



UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad educativa al servicio del pueblo

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES,
PERIODISMO, INFORMACIÓN Y DERECHO.**

CARRERA DE DERECHO

**TÍTULO: LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE “VIENTRE DE ALQUILER”
DENTRO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA.**

**Trabajo de investigación previo a la
obtención del título de abogado de
los tribunales de justicia de la
República.**

AUTOR: JHON ARMANDO QUIZHPI JIMÉNEZ

NÚMERO DE CÉDULA: 1400678239

TUTOR: Ab. MARCELA PAZ SÁNCHEZ SARMIENTO., Mgs

AÑO: 2018

ÍNDICE

Índice.....	II
Título.....	IV
Resumen.....	1
Abstract.....	2
Introducción.....	3
Metodología.....	4
1.- La Familia	
1.1.- Antecedentes Históricos.....	5
2.- Los contratos en el derecho internacional privado y en la legislación ecuatoriana.....	8
2.1.-Requisitos comunes a todos los contratos.....	11
2.1.1. Capacidad.....	11
2.1.2. Consentimiento.....	12
2.1.3.- Objeto Lícito.....	16
2.1.4.- Causa Lícita.....	19
3.- La Maternidad Subrogada.....	20
3.1.- Origen.....	20
3.2.- Clases de maternidad subrogada.....	22
3.3.- Relación jurídica entre el contrato de vientre de alquiler y la normativa ecuatoriana.....	25

4.- Primer caso legal de la Maternidad Subrogada en Argentina.....	30
5.- Principio de autonomía de la voluntad.....	33
5.1.- Concepto.....	33
5.2.- El negocio jurídico.....	35
5.3.- Función de la autonomía de la voluntad.....	35
Conclusiones.....	37
Bibliografía.....	38
Anexos.....	41

TÍTULO

**LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE “VIENTRE DE ALQUILER”
DENTRO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA.**

**THE VALIDITY OF THE CONTRACT OF "RENT BELLY" WITHIN
MATERNITY SUBROGATED IN ECUADORIAN LEGISLATION.**

Resumen

El contrato de vientre de alquiler produce gran incertidumbre en el Ecuador, por cuanto no cuenta con una normativa que garantice o regule este tipo de contratos, por esta razón se realizó un estudio dogmático con la finalidad de verificar si es o no válida la celebración de un contrato de vientre de alquiler en el Ecuador. La información se obtuvo analizando antecedentes históricos de la maternidad subrogada, verificando cuáles fueron las causas por las que se reguló en otros países; comparando normas jurídicas de otras legislaciones con las ecuatorianas, también examinado casos relacionados con los contratos de vientre de alquiler. Estudios que dieron como resultado reconocer los requisitos esenciales que debería tener esta clase de contratos para su plena validez jurídica, más aún gracias a la investigación realizada se determinó en base al principio de autonomía de la voluntad tendría validez jurídica esta clase de contratos en el Ecuador.

Palabras Claves: Maternidad Subrogada, vientre de alquiler, contrato.

ABSTRACT

The rent belly contract produces great uncertainty in Ecuador, because it does not have a regulation that guarantees or regulates this type of contract, for this reason a dogmatic study was carried out in order to verify if it is valid or not a rent belly contract in Ecuador. The information was obtained analyzing historical antecedents of surrogate motherhood, verifying what were the causes for which it was regulated in other countries; comparing legal norms of other legislations with Ecuadorian ones; and, examined cases related to lease belly contracts. Studies that resulted in recognizing the essential requirements that this type of contract should have for its full legal validity, even more thanks to the research carried out, was determined based on the principle of autonomy of the will that this class of contracts in Ecuador would have validity. Legal

Key words: Surrogate motherhood, rent belly, contract.

Introducción

Esta investigación se centra en aclarar si goza o no de validez jurídica la maternidad subrogada en el Ecuador, comenzando por el estudio del contrato de vientre de alquiler, a más de esto se analizará normas jurídicas internacionales y nacionales tanto civiles como constitucionales con el propósito de verificar si dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano garantiza o no la celebración de un contrato de vientre de alquiler, para ello tomaremos en consideración el principio de autonomía de la voluntad que en palabras sencillas “se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses” (Fraga, 2012). Así también cuáles son los requisitos legales debidamente establecidos para la celebración de un contrato en general en la legislación ecuatoriana, es por eso que la segunda parte de la investigación trata sobre el análisis de la validez de la celebración de un contrato de vientre de alquiler en el Ecuador.

Si bien la maternidad subrogada ha sido producto de grandes estudios tanto en el campo médico como jurídico a nivel mundial, varios países como Argentina, Colombia, México, Estados Unidos han introducido normas jurídicas para regular su práctica, para que la misma no se preste para actos ilícitos como tráfico de niños, tráfico de órganos, entre otros actos que denigran a la sociedad.

Al hablar de maternidad subrogada se establecen dos clases, que se diferencian por la aportación de genes, entre estos tenemos; la maternidad subrogada tradicional, que se realiza mediante inseminación artificial, en la cual solo uno de los padres gestantes da ya sea su esperma u óvulo para la gestación; y la maternidad subrogada gestacional, este proceso se realiza mediante fecundación in-vitro, donde la pareja gestante da tanto el óvulo como el espermatozoide para la gestación.

Si bien muchas parejas en diferentes países optan por utilizar estas técnicas de fecundación cuando existen problemas de infertilidad, algunas parejas optan por alquilar un vientre de otra mujer llamada madre

gestante, que de manera gratuita u onerosa decide engendrar un niño o niña, por esta razón varios países antes nombrados, tuvieron la necesidad de normar la maternidad subrogada en cuanto al vientre de alquiler.

Al encajar dichas normas jurídicas dentro de sus respectivas legislaciones, ha producido que la práctica de la maternidad subrogada se realice con fines netamente benéficos para la familia y la sociedad, entre los beneficios está la ayuda para aquellas personas que no pueden tener hijos ya sea hombre o mujer y convirtiéndolos en padre o madre, otro beneficio sería que obtienen un hijo o hija biológico sin sufrir los cambios y molestias del embarazo, y lo más importante es que ayuda a formar su propia familia en caso de infertilidad. Por otro lado, en el Ecuador al no existir normas que regulen esta clase de contratos, deja una gran incertidumbre en cuanto a que si es o no jurídicamente válido la celebración de un contrato de vientre de alquiler dentro de nuestra legislación.

Metodología

Dentro de la etapa de fundamentación teórica, se utilizó el método teórico-analítico, por cuanto se observó las causas, la naturaleza y los efectos que produce la celebración de un contrato de vientre de alquiler, así como, también se analizó la normativa ecuatoriana para verificar si reconoce como válidos estas clases de contratos. Para ello, se utilizó técnicas bibliográficas que generaron como resultado las bases teóricas de la investigación.

En la etapa de diagnóstico situacional, se utilizó el método empírico, por cuanto se realizó la recolección de información sobre la maternidad subrogada en otros países, así también información sobre las causas por las cuales se reguló dicha institución. En esta etapa, no se utilizó el método matemático por cuanto solo se realizó un análisis de las normas jurídicas.

En la etapa de propuesta, mediante el método analítico se verificó y analizó las normas jurídicas ecuatorianas minuciosamente, con el propósito de comprobar si las normas jurídicas reconocen como válido la

celebración de un contrato de vientre de alquiler, y cuáles serían los medios legales para realizar un contrato de esta naturaleza.

1.- La familia.

1.1.- Antecedentes históricos.

La familia ha existido desde tiempos remotos y su estudio ha tenido un gran desarrollo a lo largo del tiempo, es así que “el estudio de la familia comienza en 1861, con el matriarcado de Bachofen, quien formula varias tesis entre ellas tenemos que, a) primitivamente los seres humanos vivían en promiscuidad sexual” (Engels, 2017, pág. 152).

Sin embargo, la familia ha pasado por diversas etapas siendo una de ellas en la cual los hijos eran reconocidos por la línea materna por cuanto los hombres tenían relaciones de monogamia y poligamia, con el paso de los años se fueron encontrando tribus cuya población era más o menos grande, en estas tribus no existía la concepción o denominación de familia, poco a poco la mujer comenzó a tener una relación monogámica, es decir se fue perdiendo la concepción de que la mujer pertenecía a todos los hombres.

Según, Engels (2017) manifiesta:

El paso del heterismo a la monogamia y del derecho materno al paterno se produce concretamente entre los griegos, ha consecuencia de los desarrollos de las concepciones religiosas y las concepciones de nuevas divinidades, que representan nuevas ideas, que van poniendo en segundo plano los dioses antiguos (...). (p.8)

Con la formación del imperio romano, se comienza a establecer una serie de derechos con relación a la familia, por cuanto en todas las familias existía un pater familias, que representaba a los demás, y tenía el derecho de dominio sobre ellos, además estaban bajo sus órdenes, a más de esto también eran parte de la familia romana aquellas personas que cumplían sus órdenes, estas también eran llamados esclavos o sirvientes.

Dentro del imperio romano, con relación a sus hijos se refería que el nasciturus se convertía en persona siempre y cuando demuestre señales de vida al ser separado completamente del vientre materno,

durante esta etapa la familia obtuvo una serie de derechos, que con la caída de este imperio y la aceptación de la religión católica se obtuvo novedosas concepciones entre estas tenemos: “La familia en su amplio sentido, forma parte esencial de la conciencia individual de pertenencia afectiva entre individuos, conformando un núcleo que materializa la razón de ser, ver y actuar de las personas en uso de su dignidad” (Ordeñana Sierra & Barahona Nejer, 2016, pág. 29). Esta institución se consolidó con la conformación de los modernos estados de derecho que implementaron leyes para la protección y creación legal de la familia.

En el Ecuador, al ser un Estado de derechos garantiza la celebración y constitución de la familia, es así que en el Art. 67 de la Constitución de la República (2008) manifiesta:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Al ser la familia el núcleo fundamental de una sociedad, trae consigo una serie de derechos y obligaciones en cuanto a sus hijos nacidos producto del matrimonio, adoptados o aquellos reconocidos voluntariamente, este último grupo es el que nos ocupa en la presente investigación, y para un mayor entendimiento el Código Civil (2005) en el artículo 247 expresa: “Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido”. Si bien en la primera parte del artículo precedente, menciona que podrán ser reconocidos por sus padres, implica que una pareja enténdase así entre un hombre y una mujer pueden reconocer a un niño o niña que no sea producto del matrimonio o unión de hecho, para ser más específicos la persona que va hacer reconocida no lleva los

genes biológicos de ninguno de los dos, o los genes del hombre y mujer subrogantes son implantados en el vientre de otra mujer, otra de las circunstancias entorno a este reconocimiento voluntario es que abre puertas para que se interprete de varias maneras, siendo una de ellas la maternidad subrogada.

Esta institución se denomina “un acto voluntario que se produce como consecuencia de la posibilidad de practicar una inseminación artificial o una fecundación in vitro, caracterizada por el empleo de otro vientre y no el de la que desea la reproducción (...)” (Lidia, 2015, pág. 360).

En el Ecuador, en la resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador “La familia, o mejor, las familias, porque la Constitución ecuatoriana las reconoce en sus diferentes tipos, ha sido definida de varias maneras desde las distintas ramas del saber” (Acción de Protección, 2014). Dentro de esta sentencia y con relación a la familia establece que sus miembros comparten un espacio social definido en términos de relaciones de parentesco, conyugalidad y pater-maternidad, en otras palabras es un grupo de personas compuestas por padres e hijos. Estas familias se han acoplado a los grandes cambios que ha generado la sociedad a lo largo de la historia.

A más de esto todos los retos a los que se exponen las familias se muestran como las mutaciones que se observan en el tejido social y afectan a las relaciones familiares en sus tres componentes, es decir: conyugal, paternal y filial.

Para la tratadista socióloga familista, Jelin (2014) en la misma resolución expone que la familia: “es una institución social anclada en necesidades humanas universales de base biológica: la sexualidad, la reproducción y la subsistencia cotidiana”.

En el campo jurídico-social es donde quizás más cambios se ha generado respecto a la familia, por cuanto la sociedad siempre está en constante evolución, la normativa debe ir evolucionando al mismo tiempo, por tal motivo en la legislación ecuatoriana, siendo más precisos en la

Constitución (2008) ya otorga gran protección legal a las familias, tal es el caso del artículo 69 numerales 6 y 7, mismos que expresan:

6.- Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.

7.- No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

Si bien la familia en el Ecuador se encuentra regulada desde la creación del Código Civil de 1860, con el transcurso de los años se ha venido generando una serie de derechos que tiene como finalidad la protección y amparo de la familia, y como consecuencia de esta protección que se da a la familia. Holguin (1968) en su obra expresa que: “Se consideraba al matrimonio como fuente de la familia legítima y objeto principal de la regulación del derecho de familia, que otorgaba a esta instancia carácter de sagrado” (p.258).

En la resolución Acción de Protección (2014) pronunciada por la Corte Nacional de Justicia se manifiesta que:

La legitimidad era la calidad legal originaria, propia de aquel que era concebido dentro de matrimonio; en tanto, la legitimación, era la calidad superviniente, adquirida por el matrimonio después de la concepción del hijo. En los dos casos, el matrimonio era el requisito. De otro lado, solo el marido, tenía la acción para impugnar la legitimidad, del hijo concebido durante matrimonio (artículo 206C.C.). Es decir, sobre la base del matrimonio se construía la presunción de la paternidad así como la legitimidad de los hijos. La legitimación, obligaba a los padres que concibieron a sus hijos sin el vínculo jurídico, lo contraigan para legitimarlos, y permitirles el uso y goce de los mismos derechos que los legítimos.

2.- Los contratos en el derecho internacional privado y en la legislación ecuatoriana.

Los contratos en el derecho internacional privado dependen de la normativa de cada país, pero existen personas de distintas nacionalidades que celebran distintas clases de contratos, por dar un ejemplo; un contrato celebrado por una persona ecuatoriana y otra

chilena, por tal conflicto de intereses a la hora de garantizar el cumplimiento de la obligación, es decir una parte quiere que se garantice con las normas de su país y la otra parte con sus normas, esto fue uno de los motivos que se creó el Código Sánchez de Bustamante, el mismo regula las relaciones jurídicas internacionales entre los particulares. En el artículo 166 del Código Sánchez de Bustamante (1928) se regulan los contratos manifestando que: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos (...)”. Si analizamos detenidamente en la primera parte del artículo expuesto, establece que las obligaciones en un contrato son ley para las partes, por ende, deben ser cumplidas a cabalidad.

En el Ecuador, los contratos se encuentra regulado por el Código Civil (2005) y para ello en el artículo 1454 expresa que: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (...)”. Es así, que en las normas ecuatorianas se distinguen varias clases de contratos como son: unilateral, bilateral, gratuito, oneroso, principal, accesorio, real, consensual, naturales y accidentales, mismos que se encuentran en los artículos 1455, 1457, 1458, 1459 del código civil vigente.

Si bien todos las clases de contratos antes mencionados tienen plena validez jurídica en el Ecuador, nos centraremos en aquellos contratos que involucran a las dos partes en contraer alguna obligación, entre estos tenemos el bilateral, principal y oneroso. “Sin embargo es preciso decir que el contrato como institución, se han convertido en el medio idóneo para el intercambio y realización de la economía” (Pérez, 2008, pág. 125).

Los contratos expresados en el párrafo anterior generan obligaciones para las dos partes, tienen mucha similitud en cuanto a su estructura y consecuencias jurídicas, por lo tanto, los contratos a utilizarse son los bilaterales, ya que las partes contratantes se obligan recíprocamente. Así lo dispone el artículo 1455, del Código Civil (2005) que expresa: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga

para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

De lo expuesto, en este punto es necesario hacer la siguiente pregunta ¿Cuáles son los requisitos para la celebración de un contrato?, pues bien, esta controversia ha sido causas de muchos debates, entre estos tenemos, según Pérez (2008) afirma:

Numerosos son los cuerpos legales que consideran la causa como elemento esencial del contrato. Pero la idea de elemento esencial nos conduce a un cuestionamiento: elemento esencial ¿para qué o para quién? La respuesta es una sola: elemento esencial para el derecho escrito y la jurisprudencia, quien lo valora y aplica, en tanto busca estimular y educar, bajo ciertos cánones, una conducta que responde a condicionantes socio- históricas. (p.126)

Por lo tanto, para la celebración de un contrato es indispensable tener en consideración uno de los elemento esenciales del mismo, en este caso la causa como tal, en otras palabras es de suma importancia en cualquier clase de contratos este elemento, para un mayor entendimiento la causa licita es la razón o el por qué se celebra dicho contrato, ya que busca la satisfacción de las partes contratantes. Así mismo el derecho privado busca una satisfacción mutua cuando personas de distintas nacionalidades se obligan una de la otra por medio de un contrato, por ejemplo en un contrato privado internacional de vientre de alquiler la pareja subrogante es ecuatoriana y la mujer gestante es mexicana, en el caso expuesto podría existir un conflicto de intereses ya que en el Ecuador no existe normas que regulen estos contratos que por otro lado en algunos Estados de México si lo hacen, entonces se debería tomar en consideración todas las normas jurídicas, requisitos esenciales que la ley determine en cada estado, así mismo verificando los beneficios para las dos partes y más aún verificar la validez jurídica del mismo para futuros litigios en caso de incumplimiento.

Otro punto a considerar, sería si en los dos países no existe ninguna norma que regule su celebración, pues en ese caso se deberá verificar si existe o no alguna prohibición legal en cuanto a la maternidad

subrogada, pues si existe sería imposible dicha celebración. Ahora bien, si en los dos países no se regula ni prohíbe, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad y sabiendo que en el derecho privado todo lo que no está expresamente prohibido, está legalmente permitido, tal es el caso de Ecuador ya que no existe norma jurídica alguna que regule o prohíba la celebración de un contrato de vientre de alquiler. Más aún en su Código Civil (2005) expresa claramente en el artículo 8 que: “Toda acción que no esté prohibida está legalmente permitido”. Por lo tanto si la celebración de esta clase de contratos no está prohibida pues se entiende permitida.

2.1.-Requisitos comunes a todos los contratos.

2.1.1.- Capacidad.

Nos centraremos en establecer los requisitos legales para que un contrato tenga plena validez conforme a la legislación ecuatoriana. En su artículo 1461 del Código Civil (2005) expresa que son: “La capacidad, consentimiento, objeto lícito, y causa lícita”. En cuanto al primer elemento partiremos de la regla general, es decir que “Todas las personas son capaces, salvo aquellas que la ley los declare incapaces” (Código Civil 2005). De esta regla cabe hacerse la siguiente pregunta ¿a quienes la ley puede declarar incapaces?, pues bien, es una respuesta encontramos en el artículo 1463 del Código Civil (2005) afirma:

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

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.

En el inciso tercero del artículo precedente, se refiere a las personas declaradas interdictas por sentencia judicial como, toxicómanos, ebrios consuetudinarios y disipadores. Es decir, para que se pueda celebrar un contrato y este sea legal, la partes intervinientes en el mismo, deben tener la capacidad legal para celebrarlo, esto es ser mayor de 18 años, no estar declarado judicialmente interdicto, no ser demente, impúber y sordo mudo que no pueda darse a entender por escrito, con estos antecedentes queda entendido que para celebrar un contrato de cualquier naturaleza en este caso un contrato de vientre de alquiler, sin embargo la ley establece unos requisitos esenciales comunes a todos los contratos que son los siguientes; tener la capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita, mismos que se estudiarán a continuación, pero antes de eso hay que tener claro que cuando dos personas se obligan una de la otra, ejemplificando en un contrato de vientre de alquiler las dos partes tiene la obligación de cumplir las cláusulas establecidas en dicho contrato, claro está que dependería si el contrato es gratuito u oneroso, es decir, si es oneroso y se ha estipulado que durante el tiempo de embarazo la pareja subrogante se encargará de todos los gastos de cuidado y atención médica, está en la obligación de realizar dichos cuidados, por el otro lado la mujer gestante está obligada en entregar al recién nacido a la pareja subrogante una vez terminado el periodo de gestación. Si se toma en consideración al contrato gratuito y en sus cláusulas no especifica pagos ni gastos, pues no quiere decir que la pareja subrogante no ayude en el gasto del cuidado y chequeos médicos, pues es esta pareja quien se beneficiara para formar su familia.

2.1.2.- Consentimiento.

En relación al segundo elemento que es el consentimiento, Villegas (1986) expresa que:

Es un acuerdo de voluntades que tiene por objeto la transferencia de un bien a cambio de un precio. El contenido de voluntad ha de ser siempre transmitir por una parte el dominio de una cosa o de un derecho y, por la otra, pagar un precio cierto y en dinero. (p.70)



Del mismo modo en el artículo 1467 del Código Civil (2005) se manifiesta sobre los vicios del consentimiento, y claramente expresa que son: “El error, la fuerza, y el dolo”. En cuanto al primero en los artículos 1468, 1469, 1470 y 1471 del Código Civil (2005), nos enuncia que:

Art. 1468.- El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Art. 1469.- El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

Art. 1470.- El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

Art. 1471.- El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

Según Villarreal (2012) es su artículo científico expresa:

El error en la celebración del contrato que justifique su anulabilidad debe ser relevante, es decir, de tal forma determinante que sin él el contratante no habría consentido, lo cual encuentra apoyo en la ley; en segundo lugar, "ha de ser compartido, conocido o conocible por la otra parte e inculpable"; y en tercer lugar, exige la tutela de la confianza del contratante, pues en materia de vinculación del sujeto a sus manifestaciones o actuaciones volitivas sostiene que el derecho, apelando a la autorresponsabilidad y confianza legítima, así como a los postulados de seguridad, certeza e interés general, no tutela automáticamente a quien pretende sustraerse al propio efecto de su comportamiento alegando un vicio del consentimiento, dado que no otorga tutela de plano a quien obro sin conocimiento o sin conciencia o libertad suficientes, sino conforme a patrones de razonabilidad y equidad que imponen temperamento al automatismo de la ineficacia. (p.200)

En cuanto a la fuerza, que es otro de los elementos que vicia el consentimiento, en términos generales. “Es la acción física o mecánica que obliga a realizar un acto para un determinado beneficio para una de las partes en contra de la voluntad de la otra” (Villarreal, 2012, pág. 210). Para un mayor entendimiento, se expondrá todo lo referente a este tema, en vista de que la fuerza no solo se refiere a un daño o lesión que obligue a obtener el consentimiento, más bien se debe tomar en consideración la existencia de fuerza moral, esta clase de fuerza puede persuadir a una persona en la toma de decisiones, o en este caso a obtener el consentimiento para realizar un acto, de tal manera que es necesario puntuar lo que establece el Código Civil (2005), y lo encontramos tipificado en el artículo 1472 y 1473:

Art. 1472.- La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Art. 1473.- Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona, con el fin de obtener el consentimiento.

La fuerza como uno de los vicios del consentimiento, produce nulidad en los contratos siempre y cuando obligue de cualquier manera a contraer una obligación ya sea de dar, hacer o no hacer una cosa, este vicio puede reflejarse en las amenazas graves o coerción que influyan en la toma de decisiones de una persona, pero cabe recalcar que las consecuencias de dichas amenazas deben producir un temor reverencial que produzca exageración colosal del respeto hacia la otra persona.

Otro de los vicios y no menos importante es el dolo, que en sentido estricto es “Ejecutar un acto a sabiendas y con intención de dañar a una persona o a sus derechos” (Llambías, 2005).

Se debe tomar en consideración, que el dolo en materia civil se clasifica en: dolo delictual, dolo directo y dolo eventual. La primera clase de dolo según Lambias (2005) expresa que: “Es la intención maligna del agente de producir el daño causado y constituye una verdadera clave para identificar el delito civil”. Por otro lado, el dolo directo según Llambías (2005) afirma: “El sujeto actúa para provocar el daño, y son atribuibles a esa forma de dolo todos los daños que aparezcan necesariamente en su previsión al realizarlo” (p.21). Y por último, tenemos al dolo eventual que según el mismo tratadista lo define. “No se actúa para dañar, sino que el sujeto obra aunque se represente la posibilidad de un resultado dañoso que no descarta” (Llambías, 2005, pág. 21).

De lo expuesto se determina que el dolo el general se divide en dos partes, la primera que es la intención maligna, es decir que una persona quiere dañar física o moralmente a otra y tiene pleno conocimiento del resultado que se obtendrá, la segunda parte es producir un daño, en otras palabras la persona ha obrado con la intención de causar un daño, en este caso daños contra los derechos de otra persona.

Entonces al tener claro lo que es el dolo, se lo ubicara en el Código Civil (2005), en el artículo 1474 y 1475:

Art. 1474.- El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.

Art. 1475.- El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.

Una vez ya teniendo claro y estructurado los vicios del consentimiento, en este punto cabe mencionar que el consentimiento libre de vicios dentro de la celebración de un contrato, es un requisito fundamental, por cuanto si se detecta alguno de los ya vicios nombrar, puede traer consigo nulidad del contrato, en este punto cabe diferenciar la nulidad absoluta y la relativa, la primera en el artículo 1698 del Código Civil (2005) inciso primero y segundo establece con claridad que:

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

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Claramente, en el artículo precedente se determina que, solo en los casos de objeto y causa lícita o por falta de requisitos como capacidad, consentimiento, formalidad de los actos y contratos se produce una nulidad absoluta, así también es nulo todo contrato celebrado por una persona absolutamente incapaz.

Por otro lado, la incapacidad relativa es producida por cualquier otra clase de vicios, así lo establece el artículo 1698 último inciso del Código Civil (2005) afirma: "Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

Es por eso que, se debe tomar en consideración los artículos precedentes en cuanto a los vicios, además verificar todos los requisitos necesarios para contraer una obligación dentro de cualquier contrato, más aún en un contrato de vientre de alquiler por cuanto su naturaleza y complejidad, es decir que al momento de la celebración se debe tener claro cuáles son las obligaciones de cada una de las partes, y más aún tener en cuenta que no existan vicios del consentimiento ya que generan nulidad absoluta a cualquier contrato.

2.1.3.- Objeto Lícito

Dentro de los requisitos esenciales comunes a todos los contratos, está el objeto lícito. “Es una cosa que todo socio debe dar, sea aportación de dinero o especie, el hecho que el socio debe hacer, en las aportaciones de trabajo” (Alfaro, 2007).

Del mismo modo según, Velado (2001) expresa que:

El objeto de todo contrato es crear obligaciones a cargo de las partes. Son las obligaciones que todo socio contrae, por el pacto social, son las de verificar el aporte a que se ha comprometido, contribuir al manejo de los asuntos sociales en los términos del pacto celebrado y aceptar los efectos normativos del mismo. (p.175)

Cabe mencionar que en las leyes ecuatorianas se encuentran varios artículos referentes al tercer requisito indispensable para la celebración de un contrato, es así que en el artículo 1476 del Código Civil (2005) expresa que: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trate de dar, hacer, o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.

Así mismo, en este punto es indispensable aclarar que no solo las cosas que existen puede ser objeto de un contrato, en otras palabras no es indispensable que existan físicamente al momento de la celebración del contrato, por cuanto si se celebra un contrato de algo que no existe físicamente, pero se espera que exista en un futuro, este objeto tiene que ser física y moralmente posible, por ejemplo un contrato de promesa de compra venta, en el cual una de las partes se obliga para con la otra en vender una casa que todavía no se construye pero que va a estar lista en seis meses, en este punto esta casa es física y moralmente posible, por lo tanto el contrato de promesa es válido aunque la casa todavía no existe. Ahora si el ejemplo antes dado lo relacionamos con el contrato de vientre de alquiler tiene una gran similitud en vista de que las partes es decir, la pareja subrogante y la mujer gestante pactan o se obligan de algo que todavía no existe pero se espera que exista, en este caso sería el niño o niña que se gestará y desarrollara en el vientre de la mujer gestante, esto hace relación claramente en el artículo 1477 del Código Civil (2005) enuncia que:



No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

En el mismo cuerpo legal, es decir en el Código Civil (2005) en el artículo 1480 se establece los objetos ilícitos que se debe tomar en consideración a la hora de celebrar un contrato y son los siguientes:

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

En el artículo que antecede se establecen los objetos que se consideran ilícitos y que no pueden ser objeto de un contrato, claramente manifiesta que son ilícitas las cosas que no están dentro del comercio, derechos privilegiados y cosas embargadas, es así que no especifica si un vientre puede ser objeto de un contrato, pues el objetivo en este caso es el vientre de una mujer, mismo que utilizará para gestar a un niño o niña según el caso, por tal motivo se deberá tomar como punto de partida en este caso el principio de autonomía de la voluntad ya que por medio de este principio se puede realizar cualquier clase de contratos siempre y cuando reúna todos los requisitos esenciales y se obtenga un beneficio personal, este principio se analizara posteriormente con la finalidad de aclarar esta inquietud.

Ahora bien, ¿el vientre de una mujer es un objeto que este dentro del comercio?, interrogante que se desarrollará a continuación, si se analiza a profundidad y como ya se ha estudiado el objeto del contrato tiene que ser real, es decir que exista, posible, ya sea física o

moralmente, lícito y determinado es decir algo específico. En el contrato de vientre de alquiler el objeto en sí es la gestación y cuidado del feto, mas no el vientre de la mujer gestante por cuanto el vientre no puede ser comercializado. Ley Orgánica de Donación Y trasplante de Órganos (2011) en su artículo 73 último inciso determina:

Art. 73 sanciones por comercialización; La donación de órganos solamente podrá realizarse a título gratuito. Se prohíbe, en consecuencia, y será nulo y no tendrá valor jurídico alguno, al acto o contrato que, a título oneroso o a cualquier otro tipo de compensación, contenga la promesa de entrega de uno o más órganos para efectuar un trasplante

Por lo tanto, la gestación y cuidado del feto no se considera un objeto ilícito, es así que no existen normas que regulen o prohíban la maternidad subrogada en la legislación ecuatoriana.

2.1.4.- Causa Lícita.

En cuanto a la causa lícita “La finalidad que persiguen las partes, es decir, el fin común de carácter económico, que se traduce en una participación en los beneficios y pérdidas” (Garriguez, 1987, pág. 327).

En el Código Civil (2005) ecuatoriano en su artículo 1483 establece lo siguiente:

No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

De lo manifestado, cabe recalcar que un contrato es un acuerdo de voluntades que se manifiesta en común entre dos o más personas (físicas o jurídicas). Sus cláusulas regulan las relaciones entre los firmantes en una determinada materia.

Es decir, que el ordenamiento jurídico ecuatoriano dispone que la necesidad de la causa para la existencia de una obligación. Muchos autores y la doctrina distingue tres clases de causas: eficiente, ocasional y final.

“La causa eficiente o formal es el elemento generador de la obligación, es decir, la fuerza productora del efecto, y en este sentido se habla de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley como causa de obligaciones” (Alfaro, 2007).

Para Alfaro (2007) Dispone que:

La causa ocasional llamada también impulsiva, y la causa final entran ambas en lo que se llama las “fuerzas impulsivas”, que son los móviles, los motivos de nuestros (Ecuador) actos, pero es preciso no confundirlas. La causa final de un contrato es el fin invariable e inmediato de este acto, la ocasional es un elemento diferente según el caso y que actúa solamente por ocasión. (p.10)

“Se dice que un contrato no tiene causa cuando las manifestaciones de voluntad no son las correspondientes con la función social que debe cumplir; tampoco cuando se simula una causa” (Llambías, 2005).

En otras palabras, se entiende por causa del contrato las razones por las cuales se celebra, es decir las razones del mismo, por ejemplo; las causas de un contrato de compra venta son las necesidades de adquisición de una cosa por cada una de las partes. La causa en este sentido se vuelve indispensable a la hora de realizar un contrato, si bien es un requisito esencial, hay que tomar en consideración que existen razones o causas que llevan a la nulidad absoluta del contrato, es así que todo contrato debe tener una causa lícita como por ejemplo, verificar cuales son las razones por las que se realiza un contrato de vientre de alquiler, entre algunas pueden ser la necesidad de formar una familia, esa causa es totalmente lícita por que no perjudica o daña a la sociedad.

3.- La Maternidad Subrogada.

3.1.- Origen.

Según Lidia (2015) en su artículo científico expone lo siguiente:



El origen de la maternidad subrogada es un tema controversial, pues se sostiene que esta data desde la Antigüedad. El Código del rey Hammurabi creado en Mesopotamia en 1780 a. C.— disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación (Ley 146), perdiendo así el marido todo derecho a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, esta podía venderla (Ley 147). Cuando la esclava proporcionada por la mujer daba hijos al señor, no podía este último tomar concubina (Ley 144). Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, el marido podía tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal (Ley 145). En 1953 en Estados Unidos, se presentan los primeros embarazos con semen congelado. Durante 1969 se practicó una fertilización in vitro de gametos humanos en Reino Unido y en 1975, a través de un anuncio publicado en un periódico de California, una pareja infecunda solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente. Esta publicación y las que siguieron favorecieron la creación de las sociedades de préstamos de úteros, siendo las pioneras la Surrogate Family Service Inc, que concretó en 1976 el primer acuerdo de maternidad subrogada a través de una inseminación artificial, financiada por el abogado Noel Keane, así como la Surrogate Parenting Associates que desde su fundación en 1979 por Richard Levine, en Luisville (Kentucky) tenía como misión la celebración de contratos de subrogación. (p.357)

Es preciso abordar, la maternidad subrogada o también llamada gestación por sustitución, por cuanto la evolución de la ciencia y tecnología en todo el mundo ha venido creciendo a pasos agigantados, y referente a este tema ha traído grandes cuestionamientos con referencia a la identidad biológica relacionada con la gestación.

Si bien la maternidad subrogada ha generado soluciones en cuanto al problema de infertilidad en una pareja, con el paso de los años se ha convertido en un asunto de gran controversia en diversos países alrededor del mundo, si bien esta solución ha ayudado a muchas parejas, hay que tomar en consideración que en aquellos países que no se regula

la maternidad subrogada podría prestarse para realizar actos ilegales, por tal motivo según Albornoz (2017) afirma:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos profundiza en la necesidad de legislar la materia sin prohibirla. Considera el "útero subrogado" como una de las técnicas de reproducción asistida, es decir, como uno de los "tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo" y reconoce que el derecho de acceder a tales técnicas guarda relación con el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva. (p.6)

En este punto, hay que tomar en consideración a las nodrizas, por cuanto en el paso de los años ha venido aportando grandes cambios dentro de la familia. Chinchilla (2016) señala que: "En el siglo XVIII desempeñaron la práctica de la lactancia asalariada en el seno de familias urbanas pertenecientes a la clase obrera". En la actualidad, las nodrizas siguen teniendo el mismo propósito que es lactar a los hijos de otras personas, no obstante hay que tomar en consideración en el caso de un contrato de vientre de alquiler ya que en el contrato se debería estipular esta situación, por cuanto el niño por ley en el artículo 24 del Código de la Niñez y adolescencia (2003) mismo que establece que:

Los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna para asegurarle el vínculo afectivo con su madre, adecuada nutrición, crecimiento y desarrollo.

Es obligación de los establecimientos de salud públicos y privados desarrollar programas de estimulación de la lactancia materna.

Es así que el niño o niña debe de alimentarse de leche materna, por tal motivo. "Juegan un papel importante los médicos a la hora de poner en contacto al cliente con la potencial trabajadora o también llamada nodriza" (Sarausa, 1998).

En el caso de un contrato de alquiler de vientre, a la madre gestante se le podría considerar como nodriza, por cuanto es ella quien se encargara de alimentar al niño o niña hasta una edad adecuada, esto siempre y cuando se encuentre estipulado en el contrato.

3.2.- Clases de maternidad subrogada.

Para Martínez-Martínez (2015) Señala que:

Para el estudio de esta institución se la clasifica en dos clases de maternidad subrogada, la primera es la maternidad subrogada tradicional, que se trata cuando la madre gestacional, aporta con el óvulo, pero el espermatozoide da el padre subrogante. Este proceso, se lo realiza mediante inseminación artificial; y la maternidad subrogada gestacional que tanto el óvulo como el espermatozoide son aportados por los padres subrogantes y la madre gestacional no tiene ninguna relación genética con el bebé, este proceso se realiza mediante fecundación in-vitro. (p.361)

Es preciso conceptualizar a la maternidad subrogada y “Consiste en el consentimiento de una mujer en poner a disposición temporal una parte no separable de su cuerpo, para su utilización por otros, los cuales harán suyo, al término del proceso de gestación, el fruto de dicho proceso” (Ordeñana Sierra & Barahona Nejer, 2016, pág. 53).

Según Urquiza (2014) la maternidad subrogada es:

Es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y, por último, la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico, a cambio de esa ayuda. (p.237)

Al generarse una gran problemática dentro de la sociedad moderna, cabe manifestar que varios países han legislado normas específicas para regular la maternidad subrogada, tal es el caso de Estados Unidos, México, Colombia, Brasil, Bolivia, pero existen otros países como Ecuador que no cuenta con esta regulación, si bien las leyes ecuatorianas reconocen varios tipos de contratos que se rigen por una

norma general para su aplicación. Esto lo encontramos en el artículo 1561 del Código Civil (2005) vigente que establece: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado si no por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Pues, partiendo de este artículo y de manera general las partes intervinientes en un contrato tienen que cumplirlo a cabalidad tal cual se encuentran establecido en sus cláusulas, ahora bien ¿qué pasa si en un contrato no se ha cumplido la obligación acorde a las cláusulas?, la respuesta es simple se puede demandar el incumplimiento del contrato, por otro lado, si el objeto del contrato no se refiere a la renuncia de todos los derechos de la mujer gestante como madre sobre la persona que está por nacer, sino más bien el objeto del contrato es la obligación de gestar un feto y entregarlo cuando nazca el niño o niña es así que en el artículo 11 de Código Civil especifica cuáles son los derechos que se pueden renunciar, en lo cual en el contrato de vientre de alquiler no se está hablando de la renuncia de ningún derecho sino más bien del cumplimiento de una obligación estipulado en un contrato legalmente celebrado.

Pues, si se quiere de alguna manera regular la maternidad subrogada en el Ecuador, se debería tomar en consideración normas jurídicas de legislaciones que regulan esta clase de contratos, a más de esto los beneficios que claro, son muchos para aquellas parejas que no pueden tener hijos, pues de algún modo también ayuda a aquellas mujeres que no quieren dañar sus cuerpos, ayuda a formar una familia con sus propios genes biológicos, es decir les beneficia dándoles la posibilidad de tener una familia consanguínea, y muchos beneficios más, por otro lado también tener en consideración los aspectos negativos de la maternidad subrogada, entre estos tenemos el tráfico ilícito de niños, tráfico de órganos, explotación infantil, entre otros, males que generan una problemática en la sociedad. Por lo expuesto, nuestros legisladores deberían guiarse de normas de aquellos países que regulan esta materia, o de ser el caso recoger normas jurídicas de varios países para así tener una normativa rígida para regular la maternidad subrogada en el Ecuador.

Si bien estas dos clases de maternidad subrogada son utilizadas en pro de formación de una familia, también son aquellas que dependerán de las circunstancias y decisiones que tomen los padres subrogantes a la hora de realizarlos, tal es el caso de que unos de los padres en este caso la mujer no pueda tener hijos pues se utilizara la tradicional, por cuanto la madre gestante es la que pone los óvulos. Por otro lado, si ambos padres deciden poner sus genes se utilizará la gestacional. Cabe recalcar lo manifestado en el párrafo anterior que para una estricta regulación de la maternidad subrogada sea cual sea, se debería recopilar normas de varios países para que en el Ecuador esta práctica solo sirva en beneficio de la sociedad.

Como ya se ha estudiado existen dos clases de maternidad subrogada, mismas que ayudan a las personas infértiles de una u otra manera, dependiendo de la elección que realicen, y tomando en consideración la normativa ecuatoriana se deberían normar las dos clases, es decir la maternidad subrogada tradicional y la gestacional, porque si solo se normara una de ellas por ejemplo la tradicional solo beneficiará a aquellas parejas en las cuales solo uno de ellos ya sea el hombre o la mujer sea infértil, pero que pasaría con aquellas parejas que son infértiles tanto el hombre como la mujer, por tal motivo en el Ecuador se debería normar las dos clases de maternidad subrogada, por cuanto las leyes ecuatorianas garantizan el derecho a tener una familia, así lo manifiesta el artículo 67 de la Constitución, entonces si solo se regula por ejemplo la tradicional se estaría vulnerando este derecho a otras personas que necesitan de la maternidad subrogada gestacional, es por tal motivo la necesidad de normar las dos clases.

3.3.- Relación jurídica entre el contrato de vientre de alquiler y la normativa ecuatoriana.

A sabiendas que existen requisitos esenciales para la celebración de un contrato en el Ecuador, es preciso adaptarlos al contrato de vientre de alquiler, es así que el primer requisito es la capacidad, que si se recapitula la capacidad. En el Código Civil (2005) manifiesta que: “toda

persona es legalmente capaz, salvo las personas que la ley los declara incapaces”. En este caso, la madre subrogante, siendo mayor de dieciocho años y que no tenga ninguna prohibición legal para celebrar contratos, es legalmente capaz ante la ley de celebrar un contrato de vientre de alquiler.

En cuanto al consentimiento, que ya lo estudiamos anteriormente, y adecuándolo al contrato de vientre de alquiler, al momento de la celebración de este contrato no debe existir los vicios de error, fuerza y dolo, a su vez, la madre subrogante una vez que firme el contrato estaría aceptando expresamente la renuncia de todos los derecho sobre el que está por nacer, esto siempre y cuando se encuentre estipulado en el contrato y que dicho contrato reúna los requisitos esenciales para la plena validez del mismo.

Como se sabe todo contrato debe celebrarse reuniendo todos los requisitos esenciales para su plena validez, es decir respetando lo tipificado en las leyes, pues si en algún punto del contrato existe algún vicio del consentimiento o si un contrato ha sido celebrado por una persona incapaz el contrato será nulo, eso lo tenemos claro, ahora bien qué pasaría si existe otro vicio que produzca nulidad relativa, en este caso se podría rescindir del contrato, por ejemplo si en un contrato se pacta la compra venta de un motor y este motor ha estado dañado, pues estaríamos frente a un vicio redhibitorio o vicio oculto, en este caso se podría rescindir del contrato, ahora en el caso de un contrato de vientre de alquiler no podría existir un vicio oculto ya que el artículo 1798 del Código Civil (2005) dice:

Son vicios redhibitorios u ocultos los siguientes:

1. haber existido al tiempo de la celebración del contrato.
2. Ser tales que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que, conociéndolos el comprador, no la hubiere comprado, o la hubiera comprado a mucho menos precio; y,
3. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o

tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio

Una vez estudiado las causas para alegar un vicio redhibitorio, se puede determinar que al celebrar un contrato de vientre de alquiler no es posible alegar un vicio oculto, ya que al celebrar esta clase de contratos el objeto mismo del contrato no existe aún, esto por un lado, y analizando el segundo punto del artículo precedente establece que la cosa pactada no sirva para su uso natural, esto es imposible que suceda en el contrato de vientre de alquiler por cuanto al realizar la gestación se está dando cumplimiento al contrato, pero que pasaría si se realiza el contrato y la mujer gestante no queda embarazada, a simple vista se estaría generando un problema, que a mi parecer se podría evitar realizando todos los exámenes previos a la gestación, entre estos están el estado de salud de la mujer gestante, el estado de ánimo, exámenes psicológicos, verificar que no padezca de enfermedades hereditarias y otras circunstancias como verificar el porqué de gestar a un hijo que no es suyo, cual es el objetivo que persigue con la celebración de ese contrato, del mismo modo los exámenes respectivos a la pareja subrogante para tener claro todos los parámetros positivos y negativos de la gestación.

En lo referente al objeto lícito de los contratos, existe una gran incertidumbre al acoplarlo al contrato de vientre de alquiler, si bien una persona es libre de disponer de su cuerpo, es preciso aclarar, que el vientre es una parte del cuerpo, por ende la mujer puede disponer libremente del mismo, ahora bien se debe hacer la siguiente pregunta ¿se podría establecer que el nasciturus sea considerado como objeto del contrato sabiendo que no se constituye cosa?, al no existir una normativa que regule esta la problemática se toma en consideración artículos que puedan garantizar la validez del mismo. Entre estos artículos esta el 66 numeral 10 de la Constitución (2008) que expresa: "(...) El Ecuador garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener (...)". Este artículo, deja abierto un

abánico de interpretaciones en cuanto a la decisión de tener hijos, así también en los convenios internacionales. Entre estos la Convención de los Derechos del Niño (1989) que en su artículo 3, expresa:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

En otras palabras, los estados contratantes garantizarán el cuidado y protección de los niños para su bienestar teniendo en cuenta su identidad biológica. Dentro del mismo cuerpo legal, Convención de los Derechos del Niño (1989) en su artículo 7 inciso primero: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. En el artículo 8, incisos 1 y 2, de la Convención de los Derechos del Niño (1989) expresan lo siguiente:

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Para la protección de estos derechos sobre los niños y niñas se analizó un caso suscitado en Argentina y que fue análisis en un artículo científico.

Tomando como referencia el derecho mexicano, siendo más precisos en el Estado de la Ciudad de México en su Código Civil (1928) en el artículo 162 dispone que:

El derecho que tienen los cónyuges a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear, en los términos que señala el mismo ordenamiento, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia.

En la parte final del artículo precedente deja abierta la posibilidad para que puedan tener descendencia a través de la maternidad subrogada, pues el artículo 326 del Código Civil (1928) para la Ciudad de México establece que: “No se podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso, en llevar a la práctica tales métodos”. Entonces diremos que el Estado de la Ciudad de México está permitido la maternidad subrogada.

De igual manera en el artículo 283 del Código Familiar (2012) del Estado de Sinaloa afirma:

La maternidad subrogada efectuada a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Los requisitos que la legislación sinaloense Código Familiar (2012) exige para ser madre subrogada gestante son:

- Tener entre veinticinco y treinta y cinco años de edad.
- Tener, al menos, un hijo consanguíneo sano.
- Contar con una buena salud psicosomática.
- Haber dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.



- No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna otra toxicomanía.
- Acreditar, mediante dictamen médico, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento.
- Comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo. Lo anterior se certificará a través de una visita domiciliaria practicada por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante.
- Realizarse junto con el padre subrogatorio todos los estudios que establezca la Secretaría de Salud y que sean necesarios para garantizar la salud física y mental de los implicados, a fin de evitar poner en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional. El médico tratante será el encargado de practicar los exámenes médicos previos a la implantación.

Como se ha estudiado en los requisitos anteriores que se exigen en el estado de Sinaloa en México para la realización de la maternidad subrogada, en el Ecuador se debería tomar en consideración estos requisitos por cuanto persiguen el bienestar social, y más aún ayudar a la conformación de una familia.

4.- Primer caso legal de la Maternidad Subrogada en Argentina.

Dentro de este artículo científico M. Fernanda Urquiza (2014) determina que:

En el año 2011 una pareja asistió a un centro médico buscando ayuda para realizar una maternidad subrogada, la mujer tenía 38 años de edad y su pareja tenía 42, en el centro médico se realizaron los estudios pertinentes dando un resultado normal tanto el hombre como la mujer. Así mismo la mujer gestante de 39 años se sometió a las pruebas médicas necesarias dando como resultado que su perfil hormonal y reproductivo era normal, por lo que se procedió a realizar la inseminación de los óvulos y espermatozoides con éxito. En todo el trascurso del embarazo fue normal, no obstante después del nacimiento se solicitó la



inscripción del niño en el Registro Civil con los apellidos de los padres gestante, momento en el cual tuvieron problemas, por tal motivo se presentó una acción judicial acompañando con exámenes psicológicos realizados a los padres gestantes y a la mujer subrogante, así también se acompañó una prueba de ADN en la cual se demostraba que los actores eran los padre biológicos del niño. Al finalizar el juicio el juez ordeno la inscripción del niño con los apellidos de los padres gestante, basándose en el artículo 19 de la Constitución Nacional: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Se menciona la Convención de los Derechos del niño a más de esto se argumentó el principio de la realidad biológica. (p.233)

Dentro de este caso también Urquiza, Carretero, Quaini, & Inciarte (2014) menciona:

El Pacto de San José de Costa Rica que en el artículo 17, inciso 1 y 5, y artículo 19 donde se señala que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo", y que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". (p.235)

Si bien muchos países no regulan esta institución, existen otros como México, Estados Unidos, Gran Bretaña, Brasil y así muchos más, que dentro de su normativa menciona la aplicación de la maternidad subrogada. En México por ejemplo en el caso de la Ciudad de México que en su Código Civil (1928) en el artículo 162 que expresa lo siguiente:

(...) los cónyuges tienen el derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamento de sus hijos, así como a emplear en los términos que señale el mismo ordenamiento, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia.

Otro de los estados, es el estado de Tabasco que, con relación a la maternidad subrogada según Martínez-Martínez (2015) expresa que:

La práctica en Tabasco permite que el contrato sea de carácter gratuito u oneroso. Respecto a este último punto encontramos que existe cierta



aceptabilidad por la celebración del contrato de maternidad subrogada gratuito contrato benévolo o con fines altruistas, siempre que la mujer que admita ceder temporalmente su cuerpo otorgue su libre e informado consentimiento, al igual que su marido, si fuere casada. (p.363)

La maternidad subrogada en los Estados Unidos, y a su vez siendo este país una de las potencias mundiales en cuanto a normativa se refiere Martínez y Karol (2012) manifiestan que:

Cabe mencionar que este país ha promulgado leyes particulares o especiales sobre la materia. Esta incorporación de leyes lo ha hecho con el único propósito de establecer el derecho de custodia clara del niño posterior a su nacimiento, del mismo modo proteger lo establecido en el contrato. (p.65)

A su vez, existen muchos estados que regulan el contrato de vientre de alquiler, así tenemos al estado de Virginia, que en su Code of Virginia (20-156), define al contrato de subrogación como:

¹“an agreement between intended parents, a surrogate, and her husband, if any, in which the surrogate agrees to be impregnated through the use of assisted conception, to carry any resulting fetus, and to relinquish to the intended parents the custody of and parental rights to any resulting child”.

Claramente se entiende que la práctica de la maternidad subrogada en dicho estado está legalmente permitido. El estado de California según Ordeñana Sierra & Barahona Nejer (2016) en el caso Jhonson vs. Calvert ostenta que:

La mujer gestante quería invalidar el contrato sosteniendo que en el contrato se trataba de renuncia de derechos a cambio de una compensación pero la Suprema Corte de California determinó la validez del contrato de maternidad subrogada manifestando que el contrato no se trataba de la renuncia de derechos sino del alquiler del útero. (p.154)

“De esta forma, el contrato de gestación por sustitución adquirió validez en el ordenamiento jurídico de varios Estados como el de California,

¹**Traducción:** Un acuerdo entre los padres intencionados, y un sustituto, en el cual el sustituto acepta ser embarazado mediante el uso de la concepción asistida, para llevar cualquier resultado fetal, y renunciar a la custodia y derechos paternales del niño resultante.

llegando al punto de exigir a las partes el cumplimiento del mismo, incluso contra su posterior voluntad” (Ordeñana Sierra & Barahona Nejer, 2016).

Así también, se determina que México, Estados Unidos, entre otros países, regulan la maternidad subrogada, por cuanto se ha creado normas específicas en esta materia, sin embargo existen países que no está normado esta institución (Maternidad Subrogada), es el caso de Argentina, Ecuador, Colombia y así muchos más pero en el caso de Colombia en su Constitución manifiesta que se podrá procrear hijos mediante asistencia científica, que claramente incorpora a celebrar contratos de vientre de alquiler. A diferencia, en el Ecuador según Ordeñana Sierra & Barahona Nejer (2016) expone: “No existe norma que regule la maternidad subrogada o técnica de reproducción asistida, pese a que en la asamblea nacional reposan varios proyectos que abordan el tema; sin embargo, nos encontramos ante un vacío legal que debe ser resuelto (...)”.

Para resolver esta controversia se abordará el tema del principio de autonomía de la voluntad, por cuanto no existe una normativa que regule la maternidad subrogada en el Ecuador.

Existen normas constitucionales como ya lo mencionamos con anterioridad, mismas que abren una puerta para la interpretación en favor de la maternidad subrogada, tal es el caso del artículo 66 numeral 10 de la Constitución (2008), mismo que expresa que: “El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”. Que si lo comparamos con leyes de otros países como México, siendo más exacto del Estado de la Ciudad de México en su Código Civil (1928) artículo 162 se establece una gran similitud en su contenido.

Pues en el Ecuador la misma Constitución otorga el derecho a cualquier persona para decidir sobre su vida reproductiva, al igual que en México, cabe recalcar que solo en algunos estados de este país, por lo tanto si en México se puede realizar la maternidad subrogada en Ecuador también se podría realizar ya sea creando normas que lo regulen o

simplemente aplicando el principio de autonomía de voluntad o aplicando el artículo 8 del Código Civil (2005) que dice lo siguiente: “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”. Siempre y cuando respetando los requisitos y demás aspectos legales de fondo y forma del contrato.

5.- Principio de autonomía de la voluntad.

5.1.- Concepto.

Se debe tomar en consideración para la investigación a realizarse el principio de autonomía de la voluntad que, según Fraga (2012) expresa:

(...) es la manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuáles son titulares y concertar negocios jurídicos. (p.27)

La autonomía de la voluntad para Tizon (2011) es:

Un principio general del Derecho Civil. La misma consiste en la libertad que reconoce el ordenamiento jurídico a los individuos, a fin de que los mismos autorregulen sus intereses. Esta autonomía se manifiesta a través del acto jurídico, herramienta que el derecho otorga a los sujetos para crear, modificar, transferir o aniquilar sus derechos y obligaciones. (p.2)

Este principio en un sentido amplio, aplica a una soberanía personal en defensa de la libertad de una persona en la toma de decisiones para regular relaciones o negocios jurídicos en este caso contratos. Esta autonomía, le permite decidir en asuntos que afecten sus intereses personales bajo su propia responsabilidad.

Por esta razón. “La autonomía de la voluntad significa que, en principio, todo individuo puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera” (Brutau, 1987, pág. 169).

Para Tizon (2011) afirma:

En un sentido positivo, la autonomía de la voluntad es libertad de elegir entre los distintos tipos de contratos previstos por la ley, libertad de crear contratos no previstos así como de disponer, dentro de los límites impuestos por la ley, el contenido del contrato. (p.7)



Por lo manifestado, este principio es primordial a la hora de realizar un contrato de vientre de alquiler en el Ecuador, por cuanto las partes de una manera voluntaria aceptan los términos y condiciones estipuladas en el mismo, y al no haber una prohibición expresa en el ordenamiento jurídico en cuanto a la celebración de esta clase de contrato, pues se sobreentiende que está permitido, pero principalmente todo contrato deberá tener todos los requisitos esenciales que obliga la ley ecuatoriana mismos que fueron explicados con anterioridad, esto con el propósito de que tenga plena validez jurídica, por lo tanto en conclusión, no solo se necesita de la voluntad de las partes contratantes para la realización del contrato de vientre de alquiler. En este punto, se toma en consideración el aforismo jurídico en derecho privado, mismo que fue dado por Hans Kelsen (1895), que reza de la siguiente manera: ²“Todo lo que no está legalmente prohibido, está legalmente permitido”.

5.2.- El negocio jurídico.

Es la facultad que tienen las personas para obligarse con una o más personas, y ha sido dada por el ordenamiento jurídico dentro de lo permitido por la ley. Según Tizon (2011) expresa que:

El negocio jurídico es la manifestación más saliente de la denominada autonomía privada, o autonomía de la voluntad, en el sentido de que, mediante el mismo, la voluntad del individuo vale, en el ámbito del ordenamiento jurídico, para modificar situaciones preexistentes, ejercitando así una función constitutiva. (p.8)

En otras palabras, el negocio jurídico es un medio para auto determinar sus propios intereses jurídicos, manifestando su propia voluntad en cuanto a sus propias obligaciones que contrae, es decir busca una satisfacción personal por medio de obligaciones que se

² **principio:** todo lo que no está prohibido está permitido ¿cómo se justifica? ¿es verdad que todo lo que no está prohibido está permitido? Bueno, depende lo que entiende uno por permitido. Entonces todo lo permitido quiere decir no prohibido, entonces: claro esto es verdad, todo lo que no está prohibido está permitido., entonces si la ley lo prohíbe no se debe realizar, pero si no, pues se puede realizar.

contraen en un contrato. Por ejemplo, si se celebra un contrato de vientre de alquiler, el negocio jurídico sería la voluntad que las partes llegan a un acuerdo, que por un lado sería lo económico por parte de la madre gestante y por el otro lado la satisfacción de poder tener un hijo.

5.3.- Función de la autonomía de la voluntad.

Una vez que se ha estudiado el alcance del principio de autonomía de la voluntad, y sabiendo que todo contrato legalmente celebrado, expresa la voluntad de las partes de obligarse para con la otra, es preciso manifestar que este principio tiene una gran importancia social, ya que las personas a más de poder celebrar contratos previstos por la ley, también pueden obligarse de maneras que no se encuentren especificados. Así lo expresa, Tizon (2011) y manifiesta:

Se ha discrepado históricamente acerca de cuál debe ser el sentido a otorgarle a esta función social a cumplir, hasta donde tienen libertad las partes para decidir su contenido y efectos y hasta dónde puede el Estado intervenir poniendo límites a la autonomía de la voluntad de las partes orientando el fin práctico y social del contrato. (p.11)

“La autonomía de la voluntad tiene entonces por función primordial el ser un factor de atribución de la obligación contractual: el contrato surge porque las partes han manifestado su voluntad de obligarse” (Tizon, 2011).

“Pues es también la autonomía de la voluntad la que permite celebrar contratos no solo los previstos por las leyes si no también aquellos no previstos por el legislador” (Tizon, 2011). Es así que por medio de este principio tan importante dentro de los contratos se podría celebrar un contrato de vientre de alquiler tomando en consideración los requisitos previstos por las leyes para su validez.

Es así que un contrato debe contener los siguientes requisitos: a) un tipo de encabezado o llamado antecedentes, en la cual se determine el nombre de los comparecientes, número de cédulas, edad, profesión u ocupación, ciudad, día y fecha en la que se celebra. b) el objeto del contrato, determinando quienes son los padres subrogantes y la madre gestante, y en este caso el objeto del mismo sería el alquiler del vientre. c)

especificar la duración del contrato. d) obligaciones de las partes contratantes. e) los costos del tratamiento. f) de ser el caso establecer una garantía de cumplimiento. g) establecer prohibiciones para cada una de las partes. h) y demás cláusulas que las partes contratantes así lo dispongan para su cumplimiento.

Al celebrar un contrato de vientre de alquiler según la normativa vigente en el Ecuador, se podría realizar cualquiera de los dos contratos, es decir, gratuito u oneroso, esto porque las normas jurídicas ecuatorianas no establecen permitiendo o restringiendo la celebración de estos contratos, pues como ya lo hemos estudiado en párrafos anteriores el código civil establece que todo lo que no está prohibido está legalmente permitido, a más de esto la misma constitución garantiza a tomar decisiones libres he informadas y decidir cuándo y cuantos hijos tener y lo más importante que no existe normativa alguna que prohíba la celebración de esta clase de contratos.

Conclusiones.

- El ordenamiento jurídico ecuatoriano no establece normas específicas que regulen la maternidad subrogada, así como tampoco existe prohibición alguna para su celebración.
- Las leyes ecuatorianas protegen al nasciturus, pero solo en aquellos derechos eventuales que estarán suspensos hasta su nacimiento, es decir que mientras este en el vientre materno no puede ejercerlos, por cuanto al nasciturus no se lo considera persona sino hasta después del nacimiento, entendiendo al nacimiento como la separación total del niño o niña de su madre.
- En el Código Civil expresa que, todos somos capaces ante la ley, por lo tanto, toda persona capaz puede obligarse para con otra, entendiéndose que las personas que reúnan los requisitos ya estudiados, están amparados por la ley para la celebración de un contrato de vientre de alquiler, siendo este gratuito u oneroso.

- Que, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad, las personas son iguales y libres; la primera de que todos los habitantes son iguales ante la ley, y libertad se entiende como la facultad de contratar o no, contratar con quien se quiera, sobre lo que se quiera y como se quiera, en este caso la misma constitución del Ecuador garantiza a decidir cuándo y cuantos hijos tener a más de esto garantiza la formación de la familia en sus diversos tipos.
- Que, de conformidad con el Código Civil a nadie se le puede impedir cualquier acción que no se encuentre prohibida por la ley, siendo el caso de que no existe prohibición alguna en nuestra legislación, la celebración de un contrato de vientre de alquiler tiene plena validez jurídica, claro siempre y cuando reúna todos los requisitos esenciales y garanticen la satisfacción mutua de las partes contratantes.

Referencias

- Albornoz, M. M. (2017). Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos. *Revista IUS*.
- Alfaro, R. M. (11 de Abril de 2007). causa y objeto de un contrato de sociedad. *causa y objeto de un contrato de sociedad*. San Salvador, El Salvador.
- Brutau, J. P. (1987). *Compendio de Derecho Civil. Volumen II*. Barcelona: Ed. Bosch.
- Bulygin, E. A. (2009). La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas. *problemas logicos en la teoria y practica del derecho*. Obtenido de http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada17/1_BULYGIN.pdf

- Chinchilla, M. J. (2016). "UNA PERNICIOSA COSTUMBRE". DISCURSOS SOBRE LA LACTANCIA ASALARIADA EN PORTUGAL EN EL SIGLO XVIII. *La aljaba*.
- Engels, F. (2017). *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. España.
- Fraga, K. H. (2012). el principio de Autonomía de la Voluntad Contractual civil, sus Límites y Limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*.
- Garriguez, J. (1987). *Curso de derecho Mercantil*. Colombia: Editorial Temmis.
- Holguin, J. L. (1968). *Compendio de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Justicia, C. N. (2 de Octubre de 2014). El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tienen el carácter de irrevocables. Quito.
- Lambias, J. (2005). *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. LexisNexis.
- Lidia, M. V. (2015). Maternidad Subrogada. Una mirada a su regulación en México. *Revista de fundamentación jurídica*, 353-382.
- M. Fernanda Urquiza, I. C. (2014). Subrogación uterina. Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina. *Medicina (Buenos Aires)*.
- Martinez y Karol , C. (2012). el contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense. *revista de derecho*, 59-81.
- Ordeñana Sierra y Barahona Nejer, T. (2016). *El derecho de familia en el nuevo paradigma constitucional*. Quito: Cevallos.
- Pérez, A. J. (2008). El *cur debetur*: ¿Elemento esencial del contrato? *Opinión Jurídica*.

- Sarautsa, C. (1998). *Criados, nodrizas y amos. El servicio doméstico en la formación del mercado de trabajo madrileño*. Madrid.
- Tizon, C. W. (2011). *Limitaciones de la Autonomía de la voluntad*. Santa Fe.
- Urquiza, M. F. (2014). Subrogación uterina. Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina. *Medicina (Buenos Aires)*.
- Velado, R. L. (2001). *Introducción al derecho mercantil*. El Salvador: S.V.
- Villarreal, M. L. (2012). El error como vicio del "consentimiento" frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato. *Revista de Derecho Privado*.
- Villegas, R. R. (1986). *Compendio de derecho civil IV: contratos*. Porrua.
- Código Civil Ecuatoriano, (2005), publicado en el Registro Oficial Suplemento 46.
- Constitución del Ecuador, [Const.] (2008), publicado en el Registro Oficial Número 449, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, Montecristi.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [Const.] (1917) promulgada el 5 de febrero de 1917, aprobado por el Congreso Constituyente.
- Constitución Política de Colombia, [Const.] (1991) aprobado en julio por la Asamblea Nacional Constituyente.
- Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, y última reforma publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 05 de febrero del 2015, aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.
- Code of Virginia 20-156, aprobado en el 2006.

Pacto de San José de Costa Rica, realizada el 22 de noviembre de 1969, y entro en vigencia el 18 de julio de 1978, convención realizada en la Ciudad de San José en Costa Rica

Convención de los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y firmado el 20 de noviembre de 1989.

Código Sánchez de Bustamante, aprobado por el sexto congreso Panamericano celebrado en cuba, en 1928.

Código de la Niñez y Adolescencia aprobado en el 2003, y publicado en el registro oficial Número 100



UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

ANEXOS

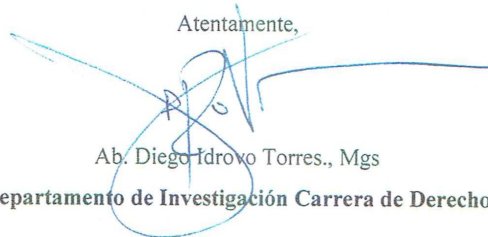
Departamento de Investigación de la Carrera de Derecho

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente al informe final de investigación del señor **JHON ARMANDO QUIZHPI JIMÉNEZ**, con C.C1400678239., titulado "LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE "VIENTRE DE ALQUILER" DENTRO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA" indica un 5% de índice de similitud, 8% de fuentes de internet, 9% de publicaciones y tesis de maestría, 1% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,



Ab. Diego Idrovo Torres., Mgs

Departamento de Investigación Carrera de Derecho



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA
Unidad Académica de Jurisprudencia,
Ciencias Sociales y Políticas
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN

Cuenca, 28 de Marzo del 2018

Sr. Doctor
Ernesto Robalino Peña
**DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES,
PERIODISMO, INFORMACIÓN Y DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA**

Su despacho.-

De mi consideración,

MARCELA PAZ SÁNCHEZ SARMIENTO, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor del estudiante el señor **JHON ARMANDO QUIZHPI JIMÉNEZ** con número de cédula 1400678239; correspondiente al Trabajo de Investigación titulado **'LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE "VIENTRE DE ALQUILER" DENTRO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA'**; informo a Usted que, dicho trabajo de investigación ha sido realizado de acuerdo a los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias de esta casa de estudios superior.

De conformidad con el artículo 10 literal d, del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados vigente, emito mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del presente trabajo de investigación.

La nota obtenida, correspondiente a este trabajo de investigación es de **26/30** puntos. Adjunto el certificado del Sistema Antiplagio Turnitin, suscrito por el Abogado Diego Idrovo Torres, responsable del Departamento de Investigación de la carrera. Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor del mentado estudiante.

Atentamente,



Marcela Paz Sánchez Sarmiento
DOCENTE

CENTRO DE IDIOMAS

RESUMEN

El contrato de vientre de alquiler produce gran incertidumbre en el Ecuador, por cuanto no cuenta con una normativa que garantice o regule este tipo de contratos, por esta razón se realizó un estudio dogmático con la finalidad de verificar si es o no válida la celebración de un contrato de vientre de alquiler en el Ecuador. La información se obtuvo analizando antecedentes históricos de la maternidad subrogada, verificando cuáles fueron las causas por las que se reguló en otros países; comparando normas jurídicas de otras legislaciones con las ecuatorianas; y, examinado casos relacionados con los contratos de vientre de alquiler. Estudios que dieron como resultado reconocer los requisitos esenciales que debería tener esta clase de contratos para su plena validez jurídica, más aún gracias a la investigación realizada se determinó en base al principio de autonomía de la voluntad que esta clase de contratos en el Ecuador tendría validez jurídica.

Palabras Claves: Maternidad Subrogada, vientre de alquiler, contrato.



CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

The rent belly contract produces great uncertainty in Ecuador, because it does not have a regulation that guarantees or regulates this type of contract, for this reason a dogmatic study was carried out in order to verify if it is valid or not a rent belly contract in Ecuador. The information was obtained analyzing historical antecedents of surrogate motherhood, verifying what were the causes for which it was regulated in other countries; comparing legal norms of other legislations with Ecuadorian ones; and, examined cases related to lease belly contracts. Studies that resulted in recognizing the essential requirements that this type of contract should have for its full legal validity, even more thanks to the research carried out, was determined based on the principle of autonomy of the will that this class of contracts in Ecuador would have validity. Legal

Key words: Surrogate motherhood, rent belly, contract.

CUENCA, 21 DE MARZO DE 2018

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO.



ING. EDGAR VINTIMILLA V.
DIRECTOR





SOLICITUD PARA:

Beca o ayuda económica, Justificación de faltas, Justificación de pruebas, Justificación de trabajos, Justificación de lecciones, Justificación de prácticas, Licencia eventual, Examen postergado, Examen supletorio, Segunda matrícula, Tercera matrícula, Matrícula especial, Matrícula extraordinaria, Record académico, Hojas certificadas, Examen suficiencia, Tutorías, Rectificación de nombres, Malla curricular, Reposición de título, Otros

Fecha: Cuenca, 03/07/2017
 Dirigido a: Dr. Ernesto Robalino Peña
DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES, PERIODISMO,
INFORMACIÓN Y DERECHO
 Solicitante: 1400678239 Jhon Armando Quizhpi Jimenez
 Carrera: Derecho
 Año/Ciclo: Décimo Paralelo: _____
 Asunto: Solicito a usted y por su intermedio al H. Consejo Directivo la aprobación de mi diseño de trabajo de investigación previo a la obtención del título de abogado de los tribunales de justicia de la república, con el título "La validez del contrato de vientre de alquiler dentro de la maternidad subrogada en la legislación ecuatoriana".



Solicitante

Constancia de Presentación.- Fecha: _____

Hora: _____

Resolución: _____



3 JUL 2017

RECIBIDO

HORA: _____ FIRMA: [Signature]

Valor \$ 5,00

Nº 0074150



VISTA LA PRESENTE SOLICITUD, EL H. CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES, PERIODISMO, INFORMACION Y DERECHO EN SESION REALIZADA EL 13 DE JULIO DE 2017. RESUELVE APROBAR EL PERFIL DE TESIS PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADO (A) DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL SR. (A): JHON ARMANDO QUIZHPI JIMENEZ, TEMA: LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE "VIENTRE DE ALQUILER" DENTRO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACION ECUATORIANA, DIRECTOR: MGS. MARCELA SANCHEZ SARMIENTO.

Cuenca, 14 de julio de 2017



Ab. Xavier Iñiguez V.
SECRETARIO – ABOGADO





**UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA**
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES, PERIODISMO,
INFORMACIÓN Y DERECHO**

CARRERA DE DERECHO

**DISEÑO DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO**

TÍTULO: LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE “VIENTRE DE ALQUILER” DENTRO
DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

AUTOR: JHON ARMANDO QUIZHPI JIMENEZ

TUTOR: Msg. MARCELA PAZ SANCHEZ SARMIENTO

1. ESTRUCTURA DEL DISEÑO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

1.1. Tema

Maternidad subrogada en el Ecuador.

1.2. Título del Proyecto de Investigación

La validez del contrato de “*vientre de alquiler*” dentro de la maternidad subrogada en la legislación ecuatoriana.

1.3. Justificación del problema

Gracias al desarrollo de la ciencia y tecnología a nivel mundial ha sido particularmente importante y significativo, en especial el campo médico, más aun en la búsqueda de soluciones a los problemas de infertilidad, uno de los grandes avances de estas investigaciones, es la maternidad subrogada, que se denomina como un acto voluntario que se produce como consecuencia de la posibilidad de practicar una inseminación artificial o una fecundación in vitro, caracterizada por el empleo de otro vientre y no el de la que desea la reproducción, debido a la práctica de una histerectomía, a la carencia congénita de ovarios o de útero, a anomalías en la matriz e incluso la presencia de una enfermedad grave que desaconseje el embarazo, o tratándose de personas solteras y parejas homosexuales. (Lidia, 2015).

Al hablar de maternidad subrogada se establecen dos clases, que se diferencian por la aportación de genes, entre estos tenemos; la maternidad subrogada tradicional cuando la madre gestacional, aporta con el óvulo, pero el espermatozoide aporta el padre subrogante. Este proceso se lo realiza mediante inseminación artificial, y la Maternidad Subrogada Gestacional tanto el óvulo como el espermatozoide son aportados por los padres subrogantes y la madre gestacional no tiene ninguna relación genética con el bebé, este proceso se realiza mediante fecundación in-vitro.

En vista que la maternidad subrogada trajo varios problemas desde sus inicios respecto a su regulación, países desarrollados desde varias décadas atrás han promulgado leyes, decretos y normas para regular esta institución, los países en vías de desarrollo no cuentan con normas específicas al respecto, tal es el caso de Ecuador.

Si bien dentro de la maternidad subrogada existe el contrato de vientre de alquiler, el mismo que ha producido grandes cambios dentro de la sociedad moderna en cuanto a la fertilidad, en especial en aquellos países que regulan la celebración de estos contratos. Por otro lado en el Ecuador genera una gran incertidumbre y duda, ya que no se sabe si nuestro ordenamiento jurídico respalda la celebración de este tipo de contrato.

Tomando en consideración que se desconoce la celebración de contratos de esta naturaleza en el Ecuador, analizaremos cuáles serían los medios legales; y, si es posible o no, que una mujer “alquile su vientre” para gestar a un embrión, y, después del parto entregarlo a la parte contratante.

En este punto cabe mencionar que varios países han legislado normas específicas para regular la maternidad subrogada, tal es el caso de Estados Unidos, México, Colombia, Brasil, Bolivia, pero existen otros países como Ecuador que no cuenta con esta regulación, si bien las leyes Ecuatorianas reconocen varios tipos de contratos que se rigen por una norma general para su aplicación, ésta lo encontramos en el artículo 1561 del Código Civil vigente que establece “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado si no por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Así también en el Código Sánchez de Bustamante, que regula las relaciones jurídicas internacionales entre los particulares, en su artículo 166 manifiesta que “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos (...)”. En la Constitución Ecuatoriana en su artículo 66 numeral 10 expresa que “(...) El Ecuador garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, responsables e

informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener (...). Se debe tomar en consideración para la investigación a realizarse el principio de autonomía de la voluntad que Fraga, (2012), expresa que es:

“(...) manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cuál se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuáles son titulares y concertar negocios jurídicos” (p.27).

De todo lo expuesto cabe mencionar en este punto, el aforismo jurídico de Hans Kelsen que reza de la siguiente manera “(...) que todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido” (Bulygin, 2009) , que con relación a nuestra investigación es uno de los puntos más esenciales a la hora de verificar el reconocimiento de un contrato de vientre de alquiler en el Ecuador.

Si bien existen varios derechos que respaldan al que está por nacer, en el Código Civil Ecuatoriano, Constitución y ley Orgánica de la Niñez y Adolescencia, no existen normas específicas que regulen la naturaleza de este contrato, es así que la investigación a realizarse ayudará a determinar o establecer si las leyes ecuatorianas respaldan la validez o incorporación de una cláusula de vientre de alquiler, y, a través de ésta, renunciar a los derechos sobre el nasciturus. Pues, la celebración de este contrato, aparentemente sin normas que lo regulen, podría prestarse para la realización de actos ilícitos como el tráfico ilegal de niños, tráfico de órganos, etc.

De lo manifestado deberíamos responder la siguiente pregunta ¿sería válido el contrato de *vientre de alquiler* en el Ecuador?. A simple vista no habría motivo de invalidez si se lo realiza respetando las normas para la realización de un contrato, pero cabe mencionar que al no tener normas específicas que regulen esta materia se prestaría para actos ilícitos como se mencionó en párrafos anteriores, por lo tanto he ahí la importancia del estudio de la

maternidad subrogada en el Ecuador, refiriéndonos a la validez o no de un contrato de vientre de alquiler, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, tomando en consideración que un contrato es ley para las partes y que, ante la anomia normativa de este supuesto en nuestro ordenamiento jurídico, desde el principio de autonomía de la voluntad y entendiendo que en el derecho privado lo que no se encuentra prohibido está permitido.

1.4. Formulación del problema

¿Tendría validez legal el contrato de vientre de alquiler en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

1.5. Objeto del estudio

Derecho de familia.

1.6. Campo de Acción

Análisis de la validez o no de la celebración de un contrato de vientre de alquiler.

1.7. Líneas de investigación de la Carrera

Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico.

1.8. Objetivo General

Determinar la validez de la figura de un contrato de vientre de alquiler, aún de forma tácita dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1.9. Objetivos específicos

- 1.- Analizar normas extranjeras, normas nacionales, convenciones internacionales, para detectar las causas por las cuales se debería regular la maternidad subrogada.
- 2.- Comprobar si una mujer puede disponer libremente de su vientre suscribiendo un contrato de alquiler de vientre en base al principio de la autonomía de la voluntad.
- 3.- Determinar los requisitos de validez que contendría un contrato de esta naturaleza y analizar los efectos jurídicos que tendría un contrato de esta naturaleza respecto a la filiación.

1.10. Tipo de investigación

El tipo de investigación a utilizarse tiene un enfoque Cualitativo, por cuanto en la teoría fundamentada se realizará múltiples análisis e interpretaciones de normas tanto nacionales como extranjeras, así como jurisprudencia relevante sobre el tema y cuya finalidad servirá para tener una referencia clara y precisa de estas leyes en cuanto a la maternidad subrogada se refiere.

Esta investigación tendrá un enfoque Descriptivos y Exploratorio.

Descriptiva: porque se pretende recopilar información sobre la regulación de esta figura por las legislaciones que la norman, y así describir los motivos por los cuales se reguló esta institución en dichos países.

Exploratorio: ya que está orientada a descubrir o ampliar la información sobre la maternidad subrogada, así como también está orientada a tratar de dar respuestas respecto a la validez que tendrían este tipo de contratos de acuerdo a la normativa ecuatoriana.

1.11. Marco Teórico y Conceptual

El origen de la maternidad subrogada es un tema controversial, pues se sostiene que esta data desde la Antigüedad. El Código del rey Hammurabi creado en Mesopotamia en 1780 a. C. disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación (Ley 146), perdiendo así el marido todo derecho a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, esta podía venderla (Ley 147). Cuando la esclava proporcionada por la mujer daba hijos al señor, no podía este último tomar concubina (Ley 144). Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, el marido podía tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal (Ley 145). (Lidia, 2015).

Desde la posición contraria, en cambio, se afirma que los antecedentes de la maternidad subrogada datan del siglo XX. Sobresaliendo en 1940 el primer banco de semen, y para 1944

tiene lugar la práctica de la primera fecundación extracorpórea de embriones humanos, realizada por los biólogos John Rock y Meneen. (Lidia, 2015).

Asimismo, en 1953 en Estados Unidos, se presentan los primeros embarazos con semen congelado. Durante 1969 se practicó una fertilización in vitro de gametos humanos en Reino Unido y en 1975, a través de un anuncio publicado en un periódico de California, una pareja infecunda solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente. Esta publicación y las que siguieron favorecieron la creación de las sociedades de préstamos de úteros, siendo las pioneras la Surrogate Family Service Inc, que concretó en 1976 el primer acuerdo de maternidad subrogada a través de una inseminación artificial, financiada por el abogado Noel Keane, así como la Surrogate Parenting Associates que desde su fundación en 1979 por Richard Levine, en Luisville (Kentucky) tenía como misión la celebración de contratos de subrogación. (Lidia, 2015).

Con el transcurso de los años esta institución ha sido regulado por varios países alrededor del mundo, pero en el Ecuador no existen normas que regulen la maternidad subrogada, ni mucho menos normas que respalden la validez para la celebración de un contrato de vientre de alquiler, por tal motivo se analizará todas las leyes nacionales y extranjeras que de alguna manera garanticen la validez de un contrato de esta naturaleza.

1.11.1.- Constitución de la República del Ecuador.

El Ecuador al ser un estado constitucional de derechos y justicia, garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantas hijas e hijos tener, así lo tipifica el artículo 66 numeral 10, al referirse a los derechos de libertad.

De esta percepción analizaremos hasta qué punto la constitución garantiza las decisiones libres sobre su vida reproductiva, y si aplica o no para la celebración de un contrato de vientre de alquiler.

En el mismo cuerpo legal regula también la filiación, en el artículo 45 inciso segundo expresa, “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria (...)”

Con referencia a la filiación se analizará el artículo científico sobre la **DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DETERMINADA POR LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. COMENTARIO A LA STS 835/2013, DE 6 DE FEBRERO DE 2014 (RJ 2014, 736).**

Esto servirá para revisar cuales fueron las razones por las que se negó la filiación de un niño por la celebración de un contrato de vientre de alquiler, y si dichos factores existen o se aplicarían dentro de la legislación ecuatoriana.

Dentro de los contratos, se analizará todo lo referente a la autonomía de la voluntad así lo manifiesta (Fraga, 2012) que:

“el valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, el cual se traduce en la posibilidad que tiene las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concretar negocios jurídicos”.

Por tanto este principio es de gran importancia a la hora de celebrar un contrato de vientre de alquiler.

Al hablar de contrato de vientre de alquiler, se analizará el cuerpo legal que regula la celebración de contratos en el Ecuador, dicho cuerpo legal es el Código Civil.

1.11.2.- Código Civil Ecuatoriano.

En este cuerpo legal está tipificado todo lo referente a los contratos válidos en el Ecuador, pero no manifiesta la validez de esta clase de contratos, por ello es necesario estudiar la

capacidad, objeto lícito, causa lícita y consentimiento, que son elementos esenciales comunes a todos los contratos, y una vez estudiado cada uno de ellos se verificara si es o no válido la celebración de un contrato de vientre de alquiler.

Dentro del cuerpo legal antes mencionado regula la filiación, pero no expresa el reconocimiento del recién nacido con los padres contratantes, mismo que a la hora de estudiar la maternidad subrogada es de gran importancia, en cuanto al responder la siguiente pregunta ¿quiénes son los verdaderos padres del recién nacido?, interrogante que lo resolveremos en la investigación.

En referencia al primer elemento esencial de los contratos tenemos a la capacidad, que nuestro Código Civil expresa claramente quienes son hábiles para celebrar un contrato, esto lo encontramos en el artículo 1462 que manifiesta una regla general “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”. De esta concepción diremos que la capacidad consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

En cuanto al objeto lícito, este elemento se refiere a un objeto real o hecho que sea física y moralmente posible, analizando a profundidad con referencia a nuestro campo de estudio, el objeto del contrato sería el nasciturus, por cuanto la entrega del mismo al finalizar el parto es la obligación que contrae una de las partes.

La causa lícita, es el motivo que induce al acto o contrato que no esté prohibido por la ley, ni este contrario a las buenas costumbres o al orden público, así lo expresa el artículo 1483 del Código Civil. En otras palabras no se puede pactar actos contrarios a las leyes, por ejemplo el pago por cometer un acto ilícito.

El consentimiento, se refiere a la voluntad de una persona para obligarse con otra, y esta debe estar libre de vicios como el error, fuerza y dolo.

Al abordar el tema de contratos se analizará el artículo científico de la maternidad subrogada en Estados Unidos denominado; **“EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA: LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE”**. Este artículo tiene como propósito identificar y presentar la experiencia de los Estados Unidos frente al contrato de maternidad subrogada. A más Martínez, (2012) expresa que:

“Esta experiencia tiene como características principales las siguientes: a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para determinar su validez, y d) la regulación del contrato de maternidad subrogada está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del contrato. Igualmente, el artículo busca identificar los puntos comunes que existen entre esta visión y la postura colombiana en la materia”.

Dentro de los contratos se debe hacer una distinción sobre las clases de obligaciones que genera el contrato de vientre de alquiler, y comenzaremos manifestando que se trataría de una obligación civil, por que como lo manifestamos anteriormente un contrato es ley para las partes y la obligación que genera da derecho para exigir su cumplimiento.

Es este punto se analizará y verificará la regulación de la maternidad subrogada en varios países, así tenemos el artículo de la revista de fundamentación jurídica, publicada en el 2015, creado por Verónica Lidia Martínez Martínez, cuyo título es **“MATERNIDAD SUBROGADA. UNA MIRADA A SU REGULACIÓN EN MÉXICO”**.

En el Artículo mencionado aborda el tema de la maternidad subrogada en los distintos estados de México sus antecedentes y marco conceptual, pues constituyen herramientas fundamentales para la regulación de normas sobre las técnicas de reproducción asistida, y entre estas técnicas esta la maternidad subrogada. A más se analizará el artículo científico de la revista IUS, publicada en el 2017 por María Mercedes Albornoz y Francisco López

González cuyo tema es **“Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”**. En este artículo científico se identifica los desafíos que el país mexicano enfrenta en el orden interno y en el orden externo en cuanto a la maternidad subrogada, así como también porque se dio la necesidad de normar esta institución, por lo tanto dicha información será relevante a la hora de investigar la validez del contrato de vientre de alquiler en el Ecuador.

Varios estados de México reconocen legalmente la celebración de la maternidad subrogada pero con estrictos requisitos para su validez, entre estos tenemos el estado de Sinaloa, Tabasco, Querétaro, Ciudad de México entre otros, definiéndola “no como una técnica de reproducción artificial, si no como un acto voluntario que se produce como consecuencia de la posibilidad de practicar una inseminación artificial, caracterizada por el empleo de otro vientre” (Lidia, 2015).

De igual manera la constitución Mexicana en su artículo 40 manifiesta “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos (...)”. Muchas personas han invocado esta norma constitucional a la hora de realizar la maternidad subrogada en dicho país, por cuanto se utilizan técnicas que permiten obtener un niño con los genes de la parte contratante.

Como lo manifestamos en párrafos anteriores varios países han normado la maternidad subrogada, es el caso de la Ciudad de México que en su Código Civil en el artículo 162 que expresa lo siguiente “(...) los cónyuges tienen el derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear en los términos que señale el mismo ordenamiento, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia”. Cabe mencionar que otras legislaciones como “Estados Unidos han promulgado leyes particulares o especiales sobre la materia” (Martinez y Karol , 2012). Esta incorporación de leyes lo ha hecho con el único propósito de establecer el

derecho de custodia clara del niño posterior a su nacimiento, del mismo modo proteger lo establecido en el contrato.

La maternidad subrogada en Estados Unidos, siendo este país una de las potencias mundiales en cuanto a normativa se refiere, existen muchos estados que regulan el contrato de vientre de alquiler en este país, así tenemos a Virginia, que en su Code of Virginia 20-156, define al contrato de subrogación como “an agreement between intended parents, a surrogate, and her husband, if any, in which the surrogate agrees to be impregnated through the use of assisted conception, to carry any resulting fetus, and to relinquish to the intended parents the custody of and parental rights to any resulting child”. (Un acuerdo entre los padres intencionados, y un sustituto, en el cual el sustituto acepta ser embarazado mediante el uso de la concepción asistida, para llevar cualquier resultado fetal, y renunciar a la custodia y derechos paternales del niño resultante). Así mismo la legislación colombiana en su carta magna, en el artículo 42 regula que “(...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes (...)”.

También se realizará un análisis de un artículo científico llamado; **“Subrogación uterina. Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina”**, realizado por M. Fernanda Urquiza, Inés Carretero, Fabiana Marcela Quaini, Florencia Inciarte, R. Agustín Pasqualini, R. Sergio Pasqualini, publicado en la revista Medicina (Buenos Aires), publicada en junio del 2014.

A más de lo manifestado se procederá a realizar un análisis de convenios internacionales entre estos tenemos: La Convención de los Derechos del Niño que en su artículo 3, artículo 7 inciso primero, artículo 8, incisos 1 y 2, referidos a los derechos del niño a su identidad y la obligación de los Estados Partes a prestar la asistencia y protección apropiadas para

restablecer rápidamente su identidad, lo cual es de gran importancia para el estudio de la maternidad subrogada.

Otros convenio es el Pacto de San José de Costa Rica, artículo 17, inciso 1 y 5, y artículo 19 donde se señala que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo", y que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

De lo expuesto en el párrafo anterior se determina que México, Estados Unidos, gran Bretaña, Brasil, entre otros países, regulan la maternidad subrogada, por cuanto se ha creado normas específicas en esta materia, sin embargo existen países que no está normado esta institución (Maternidad Subrogada), es el caso de Argentina, Ecuador, Colombia y así muchos más pero en el caso de Colombia en su constitución manifiesta que se podrá procrear hijos mediante asistencia científica, que claramente incorpora a celebrar contratos de vientre de alquiler. A diferencia, en el Ecuador según Ordeñana Sierra y Barahona Nejer, (2016) manifiestan que:

“no existe norma que regule la maternidad subrogada o técnica de reproducción asistida, pese a que en la asamblea nacional reposan varios proyectos que abordan el tema; sin embargo nos encontramos ante un vacío legal que debe ser resuelto desde la Constitución, derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado”.

He ahí la importancia del estudio de la maternidad subrogada en la legislación ecuatoriana.

En el Ecuador al no tener normas reguladoras de esta materia, nos encamina a revisar qué requisitos son necesarios a la hora de celebrar este contrato, y de qué manera se podría celebrar un contrato válido bajo la normativa jurídica ecuatoriana.

PALABRAS CLAVE

(Maternidad Subrogada, vientre de alquiler, contrato).

Maternidad Subrogada: un acto voluntario que se produce como consecuencia de la posibilidad de practicar una inseminación artificial o una fecundación in vitro, caracterizada por el empleo de otro vientre y no el de la que desea la reproducción, debido a la práctica de una histerectomía, a la carencia congénita de ovarios o de útero, a anomalías en la matriz e incluso la presencia de una enfermedad grave que desaconseje el embarazo, o tratándose de personas solteras y parejas homosexuales. (Lidia, 2015).

Vientre de alquiler: acto que realiza una mujer cuando acepta llevar en su cuerpo un embrión que fue engendrado, a través de la técnica de fecundación in vitro, por otra persona.

Contrato: es el acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa.

1.12. Hipótesis o Ideas a defender

Un contrato de maternidad subrogada es válido en la legislación ecuatoriana por cuanto no existe norma expresa que lo prohíba.

1.13. Métodos a Utilizarse

Dentro de la etapa de fundamentación teórica, se utilizará el método teórico-analítico, por cuanto se observará las causas, la naturaleza y los efectos que produce la celebración de un contrato de vientre de alquiler, así como también se analizará la normativa ecuatoriana para verificar si reconoce como válido esta clase de contratos. Para esto se utilizará técnicas bibliográficas que generarán como resultado unas bases teóricas de la investigación.

En la etapa de diagnóstico situacional, se utilizará el método empírico, por cuanto se realizará la recolección de información sobre la maternidad subrogada en otros países, así también información sobre las causas por las cuales se reguló dicha institución. En esta etapa

no se utilizará el método matemático por cuanto solo se realizará un análisis de las normas jurídicas.

En la etapa de propuesta, mediante el método analítico se verificará y analizará las normas jurídicas ecuatorianas minuciosamente, con el propósito de comprobar si las normas jurídicas reconocen como válido la celebración de un contrato de vientre de alquiler, y cuáles serían los medios legales para realizar un contrato de esta naturaleza.

1.14. Población y la Muestra

No aplica, por cuanto en la investigación a realizarse, se efectuará un análisis de normas jurídicas tanto nacionales como internacionales, entre estos, los convenios internacionales ratificados por el Ecuador, que servirán para determinar si la normativa ecuatoriana garantiza la celebración de un contrato de vientre de alquiler.

1.15. Cronograma de Tarea

Actividades	Mes 1	Mes 2	Mes 3	Mes 4	Mes 5	Mes 6
Revisión y selección de la información bibliográfica de las teóricas y conceptos	X					
Elaboración dela fundamentación teórica	X					
Elaboración de los instrumentos para la recolección de información	X					
Validación de los instrumentos de recolección de información.		X				
Aplicación de los instrumentos						

y recolección de información.		X				
Procesamiento y análisis de la información.			X			
Elaboración del informe de diagnóstico de la investigación.			X			
Contrastación con las teóricas, elaboración de propuesta, conclusiones, recomendaciones				X		
Elaboración del informe final de la investigación				X		
Presentación del informe final en la secretaria de la Unidad Académica				X		
Sustentación individual ante un tribunal de grado.					X	

1.16. Bibliografía

Bulygin, E. A. (2009). La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas. *problemas logicos en la teoria y practica del derecho*.

Fraga, K. H. (2012). el principio de Autonomía de la Voluntad Contractual civil, sus Límites y Limitaciones. *Revista Juridica de Investigacion e Innovacion Educativa.*, 27-46.

Lidia, M. V. (2015). Maternidad Subrogada. Una mirada a su regulación en México. *Revista de fundamentacion juridica*, 353-382.

Martinez, C. A. (2012). el contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense. *revista de derecho*, 59-81.

Tatiana Ordeñana Sierra, A. B. (2016). *El derecho de familia en el nuevo paradigma constitucional*. Quito: Cevallos.

Código Civil Ecuatoriano, (2005), publicado en el Registro Oficial Suplemento 46.

Constitución del Ecuador, [Const.] (2008), publicado en el Registro Oficial Numero 449, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, Montecristi.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [Const.] (1917) promulgada el 5 de febrero de 1917, aprobado por el Congreso Constituyente.

Constitución Política de Colombia, [Const.] (1991) aprobado en julio por la Asamblea Nacional Constituyente.

Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, y última reforma publicado en la Gaceta Oficial del distrito federal el 05 de febrero del 2015, aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Code of Virginia 20-156, aprobado en el 2006.

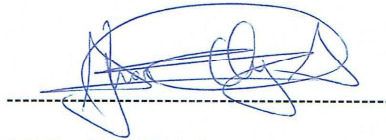
Pacto de San José de Costa Rica, realizada el 22 de noviembre de 1969, y entro en vigencia el 18 de julio de 1978, convención realizada en la Ciudad de San José en Costa Rica

Convención de los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y firmado el 20 de noviembre de 1989.

Código Sánchez de Bustamante, aprobado por el sexto congreso Panamericano celebrado en Cuba, en 1928.

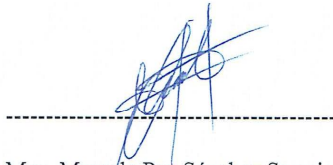
1.17. Firmas del tutor y del responsable de investigación que aprueba el diseño

Cuenca, 30 de junio de 2017



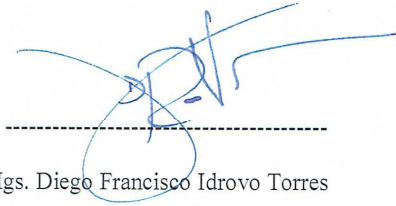
JHON ARMANDO QUIZHPI JIMENEZ

Investigador



Mgs. Marcela Paz Sánchez Sarmiento

Tutor



Mgs. Diego Francisco Idrovo Torres

Profesor Responsable del Dpto. Investigación

Fecha: 03-Julio-2017

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha: _____

Asesor Jurídico

Unidad Académica de Ciencias Sociales, Periodismo, Información y Derecho

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su

Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989

Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1

990, de conformidad con el artículo 49

Preámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y

en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”,

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los

planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos,

el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y cultural es, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos

de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal

petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño

que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas

- interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
 - c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
 - d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
 - e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.
2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y

ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.
2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.
3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra

consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

- 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
- 2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por qué:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y

tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo

en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al

interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado Parte; o
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II

Artículo 42

Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.
2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.
3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.
4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas

dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención, a reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

- a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;
- b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

- a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;
- b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;
- c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;
- d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales

deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

PARTE III

Artículo 46

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que les notifiquen si desean que se convoque una conferencia

de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación.

2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones

Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.