



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

Análisis jurídico de la maternidad por sustitución en amparo
de los derechos de reproducción.

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO (A) DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

AUTORES: KARLA VICTORIA GARÓFALO MALDONADO

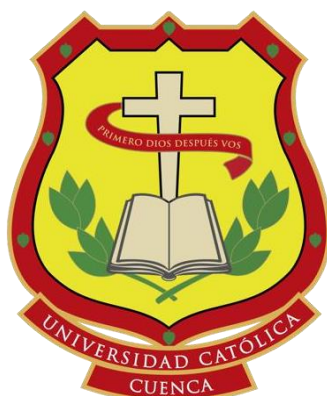
EDGAR MAURICIO ALVAREZ ILLESCAS

DIRECTOR: DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO

CUENCA - ECUADOR

2020

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

Análisis jurídico de la maternidad por sustitución en amparo de los derechos de reproducción.

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO (A) DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

AUTORES: KARLA VICTORIA GARÓFALO MALDONADO

EDGAR MAURICIO ALVAREZ ILLESCAS

DIRECTOR: DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO

CUENCA - ECUADOR

2020

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*

ÍNDICE

ÍNDICE.....	I
TÍTULO EN ESPAÑOL Y EN INGLÉS	III
RESUMEN	1
PALABRAS CLAVES	1
ABSTRACT.....	2
KEYWORDS.....	2
INTRODUCCIÓN	3
METODOLOGÍA	4
DESARROLLO.....	5
1. Antecedentes de la maternidad por sustitución	5
2. Concepciones de la maternidad por sustitución	6
3. Características de la maternidad por sustitución.....	10
4. Filiación: la verdad biológica y la voluntad procreacional	12
5. El contrato en la maternidad por sustitución	14
6. Instrumentos Internacionales y legislación comparada que regula la maternidad por sustitución.....	18
6.1. Jurisprudencia nacional e internacional.....	23

6.2. Legislación ecuatoriana	26
7. Vulneración de los derechos de reproducción consagrados en la Carta Magna.....	30
CONCLUSIONES	33
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36
ANEXOS	43

TÍTULO EN ESPAÑOL Y EN INGLÉS

Análisis Jurídico de la Maternidad por Sustitución en Amparo de los Derechos de Reproducción.

Legal analysis of surrogate motherhood under the protection of reproduction
rights.

RESUMEN

La maternidad por sustitución es un procedimiento que inicia con un contrato o convenio entre las partes intervinientes, que puede ser altruista u oneroso, con la finalidad de poder acceder a la procreación a través de las técnicas de reproducción humana asistida, gracias a los avances médicos y tecnológicos, a favor de la mujer, que cuya capacidad biológica no le permite la concepción o de darse el embarazo no puede llegar al parto, por problemas de infertilidad o esterilidad; y en efecto, no poder fundar una familia, por tal razón, este tipo de procedimiento, garantiza los derechos de reproducción y la salud reproductiva de las parejas, quienes tienen la libertad y la autonomía de elegir qué técnica utilizar de acuerdo a sus necesidades, además, de disfrutar y ejercer este derecho de reproducción con igualdad reproductiva y no discriminada, tanto la pareja como el niño nacido en esta modalidad.

PALABRAS CLAVES: MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN, DERECHOS DE REPRODUCCIÓN, CONTRATO, TRHA, FILIACIÓN.

ABSTRACT

Surrogate motherhood is a procedure that begins with a contract or agreement between the parties involved, which can be altruistic or onerous, aiming at being able to access procreation through assisted human reproduction techniques, thanks to medical and technological advances, in favor of the woman, whose biological capacity does not allow her to conceive, or in the event of becoming pregnant she cannot give birth due to infertility or sterility problems, and indeed, not being able to found a family. For this reason, this type of procedure guarantees the reproductive rights and health of the couples, who have the freedom and autonomy to choose which technique to use according to their needs, as well as to enjoy and exercise this right of reproduction with reproductive equality and without discrimination, both the couple and the child born in this modality.

KEYWORDS: SURROGATE MOTHERHOOD, RIGHTS OF REPRODUCTION, CONTRACT, TRHA, AFFILIATION.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la maternidad por sustitución tiene gran relevancia, porque toca temas importantes como la concepción de la vida, el contrato, técnicas de reproducción humana asistida en adelante TRHA, los derechos de reproducción y la filiación; temas que deberán ser tratados al momento de la incorporación de esta figura en cualquier ordenamiento jurídico, porque son parte de una evolución ética, médica, científica y jurídica, que dan como resultado una nueva forma de fundar una familia, dando la posibilidad, que parejas con infertilidad o esterilidad tengan descendencia y así darse el goce efectivo de los derechos de reproducción; no obstante, ¿su falta de legalización o una inadecuada regulación, vulneraría los derechos de reproducción?.

Esta figura se debe ver como una realidad social, por lo cual, es necesario estudiarla como protección de los derechos de reproducción, con relación a los principios conexos como la libertad, igualdad y la autonomía de la voluntad, para así salvaguardar los derechos de la pareja subrogante, y madre gestante, puesto que ellos tienen la libertad de elegir de manera voluntaria el procedimiento por el cual, se quiere llegar a la procreación, como aprovechamiento del progreso científico.

Para analizar, esta problemática es necesario el desarrollo de los siguientes objetivos como solución al problema en mención: iniciaremos con el desarrollo de los antecedentes, concepciones y características de la maternidad por sustitución, para así tener un panorama general del tema; luego examinaremos los Instrumentos Internacionales como fuentes del derecho y la legislación comparada que regula la maternidad por sustitución; y finalmente, estableceremos la vulneración de los derechos de reproducción consagrados en la Carta Magna.

METODOLOGÍA

Fundamentación teórica: se utilizó los métodos inductivo-deductivo, partiendo de una premisa mayor que desarrolla los antecedentes, concepciones y características de la maternidad por sustitución y una premisa menor que consiste en el análisis de los tratados internacionales y legislación comparada, obteniendo de estas premisas un proceso deductivo que nos llevó a determinar la vulneración de derechos. A través de las técnicas de revisión bibliográfica y de base de datos científica.

Diagnóstico situacional: El método utilizado es el empírico, mediante la recolección de información bibliográfica y linkografía que nos evidenció la realidad social-jurídica de la maternidad por sustitución tanto en el Ecuador como a nivel internacional, con el fin de proteger y evitar la vulneración de los derechos reproductivos.

DESARROLLO

1. Antecedentes de la maternidad por sustitución

Los primeros antecedentes relacionados a la maternidad por sustitución datan desde la antigüedad, hace aproximadamente cuatro mil años, en Mesopotamia fue una práctica habitual y legal (Hernández, 2017, p. 314); ya que su regulación constaba en el Código de Hammurabi en su ley 144, 145, 146 y 147 en el que establecía que si la esposa de primera categoría no daba hijos, podía el esposo tener hijos con la esclava o con otra mujer, sin que la primera deje de ser su esposa (Martínez-Martínez, 2015, p. 357).

Con el transcurso del tiempo, el avance tecnológico y de la sociedad, las formas de procreación en la humanidad han cambiado, con el fin de compensar los derechos reproductivos de las personas y parejas infértiles de formar una familia, y reparar su integridad física y psicológica.

En 1976 el abogado Noel Keane tramitó el primer caso documentado de maternidad por sustitución, la cual se realizó por inseminación artificial practicada por médicos profesionales. En 1985 aparece la fecundación in vitro, que dio como resultado el caso “Baby M”, el mismo que culminó en el tribunal supremo de Nueva Jersey de EEUU (Ministerio de Salud Pública, 2018).

Desde los años antes mencionados, la práctica de la maternidad por sustitución se da en varios países con anomias legales, de los cuales en Ecuador se realiza desde el año 1993 hasta la actualidad según el Ministerio de Salud Pública, sin que en este periodo se haya regulado su práctica. En el Ecuador existen 6 centros certificados por la Red Latinoamericana de Reproducción Humana Asistida, dicha institución indica que en el Ecuador hasta el año 2012 se han contabilizado 1514 casos, y en Brasil 56.674 casos, siendo el 44.2% de los casos en América Latina. (Vázquez & Torres, 2019, pp. 140-141)

2. Concepciones de la maternidad por sustitución

Las denominaciones de la “maternidad por sustitución” son muy variadas, y tratan de conceptualizar esta práctica, por lo que encontramos expresiones como “vientre de alquiler”, “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución” etc. Una de las razones del porque varían tanto, es porque depende de la percepción que lo vean los tratadistas y la proyección que se le quiera dar, sin embargo, se debe recalcar que, si bien es cierto, las denominaciones son variadas, pero en esencia, su práctica es la misma.

Es por esto, que existe la necesidad de establecer algunas denominaciones, para saber cuál sería la más adecuada o acertada y tenemos las siguientes:

Para la filósofa Eulalia Pérez (2017) la “maternidad por sustitución” consiste en “implantar un embrión a través de la fecundación in vitro en una mujer” (p. 9). Y para la autora Lamm (2012) consiste cuando una mujer gestante “acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente” (p. 24).

Cabe analizar por separado sus términos: la “maternidad”, es el hecho o la condición de ser madre y es algo a lo que tratan de llegar la pareja subrogante a través de la madre gestante, siendo que las dos cumplen un rol de madre, la gestante por los cuidados en el proceso de gestación hasta el parto y la subrogante con los cuidados posteriores al nacimiento; por otra parte, la “sustitución” hace alusión al hecho de que una persona va a hacer puesta en lugar de la otra, entonces la combinación de estas dos palabras, nos da el resultado que vamos a llegar a la maternidad por sustitución mediante una tercera persona (Allcca, 2018, p. 105).

Por otra parte, algunos autores usan la denominación “vientre de alquiler” la misma que no tiene una favorable acogida a nivel general, debido a que; según los Autores Pinzón, Rueda & Mejía (2015) “los contratos de alquiler, no

son gratuitos y segundo cuando se habla de alquiler es cuando en el contrato el objeto es susceptible de negociación” (p.90). Es decir, para el autor no sería correcto utilizar esta denominación, porque el vientre no es un objeto susceptible de negociación, ni tampoco se lo puede monetizar, además que sería una manera peyorativa de llamarlo.

Otra terminología utilizada es, la “gestación por sustitución” al hecho de que una mujer gesta para otras personas que van a ejercer su paternidad/maternidad, expresan que es gestación (y no maternidad) porque no implica un lazo de madre sino solo la gestación; y sustitución, porque será otra persona, que ejercerá el embarazo, y parirá para los padres comitentes (Maestre, 2018, p. 4). Esta denominación es utilizada por varios autores.

Por último, para la Autora Labán (como cita Arámbula, 2008) considera que solo se podría usar la denominación maternidad subrogada en “aquellos casos en los que la mujer gestante conceda, no solo su vientre, sino también aporta sus óvulos para la gestación de un niño en favor de otra mujer, ya que en realidad sería la madre a todos los efectos” (p.28); caso contrario solo cumpliría con la gestación, puesto que estas dos terminologías son distintas y que al hablar de gestar sería algo mucho más concreto y no tan amplio como lo es la maternidad.

En relación con lo expuesto, se puede decir que la “maternidad por sustitución” puede llegar a tener múltiples denominaciones, algunas que van a depender del fundamento que se le quiere dar, o sencillamente será con el término coloquial que se la conozca.

Sin embargo, lo fundamental, es tener claro la definición porque la misma deberá condensar aspectos fundamentales, como es el hecho de que es un proceso que se lo realiza a través de las TRHA y se implanta los gametos a una mujer que será quien portará al bebé y al término del embarazo se les entregará a los padres que hicieron el contrato.

Además, la maternidad por sustitución da como resultado la intervención de varias personas en su práctica, derivado del producto de las TRHA, por tal razón debemos definir a estas partes intervinientes que son: la pareja subrogante, madre gestante y donantes; a la vez establecer qué rol cumplen en la maternidad por sustitución y son las siguientes:

La pareja subrogante: para la Autora Rosales (2018) son “los individuos que pretenden convertirse en los padres legales del niño de un acuerdo de maternidad subrogada. La pareja subrogante podría o no contribuir con su ADN y estar ligada biológicamente con el menor” (p. 4). De acuerdo a lo antes definido podemos señalar que la pretensión de la pareja subrogante se consideraría como un acto voluntario; y que pueden tener dos opciones: la primera es que ellos aporten con el material genético, ya sea con el óvulo o con el espermatozoide para tener un vínculo con él bebé; o segundo, que lo hagan a través de una tercera persona denominada donante, y al finalizar el proceso la pareja subrogante será la que tengan la custodia del menor.

Por madre gestante, se entenderá a la mujer que aceptó por medio de un contrato, se le realice un procedimiento a través de las TRHA, la implantación de un óvulo o un espermatozoide en su útero o a su vez ella ser la donante del óvulo, lo cual conlleva la aportación de material genético, y al finalizar el embarazo tendrá que entregar a la pareja subrogante el niño (a) tal como lo establece en el contrato. (Viteri Sánchez, 2019, p. 23)

Los donantes: se les considera a terceras personas que aportan con su material genético, por una parte, el varón aporta con el espermatozoide y la mujer con el óvulo, dependerá de la petición de la pareja subrogante al laboratorio y que estos a su vez deberán ser anónimos porque se tomará su material genético de un banco médico. Por su parte los Autores Cayra & Wendy (2019) expresan que “la donación de óvulos es anónima tanto para la donante como para la receptora, por lo que no es posible que se conozcan”. (p. 23)

Sobre la maternidad por sustitución, existen tres criterios doctrinarios de los cuales se han basado algunos Estados en el mundo para regular en su ordenamiento jurídico esta práctica; de ello se desprende que existe un criterio prohibicionista, criterio de admisión amplia, y finalmente quienes defienden la maternidad por sustitución altruista. A continuación, detallaremos los fundamentos de cada criterio:

De prohibición: quienes se oponen a la práctica de la maternidad por sustitución, expresan que su contrato es ilegal y carece de validez jurídica, por no estar regulado en el ordenamiento jurídico; y, además indican que el vientre de la mujer, ni el niño son objeto de comercio, y que solo ofertan este servicio aquellas mujeres de escasos recursos económicos, coaccionando de esa forma su voluntad. Según Palmero, (2018) expresa que esta práctica es un mercado económico global similar a una “fábricas de bebés, (...) y la cosificación de las mujeres gestantes no se puede considerar como un avance de la libertad, sino como un retroceso hacia la esclavitud” (p. 49).

De admisión amplia: este criterio considera que la maternidad por sustitución debería regularse como un contrato oneroso, que beneficie a las personas con infertilidad o esterilidad, personas célibes, parejas heterosexuales e inclusive parejas homoparentales que quieran ejercer su derecho a la maternidad y paternidad, sustentado en los derechos fundamentales de las personas, a la libertad contractual, la salud sexual y reproductiva como un deber del Estado, además, la autonomía de decisión de las personas, la intimidad personal y familiar, derecho a formar una familia, y a gozar de los beneficios del progreso científico; los cuales están consagrados en los instrumentos internacionales y en las constituciones estatales (Lamm, 2012, pp. 17-309).

Admisión altruista: para Allcca, (2018) consiste en: “aquella en la que una mujer acepta gestar al hijo por cuenta de otra, de manera gratuita, en la cual, comúnmente, existen lazos de amistad o parentesco entre la gestante y de

uno de los padres” (p. 106). En otras palabras, es un convenio libre e informado y “sin ánimo de lucro” de la madre gestante para embarazarse, y posteriormente entregar el niño (a) a la pareja subrogante; además que tiene el único fin de ayudar a las parejas heterosexuales que padecen de infertilidad o esterilidad para que tengan un hijo (a) genéticamente suyo.

Para efectos de este análisis, es necesario diferenciar la salud sexual de la salud reproductiva; en primera instancia la salud sexual es gozar de una vida sexual autónoma, libre de enfermedades, violencia, lesiones que afecten su integridad física y psicológica de toda pareja o persona, en el ámbito sexual sin la intención de procrear (Guevara-Ríos, 2020, p. 7). Y la salud reproductiva que según la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo es el derecho a ejercer de manera libre e informada la procreación, y de planificar su familia, así como también para acceder a métodos para la regulación de la fecundidad, y atención segura, eficaz y asequible que permitan embarazos sin riesgos e hijos sanos (Galdos Silva, 2013, p. 457).

La infertilidad o esterilidad es considerada por la OMS como una enfermedad, que limita el ejercicio del derecho a la procreación y formar una familia, por lo que es importante distinguir el efecto de esta enfermedad; la infertilidad, es cuando la mujer ha concebido en su vientre, o da positivo al embarazo, pero no puede llegar al parto por problemas en el proceso de gestación; y la esterilidad, es que la pareja después de un año de tener relaciones sexuales sin protección, no pueden lograr la fecundación y por ende la implantación del gameto en el útero; es decir, no pueden concebir una vida, sea por causas tanto del hombre o de la mujer (Mendoza González et al., 2019, p. 159).

3. Características de la maternidad por sustitución

En la práctica de la maternidad por sustitución, apreciamos algunas características o particularidades esenciales, para que se realice esta figura jurídica, tales como: las TRHA, el aporte del material genético homóloga o

heteróloga, el nuevo modelo de filiación, y fundamentalmente el contrato entre las partes.

Una de las características principales para que sea posible la realización de la maternidad por sustitución son las TRHA, que consta de un proceso artificial en el que un personal médico introduce en una mujer el material genético previamente preparado en el laboratorio (Canessa Vilcahuamán, 2008, p. 26). Existen dos métodos que son: la fecundación in vitro (FIV) y la inseminación artificial (IA).

La FIV y la IA; constan del siguiente proceso: la FIV es la fecundación de los gametos (que son la unión de los óvulos y espermatozoides) este procedimiento se realiza en el laboratorio para luego implantarla a la mujer; y en la IA, solo los espermatozoides seleccionados, son implantados en el útero de la mujer para que allí se dé la fecundación (Seguí & Sarrías, 2017, p. 83).

En el Ecuador, el sustento constitucional, convencional y jurisprudencial, para que se regule las TRHA y por medio de éstas a la maternidad por sustitución lo encontramos en el: art. 25 de la Constitución disponiendo que “las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico”, el Estado deberá garantizar conforme al art. 32 inc.2 ibídem “el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva”; además el art. 66 numeral 10 que establece “el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva” (Constitución del Ecuador, 2008).

Sánchez Martínez, (2017), sostiene que “las técnicas de reproducción humana asistida suponen un remedio contra la esterilidad y el sufrimiento humano (...) es preciso que los progresos en materia científica garanticen los derechos de las personas para mejorar la protección y calidad de vida” (p. 96).

Otra característica de la maternidad por sustitución es el aporte del material genético de los intervinientes para la procreación, esto puede ser de manera homóloga o heteróloga, tales procedimientos se detallan a continuación:

La maternidad por sustitución homóloga es “aquella en la cual una mujer desempeña exclusivamente la función gestacional, en virtud de la cual porta en su vientre a un embrión fecundado in vitro, proveniente de la unión del espermatozoide y el óvulo de la pareja contratante” (Allcca, 2018, p. 104).

Por otro lado, la maternidad por sustitución heteróloga: es un procedimiento que se realiza por la donación de material genético de una tercera persona, excluyendo el material genético de uno o ambos padres subrogantes, por infertilidad o esterilidad; y se realiza de tres maneras:

La primera, a través de la aportación del óvulo de la madre subrogante con el espermatozoide de un donante mediante (FIV); la segunda sería por una donación del óvulo de la madre gestante y el espermatozoide del padre subrogante a través de la (IA), y finalmente por una donación completa, que se basaría en la donación tanto del óvulo como del espermatozoide de una tercera persona mediante (FIV), y de esta manera se podría dar la concepción del bebé.

4. Filiación: la verdad biológica y la voluntad procreacional

La filiación es el “vínculo jurídico entre padres e hijos. Normalmente, tiene como presupuesto determinante el vínculo biológico, filiación por naturaleza, pero puede encontrar su fuente en la ley, filiación por adopción” (Varsi Rospigliosi, 2017, p. 3).

Por esta razón, la filiación es un aspecto fundamental en la maternidad por sustitución, ya que es lo que va a dar el vínculo entre el recién nacido y la pareja subrogante; y, producto de aquello tenemos una relación familiar, por consiguiente, está íntimamente relacionado, con los derechos y obligaciones que tiene cada parte.

La filiación en la maternidad por sustitución de acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador en artículo 69 numerales 6 y 7 establecen lo siguiente: "(...) Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción. 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" (Const, 2008, art.69). De acuerdo a lo antes descrito podemos decir que, la filiación es un derecho fundamental de todas las personas y que independientemente de la manera como fue la concepción se deberá asegurar su derecho a la identidad y a tener un vínculo jurídico con los progenitores sobre todo será obligación por parte del Estado precautelar la aplicación del mismo.

Por consiguiente, la filiación con el paso del tiempo ha ido variando de acuerdo a los avances tecnológicos y científicos, de tal manera que las formas de procreación son distintas, antes solo se podía engendrar de manera natural, pero ahora se lo puede hacer a través de las TRHA, razón por la cual el tipo de filiación varía, la doctrina indica que además de la filiación biológica y adoptiva, tenemos a la voluntad procreacional como vínculo de filiación.

La teoría de la verdad biológica, es una concepción tradicional, que se basa en las siguientes reglas; la primera es la filiación del hijo con la madre basado en el principio *mater semper certa est*, que significa la madre es siempre conocida; es decir, la mujer que concibe o da a luz al niño se entenderá como madre biológica, sin importar la existencia de un matrimonio o no; y la segunda regla, de la filiación del hijo con el padre es el principio *pater is est quem nuptiae demonstrante*, que significa es padre aquel que indican las nupcias, que en el derecho civil es la presunción de paternidad, dicho en otras palabras, el esposo de la mujer se presume que es el padre del hijo (Marín, 2019, pp. 290-292). En este caso la maternidad por sustitución es una forma diferente de concebir, a través de un vientre sustituto, por lo que este principio de relación filial, no es compatible con su práctica.

Al hablar de maternidad por sustitución se deberá tomar en cuenta que la relación filial deberá ser aquella que se la realiza por la voluntad procreacional y según el autor Díaz de Guijarro (como se citó en Varsi Rospigliosi, 2017.) la teoría de la voluntad procreacional, “(...) es el deseo o intención de crear una nueva vida, derechos que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo, no admitiéndose el ejercicio de la fuerza, (...)” (p. 9). En este sentido lo que nos da a conocer es que podemos acceder a la filiación, con o sin la existencia de un vínculo biológico, entre la pareja subrogante y el recién nacido; prevaleciendo la existencia de la voluntad de ser padre y madre.

5. El contrato en la maternidad por sustitución

Finalmente, como característica de la maternidad por sustitución tenemos al contrato o convenio como el inicio fundamental de este procedimiento entre las partes intervinientes. El ordenamiento jurídico ecuatoriano garantiza la celebración de contratos, que según el art. 1454 del Código Civil lo define como “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”; su sustento constitucional está consagrado en la Carta Magna del Ecuador que establece en su art. 66 numeral 16 “el derecho a la libertad de contratación”.

Es decir, en el caso de la maternidad por sustitución, el acuerdo entre la pareja subrogante y la madre gestante, se sustenta en “la autonomía de la voluntad como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato” (Accatino, 2015, p. 39), así también, de la libertad contractual que tienen como derecho las partes intervinientes para contraer obligaciones entre sí.

Sin embargo, debido a su ausencia de norma, es menester analizar los siguientes cuestionamientos ¿qué clase de contrato es la maternidad por sustitución?; y, ¿cumpliría con los elementos de validez jurídica?, para esto debemos tener en cuenta que la causa del contrato encuentra su fundamento constitucional, en la protección de los derechos de reproducción.

Como ya lo mencionamos, en la legislación ecuatoriana no existe norma expresa, ni algún acápite en el Código Civil que regule los contratos de maternidad por sustitución; con respecto a esto, Aguilar et al. (2017) indica que: “el hecho que no haya en determinados acuerdos privados, un modelo previsto por la ley, no equivale a su inexistencia o que no se regulen por las reglas generales de los contratos” (p. 240-241).

En concordancia con aquella aseveración, el art. 8 del Código Civil establece la presunción de libertad disponiendo que “A nadie puede impedirse la acción, que no esté prohibida por la ley”; y en este contexto, la maternidad por sustitución no se encuentra prohibida; sin embargo, pese a esta facultad de los contratantes, y en vista de una anomia jurídica, se analizará si este convenio cumple con los elementos de validez del contrato; ya que para la doctrina la práctica de la maternidad por sustitución “puede ser vista como un contrato atípico al cual debe dársele validez jurídica” (Mejía et al., 2016, pp. 38-39).

Con respecto al cuestionamiento ¿qué clase de contrato es la maternidad por sustitución? En primera instancia debemos saber si es unilateral o bilateral; el contrato unilateral únicamente contrae la obligación una de las partes; y, en los bilaterales las partes se obligan mutuamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa (Código Civil, Ecuador, 2005).

En este contexto la maternidad por sustitución es un contrato bilateral, porque las dos partes, tanto la pareja subrogante como la madre gestante, se obligan mutuamente a realizar el proceso gestacional, la compensación de costos, cuidados propios del embarazo y posteriormente la entrega del niño a la pareja subrogante.

Además, se debe diferenciar si la ejecución del contrato será de forma gratuita u onerosa, en el Código Civil en su art. 1456 lo denomina contrato

gratuito, cuando la utilidad es disfrute de solo una de las partes y oneroso cuando la utilidad la obtienen las dos partes contratantes.

Con esta concepción podemos distinguir que la maternidad por sustitución podría darse tanto como un contrato gratuito, cuando sólo la pareja subrogante recibe el beneficio de la procreación del niño (a) y la madre gestante no ha recibido ningún valor económico o lucrativo por su labor, siendo una práctica de maternidad por sustitución altruista, sin que se considere oneroso el pago de los gastos médicos y de trámites que realice la pareja subrogante a la madre gestante; mientras que en la celebración de un contrato oneroso, la madre gestante recibe un valor económico lucrativo o enriquecimiento a su favor por la gestación del nasciturus y la posterior entrega del niño, además de los gastos médicos que se hubiere pagado por los contratantes. (Lamm, 2012b, pp. 273-276)

Teniendo claro estas formas de contrato, lo siguiente es resolver si el contrato de maternidad por sustitución ¿cumple con los elementos de validez jurídica?, a esto la doctrina y el código civil ecuatoriano ha dividido a la celebración de un contrato en tres elementos: los esenciales, los naturales y los accidentales.

Interesándonos únicamente los elementos esenciales como aquellos que poseen la condición sine qua non como requisitos fundamentales para su validez, que son: la capacidad, el consentimiento, objeto lícito y causa lícita; a falta de uno, adolece de nulidad absoluta o relativa, y se entenderá como no existente (Mainar, 2001, p. 403).

Su primer requisito es la capacidad, el art. 1462 del Código Civil establece “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”; es decir, si la pareja contratante y la madre gestante no están dentro de las personas que la ley determina como incapaces si tienen aptitud legal y podrán celebrar un contrato por maternidad por sustitución.

El segundo requisito es el consentimiento libre de vicios de error, fuerza y dolo; el error es la falsa apreciación de las cosas; la fuerza es aquella que ejerce presión física y psicológica; y, el dolo que es la intención positiva de causar daño (Código Civil, Ecuador, 2005).

Con estos conceptos podemos inferir, que, si las partes contratantes de la maternidad por sustitución están debidamente informadas sobre el procedimiento, riesgos, ventajas y desventajas de la gestación mediante un profesional médico y centros autorizados por el Ministerio de Salud Pública, además de la información completa de las cláusulas del contrato y de su incumplimiento; y, pese a ello dan su consentimiento informado libre y voluntario, dicho contrato es plenamente válido.

El tercer requisito es el objeto lícito, el art. 1477 del Código Civil dispone: para que el objeto sea lícito, exige “que su género sea comerciable, física y moralmente posible, y no contravenir el orden público”, los cuales analizaremos a continuación.

Lo físicamente posible se da por el uso de las TRHA, en cuanto a lo moralmente posible, según una parte de la doctrina considera que es plenamente moral por estar fundamentado legítimamente en la libertad reproductiva, en el derecho a procrear, en la protección del matrimonio, en la tradicional función procreadora de la familia (Lamm, 2012a, p. 10-49).

Con respecto, a la contravención del orden público, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en su art. 96 sanciona con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años a la persona “que realice actos que tengan por objeto la intermediación onerosa o negocie por cualquier medio o traslade órganos, (...)”; por lo tanto el útero al ser un órgano en donde se gesta el niño no podrá ser objeto de negocio oneroso, y visto de otro modo, la maternidad por sustitución de forma gratuita o altruista no contraviene el orden público.

Finalmente, sobre la causa lícita, el art. 1483 inc. 2 del Código Civil la define como “el motivo que induce al acto o contrato” y que la misma no debe estar prohibida por la ley, o sea contraria a las buenas costumbres y al orden público. El contrato de maternidad por sustitución tiene como causa o motivo fundamental el derecho constitucional de las parejas infértiles a la salud reproductiva, al derecho de reproducción y a decidir cuándo y cuántos hijos tener, y hacer uso del progreso científico consagrado en el art. 66 numeral 10; y, 25 de la Constitución del Ecuador y en los Instrumentos Internacionales.

En suma, podemos inferir que la maternidad por sustitución para que tenga validez jurídica debe ser un contrato bilateral y sobre todo gratuito o altruista, para que no contravenga el orden público, sin embargo, podemos observar que existen algunas anomias y antinomias en su práctica, que genera inseguridad jurídica a los intervinientes.

6. Instrumentos Internacionales y legislación comparada que regula la maternidad por sustitución

La maternidad por sustitución no tiene una regulación jurídica a nivel mundial, son pocos los países que de manera paulatina abren paso a esta nueva forma de gestación por medio de la creación de leyes en las diferentes normativas nacionales, encontrando bases y precedentes en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia; haciendo que cada día las personas con infertilidad o esterilidad tengan la posibilidad de acceder a este tipo de tratamientos de manera rápida, oportuna y sobre todo legal. (García Castro & Sánchez Sulca, 2019, pp. 8-19)

En concordancia con lo anterior, cabe mencionar que los instrumentos internacionales una vez que han sido ratificados por los Estados se vuelven obligatorios y vinculantes, se incorporan en cada legislación de manera automática y primaria, por ende, es importante que los Estados suscritos empleen los tratados internacionales para salvaguardar los derechos sexuales, reproductivos y el derecho a tener una familia.

De esta manera se garantiza la seguridad jurídica de las personas que quieren acceder a este tipo de procedimientos, como lo es la maternidad por sustitución; por lo que es necesario hacer referencia a los instrumentos internacionales que tienen un vínculo con los derechos de reproducción como La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de el Cairo de 1994 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de el Cairo de 1994 en adelante (CIPD) determina que la (salud reproductiva) es “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”. (Salazar, 2013, p. 8).

Además la Conferencia en mención determina que la salud reproductiva lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y el acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (Facio, 2008, p. 108).

En relación con lo anterior, podemos decir que la salud reproductiva se define como el conjunto de técnicas, métodos y servicios que contribuyen a la salud y bienestar de las personas, también nos establece que se podrá utilizar métodos para regular la fecundación que no estén prohibidos por la ley, en este caso podemos decir que se podrá realizar la maternidad por sustitución a través de las TRHA, puesto que no están prohibidas por la ley y permitirían la posibilidad de procrear, de esta manera se garantiza el ejercicio de la salud reproductiva.

Así mismo se conceptualizó el término (derechos reproductivos y sexuales) como: “el derecho fundamental de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.” (Salazar, 2013, p. 8). En este sentido se puede decir que los derechos de reproducción pasan a ser derechos humanos, por estar reconocidos en los instrumentos internacionales; por lo tanto, la maternidad por sustitución se podría dar, ya que es una decisión relativa a la reproducción, y es un avance de la ciencia que hace posible el ejercicio y aplicación de este derecho.

Por otra parte, la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969 establece en cuanto a la reproducción asistida, los siguientes artículos, referente al derecho a la vida desde la concepción y la prohibición de suprimir arbitrariamente. Así mismo, el artículo 17, de la protección a la familia, reconoce el rol fundamental que representa la institución de la familia en la sociedad, derecho que no se puede suprimir en ningún caso, en definitiva, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones (Campo, 2019, p. 14).

En concordancia con lo anterior debemos decir que los Estados suscritos a este tratado como el Ecuador, deberán reconocer el derecho a la familia cuando las personas tengan la plena capacidad y las condiciones para realizarlo, además de la libertad de tener hijos en el momento que ellos así lo decidan y hacer uso de los métodos que proporcionen los avances científicos, en este sentido, los problemas de infertilidad o esterilidad son el fundamento básico de la maternidad por sustitución, como una modalidad por la cual se puede fundar una familia, y permitir la concepción del bebé y así proyectar un plan de vida familiar.

Respecto a la legislación comparada, en Latinoamérica los únicos países que regulan la maternidad por sustitución son Uruguay y México, en el resto de países de esta región no se encuentra ni prohibido ni permitido; en tal razón vale indicar la normativa de los dos Estados antes mencionados que regulan esta práctica.

En Uruguay, la Ley N°. 19.167, publicado el 29 de noviembre de 2013, regula como objeto principal las TRHA, pero dentro de las modalidades de estas técnicas permite en su art. 1 la “gestación subrogada”, entre otros.

En dicha ley, indica en su capítulo IV art. 25 inc. 2 que se permite la gestación subrogada únicamente cuando la mujer contratante o subrogante no pueda gestar en su vientre por enfermedades genéticas o adquiridas, y solo en ese caso, acuda a un familiar suyo o de su pareja de hasta segundo grado de consanguinidad; además la implantación del embrión de por lo menos uno de la pareja subrogante; y, si la mujer subrogante es sola, deberá ser el óvulo de ella (Uruguay Ley N.º 19.167, 2013).

Esta ley ibídem, en su art. 26, 27 y 28, dispone que el contrato será únicamente de naturaleza gratuita y que deberán suscribirse en él todas las partes intervinientes; además regula el efecto de la filiación de la pareja subrogante para con el niño, dejando constancia que existirán dos formas de filiación, la biológica por el parto y la de gestación subrogada (Uruguay Ley N.º 19.167, 2013).

En México, la maternidad por sustitución se encuentra regulada en los Estados de Tabasco y Sinaloa; los dos cuerpos legales permiten su práctica, en casos de infertilidad comprobada de la mujer subrogante; sin embargo, al analizar de manera conjunta sus disposiciones podemos apreciar que en su mayoría contienen las mismas conceptualizaciones, a diferencia de su modalidad de contrato.

En el Código Familiar de Sinaloa, establece de manera expresa que podrá convenirse en la maternidad por sustitución tanto de manera onerosa o altruista en su art. 284 numeral 3 y 4; mientras que, en el Código Civil de Tabasco no es específico el tipo de contrato que podría celebrarse.

En lo que respecta a lo demás, los dos cuerpos legales establecen los mismos requisitos para la práctica de la maternidad por sustitución; el código civil de tabasco lo regula desde su art. 380 bis 1; y el código civil de Sinaloa desde su art. 283; en los cuales se establece que la mujer gestante tenga entre veinticinco y treinta y cinco años de edad, estar en buenas condiciones de salud física, psíquica y haber engendrado un hijo suyo anteriormente, también contienen disposiciones claras en cuanto a la entrega del niño, pago de indemnizaciones por perjuicios, prohibición de desistimiento; y algo en particular es que en el Código Civil de Tabasco, prevé que en caso de incapacidad o muerte de la pareja contratante, la madre gestante y su cónyuge podrán adquirir la paternidad.

En el resto del mundo, la maternidad por sustitución es una práctica habitual, por tal razón, se indicará una muestra de los países que la prohíben, admiten de manera amplia y los que admiten sólo en casos de altruismo, conforme a las investigaciones realizadas por los tratadistas Luciana Scotti, Eleonora Lamm y Carlos Hernández.

Países prohibicionistas: En Alemania la ley Federal sobre la Protección del Embrión de 1990, establece en su art. 138 que “el contrato de maternidad subrogada, sería contrario a las buenas costumbres y al orden público”. Este país rechaza la maternidad por sustitución por los inconvenientes dados en filiación del niño y por riesgos de comercialización (Scotti, 2013, pp. 280-282).

En España la Ley N° 14/2006 en su art. 10 prohíbe con la nulidad todo contrato de maternidad por sustitución sea gratuito u oneroso. En Francia la Ley N° 94-653 de 1994, en su art. 16.7 de igual forma prohíbe con nulidad la

gestación por cuenta de otro. Además, su Tribunal de Casación ha sentenciado en tres casos, que la maternidad por sustitución viola el orden público francés (Lamm, 2012, p. 119).

Países de admisión amplia: En EEUU los Estados de Massachusetts, Illinois, California, Carolina del Sur, Pensilvania entre otros, permite la maternidad por sustitución de manera amplia, sea gratuita u onerosa, a parejas heterosexuales y homoparentales. En Rusia su art. 51.4 del Código de Familia, permite la maternidad subrogada y dispone que se registre a los subrogantes como padres, siempre que exista el consentimiento de la gestante, pero no indica el tipo de contrato, por lo que es interpretada como admitida su práctica onerosa (Hernández, 2017, pp. 330-338).

Países de admisión por altruismo: En el Reino Unido la Ley Surrogacy Arrangements Act de 1985, permite la maternidad por sustitución judicialmente, siempre y cuando sea sin fines de lucro, sin publicidad ni agencias intermediarias. En Grecia su Código Civil art. 1458 y 1459, establecen que se permite la maternidad por sustitución, mediante autorización judicial y sin que haya contrapartida o lucro, y que a la mujer contratante le sea comprobable su infertilidad, y la gestante esté en buenas condiciones de salud (Hernández, 2017, pp. 330-338).

6.1. Jurisprudencia nacional e internacional

En el ámbito nacional la Corte Constitucional del Ecuador emitió un precedente en cuanto a las TRHA y la filiación, sobre el caso de la niña Satya. Que consiste en que la madre biológica Nicola Rothon y su pareja Helen Bicknell que viven en el Ecuador desde 2007, concibieron a la niña Satya a través de una inseminación artificial, a la que posteriormente solicitaron inscribir en el Registro Civil, y su petición fue negada (Defensoría del Pueblo, 2018). La Corte decidió declarar la vulneración de derechos de identidad, libertad reproductiva, a la familia en sus diversos tipos y la filiación, ordenando inscribir el apellido de la pareja a la niña, como doble maternidad; y a su vez,

exhortando a la Asamblea Nacional regular las TRHA. (Corte Constitucional del Ecuador, 2018)

La sentencia N°. 184-18-SEP-CC del caso Satya, rompe las figuras tradicionales de filiación y procreación de la que hemos estado acostumbrados (Viteri Sánchez, 2019, pp. 38-39). Al respecto del derecho a la libertad sexual y el derecho a la Familia, la Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre las TRHA, como un progreso científico para tomar decisiones libres sobre su vida reproductiva, tener hijos, y formar una familia, permitiendo solucionar problemas de infertilidad y esterilidad, cumpliendo así con el propósito de procreación (Espinoza Campoverde et al., 2019, p. 559).

La maternidad por sustitución en Colombia tuvo relevancia en el caso Saraí de la sentencia T-968 de 2009. La pareja Salomón y Raquel, contrataron a Saraí con el fin de que el semen y el óvulo fecundado de la pareja contratante, sea gestado en Saraí; sin embargo no se pudo lograr ese fin, lo cual conlleva a que Saraí aporte sus óvulos, lo que en la legislación Colombiana la reconocería como madre biológica, por eso en este caso no hubo lugar a un contrato de arrendamiento de vientre, dado que para ello la mujer contratada no debía realizar ningún aporte en la fecundación in vitro; a partir de esto Saraí empezó un proceso legal con el fin de obtener la custodia de los niños (Accatino, 2015, pp. 10-11).

El punto más importante en el análisis de esta sentencia son los lineamientos que la Corte Constitucional Colombiana hace en cuanto a los requisitos que debe tener la maternidad subrogada en el caso de ser regulada, tales como:

- (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas;

(iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

En cuanto, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra el Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012, en la que se declaró la vulneración de los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de las TRHA, en esta sentencia se establece el estatus legal del embrión, la concepción de la vida y las regulaciones de la fecundación in Vitro (FIV), como solución a la infertilidad y la protección a la libertad reproductiva, además concluye, que las TRHA no son contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni constituye una vulneración al derecho a la vida, porque el embrión no puede ser entendido como persona (Campo, 2019, p. 15).

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha comenzado a establecer parámetros sobre la maternidad por sustitución, decisiones que están teniendo impacto a nivel mundial, como es el caso *Menesson y Labasse*.

La pareja francesa conformada por *Menesson y Labasse* recurrieron a un proceso de maternidad subrogada para tener a sus hijas en Estados Unidos.

A su regreso, las autoridades francesas les comunicaron que dado que había sospechas de que los menores hubieran nacido por maternidad subrogada, ilegal en Francia, se debía proceder a denegar su acceso al Registro Civil. Ante dicha decisión, las parejas interpusieron los oportunos recursos ante los Tribunales de su país, siendo todos ellos desestimados con el fundamento jurídico de que la práctica de alquiler de vientres está prohibida en Francia (García, 2018, pp. 62-63).

El fallo del TEDH indica que se pone en riesgo la identidad de las menores, e independientemente si el Estado parte prohíbe la gestación por sustitución, no puede desconocer su filiación y la identidad de las y los menores, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica (García, 2018, pp. 62-63).

6.2. Legislación ecuatoriana

Es necesario iniciar un análisis desde la Constitución de la República del Ecuador, ya que al ser la norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene prevalencia sobre otras normas infra constitucionales, es de aplicación inmediata y reconoce efectos progresivos en cuanto a los derechos humanos; por tal razón, se citará los artículos pertinentes que acrediten el reconocimiento de los derechos de reproducción de los ecuatorianos en la Carta Magna y los instrumentos internacionales.

Los derechos de reproducción están reconocidos en la Constitución en los siguientes artículos; art. 66 numeral 10 dispone 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”; además en su art. 32 establece que “La salud es un derecho que garantiza el Estado”, y en el segundo inciso agrega que garantizará “(...) el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva” (Constitución del Ecuador, 2008).

Con respecto a la infertilidad y esterilidad, se ha indicado en los acápites anteriores, que la misma ha sido declarada como una enfermedad por la OMS, por tal razón, las personas que la padecen se convierten en grupos vulnerables de atención prioritaria.

Con respecto a esto la Constitución en su art. 35 establece que “(...) quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado” (Constitución del Ecuador, 2008).

Por otra parte, formar una familia es vital para el desarrollo de una sociedad, por tal razón, la familia está protegida por la Constitución en sus diversos tipos, consagrado en su art. 67 que dispone:

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 (Constitución del Ecuador, 2008).

En concordancia al art. 67 de la Constitución, también el Código de la Niñez y Adolescencia se refiere a la familia en su art. 96 que dispone que “La familia es el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros” (Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador, 2003).

En palabras de la autora Mosquera Endara (2020) “la familia es considerada como la institución social más importante, tanto es así que la totalidad de los ordenamientos jurídicos han legislado en sentido de protegerlo como el núcleo más importante de la sociedad buscando garantizar su pleno desarrollo” (p. 16).

En cuanto a la filiación, el art. 69 numeral 7 dispone que “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” (Constitución del Ecuador, 2008).

Los artículos antes citados, protegen a la familia en todas sus formas, sea por vínculos jurídicos como la filiación biológica o adoptiva establecida en el Código Civil, o sea aquella formación familiar por hechos fácticos sociales; y en este contexto, la maternidad por sustitución es una de las diversas formas de crear o formar una familia, lo cual su práctica debe tener esa seguridad jurídica dentro de la sociedad, sin que el niño nacido por esta modalidad tenga como obstáculo la filiación con los padres subrogantes, en todo sentido, se debe proteger los derechos de reproducción y el derecho a formar una familia de toda persona que padezca una enfermedad de infertilidad o esterilidad.

La maternidad por sustitución de manera onerosa, está prohibida en el Ecuador, por el art. 96 del COIP, ya que prohíbe la práctica onerosa de órganos y sustancias corporales; en este sentido el vientre de la mujer gestante es considerado un órgano, y los gametos son fluidos y sustancias corporales, su práctica será posible solo con una reforma del artículo citado, con el fundamento y la finalidad de combatir una enfermedad y amparar los derechos de reproducción.

Dentro de este análisis cabe mencionar el proyecto de ley “Código Orgánico de Salud” de la Asamblea Nacional del Ecuador, que actualmente ha sido vetado por el Ejecutivo; este código integra en su cuerpo normativo la regulación a las TRHA y dentro de estas a la maternidad por sustitución o conforme se lo denomina en este texto normativo como “maternidad subrogada”, describiendo lo siguiente en su art. 196:

Artículo 196. Reproducción humana asistida. - las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad

Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema.

(...) La maternidad subrogada estará permitida únicamente en los casos en los que existan circunstancias médicas que no permitan el embarazo en la mujer, se garantizará el derecho de los niños y niñas al armonioso desarrollo de su personalidad en el seno familiar. Los prestadores de servicios de salud deberán garantizar en todo momento el cuidado y atención de las portadoras gestacionales para evitar riesgos durante los procesos de fertilización, embarazo, parto y post parto.

Se prohíbe realizar estos procedimientos en niñas y adolescentes, así como, las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos, embriones o de la subrogación del vientre. No se considerarán contraprestaciones económicas a los gastos derivados del proceso de donación y los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto (Asamblea Nacional, Ecuador, 2020).

Con este proyecto de ley, se busca regular la maternidad por sustitución por altruismo, sin que los gastos médicos cubiertos por la pareja subrogante sean considerados como onerosos; sin embargo, este cuerpo normativo que tiene la intención de regular esta modalidad de gestación, aún deja vacíos o anomías legales, en los temas que hemos estudiado a lo largo de esta investigación, los mismos que si han sido regulados por los Estados antes estudiados.

Surgen preguntas como ¿su práctica deberá ser mediante contrato? ¿Qué condiciones deberá reunir la madre gestante, en el ámbito físico y psicológico? ¿Qué material genético será fecundado en la gestante, homóloga o heteróloga? ¿Se deberá reformar el código civil, en cuanto a la filiación del menor?; además ¿Qué ocurrirá si la madre gestante, desiste de entregar al

recién nacido o los padres subrogantes desisten de recibirlo? ¿Cuál sería el destino del recién nacido en este caso?, ya que este cuerpo normativo no prevé un vínculo contractual, y, el código civil sólo dispone la filiación por el principio biológico y de parto “mater Semper certa est”; finalmente, ¿Qué protección tendría el recién nacido, si antes que la madre gestante lo entregue, la pareja subrogante fallece?

Por lo tanto, consideramos que la maternidad por sustitución es una figura jurídica que debe ser tratada y regulada de manera más explícita de todas sus posibilidades en la práctica, con una reforma integral en otras leyes del ordenamiento jurídico, como el Código Civil, en el cual se debe especificar su tipo de contrato, los derechos y obligaciones de las partes; además, que conste en el Código de la Niñez y Adolescencia, el interés superior del niño y la protección a la familia conformada por esta modalidad, en el caso de que sus derechos se vean comprometidos; en definitiva el proyecto Código Orgánico de Salud, nos deja más dudas que soluciones, generando así una inseguridad jurídica.

7. Vulneración de los derechos de reproducción consagrados en la Carta Magna.

Una vez revisado las concepciones doctrinarias, y la normativa nacional e internacional pertinente a los derechos de reproducción, se determina que la falta de una adecuada regulación que permita la maternidad por sustitución, vulnera los siguientes derechos: la salud, la salud reproductiva, la libertad a formar una familia, el uso del progreso científico, la integridad física y psicológica, la igualdad, la no discriminación y la autonomía de la voluntad.

Partimos desde la vulneración del derecho a la salud, ya que el mismo es un derecho fundamental de todo ser humano, y es deber del Estado su protección, consagrado en el art. 32 de la Constitución que dispone “la salud es un derecho que garantiza el Estado” (Constitución del Ecuador, 2008).

Así también, a la salud reproductiva en su art. 32 inc.2, que dispone “el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y reproductiva”; y la libertad de formar una familia, en el art. 66 numeral 10 que establece “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”; además, del derecho al uso del progreso científico establecido en el art. 25 ibídem que dispone “las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico” (Constitución del Ecuador, 2008).

En cuanto a la integridad física y psicológica, la mujer subrogante afectada por la infertilidad o esterilidad, además de padecer la imposibilidad física de gestar, también causa efectos psicológicos graves en su persona, como el shock traumático de negación a la enfermedad desde el momento que es diagnosticada, posteriormente presenta sensaciones de frustración, de culpa, insuficiencia y un estrés constante de no poder tener descendencia (Merejildo, 2015, p. 91); este derecho se encuentra protegido en el art. 66 numeral 3 literal (a) de la Constitución.

Para el autor Merejildo (2015) explica que Luigi Ferrajoli define a los derechos fundamentales como aquellos que contienen igualdad, libertad, convivencia pacífica y ayuda al más débil (pp. 95-96); por tal razón, los derechos de reproducción son considerados fundamentales; y, una falta de acceso a la maternidad por sustitución como una técnica científica para solucionar la infertilidad o esterilidad de las personas, afecta a los principios de igualdad, no discriminación y autonomía de la voluntad.

Con respecto a la igualdad y no discriminación, la Constitución garantiza a las personas en su art. 66 numeral 4 “el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” y en el art. 11 numeral 2 ibídem establece que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos

derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de (...) estado de salud, discapacidad, diferencia física o cualquier otra distinción”; así también expresa que “(...) la ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Constitución del Ecuador, 2008).

En este sentido, se determina que existe vulneración a los principios de igualdad y no discriminación, ya que las personas con infertilidad o esterilidad, se encuentran en un estado de desigualdad reproductiva, vulnerabilidad física y psicológica, y son discriminadas por el Estado, al no poseer programas y acciones afirmativas que permitan el acceso a la maternidad por sustitución onerosa o gratuita, que remedie su situación.

Finalmente, se vulnera el derecho a la autonomía de la voluntad y la libertad de la pareja subrogante y madre gestante como partes intervinientes, libres de contratar, decidir sobre su vida reproductiva y familiar; siempre y cuando sean respetados sus derechos, los del menor; y su consentimiento sea libre e informado.

CONCLUSIONES

- En conclusión, la maternidad por sustitución deberá regularse con una adecuada norma que proteja y no vulnere derechos; desde la celebración del contrato de las partes hasta la entrega del menor, con el fin de proveer todas las posibilidades de la práctica médica de la maternidad por sustitución, evitando riesgos, vulneración de derechos, inseguridad jurídica y proteger a cada uno de los intervinientes de esta figura jurídica.
- El contrato debería darse de manera onerosa o gratuita fundamentado en la libertad de contratación, en la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes, sin embargo, de manera gratuita no se encuentra ni prohibida ni permitida, caso contrario sucede al pactarse de manera onerosa que se encuentra prohibida en el art 96 del COIP, para esto es necesario una reforma de este artículo.
- La filiación en la maternidad por sustitución, requiere de un nuevo criterio doctrinario que es la voluntad procreacional, la cual permite que la pareja subrogante tenga un vínculo jurídico con el menor, independientemente del material genético, por lo que se necesita una reforma en el art. 24 del código civil que incorpore este criterio, para proteger el interés superior del niño.
- En base a los Instrumentos Internacionales como fuentes del derecho y la legislación comparada como ejemplo de regulación, se determina lo siguiente:
 - Disponer la prohibición de todo tipo de intermediación entre la pareja subrogante y la madre gestante, que no exista publicidad ni oferta en medios de comunicación de madres gestantes; únicamente el Ministerio de Salud Pública llevará un registro de las madres gestantes voluntarias y parejas subrogantes que deseen convenir de manera onerosa o gratuita la maternidad por sustitución, con el consentimiento informado de todos los riesgos y ventajas que esta práctica conlleva.

- Además, se deberá permitir que la pareja subrogante que participe de este proceso sea solo heterosexual y mujer célibe, ya que el fundamento básico es la infertilidad o esterilidad de la mujer como una enfermedad que limita su capacidad natural de procrear, situación que no sucede en parejas homoparentales.
- Por otra parte, que se contrate con un familiar o con un particular de manera gratuita u onerosa, con el fin de ampliar las posibilidades de encontrar una madre gestante y hacer efectivo el derecho de reproducción. Caso contrario la doctrina considera que permitir este derecho sólo por altruismo, limita la posibilidad de hacer efectiva la maternidad por sustitución, ya que será improbable encontrar a una mujer desconocida que lo realice de forma gratuita; y peor aún si no tiene una pariente mujer dentro de su entorno familiar.
- El acto de sororidad de la madre gestante de ayudar a otra mujer a tener descendencia y formar una familia, es humanista, bondadoso, fundamentado en razones de infertilidad o esterilidad; por lo tanto, lo deberá realizar por una sola vez; y, si contrata de manera onerosa, su utilidad no deberá sobrepasar el triple del salario básico por ser el embarazo una actividad de 24 horas diarias, el cual será multiplicado por cada mes que preste su servicio, contado a partir desde la celebración del contrato, hasta los tres meses posteriores al parto.
- Se determina que existe una vulneración de los derechos de: la salud, la salud reproductiva, la libertad a formar una familia, el uso del progreso científico, la integridad física y psicológica, la igualdad, la no discriminación y la autonomía de la voluntad, por la falta de acceso a la maternidad por sustitución como un método científico que soluciona la infertilidad o esterilidad.
- En definitiva, para que no se vulneren los derechos de reproducción tanto de la pareja subrogante, como de la madre gestante, se deberá regular de manera específica en el ordenamiento jurídico, el

cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) se aplique esta práctica solo por razones de infertilidad o esterilidad de la mujer subrogante comprobada médicamente; 2) que se realice un convenio oneroso o gratuito mediante un contrato con cláusulas claras de entrega; 3) prohibición de desistimiento durante el embarazo de ambas partes, salvo prescripción médica a la madre gestante; 4) indemnización de perjuicios; 5) pruebas físicas y psicológicas para la madre gestante y la pareja subrogante; 6) verificación de la edad fértil de la madre gestante entre los 25 a 35 años; 7) que la madre gestante haya tenido un embarazo exitoso anteriormente, 8) compensación de gastos médicos y costos de gestación a la madre gestante, 9) permitir la filiación del menor mediante reforma; 10) proteger siempre el interés superior del niño en caso de muerte de la pareja subrogante, antes de la entrega del menor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Accatino, D. (2015). LA «TEORÍA CLÁSICA» DEL CONTRATO Y LA DISCUSIÓN SOBRE SU ADAPTACIÓN JUDICIAL. *Revista chilena de derecho*, 42(1), 35-56. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372015000100003>
- Aguilar, T. V. (2017). Contrato de Maternidad Subrogada: Su validez en el ordenamiento jurídico colombiano. En P. T. al., *Derechos Humanos desde una perspectiva socio jurídica* (págs. 226-241).
- Allcca, L. K. R. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: Problemática y desafíos actuales. *Derecho & Sociedad*, 51, 103-117.
- Asamblea Nacional, Ecuador. (27 de agosto de 2020). Proyecto de ley Código Orgánico de Salud. Oficio No. PAI {-CLC-2020-323. Quito, Ecuador.
- Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional. *Scio*, 11, 19–52.
- Campo, C. E. (2019). El papel del derecho frente a la regulación de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada en Colombia [PhD Thesis]. Universidad Santiago de Cali.
- Capella, V. B. (2017). Tomarse En Serio La Maternidad Subrogada Altruista. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII (2), 229-243.
- Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 28 de noviembre de 2012).

- Cayra, P., Wendy, R. (2019). Maternidad subrogada y su reconocimiento en el Perú en beneficio del interés superior del niño. Análisis del criterio expuesto en la casación n 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.
- Código Civil, Ecuador. (24 de junio de 2005). Código Civil. RO-S 46: 24-junio-2005. Quito, Ecuador.
- Código Civil, Tabasco. (9 de abril de 1997). CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO. Tabasco, México.
- Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador. (3 de enero de 2003). Código de la Niñez y Adolecía. RO 737: 3-ene-2003. Quito, Ecuador.
- Código Familiar, Sinaloa. (6 de febrero de 2013). CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE SINALOA. México.
- Código Orgánico Integral Penal, Ecuador. (10 de febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014. Quito, Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). Artículo 69 [Título III]. Asamblea Nacional.
- Constitución del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. RO 449: 20-oct-2008. Montecristi, Ecuador.
- Cortázar, C. F. (2018). Implicancias éticas y jurídicas sobre la maternidad subrogada en el proyecto de reforma al Código Orgánico de Salud. *Yachana Revista Científica*, 7(3), Article 3.
<https://doi.org/10.1234/yach.v7i3.548>
- Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 1692-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 29 de mayo de 2018).

- De Derechos Humanos, C. I. (2016). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs Costa Rica. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 2(4), 181–199.
- Defensoría del Pueblo. (26 de junio de 2018). Defensoría del Pueblo Ecuador tierra de derechos. Obtenido de SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN FAVOR DE SATYA BICKNELL-ROTHON CONSTITUYE UN LOGRO PARA LA IGUALDAD EN DERECHOS: <https://www.dpe.gob.ec/sentencia-de-la-corte-constitucional-en-favor-de-satya-bicknell-rothon-constituye-un-logro-para-la-igualdad-en-derechos>.
- Equipo Nizkor—Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. (s. f.). Recuperado 20 de agosto de 2020, de <http://www.derechos.org/ddhh/mujer/cairo.html>
- Espinoza Campoverde, K. A., Erazo Álvarez Juan Carlos, J. C., Ormaza Ávila, D. A., Narváez Zurita, C. I. (2019, diciembre 15). (PDF) Maternidad subrogada desde la perspectiva constitucional en el Ecuador. ResearchGate. <https://doi.org/10.35381/racji.v5i8.590>
- Facio, A. (2008). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tomo 1: Los derechos reproductivos son derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Galdos Silva, S. (2013). La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva. *Revista peruana de medicina experimental y salud pública*, 30, 455–460.
- García Castro, Y. A., Sánchez Sulca, M. D. (2019). La regulación jurídica de la maternidad subrogada y el control de convencionalidad.

- García, N. P. (2018). "Gestación por sustitución: Una realidad sin respuestas jurídicas; el gran desafío de la jurisprudencia ante el vacío del nuevo Código Civil." [Universidad Siglo 21]
- Guevara-Ríos, E. (2020). Derechos sexuales y derechos reproductivos. *Revista Peruana de Investigación Materno Perinatal*, 9(1), 7-8. <https://doi.org/10.33421/inmp.2020183>
- Heredia, A. V. (2019). La maternidad subrogada: Un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, 43, 421–440.
- Hernández, C. J. Á. (2017). La maternidad subrogada en el Derecho comparado. *Cuadernos de Dereito Actual*, 0(6), 313-345.
- Labán Cruz, B. (2017). La legalización de la maternidad subrogada en el Perú, para garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil.
- Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Edicions Universitat Barcelona.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución: Realidad y Derecho. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 3, 10–49.
- Leitao Álvarez-Salamanca, F. (2015). Los conceptos de onerosidad y gratuidad en el Código Civil chileno. *Revista de derecho (Valparaiso)*, 45, 85-98. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512015000200003>
- Maestre, B. R. (2018). Gestación por sustitución. *Folia Humanística*, 8, 24–41.
- Mainar, R. B. (2001). *Derecho romano: Curso de derecho privado romano*. Universidad Católica Andrés.

- Martínez-Martínez, V. L. (2015). Maternidad subrogada: Una mirada a su regulación en México. *Diario Revista de Fundamentación Jurídica*, 24(2), 353–382.
- Mejía, A. M. E., Gómez, A. C., Betancur, Á. M. R., Gutiérrez, C. A. E., Ramírez, C. M. G., Ayala, C. D., Gómez, D. C., Quiceno, D. E. G., Gutiérrez, I. A. C., Pereáñez, J. A. G., Agudelo, J. B., Espinosa, J. E. A., Quirós, L. H. A., Hincapié, S. L. C., Meza, V. A., Montoya, G. P. C., & Gómez, R. G. (2016). *DESARROLLO INTERDISCIPLINAR DEL DERECHO, MEDIO DE ACCIÓN DE PRÁCTICAS*. Corporación Universitaria Americana.
- Mendoza González, Y., Santibáñez Alejos, M., Rivero López, C. A., Hernández Carrillo, J. G., Yap Campos, K. (2019). Maternidad subrogada y su impacto en el tema de la infertilidad. *Atención Familiar*, 26(4), 158–162.
- Ministerio de Salud Pública. (2018). *CRITERIO Y RECOMENDACIONES BIOÉTICAS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA*. Comisión Nacional de Bioética en Salud. Recuperado el 02 de agosto de 2020, de <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>
- Morero Beltrán, A. M. (2018). *CARACTERÍSTICAS DE LAS FAMILIAS CREADAS POR GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ESTADO ESPAÑOL. PAPELES DEL CEIC*. *International Journal on Collective Identity Research*, 2018/2(199), 2.
- Palmero, M. J. G. (2018). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional. *Dilemata*, 26, 39–51.

- Pérez Sedeño, E. (2017). Promesas biotecnológicas. Determinismo genético, cáncer y maternidad por sustitución: Un análisis crítico.
- Pinzón, r. m. (2015). la aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. *Revista de derecho y Genoma Humano*, 90.
- Romero Rubio, C. A. (2018). Maternidad Subrogada: lagunas en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Con qué elementos cuenta el Juez para adoptar su decisión? *IUSTA*, 1(50), 181.
- Rosales, V. (2018). La maternidad subrogada: Propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador. *USFQ Law Review*, 5, 139–156.
- Salazar Benítez, O. (2017). La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos.
- Salazar, M. G. (2013). Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en México en el marco jurídico internacional. *Federación Mexicana de Universitarias, Revista Digital*.
- Sánchez Martínez, M. O. (2017). La gestación por sustitución: Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas.
- Scotti, L. B. (2013). El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: Una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Pensar en derecho*, 1, 267–289.

- Seguí, A. G., & Sarrías, J. Á. N. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación legislativa española. *Therapeía: estudios y propuestas en ciencias de la salud*, 9, 75-96.
- T-968-09 Corte Constitucional de Colombia. (s. f.). Recuperado 28 de julio de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>.
- Uruguay Ley Nº 19.167. (29 de noviembre de 2013). TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. Publicada D. O. 29 nov/013 - Nº 28854. Uruguay.
- Varsi Rospigliosi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista IUS*, 11(39), 0–0.
- Vázquez, A. F. Z., & Torres, M. P. L. (2019). IMPORTANCIA DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ECUADOR. CONSIDERACIONES SOBRE NUEVA FORMA DE FILIACIÓN. *Revista Derecho Público*, 56, 137–149.
- Villarreal Córdova, Z. J. D. (2017). La Determinación de la Filiación Biológica, en la Maternidad Subrogada, en su variante Heteróloga [PhD Thesis]. Universidad Nacional de Piura.
- Viteri Sánchez, M. F. (2019). Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador [Master 's Thesis]. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Endara, M. del R. M. (2020). EL DERECHO DEL ADOLESCENTE A FORMAR UNA FAMILIA, PARA GARANTIZAR EL ART. 67 DE LA CONSTITUCION DEL ECUADOR. *Debate Jurídico Ecuador*, 3(1), 15-29.

ANEXOS

Cuenca, 04 de noviembre del 2020

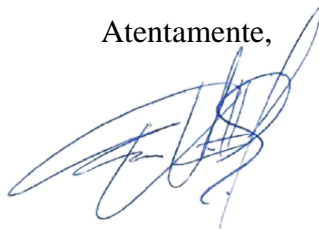
**LA UNIDAD DE TITULACIÓN E INVESTIGACIÓN FORMATIVA DE LA
CARRERA DE DERECHO MATRIZ**

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente a la primera revisión de la investigación realizada los estudiantes **GAROFALO MALDONADO KARLA VICTORIA** con número de cédula **0104835376** y **ALVAREZ ILLESCAS EDGAR MAURICIO** con número de cédula **0105159065**, titulado “ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN AMPARO DE LOS DERECHOS DE REPRODUCCIÓN”, indica un 6% de índice de similitud, 8% de fuentes de internet, 6% de publicaciones y tesis de maestría, 0% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,



Abg. Paola Vallejo Cárdenas, Mgs.
Unidad de Titulación e Investigación Formativa

CENTRO DE IDIOMAS

TITULO

Análisis jurídico de la maternidad por sustitución en amparo de los derechos de reproducción.

RESUMEN

La maternidad por sustitución es un procedimiento que inicia con un contrato o convenio entre las partes intervinientes, que puede ser altruista u oneroso, con la finalidad de poder acceder a la procreación a través de las técnicas de reproducción humana asistida, gracias a los avances médicos y tecnológicos, a favor de la mujer, que cuya capacidad biológica no le permite la concepción o de darse el embarazo no puede llegar al parto, por problemas de infertilidad o esterilidad; y en efecto, no poder fundar una familia, por tal razón, este tipo de procedimiento, garantiza los derechos de reproducción y la salud reproductiva de las parejas, quienes tienen la libertad y la autonomía de elegir qué técnica utilizar de acuerdo a sus necesidades, además, de disfrutar y ejercer este derecho de reproducción con igualdad reproductiva y no discriminada, tanto la pareja como el niño nacido en esta modalidad.

PALABRAS CLAVES: MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN, DERECHOS DE REPRODUCCIÓN, CONTRATO, TRHA, FILIACIÓN.

CENTRO DE IDIOMAS

TITLE

Legal analysis of surrogate motherhood under the protection of reproduction rights.

ABSTRACT

Surrogate motherhood is a procedure that begins with a contract or agreement between the parties involved, which can be altruistic or onerous, aiming at being able to access procreation through assisted human reproduction techniques, thanks to medical and technological advances, in favor of the woman, whose biological capacity does not allow her to conceive, or in the event of becoming pregnant she cannot give birth due to infertility or sterility problems, and indeed, not being able to found a family. For this reason, this type of procedure guarantees the reproductive rights and health of the couples, who have the freedom and autonomy to choose which technique to use according to their needs, as well as to enjoy and exercise this right of reproduction with reproductive equality and without discrimination, both the couple and the child born in this modality.

KEYWORDS: SURROGATE MOTHERHOOD, RIGHTS OF REPRODUCTION, CONTRACT, TRHA, AFFILIATION.

CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 24 de septiembre del 2020

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



ÖÜËÿ šÖÖQ WÁUWÖ ÔPÒÁ
UÜÖŠŠÖPÖE
Ö[&* { ^} q &^: cääää[Á
ää äää(^) c[Á[:Á
^ { ^!* ^) &ää ä äääää) Á
Ö& äää[:Á[:ÁÖUXÖEEJ
T äää ä ÖÖ ^) &ää
ÖÖÖEEJ ÖÖ ÄHÍ I ÖÖI ÖEE

**Dr. Wladimir Quinche Orellana MSc.
SECRETARIO CENTRO DE IDIOMAS**

Cuenca, 26 de octubre del 2020

Señor Doctor

Ernesto Robalino Peña

DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

Su despacho

De mis Consideraciones


IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor de los estudiantes **GAROFALO MALDONADO KARLA VICTORIA** con número de cédula **0104835376** y **ALVAREZ ILLESCAS EDGAR MAURICIO** con número de cédula **0105159065**, quienes realizaron su Trabajo de Titulación denominado **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN AMPARO DE LOS DERECHOS DE REPRODUCCIÓN”**, debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 40 /40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:



DRA. IVÁN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO, MGS.
DOCENTE TUTOR

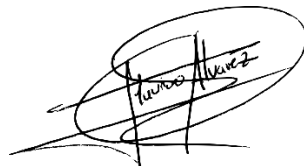
PERMISO DEL AUTOR DE TESIS PARA SUBIR AL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

Karla Victoria Garófalo Maldonado portadora de la cédula de ciudadanía N° **0104835376** y **Edgar Mauricio Alvarez Illescas**, portador de la cédula de ciudadanía N° **0105159065**. En calidad de autores y titulares de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación “**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN AMPARO DE LOS DERECHOS DE REPRODUCCIÓN.**” de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconocemos a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos, Así mismo; autorizo a la Universidad para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 24 de septiembre del 2020



KARLA GARÓFALO



MAURICIO ALVAREZ

EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

INFORMA:

Que, **GAROFALO MALDONADO KARLA VICTORIA C.C. 0104835376, ALVAREZ ILLESCAS EDGAR MAURICIO C.C. 0105159065** de la carrera de **DERECHO** modalidad Presencial, presentaron su diseño de Trabajo de Investigación con el Título: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN EN AMPARO DE LOS DERECHOS DE REPRODUCCIÓN”**, DIRECTOR: **Mgs. Ivan Culcay Villavicencio**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **12 de junio de 2020**, previo a la obtención del Título de Abogado (a) de los Tribunales de Justicia de la Republica.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 29 de septiembre de 2020.

AB. XAVIER IÑIGUEZ VIVAR

Elaborado por:	Ing. Maricela Ruiz L.
Revisado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar
Autorizado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar



CEÉY CEX OÙ Á Q Õ WÒZÁ
XQXÉJ
Ö [& { ^ } ç Á Ñ cããã [Á
ãã ãã [^ } ç Á [: Á
Ò [^ * ^) &ã Á çããã Á
^) Á Õ & ãã [: Á [: Á
ÒUXÕÉJ
Ô ^) &ã Á Õ & ãã [:
GEGÉÉJÉGÁFI K ÉÉÍ KÉÉ



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES CARRERA DE DERECHO

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

TÍTULO:

Análisis jurídico de la maternidad por sustitución en amparo de los
derechos de reproducción.

AUTORES:

KARLA VICTORIA GARÒFALO MALDONADO

EDGAR MAURICIO ALVAREZ ILLESCAS

TUTOR:

DR. IVAN PATRICIO CULCAY VILLAVICENCIO

FECHA:

18 DE MAYO DEL 2020

1.1. Tema

La Maternidad por Sustitución

1.2. Título del Proyecto de Investigación

Análisis jurídico de la maternidad por sustitución en amparo de los derechos de reproducción.

1.3. Marco Contextual de la Investigación

La maternidad por sustitución implica que una mujer, por razones de infertilidad, enfermedad genética o fisiológica sea impedida de gestar en su vientre un hijo; y, en efecto tenga que recurrir o alquilar el vientre de otra mujer para que geste mediante la tecnología médica y dé a luz a su hijo. Esta es una alternativa de procreación humana, bastante practicada en el Ecuador y varios países del mundo.

Los primeros antecedentes relacionados a la maternidad por sustitución datan desde la antigüedad hace aproximadamente cuatro mil años. En Mesopotamia la maternidad por sustitución fue una práctica habitual y legal, ya que su regulación constaba en el Código de Hammurabi en su ley 144, 145, 146 y 147 en el que establecía que si la esposa de primera categoría no le dio hijos, podía el esposo tener hijos con la esclava o con otra mujer, sin que la primera deje de ser su esposa; evidentemente estos conceptos surgieron de pensamientos androcéntricos de la antigüedad, que con el transcurso del tiempo, el avance tecnológico y de la sociedad, las formas de procreación en la humanidad han cambiado, con el fin de satisfacer las necesidades de las personas, coadyuvar al desarrollo de sus derechos reproductivos y realización de su proyecto de vida familiar, utilizando las técnicas de reproducción humana asistida.

En 1976 el abogado Noel Keane tramitó el primer caso documentado de maternidad por sustitución, la cual se realizó por inseminación artificial practicada por médicos profesionales. En 1985 aparece la fecundación in vitro, que dio como resultado el caso “Baby M”, el mismo que culminó en el tribunal supremo de Nueva Jersey de EEUU; todo empezó cuando la pareja subrogante William y Elizabeth Stern decidieron contratar otra mujer llamada señora Whitehead que alquila su útero y aporte con sus óvulos para fecundarlos con el esperma del señor William Stern; por un precio de 10.000 dólares más gastos médicos.

Sin embargo, al negarse la madre gestante de hacer dicha entrega luego de dar a luz, el tribunal decidió que, pese a ser el contrato ineficaz e ilegal, lo que se litiga es el interés superior del niño, por lo tanto, otorga la custodia a la pareja Stern por considerarse que tendrá una mejor calidad de vida, reconociendo el derecho a visitas de la señora Whitehead.

Desde los años antes mencionados, la práctica de la maternidad por sustitución se da en varios países con anomias legales, de los cuales en Ecuador se realiza desde el año 1993 hasta la actualidad según el Ministerio de Salud Pública, sin que en este periodo se haya regulado su práctica. En el Ecuador existen 6 centros certificados por la Red Latinoamericana de Reproducción Humana Asistida, institución que indica que en el país ecuatoriano hasta el año 2012 se han contabilizado 1514 casos, y en Brasil 56.674 casos, siendo el 44.2% de los casos en América Latina.

En México la maternidad por sustitución está legalizada y reglamentada en el Código Civil del Estado de Sinaloa y Tabasco; la cual inicia mediante un contrato civil oneroso o gratuito, en el que se debe establecer las cláusulas de filiación. Es permitida únicamente por causas de infertilidad o contraindicación médica para llevar a cabo un embarazo; además, en esta ley el legislador establece una serie de requisitos para la madre gestante como: edad, condiciones

físicas y psicológicas aprobadas por el ministerio de salud. En Uruguay es legal, con la particularidad de que podrá acordar con un familiar suyo o de su pareja hasta el segundo grado de consanguinidad, y que el material genético únicamente deberá ser aportado por los padres subrogantes, caso contrario será nulo el contrato.

En España la maternidad por sustitución está prohibida por la ley, pero esto no ha impedido que sus ciudadanos españoles viajen a otros países en los que sí está permitido como la India, EEUU y México etc., generando posteriormente un problema en los tribunales españoles para resolver la filiación y la patria potestad, que finalmente se resuelven reconociendo al niño.

Existe jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el caso Sarai, que, ante el incumplimiento de la madre gestante de entregar al niño, resolvió en base a la verdad biológica, otorgando la patria potestad y la tenencia a la madre gestante y reconociendo al padre subrogante el derecho a visitas. Recordemos el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, sentenciado el 28 de noviembre del 2012, en el que se discutió la fecundación in vitro y la concepción de la vida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió de manera vinculante que tanto Costa Rica como los Estados que forman parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en el que Ecuador está suscrito), deberán incorporar y regular en su legislación las técnicas de reproducción humana asistida.

En este contexto la minoría de países tienen regulado la maternidad por sustitución; sin embargo, las estadísticas indican que son muchas las parejas que realizan estos procedimientos en América y Europa con o sin ley, por lo que es necesario regularlo para que el Estado pueda proteger los derechos de reproducción de estas personas, permitiendo su práctica y no exponerlas a los abusos de la empresa privada.

El Ecuador al no regular esta situación, pese a estar obligado por la sentencia de la Corte IDH, provoca falta de seguridad jurídica, y probablemente esté vulnerando los derechos de reproducción de toda persona que se encuentre en situaciones de infertilidad, enfermedades genéticas, o impedimento físico de gestar un hijo y tener descendencia, una familia, salud y bienestar reproductivo; y, en efecto poniendo en riesgo la situación del niño nacido en esta modalidad, en cuanto a la filiación, la identidad, el derecho a una familia y el principio del interés superior del niño; tal como lo consagra la Constitución de la República del Ecuador, la Convención Americana de Derechos humanos y la Jurisprudencia vinculante de la Corte IDH. Además de ser la salud sexual y reproductiva un servicio de interés público, el Estado debe garantizar que los servicios de salud sean seguros, de calidad y calidez.

El derecho como una ciencia interdisciplinaria y un medio para lograr la seguridad social y jurídica de sus ciudadanos, debe estar a la par de la ciencia y la evolución de la sociedad, por tanto, es necesario que se incorpore en la legislación ecuatoriana la institución jurídica de la maternidad por sustitución en amparo de los derechos de reproducción, a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

1.4. Formulación del Problema

¿La falta de legalización en cuanto a la figura de la maternidad por sustitución podría vulnerar los derechos de reproducción de los ecuatorianos?

1.5. Objeto de Estudio

El estudio de la maternidad por sustitución mediante los Tratados Internacionales y el derecho comparado; en amparo de los derechos de reproducción consagrado en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66.10.

1.6. Campo de Acción

1. Constitución
2. Tratados internacionales
 - 2.2. Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo
 - 2.3. Convención de los Derechos de los Niños
3. Código civil
4. Código de la niñez y la adolescencia

1.7. Líneas de Investigación

Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico.

1.8. Objetivo General

Analizar la situación jurídica de la maternidad por sustitución en amparo de los derechos de reproducción.

1.9. Objetivos Específicos

- 1.- Desarrollar los antecedentes, concepciones y características de la maternidad por sustitución.
- 2.-Examinar los Instrumentos Internacionales y legislación comparada que regula la maternidad por sustitución.
- 3.- Establecer la vulneración de los derechos de reproducción consagrados en la Carta Magna, por la falta de reglamentación de la maternidad por sustitución en la legislación ecuatoriana.

1.10. Tipo de Investigación

En la presente investigación sobre la maternidad por sustitución se aplicará un enfoque cualitativo, por ser un fenómeno social y jurídico, basado en la recolección de información subjetiva, y no cuantificable. Aplicando los siguientes métodos: en primer lugar se utilizará el método descriptivo en el que se desarrollará los antecedentes, concepciones y característica de la maternidad por sustitución, en segundo lugar el método analítico-exploratorio de los instrumentos internacionales y legislación comparada; finalmente en tercer lugar el método transversal prospectivo, que consistirá en el estudio simultáneo de las variables y establecer la vulneración de los derechos de reproducción por la falta de regulación de la maternidad por sustitución.

1.11. Marco Teórico y Conceptual

1.11.1 Maternidad por Sustitución

Para la jurista Cristina Franco Cortázar (2018) la maternidad por sustitución es:

El proceso reproductivo por el que una mujer celebra un contrato oneroso o gratuito de maternidad contratada para someterse a un tratamiento de embarazo para concebir al hijo de otra mujer, hombre o pareja. Se lo realiza de la misma manera que la fecundación in vitro, salvo que en este caso el óvulo fecundado es implantando en el útero de la contratada y no de la futura madre. Terminado el embarazo el niño concebido mediante esta técnica es transferido a la madre comitente, sin que aquella que lo haya gestado durante los nueve meses pueda ejercer derechos u obligaciones sobre el niño. (p. 23)

Partiendo del concepto antes establecido se encontraron dos enfoques que se le puede dar a la maternidad por sustitución: el primero es terminológico; y el segundo, de acuerdo a posturas de prohibición y admisión:

Enfoque terminológico. - al momento de definir a la maternidad por sustitución podemos encontrar varias denominaciones como, por ejemplo: alquiler de útero, gestación por sustitución, maternidad por sustitución y maternidad subrogada, denominaciones que algunos autores definen como las más adecuadas dependiendo su análisis.

La autora Eleonora Lamm (2012) se inclina por la denominación:

La gestación por sustitución en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto ya que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra sustitución hace referencia a que se gesta para otro que no puede hacerlo. (p. 16)

Por su parte el autor Jouve de la Barreda (2017) expresa que:

No se trata de un vientre de alquiler, sino de una “madre de alquiler”, ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que quien la contrata no desea o no puede llevar a cabo. (p. 154)

Y en favor del término maternidad por sustitución indica:

Denominar a esta práctica “gestación por sustitución” es precisamente ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado pues ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz un hijo. Por todo ello, parece más adecuado hablar de “maternidad por sustitución”, que es lo que describe mejor los hechos que se llevan a cabo. (Barreda, 2017, p. 154)

Enfoque de la maternidad por sustitución de acuerdo a posturas. - maternidad por sustitución es un tema muy debatible en el mundo social, político y jurídico, es por ello que en diferentes Estados se ha generado las siguientes posturas de prohibición y admisión.

Primera Postura. -Prohibición de la maternidad por sustitución:

El marco normativo de los países que sostienen esta postura prohíben y declaran nulos todos aquellos acuerdos de gestación por sustitución, (...) No se manifiesta a favor de la gestación por sustitución en tanto ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. (Lamm, 2012, p. 17).

Segunda Postura. - Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones:

Se entiende que los gastos médicos, de asistencia y alimentarios otorgados a la gestante durante el embarazo no deben teñir de retribuida y hacer perder a la operación su carácter altruista y desinteresado. Se estima que sólo debe reputarse oneroso un acuerdo de esta clase cuando enriquezca a la gestante, o lo que es lo mismo, cuando reciba una retribución contraprestación por sus servicios de gestante, no cuando estos gastos sean la propia consecuencia de su situación. (Lamm, 2012, p. 276).

Tercera postura. -Admisión amplia:

Los países que sostienen esta postura consideran la maternidad por sustitución como una práctica legal. (...) muchos ordenamientos están regulando esta figura para dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente y, consecuentemente, el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. (Lamm, 2012, p. 16)

En cuanto a lo establecido anteriormente sobre los enfoques en terminología y posturas de admisión y prohibición; en primer lugar desde nuestro análisis, el uso de cualquiera de las denominaciones a la figura de la maternidad por sustitución, genera efectos psicológicos en quienes la escuchan o la pronuncian, y dependiendo la terminología puede causar rechazo o aceptación, es el caso del término “vientre de alquiler” que tiene una connotación de cosificar a las persona y de convertirla en un medio comercial, al igual que el término gestación por sustitución, que no incluye en su alcance al sentimiento afectivo maternal del proceso de gestación.

Por tal fundamento, la idoneidad del término “maternidad por sustitución” es precisa y flexible al proceso de embarazo, que involucra un vínculo afectivo, físico y psicológico de la madre gestante con el nasciturus y los padres subrogantes.

De acuerdo al segundo enfoque donde se establecen tres posturas: los que prohíben, los que admiten con requisitos o los que admiten de manera amplia. A nuestro criterio es necesario que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se incorpore la figura de la maternidad por sustitución, pero desde la postura de admisión con requisitos y condiciones que favorezcan a las personas o parejas con infertilidad comprobada y que su salud sexual y reproductiva esté afectando su proyecto de vida, además de que su práctica sea controlada por el Estado como garante de los derechos de reproducción tanto de los padres subrogantes como de la madre gestante y los derechos del nasciturus o del recién nacido por esta modalidad, bajo un contrato bilateral gratuito y con la compensación de gastos económicos.

Por ejemplo, si no se establece claramente en la norma que este tipo de procedimientos se deberá realizar en centros médicos especializados y certificados por el ministerio de salud pública, existe el riesgo de que se lo realicen en cualquier centro médico y existan desenlaces

fatales, es por eso la necesidad de normar dentro de nuestra legislación para que exista un control absoluto; y así, no dar paso a ninguna clase de errores.

1.11.2 Filiación

La filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos. Normalmente, tiene como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza), pero puede encontrar su fuente en la ley (filiación por adopción). Esta amplia noción de filiación se diferencia de los restantes institutos que conforman el derecho de familia, tomando en cuenta las permanentes alteraciones que experimenta. Tales alteraciones se presentan frente a dos variables principales: a) los cambios sociales, y b) el impacto biotecnológico. (Varsi, 2017, p. 3)

En la actualidad existe un nuevo criterio de filiación para la maternidad por sustitución, que es la voluntad procreacional:

La teoría de la voluntad procreacional establece que:

La filiación es el deseo y la intención de los partícipes, que anhelaron ser padres unos y colaboradores otros, lo cual debe primar y respetarse. Debe asemejarse al sistema de la adopción, cuya esencia radica no en la génesis (ADN) sino en la voluntad. La filiación por técnicas de reproducción asistida deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socio afectividad, sustentada en la voluntad procreacional. (Varsi, 2017, p.4)

En el Ecuador existen dos reglas básicas que determinan la filiación de la maternidad y la paternidad; la primera regla es la filiación del hijo con la madre basado en el principio *mater semper certa est*, que significa la madre es siempre conocida; es decir, la mujer que concibe o da a luz al niño se entenderá como madre biológica, sin importar la existencia de un matrimonio o no; y la segunda regla, de la filiación del hijo con el padre es el principio *pater is est quem*

nuptiae demonstrante, que significa es padre aquel que indican las nupcias, que en el derecho civil es la presunción de paternidad, dicho en otras palabras, el esposo de la madre se presume que es el padre del hijo.

En la realidad social existen otras formas de filiación además de la determinación por la genética, que es la filiación social aquella madre o padre que cuida de un menor de edad, le da educación, vestimenta, alimentación y estabilidad familiar, derivado del reconocimiento voluntario o la adopción legal.

Otro determinante es el avance tecnológico, que favorablemente contribuye a nuevas formas de procreación humana, con el fin de satisfacer las necesidades de las personas, coadyuvar al desarrollo de sus derechos reproductivos y realización de su proyecto de vida, utilizando las técnicas de reproducción humana asistida. Este nuevo criterio de filiación de la maternidad por sustitución como es la voluntad procreacional, no se encuentra dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo incompatible con los principios tradicionales antes mencionados, por lo que es necesaria su regulación.

1.11.3 Derechos de Reproducción

Existen dos enfoques sobre los derechos de reproducción aplicados en la maternidad por sustitución, que son: el primero es la autonomía y la libertad de decisión; y segundo, la oposición a la maternidad por sustitución por razones de mercantilización.

Siguiendo a Eleonora Lamm (2012) expresa que:

La salud reproductiva parte de la esencia del disfrute sexual y la capacidad de decidir sobre la procreación; y, la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia, no se agota en servicios de anticoncepción y procreación responsable apropiados, atención durante el embarazo y parto, prevención de enfermedades de

transmisión sexual, atención de VIH, etc., sino que es bastante más amplia e implica también métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva, incluyendo las tecnologías diseñadas para tratar la infertilidad y para permitirles a las parejas infértiles tener hijos. (p. 17)

Y en oposición a la maternidad por sustitución la autora María José Guerra (2018) expresa que: “la autonomía reproductiva de las mujeres demanda la desmercantilización de la reproducción humana y nos declaramos contra las nuevas servidumbres y esclavitudes que alienta la economía global, especialmente, para las mujeres” (p. 10).

La salud sexual y reproductiva es un derecho fundamental constitucional de todas las personas, que el Estado debe proteger y garantizar a sus habitantes, ya que de este derecho se deriva el bienestar físico y psicológico de todo ser humano, el goce de salud sexual y reproductiva implica la autonomía de reproducción de cuantos y cuando procrear o no, conforme a la cosmovisión, filosofía y proyecto de vida de cada persona o pareja; además de gozar de establecimientos públicos y privados para el tratamiento de personas con infertilidad; así también, de centros especializados de TRHA que sean autorizados y controlados por el ministerio del ramo, como medios alternativos para garantizar la salud sexual y reproductiva, lo cual ya ha sido pronunciado favorablemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Corte IDH).

La maternidad por sustitución es una modalidad y posibilidad dentro de las TRHA, que garantiza el derecho de reproducción para quienes tengan infertilidad comprobada. La intención positiva de esta figura jurídica es darle viabilidad a los numerosos casos de maternidad por sustitución que se llevan a cabo en la clandestinidad y sin medidas de seguridad ni control. No se trata de mercantilizar el cuerpo de la mujer, o de tratar al hijo como la compra de un objeto, o

de incentivar la trata de personas, como define la autora María José Guerra; todo lo contrario, la maternidad por sustitución es una realidad social que debe ser regulada por la ley bajo normas de protección y condiciones seguras para todos los intervinientes de este proceso. Principalmente fundamentado en el altruismo, en la autonomía de una decisión libre y voluntaria de la gestante bajo el consentimiento informado de los riesgos, el procedimiento, etapas del embarazo y las consecuencias legales del acuerdo contractual, con observación estricta de las condiciones físicas y psicológicas tanto de la gestante como de los padres subrogantes que aportan con el material genético.

1.11.4 Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida pueden ser definidas como:

Todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Las más conocidas son: la inseminación artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja), la inseminación artificial homóloga cuando el marido ha fallecido, inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante); fecundación extrauterina o in vitro, que permiten que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea quien aportó el ovulo fecundado. (Scotti, 2015, p. 5)

En oposición los autores Rivas & Álvarez (2018) indican que:

La complejidad de estas técnicas de procreación con terceras partes, no solo viene dada por la multiplicidad de actores individuales e institucionales que intervienen en ellas, sino

por las posiciones desiguales y asimétricas de poder que ocupan en la estructura del campo de la reproducción. (p. 2)

Las TRHA hacen posible que las personas que no puedan procrear de manera natural, lo puedan realizar mediante instrumentos médicos tecnológicos y la ayuda de terceras personas (donantes) que pueden aportar con su material genético, frente a esta conceptualización encontramos que hay personas que están a favor de que se realice este tipo de técnicas porque de esta manera ayudan a que las parejas infértiles puedan crear una familia; así también, existen los que se oponen fundamentándose que la manipulación de este material genético provoca la inviolabilidad de la vida.

Sin embargo, debemos recordar que la Corte IDH ya se pronunció al respecto en la sentencia *Artavia Murillo vs Costa Rica* en la que decide como imperativo la realización de las TRHA en los países suscritos, por considerarse que la concepción de la vida inicia desde la implantación del óvulo fecundado en el útero. De ahí parte la importancia de que en el Estado ecuatoriano se debería aplicar las TRHA bajo un marco legal correspondiente y de esta manera salvaguardar los derechos de reproducción, logrando un procedimiento exitoso en su práctica.

1.12. Hipótesis o Ideas a defender en la Investigación

La falta de legalización de la figura de la maternidad por sustitución en la normativa ecuatoriana vulnera los derechos de reproducción instituida en la Constitución de la Republica.

1.13. Métodos a Utilizarse

Fundamentación teórica: se utilizará los métodos inductivo-deductivo, partiendo de una premisa mayor que desarrollará los antecedentes, concepciones y características de la maternidad por sustitución y una premisa menor que consistirá en el análisis de los tratados internacionales y

legislación comparada obteniendo de estas premisas un proceso deductivo que nos lleve a una conclusión de la vulneración de derechos. A través de las técnicas de revisión bibliográfica y de base de datos científica.

Diagnostico situacional: El método a utilizar es el empírico, mediante la recolección de información bibliográfica y linkográfica que nos evidencie la realidad social-jurídica de la maternidad por sustitución tanto en el Ecuador como a nivel internacional, con el fin de proteger y evitar la vulneración de los derechos reproductivos.

1.14. El Cronograma de Tareas

Actividades	Mes 1	Mes 2	Mes 3	Mes 4	Mes5	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 teorías, 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

1.15. Bibliografía

- Barreda, J. d. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética*, 153-162. Obtenido de <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>
- Bernal, J. (2014). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. *Opinión Jurídica*, 12(24). Obtenido de Opinión Jurídica: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/588>
- Cortázar, C. F. (Diciembre de 2018). Implicancias éticas y jurídicas de la maternidad subrogada en el proyecto de reforma al Código Orgánico. *Acta bioethica*, 7(2), 227-235. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2017000200227>
- Guerra, M. J. (2018). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional. *Dilema*(26), 39-51. Obtenido de Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres.
- Lamm, E. (12 de Julio de 2012). Gestación por sustitución. *Indret*, 16-36. Obtenido de https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bd65Z660-JAJ:https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec
- Rivas, A. M., & Álvarez, C. (2018). Biotecnologías, mercados reproductivos y co-producción de parentesco. *Revista de Antropología Social*, 27(2), 215-219. Obtenido de [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/enfoque%20en%20contra%20TRHA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/enfoque%20en%20contra%20TRHA%20(1).pdf)
- Scotti, L. B. (2015). La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*, 5. Obtenido de http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652015000100231&lang=es
- Varsi, R. E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista IUS*, 11, 3. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006