normas usadas por otros países a las propias, haciendo uso del derecho comparado, resaltándose en este caso, que el legislador si bien toma en consideración aspectos sociales y constitucionales de gran importancia como lo son los menores, por otro lado, no se considera el impacto psicológico y el desarrollo social que una mujer de 18 años podría tener al participar en esta figura, por consiguiente al parecer la norma necesita de más amplitud y el legislador debió imponer una restricción en cuanto a la capacidad legal, elevando la norma a ser más práctica y efectiva sin riesgo a que esta fracase.

En la mayoría de países en los que se cuenta con una regulación para la gestación subrogada, la principal característica en cuanto a capacidad, es que deberán tener por lo menos 21 años de edad, y esto tiene una razón con bases sólidas en cuanto a la vida sexualmente activa de una mujer y la madurez psicológica necesaria, así como precedentes de tener hijos o a su vez, de estar en un vínculo matrimonial, lo que en otros ordenamientos jurídicos es requisito para acceder a este procedimiento.

Hay que mencionar un tema adicional, pero de gran importancia como es el caso relacionado con la incapacidad relativa. Por ejemplo, las personas jurídicas si bien es cierto, no pueden contratar para gestar ni para ser padre de intención, si pueden formar parte del proceso, tal es el caso de los laboratorios y clínicas, o, por otra parte, estas personas jurídicas pueden publicitar, ofertar o reclutar a madres subrogadas, sin que esto afecte de ninguna manera la legitimidad de sus acciones, ya que al ser parte del derecho privado todo aquello que la norma no prohíbe lo permite.

La capacidad legal relativa es una limitante a la validez de ciertos actos jurídicos y, en su gran mayoría, está relacionado al bien jurídico protegido de la propiedad o el patrimonio, pero cabe mencionar que, la interdicción limita los derechos patrimoniales, por lo que en la mayoría de casos acarrearía la nulidad de un contrato, sin embargo, en cuanto a un contrato de subrogación de vientre, la interdicción no sería una limitante, con la excepción de una persona toxicómana que a pesar de no tener una restricción legal como tal, podría ser un riesgo para el nasciturus.

Consentimiento libre de vicios

Para que cualquier acto jurídico tenga validez es indispensable que el deseo interno y la expresión externa de una persona sean propios de él o ella, para que de esta manera se exteriorice cualquier vicio del consentimiento como puede ser: error, fuerza o dolo.

No es para nada un secreto, que cualquier forma de vicio en el consentimiento le da nulidad e invalida cualquier acto jurídico, pero en este particular caso de la gestación subrogada ¿Qué pasa con los derechos del bebé?, ¿se le da preferencia a la madre genética o a la madre biológica? Esta es una de las muchas interrogantes, que sin duda los legisladores no se han planteado al aceptar una figura legal con un ámbito vago en la regularización de la conducta y en la resolución de temas técnico legales.

En el caso de la gestación subrogada y la legislación ecuatoriana es suficiente el consentimiento en un contrato para renunciar a la filiación natural que se da entre la madre y su hijo o es suficiente que mediante el consentimiento se cedan los derechos de paternidad o maternidad dejando a un lado las obligaciones naturales de los padres de las que habla la doctrina.

Objeto lícito

El tercer requisito para la validez de un contrato es que el objeto debe ser lícito. Sobre este particular, hay dos teorías, aquella que define al objeto de un contrato como todo el conjunto de derechos y obligaciones que se crea del acto, y por otra parte, la teoría que apunta al objeto lícito de un contrato como la cosa que deberá darse o entregarse, o de un hecho que deba ejecutarse o no.

En un contrato de gestación subrogada determinar el objeto en base a la primera teoría sería por parte de la madre subrogada la cesión de los derechos, y de las obligaciones de maternidad y paternidad para los padres de intención mientras que por parte de los padres de intención, la obtención de la filiación con el menor, con lo cual se cae en el primer debate según la ley Ecuatoriana la filiación le corresponde a la madre biológica o gestacional, es así que la persona que consta en el certificado del nacido vivo es la madre del menor. Dicho de tal manera, se vería como un contrato con objeto ilícito, lo cual conllevaría a la nulidad.

Por otra parte, está la teoría de la madre subrogada, la cual presta su vientre de una forma voluntaria y libre de remuneración, mientras que los padres de intención realizan la filiación lo que conlleva a la primera teoría y al mismo problema ya que se estaría en contra de lo que estipula la ley.

Causa lícita

Se entiende como tal, a la razón de carácter estrictamente personal y psicológico por el cual se lleva a cabo un acto. En este sentido, la doctrina causalista sostiene que todas las obligaciones emanadas de un contrato se dan por una causa.

Lo que realmente engloba este elemento en el mundo jurídico, es el fin por el cual se determina la voluntad para celebrar un acto jurídico, por lo tanto, en el caso de la gestación subrogada, los padres de intención tienen una razón válida para obligarse sin discusión alguna a obtener el derecho a ser padres y obligarse con el menor mediante la filiación, pero en el caso de la madre subrogante es distinto, ya que la legislación ecuatoriana le permite únicamente mediante una postura altruista, sin interés de tipo económico, a entregar el producto de su vientre, decir, su razón es meramente moral. Ahora bien, con respecto a la licitud de la causa es completamente

válida ya que se relaciona directamente con el consentimiento y la voluntad de pactar un negocio jurídico que está permitido por la ley ecuatoriana.

Formalismos y Solemnidades

Un contrato de gestación subrogada presenta cláusulas complejas y con características de interés público, por lo tanto, es indispensable pensar que un contrato de este tipo no solamente debe constar por escrito, sino que debe tener un reconocimiento de firmas realizado por un notario público y dicha solemnidad registrada ante la autoridad sanitaria nacional competente en base al territorio.

Para que una figura legal sea eficiente y funcione debe ser aplicable en la sociedad, el gran problema que presenta en la actualidad la legislación ecuatoriana, son los vacíos en cuanto a los límites de la norma, siendo muy pobre y vaga, así como dejar a libre interpretación los grandes temas que engloban esta problemática.

Elementos accidentales

Cuando se habla de elementos accidentales son aquellos que no pertenecen al contrato como tal, y su ausencia no afecta la validez del contrato, usualmente se incorporan a través de cláusulas especiales como por ejemplo, plazos o modos de cumplir con las obligaciones, en el caso de un contrato de subrogación de vientre, se pueden presentar en diferentes casos, uno de ellos pueden ser las condiciones del contrato en torno a la manera de realizar la entrega del menor y cuánto tiempo después del parto, así también las condiciones por parte del sujeto activo en cuanto a que gastos son los que se pueden cubrir, entre otros

A continuación, se presenta un modelo de contrato de subrogación de vientre en el cual se cubren todos los elementos esenciales del contrato y además se demuestra como este modelo de contrato atípico presenta alternativas distintas en cuanto a los elementos accidentales de un contrato:

Ejemplo de Contrato para subrogación de vientre

CONVENIO DE SUBROGACIÓN DE VIENTRE

En Guayaquil a los 30 días del mes de enero del año 2021, comparecen por una parte la Señora Violeta Stephanie Valdez Murillo portadora de cedula de ciudadanía número 1345806485-9 de nacionalidad ecuatoriana, de estado civil viuda, con 37 años de edad, domiciliada en la ciudad de Salinas, Santa Elena, denominada para el presente instrumento jurídico como **madre de intención** y la Señora Lisbeth Jacqueline Jaramillo Ruales portadora de la cédula de identidad 132464853-4 con nacionalidad venezolana, de estado civil casada, de 29 años de edad, domiciliada en la ciudad de Guayaquil, sector los Ceibos, la cual se denominará para el presente instrumento **madre subrogante**. Comprometiéndose ambas partes, libre y voluntariamente al tenor de las siguientes clausulas:

PRIMERA: La madre subrogante declara ser capaz legalmente y encontrarse apta física y psicológicamente para gestar y concebir hijos, así también da por hecho que no creará ningún vínculo fraternal de madre e hijo con la o los niños que pudiera concebir producto de la maternidad subrogada, durante las 40 semanas de gestación y los 90 días posteriores al parto.

SEGUNDA: La madre de intención declara y adjunta a este instrumento jurídico, el certificado de infertilidad emitido por la autoridad sanitaria competente emitido el 15 de enero del año 2020 en donde se verifica que la parte en varias ocasiones intentó concebir con su difunto esposo sin tener resultado debido a una enfermedad conocida como el síndrome de Mayer Rokitansky, motivo por el cual la madre de intención junto a su difunto esposo habían recurrido a la clínica Fertility and Reproduction Center para extraer los gametos masculinos para elegir a la madre subrogada, quien libre y voluntariamente accedió al procedimiento antes del fallecimiento del esposo de la madre de intención, quien en la actualidad retoma el procedimiento, brindando sus óvulos para fecundarlos mediante fecundación in vitro, colocando dichos óvulos en el útero de la madre subrogada.

TERCERA: la madre subrogada acepta el procedimiento médico de fecundación in vitro que se llevará a cabo en la clínica Fertility and Reproduction Center, conociendo de antemano que el embrión que se le implantará no posee gametos biológicos propios de ella, por lo cual, se compromete a cooperar con su historial médico a la clínica mencionada y a proporcionar cualquier

dato adicional que esté relacionado con su salud y el bienestar del feto en desarrollo; declara y adjunta una carta en la que renuncia a la patria potestad, tenencia o cualquier otro derecho derivado de la maternidad y acepta libre y voluntariamente firmar cualquier acta o documento que sea necesario para la posterior filiación con la madre de intención a fin de entregar al menor en un plazo no mayor a los 90 días posteriores al parto por cuanto la integridad física y fisiológica del menor lo requiere y según las directrices del profesional de la salud que llevará el procedimiento.

CUARTA: La madre de intención acepta encargarse de todos los gastos derivados del embarazo que ninguna manera será entendida como una contraprestación económica a cambio de la prestación del vientre por parte de la madre subrogada, que declara ser altruista en todo este procedimiento; los gastos derivados del embarazo deberán extenderse hasta un monto máximo de 40.000 USD (cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica); la madre de intención llevará un seguimiento sobre todos aquellos gastos derivados del embarazo que incluye: citas médicas, hospitalización, medicina, laboratorios, exámenes médicos, terapias, vestimenta, alimentación durante el periodo de gestación (40 Semanas); y seguro médico y seguro de vida durante el periodo de gestación (40 semanas) y un periodo de 364 días posteriores al parto, terapias psicológicas durante el embarazo y hasta un año después de dar a luz; y posterior al parto, todos aquellos gastos legales que se requieran para la filiación.

QUINTA: La madre subrogante acepta, entiende y es consciente de asumir libre y voluntariamente todos los riesgos derivados de este procedimiento, incluso, el riesgo de muerte, podría darse según estudios médicos hasta un año posterior a la concepción, al embarazo y al parto, así también, está en capacidad de entender que no se limita a complicaciones subsecuentes; por tal efecto, la madre de intención deberá contratar las pólizas de seguro antes del inicio de cualquier procedimiento médico asegurándose de su cobertura efectiva siendo ésta la responsable de cualquier imprevisto por falta de las mismas.

SEXTA: la madre subrogante acepta y se compromete a asistir a 40 terapias psicológicas y a 3 evaluaciones psiquiátricas posteriores al parto, cuyo costo será asumido en su totalidad por la madre de intención; la madre subrogante deberá firmar un documento en el que libere a la madre de intención de cualquier responsabilidad médica a causa de este procedimiento.

SÉPTIMA: la madre de intención es la única persona con el derecho exclusivo de filiación en cuanto a él o los niños producto de este procedimiento médico.

OCTAVA: La madre subrogante acepta restituir los gastos derivados del embarazo en caso de un aborto accidental hasta un máximo de 8 semanas posteriores a la implantación del embrión en el útero de la misma.

NOVENA: La madre subrogante accede a realizarse exámenes médicos físicos y psicológicos previo al inicio de la implantación del embrión para demostrar su aptitud para este procedimiento pese a tener 2 hijos procedentes de su matrimonio.

DÉCIMA: el aborto no está contemplado en ningún caso a pesar de que exista algún riesgo como lo contempla la cláusula quinta del presente instrumento; en caso de que la madre subrogante se realice algún procedimiento abortivo recaerá en ella, el delito de aborto consentido y le deberá reparación a la madre de intención por daños y perjuicios.

DÉCIMA PRIMERA: la madre subrogante a la firma del presente instrumento jurídico acepta y se compromete a llevar una gestación tranquila siguiendo las instrucciones del profesional de la salud que lleve el proceso, además se compromete a mantener una alimentación sana, a la prohibición del consumo de alcohol, tabaco, drogas ilegales o al consumo de drogas legales sin autorización del especialista de la salud que lleve el proceso y producto de estas a poner en riesgo la salud del feto en desarrollo, así también se compromete a mantener informada a la madre de intención de toda anomalía durante el proceso, como de informar sobre cualquier cita médica de la cual la madre de intención no haya podido asistir.

DÉCIMA SEGUNDA: las partes señaladas en el presente instrumento jurídico declaran y dan fe de haber revisado el presente contrato con su abogado de confianza previo a la firma del mismo, reconociendo y aceptando libre y voluntariamente el efecto y la validez legal del mismo a la firma del contrato.

DÉCIMA TERCERA: el presente instrumento será firmado en tres ejemplares constituidos en una para cada una de las partes y el ultimo para proveer a la autoridad sanitaria competente.

DÉCIMA CUARTA: en caso de existir controversias derivadas del presente instrumento y de las obligaciones aquí contenidas, los comparecientes de forma expresa renuncian fuero y domicilio, y se someten a los jueces competentes de materia civil de la ciudad de Guayaquil, provincia de Guayas.

Violeta Stephanie Valdez Murillo
CC. 1345806485-9
Madre de intención

Lisbeth Jacqueline Jaramillo Ruales
CI. 132464853-4
Madre subrogante

Julio Enrique Novoa Obregón
Mat. 17-2019-8
Abogado patrocinador

Comentario y análisis personal

Al realizar la presente investigación en cuanto a gestación subrogada en el Ecuador se ha logrado entender que es una práctica que lleva dándose en territorio nacional por muchas décadas, tomando en consideración todos los problemas que esta acarrea por el hecho de no tener una regularización firme en cuanto a diversos temas que pueden ser sociales, económicos, tecnológicos, políticos entre otros. Todos estos factores han traído polémica al Ecuador e inclusive al mundo entero por considerar al ser humano como un objeto comercial y dejando a un lado la declaratorio de derechos humanos de Versalles. Esta idea se da por el hecho de que una mujer alquile el vientre para que otra pueda ser madre, en consideración propia existen dos puntos de vista importantes que se debe puntualizar el moral y el legal.

Por una parte, en cuanto a un punto de vista moral la gestación subrogada sin duda debe de llevar tener elementos cognitivos y voluptivos de altruismo, se debe tener esa voluntad de querer ayudar a otras personas que por alguna razón importante justifique la acción de prestar el vientre por parte de la madre subrogante además la misma debe tener la certeza y estar consciente con un amplio conocimiento sobre el tema y todo aquello que se encuentra inmerso en esta práctica. En mi particular consideración la religión juega un papel muy importante en esta temática ya que se involucra la mano del hombre y no la de un ser supremo para poder procrear por lo cual esta práctica se vuelve inmoral desde el punto de vista religioso y poco éticos aquellos profesionales que brindan sus servicios para la efectiva práctica de la gestación subrogada. Hoy en día existen muchas necesidades económicas por lo cual, esta práctica se sale de su idea principal de ayudar para ser parte de un comercio; si bien es cierto la madre gestante necesita cumplir con ciertos gastos esenciales derivados del embarazo los cuales deben ser obligatoriamente cubiertos por aquella mujer que tiene la intención de ser madre pero ir más allá y darle un contraprestación a cambio de su vientre hace de la gestación subrogada un comercio de personas.

Por otra parte, cuando se relaciona todo el tema moral con las disposiciones legales se puede ver un gran vacío que afectan a todos a diversos grupos sociales. Es importante entender que la falta de regulaciones en cuanto a esta práctica da paso a que la interpretación sea mucho más amplia y que la ciudadanía juegue con la normativa a su favor. Se sabe que todo aquello que la ley no prohíbe se presume

que se permite por tanto existen una variedad de temas a regular como por ejemplo la publicidad en cuanto a la gestación subrogada, tranquilamente se podrían reclutar mujeres con este propósito mediante anuncios no importa si está bien o mal según el juicio de valor de cada persona lo importante es saber si el Estado está preparado para enfrentar problemáticas ciudadanas de esta índole. Existen diversos comentarios en cuanto a la filiación en casos particulares en los que la ley lo permite, considerando que la autoridad sanitaria nacional ha llevado un caso es realmente legítimo un documento que avale el procedimiento al momento de la filiación ya que la ley orgánica de gestión de la identidad y datos civiles es clara y se da únicamente con la comparecencia de los progenitores y el certificado de nacido vivo emitido por un médico competente, además es necesario tomar en cuenta que el hospital o clínica debe remitir esta información a una plataforma hasta los tres días posteriores al nacimiento. En cuanto al control que nos indica el código orgánico de la salud que debe llevar la autoridad sanitaria nacional en casos particulares de subrogación de vientre esta entidad deberá realizar las gestiones necesarias para poder llevar a cabo la filiación dentro de los 90 días posteriores al nacimiento tal como lo indica la ley expresa. Estos casos entre muchos otros pueden traer muchos más problemas de índole legal y debe ser el Estado quien asuma la responsabilidad de hacer justicia y a su vez todos aquellos gastos derivados de estos temas.

Ahora bien, existen diversas posiciones en cuanto a la gestación subrogada pero uno de los temas que más genera controversia hoy en día es en cuanto a parejas homosexuales, si bien es cierto la ley prohíbe a la adopción en cuanto a un matrimonio homosexual pero la falta de regulaciones no prohíbe hacerlo mediante la subrogación de vientre, este debería ser un tema de interés especial para el Estado ya que de este grupo de personas se podrían derivar distintas problemáticas civiles que necesitan urgentemente una regulación en especial a las parejas homosexuales mujeres que son aquellas que entran en el grupo de las que pueden aplicar la subrogación o a su vez realizarlo mediante fecundación in vitro en el propio vientre de una de las dos.

Esta gran temática que se está desarrollando a nivel internacional generalmente se encuentra englobada en un mismo estrato social limitando a aquellas personas que no pueden tener hijos y tampoco poseen los recursos suficientes para sustentar este procedimiento, por lo tanto, se puede decir que es una norma que no piensa en el bien común de todos los ciudadanos sino en un grupo especial de personas con recursos suficientes para llevar a cabo estos procedimientos haciendo a un lado a todos aquellos de clase media, media baja, baja entre otras. A consideración personal el Estado debería reunir los distintos puntos que engloban esta conducta para unificar la ley y ampliarla en un sentido claro y preciso que determine las distintas conductas descritas en este ensayo que carecen de una regulación o a su vez que necesitan amplitud para de esta manera asegurar el bien común y el interés de todas las personas que buscan la maternidad y la paternidad en los casos que realmente amerite.

CONCLUSIONES

- No se conoce un instrumento internacional específico relacionado con la maternidad subrogada, lo que hace que cada país tome decisiones en esta materia, en algunas ocasiones contrarias a la dignidad humana y los derechos humanos, como es el caso de Ucrania.
- Al comparar las legislaciones que han aceptado la gestación subrogada dentro de su ordenamiento jurídico se ha llegado a la conclusión que es indispensable considerar la efectividad de la norma sobre la conducta social, ya que en países como Rusia, la norma está tan bien desarrollada que no da paso a la libre interpretación y cumple con los preceptos de que la norma sea clara, precisa y concisa, por otra parte, países como Ucrania que a pesar de tener regulaciones concretas, la norma es permisiva en distintos aspectos es por ello que Ucrania se ha visto envuelta en varios problemas y críticas por parte de distintos países europeos al tratar la vida humana como cualquier objeto comercial.
- Es una necesidad en Ecuador, ampliar el texto del Código Orgánico de la Salud en torno a la figura de la gestación subrogada, en materias tales como el derecho laboral, penal, comercio, constitucional, civil, pues se hacen evidentes los vacíos que existen en otras ramas del derecho, especialmente la civil, en esta materia.
- El análisis de la gestación subrogada en materia contractual genera mucha polémica en cuanto a la validez ya que por lo menos uno de los elementos esenciales del contrato especialmente el objeto lícito en este caso serían el conjunto de derechos y obligaciones que nacen del contrato por una parte la madre subrogada da la cesión de los derechos, y de las obligaciones de maternidad y paternidad para los padres de intención mientras que por parte de los padres de intención, la obtención de la filiación con el menor, con lo cual se cae en el primer debate según la ley Ecuatoriana la filiación le corresponde a la madre biológica o gestacional, es así que la persona que consta en el certificado del nacido vivo es la madre del menor por lo tanto, no cumplen con lo que determina la doctrina ni la ley así que daría paso a la nulidad del contrato por todo lo que determina la ley orgánica de gestión de la identidad y datos civiles.

RECOMENDACIONES

A la Asamblea Nacional

Que, con carácter de urgencia, se discuta y sancionen las normas relacionadas con la maternidad subrogada, contemplando todos los procedimientos que faciliten a los órganos judiciales la aplicación de la norma.

A los investigadores

Que sigan profundizando en el tema de la maternidad subrogada, en el ámbito legal, especialmente, en el área de los derechos humanos tanto de las mujeres embarazadas por subrogación como para los niños nacidos en estas condiciones.

A las Universidades

- Abrir un amplio y creativo debate sobre el tema de la maternidad subrogada y que de ello se escriban artículos científicos y libros.

- Que lleven a la Asamblea Nacional una propuesta de normas para ampliar el Código Orgánico de la Salud o, sancionar una ley específica para el tema, por las repercusiones que tiene en el ámbito familiar, civil, laboral, constitucional, penal, entre otros.

Bibliografía

- Álvarez, N. (29 de agosto de 2019). *Gestación subrogada en la India – ¿Qué dice la nueva ley?* Recuperado el 18 de enero de 2021, de Babygest: <https://babygest.com/es/india/>
- Álvarez, N., & Salvador, Z. (28 de agosto de 2019). *¿Cómo funciona la gestación subrogada en Ucrania? Requisitos y precio.* Recuperado el 17 de enero de 2021, de Babygest: <https://babygest.com/es/ucrania/>
- Álvarez, N., & Salvador, Z. (29 de agosto de 2019). *Gestación subrogada en Tailandia: ley, precios y debate.* Recuperado el 20 de enero de 2021, de Babygest: <https://babygest.com/es/tailandia/>
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador.* Quito: Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2016). *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos civiles.* Quito: Registro Oficial Suplemento No. 684 del 4 de febrero de 2016.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (12 de mayo de 2016). *Proyecto de Código Orgánico de Salud.* Recuperado el 14 de enero de 2021, de https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2016/11/RD_248332rivas_248332_355600.pdf
- Ecuador, Comisión Nacional de Bioética en Salud. (s.f.). *Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en el Ecuador.* Recuperado el 15 de enero de 2021, de <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>
- Ecuador, Congreso Nacional. (24 de junio de 2005). *Código Civil.* Recuperado el 22 de enero de 2021, de Registro Oficial Suplemento No. 46: http://www.gadmriobamba.gob.ec/phocadownload/lotaip2016/mayo/CODIGO_CIVIL.pdf
- Inatal. (s.f.). *Gestación.* Recuperado el 12 de enero de 2021, de Enciclopedia: <https://inatal.org/el-embarazo/enciclopedia/71-gestacion.html>
- Medlineplus. (s.f.). *Fecundación in Vitro.* Recuperado el 16 de enero de 2021, de <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm>
- Rodrigo, A., & Salvador, Z. (29 de agosto de 2019). *Gestación subrogada en Australia: ¿dónde es legal?* Recuperado el 17 de enero de 2021, de Babygest: <https://babygest.com/es/australia/>
- Rodrigo, A., & Salvador, Z. (28 de agosto de 2019). *Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación.* Recuperado el 16 de enero de 2021, de Babygest: <https://babygest.com/es/rusia/>
- Salgado, S., & Salvador, Z. (3 de septiembre de 2019). *La maternidad subrogada en Reino Unido: ¿qué dice la ley?* Recuperado el 18 de enero de 2021, de Babygest: <https://babygest.com/es/reino-unido/>

Salgado, S., & Salvador, Z. (29 de agosto de 2019). *Gestación subrogada en Grecia: legislación, registro del bebé y precio*. Recuperado el 17 de enero de 2021, de Babygest:
<https://babygest.com/es/grecia/>

Surrogacy 365. (s.f.). *Canadá*. Recuperado el 16 de enero de 2021, de
<https://www.surrogacy365.com/es/destinos/canada/>

Trolice, M., & Álvarez, N. (18 de septiembre de 2019). *Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos*. Recuperado el 16 de enero de 2021, de Babygest:
<https://babygest.com/es/estados-unidos/>