



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE RICAFUERTE DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO  
CARRERA DE DERECHO**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIO LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA**

**TÍTULO**

**“SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL  
ECUADOR”**

**TUTORA**

**DRA. MSC. VIOLETA BADARACO DELGADO**

**AUTORES**

**ARTURO DANIEL OLIVARES NARVAEZ**

**JUAN JOSÉ CÁRCAMO MONTALVÁN**

**2015**



## **CERTIFICACIÓN DE LA AUTORA DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

Guayaquil, 31 de julio de 2015

Certifico que el Proyecto de Investigación titulado "SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR", ha sido elaborado por los Srs. Juan José Cárcamo Montalván y Arturo Daniel Olivares Narvárez, bajo mi tutoría y que el mismo reúne los requisitos para ser defendido ante el Tribunal Examinador que se designará para el efecto.

Dra. Msc. Violeta María Badaraco Delgado.



## DECLARACIÓN EXPRESA

Declaramos que los resultados obtenidos en la investigación, presentada como tesis de grado, previo a la obtención del título de **ABOGADOS DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**, son absolutamente originales, legítimos y personales.

En tal virtud, expresamos que el contenido, las conclusiones y los efectos legales y académicos que se desprenden del trabajo propuesto, nos corresponde exclusivamente; y el patrimonio intelectual del mismo, a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil y a la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho.

Juan José Cárcamo Montalván

Arturo Daniel Olivares Narváez

## AGRADECIMIENTO

Agradecemos a Dios, por todas las bendiciones recibidas a lo largo de nuestra vida; los dones y virtudes entregadas, así como los defectos, han hecho de nosotros unas personas en busca del crecimiento constante, sin olvidar el amor al prójimo. A nuestros queridos padres, que siempre se han esmerado por brindarnos lo mejor, a nuestros hermanos, familiares, amigos; A la Dra. Violeta Badaraco, le damos las gracias por dirigir este trabajo investigativo, sobre todo por su paciencia y entrega, impartiendo, más que conocimientos, principios humanistas para formar, antes que exitosos profesionales, excelentes personas.

A los diferentes médicos de las clínicas consultadas y a los señores Jueces quienes fueron entrevistados, por abrirnos sus puertas y mediante sus criterios, darle una perspectiva amplia y variada a la presente investigación.

Un agradecimiento especial a nuestros catedráticos quienes estuvieron presentes en las buenas y malas durante nuestra faceta universitaria y dándonos ánimos para no desmayar en el transcurso del presente trabajo. Finalmente, agradecemos a esta distinguida Institución de Educación Superior, Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, que nos acogió durante nuestros mejores años, sabiendo reconocer nuestros logros académicos y premiando siempre nuestros esfuerzos. A todos ustedes infinitas gracias y que Dios les colme siempre de bendiciones.

Juan José Cárcamo Montalván

Arturo Daniel Olivares Narváez

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo en primer lugar a Dios para ofrecerle lo mejor de mí, para crecer en él cada día como profesional y persona, y para mis hermanos para que vean que la vida es una constante preparación y perseverancia en la que hay que superarse, y, por último, a mis padres para que se sientan orgullosos por el logro que cada día alcanzaré.

**Arturo Daniel Olivares Narváez**

Dedico esta tesis a Dios, a mis padres, mi Tía Haydee por ser un apoyo constante con su amor y preocupación, mis hermanos, a mi esposa, a mis amigos de formación espiritual, por permanecer unidos aceptando nuestros fracasos y disfrutando de nuestros triunfos. A mis queridos padres les dedico, especialmente todo mi esfuerzo plasmado en esta tesis, porque me han demostrado que más que mis padres son unos verdaderos amigos, que me han enseñado a valorar y a demostrar que todos somos capaces de seguir luchando, a mis maestros por ser guías y amigos durante los seis años de aprendizaje en la universidad, a nuestra tutora, directores de las clínicas de fertilidad del país y a todos mis familiares.

**Juan José Cárcamo Montalván**

## ABSTRACT

This document aims to present a synthesis of the data, outputs, discussion, conclusions and recommendations attained in this research paper. Throughout the documentary research, the following theoretical and scientific contents have been assessed: the description and evaluation of the assisted reproductive technologies, and the diverse techniques in the medical field.

On the other hand, parallel elements are discussed: the gamete donation from a juridical perspective, the doctrinaire study of surrogate maternity, its modality as a contract, and its incorporation in other legislations; finally, paternity, its systems, theories, and the legal maternity in Ecuador. Regarding field research, an analysis of the interviews of specialized physicians and judges has been made.

Moreover, other surveys made to citizens showed that the population has a high degree of awareness and acceptance related to these scientific advances and surrogate maternity.

Furthermore, our delay in the law is visible in terms of paternity, paradoxically there is a prominent number of cases in consulted private clinics, where the staff do not count with regulations on the application and protocols to be followed when facing those techniques. Moreover, there is no legislation regarding the establishment of a paternity bound among parents and for the children born through these procedures; especially in the particular case of surrogate maternity, there are no regulations that guarantee and set guidelines towards signing a lawful contract. The abuse of the autonomy principle and the act of contracting among parties comes with arbitrary acts and usually infringes on the fundamental rights. Hence, there are boundaries that are required.

The proposal is divided in four parts. First, the legal considerations regarding a possible surrogate maternity contract in the current national legal system from multiple views: constitutional, civil, and the one of children and youth rights. Second, the possible conditions or elements that the contract signed in Ecuador should be observed by adjusting elements to the national reality.

Third, an analysis related to consent as a decisive element of paternity in surrogate maternity. At last, the legal product itself, conceived as a reform of the Civil Code. This has to be consistent with the incorporation of a section dealing with paternity from the assisted reproductive technologies and surrogate maternity. The impacts have been established in the following fields: educative, socio cultural, legal and ethical, which have established a highly positive value.

The main conclusions show that this proposal turns more effective the acknowledgment of children's identity right without discrimination of any kind.

The latter depends on future regulation of those contracts with standardization of the competent authority related to safeguard procedures and performance. As for recommendations: a call to the national legal body to issue several regulations, those are the immediate consequence of acknowledging the medical techniques and practices in paternity. This will allow specialists to head toward the scientific and medical aspects in the contractual nature of the surrogate contract.

# INTRODUCCIÓN

Constituye un honor para nosotros, como estudiantes del Derecho, desarrollar este proyecto de investigación que a su vez será un aporte para la realidad social de nuestro país, ya que la “maternidad subrogada” no solo es un tema particularmente novedoso, sino también de mucha actualidad e importancia.

Como es natural, nos corresponde transitar por caminos recién trazados, diríamos con mayor precisión, sobre huellas frescas, donde queda mucho por hacer, ya que es muy difícil basarnos en algún precedente confiable o sacar conclusiones consolidadas, como sucede con otras figuras de contenido patrimonial.

Se advierte fácilmente, los avances científicos experimentados en la segunda mitad del siglo pasado, especialmente con motivo del caso Brown o “bebé probeta”, vinieron a modificar radicalmente reglas y doctrinas aceptadas en forma indubitable durante miles de años, para dar nacimiento a problemas que con anterioridad hubieran resultado inimaginables: nos referimos, por un lado, a la naturaleza jurídica del embrión extracorpóreo y su consecuencia inmediata: la posibilidad de desarrollar la gestación humana a partir de un embrión logrado por mecanismos artificiales respecto de los biológicos y propios de la madre, circunstancia que nos traslada inmediatamente al campo de la temática de esta obra de investigación, cuando el gameto fecundado in vitro, resulta implantado en el útero de una mujer que no guarda vinculación genética alguna con quien lo ha creado, generando de esta manera el fenómeno conocido bajo la denominación de “maternidad subrogada”.

A medida que iremos desarrollando los capítulos que conforman la parte introductoria, se profundiza el tratamiento específico y particularizado de cada uno de estos problemas, los que por su significado e influencia sobre las soluciones finales, hacen las veces de una suerte de antecedente necesario con relación a

las conclusiones que luego se formulan respecto de la necesidad de despejar el conflicto entre la madre gestante y la madre biológica, cuando la primera desconoce los acuerdos pactados e invoca a su favor el exclusivo protagonismo del proceso natural de gestación del embrión implantado invocando derechos personalísimos absolutos e indispensables en lo que hace a la atribución de la filiación del hijo por ella concebido.

La disparidad y multiplicidad de conclusiones a que arriba la doctrina acerca de la mejor solución que corresponde dar a los conflictos planteados por la maternidad subrogada, de conformidad con el ordenamiento vigente (atribución de la maternidad a la dueña del útero, a la dueña del óvulo, a quien tuvo la voluntad procreacional, a la dueña del útero con posibilidad de la pareja comitente de adoptar al nacido, entre otras), nos permite concluir acerca de la conveniencia de dictar una legislación específica que contemple las técnicas de reproducción asistida en general y la maternidad subrogada en particular.

La cuestión se viene planteando con particular insistencia porque, a pesar de los rechazos doctrinales constantes de las intervenciones de maternidad subrogada, sumados a los planteados por la sociedad en general, las candidatas a madres portadoras y parejas o sujetos demandantes se ofrecen cada día con mayor continuidad y los acuerdos, sean válidos o no, se cumplan o se incumplan, dan lugar al nacimiento de niños concebidos merced a estas convenciones, que merecen una respuesta de justicia.

# TABLA DE CONTENIDO

## 1. PORTADA.

## 2. ABSTRACT.

## 3. INTRODUCCIÓN.

## 4. TABLA DE CONTENIDO.

CAPÍTULO I.....	15
EL PROBLEMA.....	15
1.1. Tema .....	15
1.2. Planteamiento del problema .....	15
1.2. Análisis crítico.....	15
1.3. Prognosis.....	16
1.4. Formulación del problema .....	16
1.5. Delimitación de la investigación.....	16
1.7. Justificación .....	17
1.8. Objetivo general.....	18
1.9. Objetivos específicos.....	19
1.10. Hipótesis.....	19
1.11. VARIABLES E INDICADORES.....	19
Problema General .....	19
Problemas específicos .....	20
CAPÍTULO II.....	21
MARCO TEÓRICO .....	21
2.1. Concepto .....	21
2.2. Definición.....	21
2.3. Antecedentes.....	21
2.4. La importancia del útero materno en el proceso de gestación. ....	22
2.5. Factores relacionados con el útero.....	23

2.6. Definiciones de tecnología de reproducción asistida .....	23
2.7. Inseminación artificial .....	23
a) Tipos .....	24
b) Factores de aplicación .....	25
2.6 Fecundación In Vitro.....	26
a) Fases del procedimiento .....	26
b) Resultados .....	27
c) Factores de aplicación.....	27
d) Casos a propósito de la transferencia de embrión .....	28
CAPÍTULO III .....	32
LA MATERNIDAD SUBROGADA .....	32
3.1. Introducción .....	32
Caso Baby M.....	32
La Maternidad como Don .....	34
3.2. Concepto y terminología.....	35
3.2. Modalidades .....	36
3.3. Maternidades inmersas dentro de la Maternidad Subrogada .....	37
3.4. Variantes .....	37
3.5. Una respuesta a la esterilidad e infertilidad .....	39
3.6. Admisibilidad .....	41
a) Argumentos a favor.....	41
b) Argumentos en contra: La protección de un fin constitucionalmente válido.....	43
CAPÍTULO IV.....	45
LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ÁMBITO JURÍDICO Y SOCIAL.....	45
4.1. ALCANCES JURÍDICOS .....	45
4.1.1. Modalidades de Subrogación Gestacional .....	46
4.2. Maternidades inmersas dentro de la Maternidad Subrogada .....	47
4.3. Una respuesta a la esterilidad e infertilidad .....	47
4.4. Admisibilidad .....	49
a) Argumentos a favor.....	49

b) Argumentos en Contra .....	54
4.5. Problemáticas que pueden plantearse en torno a la Maternidad Subrogada .....	57
4.6. Naturaleza jurídica del contrato de Maternidad Subrogada en la doctrina .....	57
Características .....	58
Contrato Innominado.....	58
Contrato Consensual y Solemne.....	59
Contrato Bilateral.....	59
4.7. Maternidad Subrogada en el Mundo.....	60
India .....	60
Ucrania .....	61
Reino Unido.....	61
Alemania .....	62
Francia .....	63
España .....	64
4.8. La Maternidad Subrogada y el tema de la Homosexualidad .....	66
CAPÍTULO V.....	74
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.....	74
5.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	74
Métodos.....	74
Método científico: .....	74
Método descriptivo: .....	74
Método analítico:.....	75
5.2. Características. -.....	75
5.3. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	75
5.3.1. Población.....	75
1'372.193.....	75
5.3.2. Muestra .....	76
5.4. TECNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	77
5.4.1. Técnicas de la observación .....	77

5.4.2 Observación directa.....	77
5.4.3 Observación indirecta.....	77
5.5. Instrumento de recolección de datos.....	77
5.5.1. Técnicas de encuesta.....	77
5.5.2. Técnicas de entrevista.....	78
5.5.3 Validación de instrumentos .....	78
5.5.4 Aplicación de los instrumentos .....	78
5.6 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES .....	78
5.7. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	79
5.8. RECURSOS: FUENTES, CRONOGRAMAS Y PRESUPUESTO PARA LA RECOLECCION DE DATOS.....	79
5.8.1. Fungibles.....	79
5.8.2. Permanentes. ....	79
5.8.3. CRONOGRAMA.....	80
5.8.4. PRESUPUESTO. ....	81
5.8.5. TRATAMIENTO A LA INFORMACIÓN.- PROCESAMIENTO DE DATOS.....	82
5.9. CRITERIOS PARA ELABORAR LA PROPUESTA.....	82
5.10. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS .....	82
6. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	98
CAPÍTULO VI.....	99
MARCO PROPOSITIVO.....	99
6.1. TEMA.....	99
6.2. DESARROLLO .....	99
Sistemas de atribución .....	101
Tipos de filiación (unidad o pluralidad) .....	102
Procedimientos para constituir la filiación.....	102
Formas de determinar la filiación .....	102
Acciones relativas a la filiación .....	104
Acciones de imputación .....	104
Acciones de impugnación.....	104

6.3. Jurisprudencia Internacional .....	105
Los Derechos Humanos Afectados .....	106
La Evidencia Científica .....	108
La Condición Jurídica del Embrión .....	110
La Violación de los Derechos Humanos.....	112
Efectos de la Sentencia.....	115
6.4. FACTIBILIDAD: .....	118
PROPUESTA: Proyecto de Ley.....	118
6.5. VISIÓN HUMANISTA .....	121
Posición de la Iglesia Católica ante la maternidad subrogada. ....	121
¿Es el cuerpo de la mujer una herramienta de producción? .....	122
Principio de indisponibilidad del cuerpo humano.....	123
¿Es el hijo una cosa de la que, la madre portadora, se puede apropiar? .....	124
¿Se destroza la relación, entre madre e hijo, durante la gestación por la práctica de la maternidad subrogada? .....	125
¿Es la maternidad subrogada una modalidad de adopción? .....	127
6.6. CONCLUSIONES .....	128
6.7. Recomendaciones .....	128
BIBLIOGRAFÍA.....	131
Páginas Web Consultadas .....	132
ANEXOS.....	133
ANEXO NO. 1 .....	134
FORMATOS DE ENTREVISTAS .....	134
ENTREVISTA.....	135

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA

### 1.1. Tema

Situación jurídica de la maternidad subrogada en el Ecuador.

### 1.2. Planteamiento del problema

La maternidad subrogada se ha convertido en una práctica muy común en el mundo, a este método han recurrido incluso personas famosas como el cantante Ricky Martin, quien se convirtiera en padre de gemelos luego de rentar el útero de una mujer o la actriz Sharon Stone, que a los 47 años de edad, optó por recurrir a este método para ser madre por segunda vez. Hablar en la actualidad de “vientre de alquiler”, es hablar de un fenómeno social que tiende a seguir extendiéndose, debido a que resulta verdaderamente eficaz para que puedan obtener descendencia aquellas parejas donde la mujer se encuentra imposibilitada de gestar o de reproducir, eficaz para aquella persona que aspire a convertirse en padre o madre siendo soltero o soltera, e incluso eficaz para las parejas de homosexuales; sin embargo esta técnica se enfrenta a obstáculos sociales y jurídicos que en ciertos aspectos la han hecho inviable.

La maternidad subrogada, es el procedimiento mediante el cual una persona o una pareja, encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento.

### 1.2. Análisis crítico

El presente trabajo parte de un árbol de problemas en el que es necesario hacer un amplio estudio acerca de la implementación de este método en el mundo social y cómo debería ser insertado en el sistema jurídico del Ecuador, desde sus aproximaciones más tangibles y utópicas.

### 1.3. Prognosis

Es imprescindible abordar el problema a través de una exhaustiva investigación se inserten los avances del constitucionalismo europeo que han logrado incorporar a nuestra cultura jurídica nuevos conceptos: reglas, principios, precedente, state decides, laguna axiológica. La finalidad es que a través de la averiguación de la verdad en que se plantean estos conceptos y se erigen como pilares en nuestra sociedad sean democratizados a través de la investigación estos conocimientos.

### 1.4. Formulación del problema

La falta de regulación de la Subrogación Gestacional, aplicable a través de la Técnica de Fecundación In Vitro, en el sistema jurídico y centros de infertilidad y esterilidad del Ecuador, que determine la licitud de estas prácticas en nuestra legislación, constituye un serio problema en nuestro país, porque como es de conocimiento, el derecho debe adecuarse a la realidad social y avances científicos que van presentándose, lo que no ocurre en el Ecuador respecto de la Maternidad Subrogada.

### 1.5. Delimitación de la investigación

<b>CAMPO</b>	Maternidad Subrogada
<b>ÁREA</b>	Civil - Familia
<b>ÁMBITO TEMPORAL</b>	Noviembre 2014 hasta junio 2015

<b>ÁMBITO ESPACIAL</b>	Órganos jurisdiccionales, sociedad, juristas, médicos especializados.
------------------------	--

### **1.7. Justificación**

La realidad científica en la que se ve inmersa actualmente nuestra sociedad, requiere un tratamiento y un análisis no solo desde el punto de vista médico, ético, moral y social sino también jurídico, puesto que tratamientos médicos como la Subrogación Gestacional, aplicable a través de la Técnica de Fecundación In Vitro, han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son pocos adecuados o ineficientes. Existen además muchos centros de infertilidad y esterilidad privados, en nuestro país, en los que se realizan estas técnicas y procedimientos accesorios, dando lugar a hechos enteramente nuevos que no tienen alguna previsión legal, que deja al individuo y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión, debido a que estas nuevas técnicas de reproducción han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal. Por lo que se hace precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de estas técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del derecho allí donde proceda, con respecto a: el material embriológico utilizado, las receptoras de las técnicas, las manipulaciones a las que las técnicas pueden dar lugar y los momentos procedimentales relacionados a la práctica de la subrogación gestacional.

La actitud que debemos asumir como cultores de las ciencias jurídicas frente a estos nuevos descubrimientos científicos es distinguir posibles soluciones en base a la admisibilidad y licitud de estas técnicas de reproducción asistida, en pro de la solución de las múltiples necesidades y angustias que aquejan al hombre en la sociedad contemporánea. Por ende, nuestro ordenamiento jurídico debe reflejar una valoración superior en cuanto a la realidad de estos temas biomédicos, y en base a la evidencia de las necesidades sociales determinar si resulta conveniente y útil para la humanidad.

Quizás en esta labor de dar respuesta jurídica a la subrogación gestacional y la técnica de fecundación in vitro, en el Derecho de nuestro país, no nos encontramos ante un vacío total, ya que es posible identificar dentro de nuestro sistema normativo variados elementos, de diversas amplitudes, que pueden hacer las veces de herramientas y proponen el establecimiento de soluciones jurídicas a los problemas o los hechos no previstos en los textos.

Y es por ello, que nos acogemos a los valores fundamentales que son reconocidos en nuestro ordenamiento y que reflejan en sus normas positivas a aquellos principios jurídicos que pueden ser considerados como esenciales, y sobre los cuales, no es posible prescindir, condescender o transar, so pena de desarticular desde su base todo el sistema normativo, por tanto queremos dar una base sólida a nuestro proyecto fundamentándolo en la protección de la vida y la dignidad humana; la consideración preferente de los intereses y derechos del niño; y la protección de la familia, cuyo cauce de constitución social, jurídica y éticamente deseable, se encuentra en el matrimonio; las mismas que nos permitirán ir más allá de la valoración puramente ética.

En todo caso, el presente trabajo representa el esfuerzo por proponer una REFORMA AL ORDENAMIENTO JURIDICO VIGENTE, que no pretende abarcar todas las implicaciones que desatan las técnicas de reproducción asistidas, sino que se ciñe a la realidad urgente de dos de estas técnicas, que merecen ser orientadas a las grandes líneas de interpretación legal, y que de acuerdo a la evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán caminos a nuevos estudiosos del derecho quienes serán los encargados de analizar estos nuevos fenómenos y proponer respuestas éticas y jurídicas ante tales hecho. Por lo expuesto, consideramos que es necesaria la investigación del tema.

### **1.8. Objetivo general**

Determinar la situación jurídica de la práctica de la subrogación Gestacional a través de la aplicación de la fecundación in vitro en el Ecuador.

## 1.9. Objetivos específicos

- Identificar los motivos y condiciones por las cuales las mujeres aceptarían someterse a un contrato, aceptando gestar a un bebe en su vientre, cuya maternidad no le corresponderá.
- Establecer una propuesta reformativa, al art. 24 del párrafo 5º, Título Preliminar del Código Civil, la necesidad de normativa legal que regulen las Técnicas de Reproducción Asistida (T.R.A.) y la Maternidad Subrogada en el Ecuador.

## 1.10. Hipótesis

La regulación e incorporación, al art. 24 del párrafo 5º, Título Preliminar del Código Civil, con respecto al tema de Filiación, para los hijos que nacen producto de la subrogación gestacional y por ende, bajo las técnicas de reproducción asistida

## 1.11. VARIABLES E INDICADORES

### Problema General

- La falta de regulación de la Subrogación Gestacional, aplicable a través de la Técnica de Fecundación In Vitro, en el sistema jurídico y centros de infertilidad y esterilidad del Ecuador.

VARIABLE ÚNICA	INDICADORES
Derechos de Género	Cultura de la decisión y el respeto de los derechos económicos, sociales culturales de la humana
Derechos de Salud	Medios de Comunicación
	Regímenes Políticos
	Visibilización

## **Problemas específicos**

¿La Constitución del 2008 recoge la real expectativa que permita incluir en el escenario el debate de la libertad sexual y derechos de reproducción?

¿Es necesario reformular el marco teórico de la educación primaria, secundaria, universitaria y establecer una propuesta académica más incluyente?

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

Para una comprensión cabal del tema, partamos del estudio inicial de la biología humana, concebida desde de la fecundación, ya que es imposible separar el tema del sexo, del tema de la fecundación natural, pues el primero es el transporte natural que da pie al segundo. Normalmente, un ovulo y un espermatozoide se fertilizan dentro del cuerpo de una mujer. Si el ovulo fertilizado se fija o adhiere al revestimiento del útero y sigue creciendo, nace un bebe aproximadamente a los 9 meses, un proceso llamado concepción normal o sin ayuda.

#### **2.1. Concepto**

El vientre de alquiler es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer.

#### **2.2. Definición**

La fecundación se define como la unión o fertilización del óvulo femenino con el espermio masculino.

El ser humano, tiene la habilidad que tienen todos los seres vivos, de crear vida mediante el acto sexual, que da inicio a la fecundación que se desarrolla de forma natural dentro del organismo de la mujer, junto con el material genético que introduce el hombre, cuyo fin es dar origen a descendientes, con genes de ambos padres.

#### **2.3. Antecedentes**

Si queremos estudiar el papel esencial del proceso natural de la fecundación, debemos trasladarnos hasta el año de 1875, cuando el mecanismo de la reproducción en el erizo de mar fue demostrado por Oskar Hertwig, cuando

describió la fecundación del óvulo por el espermatozoide, la cual representa la esencia de las teorías modernas de la fecundación, desde entonces comenzaron a desarrollarse varios estudios.

En 1879, Herman Fol, médico y zoólogo Suizo, observó por primera vez la penetración de un espermatozoide en un óvulo. Después de un siglo de progreso de los descubrimientos científicos biológicos, es posible establecer claramente la secuencia del proceso de transmisión de la vida de una generación a otra mediante la procreación del ser humano.

Sin lugar a duda, este proceso de formación e integración del ser humano es extraordinario. Dos células formadas por la unión de una célula sexual conocidas como (gametos) masculinos y otro femenino se unen, y a partir de esta unión se origina el cigoto y luego el proceso de multiplicación celular, formará el embrión.

El ovulo es una célula grande, con forma almendrada, que ocupa un extremo del folículo ovárico, al romperse el folículo es expulsado el óvulo junto con un grupo de células foliculares hacia la superficie del ovario, donde es absorbido por las fimbrias de la trompa uterina (trompas de Falopio) y es en donde se realiza la unión con el espermatozoide, dando lugar a la fecundación, el ovulo fecundado es transportado hacia la cavidad uterina para su nidación y desarrollo, el útero también llamado matriz, es el órgano encargado de recibir el óvulo fecundado procedente de la trompa de Falopio para nutrirlo y desarrollarlo, constituyendo así el proceso de gestación.

#### **2.4. La importancia del útero materno en el proceso de gestación.**

Durante el embarazo, el embrión en desarrollo crece dentro del útero. El cigoto empieza a dividirse mientras es conducido por el movimiento que producen los cilios (que son prolongaciones de las células, similares a pelos) que recubren las trompas de Falopio, y que conduce al cigoto por dentro del oviducto hacia el útero, proceso que dura unos cuatro días.

Una semana después de la fecundación, el cigoto se ha convertido en un blastocito, es decir, en un conjunto de varias células. Una región engrosada del

blastocito llamada la masa de células internas, se convertirá en el embrión, mientras que la parte más externa se adherirá al útero y penetrará en el endometrio, proceso que se denomina implantación o anidación. La sangre que proviene de los vasos uterinos rotos más el glucógeno secretado por las glándulas del endometrio nutre al embrión en crecimiento.

## **2.5. Factores relacionados con el útero.**

Sin lugar a duda, el momento de tener un hijo se ve truncado por **la Infertilidad** que es la incapacidad, tras haber quedado embarazada, de llevar a término una gestación, al repetirse varios abortos. En cambio, **la Esterilidad**, es una incapacidad biológica, que produce alteraciones en la fertilidad de una pareja cuando queda comprobado tras un año de mantener relaciones sexuales de forma regular y sin utilizar métodos anticonceptivos, que no es capaz de conseguir un embarazo.

## **2.6. Definiciones de tecnología de reproducción asistida**

“El término tecnología de reproducción asistida describe a una serie de técnicas médicas y de laboratorio utilizadas para lograr el embarazo en las parejas estériles cuando no es posible corregir la causa de fondo” (Araiza, 2009)

También se las define como “la obtención de la procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer” (Serrano, 1999)

Para (Pérez, 2002) en Latinoamérica existen más de 100 centros que realizan estos procedimientos y de ellos han nacido más de 9.000 seres humanos mediante estas tecnologías. En la región se realizaron 13.746 procedimientos de reproducción asistida durante 1999.

## **2.7. Inseminación artificial**

La Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial la define así: “La IA consiste en trasladar el semen previamente recogido

de un varón e implantarlo al interior de la vagina o del útero de una mujer” (Sanz, 2007)

La inseminación artificial (IA como se la denominará ahora en adelante) consiste básicamente en el depósito de semen (fuera del marco de una relación sexual) realizada por parte de un especialista (médico ginecólogo) en los genitales internos de una mujer. Con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización, si se produce, ocurra en el lugar y de la forma habitual.

### **a) Tipos**

Criterios meramente técnicos de distinción de los diferentes tipos de inseminación atienden a la preparación del semen, al lugar en el que se deposite, o a la técnica utilizada. De este modo, según la preparación del semen puede tratarse de inseminación artificial con semen fresco o con semen congelado; puede ser completo (todo lo eyaculado) o fraccionado; puede ser como es eyaculado, o capacitado. Según el lugar de los genitales femeninos donde sea depositado, se habla principalmente de inseminación artificial vaginal, intrauterina, intratubárica, intraperitoneal, endocervical y exocervical.

No obstante, es de mayor interés en cuanto a sus consecuencias de relevancia social y a su tratamiento jurídico la distinción que se realiza según la procedencia del semen:

- Inseminación artificial Homóloga: Aquella realizada con semen del cónyuge o de la pareja de la mujer inseminada.
- Inseminación artificial Heteróloga: Realizada con semen de un tercero, denominado donante, sea éste anónimo o conocido.

No hay ninguna homología, ninguna adecuación especial entre los gametos de los cónyuges por el hecho de ser cónyuges. En realidad, el concepto de inseminación artificial homóloga en su acepción correcta se refiere a la inseminación realizada

con semen de un individuo de la misma especie que la inseminada, mientras que la Heteróloga, con semen de una especie distinta.

La reflexión del autor es correcta, debido a que nos encontramos en el ámbito de la reproducción de una sola especie: la Humana, por lo que por ningún motivo cabrían estos vocablos. Pese a esto el objetivo de la distinción radica en indicar la intervención de un tercero en calidad de donante que remplazará al marido o pareja de la mujer, haciendo referencia erróneamente a un “especie distinta”.

## **b) Factores de aplicación**

De todas formas, si nos atenemos al sentido de esta distinción, es posible referirse de forma breve a los supuestos en que habitualmente se recurre a la inseminación artificial.

Se utiliza semen del marido o compañero de la mujer inseminada cuando existen factores mecánicos o psicológicos que impiden o dificultan la cópula; cuando el tracto genital femenino se hace infranqueable a los espermatozoides; o cuando la “mala calidad” de los espermatozoides (por ejemplo una movilidad baja) hace aconsejable hacer una selección de los mismos.

La inseminación artificial con semen de tercero representa la inmensa mayoría de los casos de inseminación artificial, aun a pesar del mayor rechazo que genera. Estaría indicada para los casos de esterilidad masculina (ausencia de espermatozoides, alteraciones en la eyaculación o el eyaculado, etc.) con el fin de evitar la transmisión de algunas enfermedades hereditarias, o para el caso de mujeres sin pareja masculina.

La evaluación de los resultados obtenidos por la inseminación artificial varía según las publicaciones y los estudios. Además, los mismos dependerán de las condiciones en las cuales se practican las inseminaciones, e incluso de la “filosofía” con que se practiquen: si se tiende a dar a la técnica importancia y posibilidades, o si meramente se la considera como una antecámara de la fecundación in vitro.

## **2.6 Fecundación In Vitro**

Un estudio realizado en Harvard en el Departamento de Investigación Científica que inició en 2004, manifiesta lo siguiente:

La fecundación in Vitro consiste esquemáticamente en la fecundación extracorpórea de los gametos masculino y femenino en un ambiente creado en el laboratorio que reproduce el de las trompas de Falopio. Posteriormente se realiza la transferencia del embrión al útero de la mujer. Si se logra que se produzca la implantación, lo que no siempre ocurre, y siempre y cuando no se produzca alguna complicación (aborto, embarazo extrauterino, etc.), se continuaría con una gestación normal.

Éste es un procedimiento que suele ser usado en forma más común respecto de la Maternidad Subrogada, aunque como segundo mecanismo al problema de la infertilidad, ya que como primera opción generalmente está la inseminación artificial.

El método al cual se recurre en la maternidad subrogada es exactamente el mismo utilizado en la FIV, colocando el embrión en el útero de la madre subrogante.

### **a) Fases del procedimiento**

Para llevar a efecto un ciclo de FIV se necesitan seguir las siguientes etapas:

- Estimulación de la Ovulación.
- Aspiración Folicular.
- Clasificación de los Oocitos.
- Preparación y capacitación espermática.
- Inseminación de Oocitos.
- Cultivo de Embriones.
- Transferencia de Embriones.

## **b) Resultados**

El análisis de los resultados de la FIV requiere tomar en consideración múltiples variables para un adecuado análisis, ya que hay múltiples factores que influyen en el éxito del procedimiento:

- Edad Materna: Las pacientes menores de 35 años pueden presentar hasta un 16% más de embarazos que la mujer mayor de 40 años.
- Tipo de hiperestimulación ovárica: Si se utiliza gonadotrofinas con análogos del GnRH, los resultados son hasta 3 veces superiores versus CC más gonadotrofinas.
- Etiología de la Infertilidad
- Número de Embriones transferidos: La transferencia de 3 embriones aparece como la más eficiente en términos de embarazo y un número reducido de embarazos múltiples.

## **c) Factores de aplicación**

En un principio la fecundación In Vitro fue concebida para mujeres con obstrucción, ausencia de o lesiones bilaterales e irreversibles de las trompas, ya fuera de origen infeccioso o traumático en las que no era posible la reparación quirúrgica. Las trompas comunican el útero y los ovarios, por lo que son fundamentales para la unión de óvulo y espermatozoides.

En la Actualidad la FIV es diagnosticada para los siguientes factores:

- Problemas tubáricos: hidrosalpinge grave, ausencia de fimbrias, adherencias graves, embarazos ectópicos de repetición y fracaso en la cirugía reconstructiva.
- La endometriosis progresiva puede ser una indicación para FIV si fallan otras opciones de tratamiento.
- Esterilidad de causa desconocida.

- Esterilidad por factor masculino. Un recuento espermático bajo, motilidad espermática baja o morfología anómala, están asociados a una reducción de la capacidad fértil.
- Malformaciones uterinas relacionadas con la exposición al dietil estilbestrol.

Existe una fuerte tendencia a incrementar la utilización de la fecundación in vitro en esterilidades inexplicadas o idiopáticas (a veces asociadas a las multifactoriales), y sobre todo en caso de infertilidad masculina, hasta el punto de que ya en menos de la mitad de los casos (y con tendencia a disminuir) se realiza por infertilidad femenina.

Al hablar de inseminación artificial nos encontrábamos con la presencia de la mujer inseminada y del hombre del que procedía el semen, que podía ser la pareja de la mujer o un tercero. En el caso de la fecundación in vitro son posibles más casos. Por un lado se mantiene la distinción según la procedencia del semen, igual que en la inseminación artificial.

Pero en la fecundación in vitro la mujer a la que se le extrae los óvulos y la mujer a la que se le implanta el embrión pueden no coincidir.

Esto puede ser ilustrador de los problemas que aparecen. Tómese el caso hipotético, que en principio cabe pensar como el más habitual, de una pareja heterosexual que desea tener descendencia y que recurra, por las razones que sean a la fecundación artificial.

Esta hipótesis se propone simplemente para ejemplificar las múltiples posibilidades, en ningún caso se pretende agotar toda posible situación ni obviar otro tipo de supuestos.

Piénsese en el caso de una mujer heterosexual sin pareja que recurra igualmente a la reproducción asistida, o de las parejas homosexuales.

#### **d) Casos a propósito de la transferencia de embrión**

En la hipótesis anterior propuesta (pareja heterosexual), hay dos posibles orígenes para los gametos masculinos y dos posibles orígenes para los gametos femeninos: o propios o ajenos a la pareja. Hay también dos posibilidades para la gestación: por la mujer miembro de la pareja, o por otra mujer. En total ocho posibilidades distintas, de las cuales 4 se mencionaran en este acápite; es decir, solo aquellos casos de transferencia del embrión a la mujer miembro de la pareja. El resto de casos corresponden al tema de investigación:

Maternidad Subrogada, cuando la transferencia y la gestación son encargados a una tercera mujer, los mismos que serán revisados posteriormente. Así pues:

- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con gametos suyos y de su pareja. Éste es el supuesto simple y quizá el más extendido. Un ejemplo típico podría ser la incapacidad para que se produzca la fecundación debido a algún tipo de patología tubárica.
- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero. Un ejemplo claro, sería una causa de esterilidad masculina.
- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con espermatozoides de su pareja y con óvulos de otra mujer. Un ejemplo podría ser algún tipo de infertilidad ovárica femenina.
- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o los embriones fecundados con óvulos de una tercera y espermatozoides de un tercero. Un ejemplo sería el de la infertilidad de ambos miembros de la pareja.

Rivero Hernández (1988) establece que el hijo debe poder conocer la identidad del donante sin que quepa en ningún caso determinar la filiación respecto de él.

Estima el autor que el derecho a conocer el origen biológico del nacido por TRA condonación de gametos es un derecho inalienable e innegable a quien tenga

aquel origen, el primero y más natural por el mero hecho de haber nacido y uno de los derechos fundamentales de la persona, sin embargo menciona lo siguiente:

La determinación de esa relación genética, el conocimiento de la identidad del donante de gameto responsable de la herencia genética del hijo, no significará ninguna relación jurídica con respecto a él, en sentido de que no se le pueda hacer reclamación alguna de paternidad/maternidad formal y de los derechos que esto implica (alimentos, derechos sucesorios), al igual que imposibilita cualquier otra reclamación o indemnización (por ejemplo, por haber contribuido causal y biológicamente al nacimiento y a una vida desgraciada).



## CAPÍTULO III

### LA MATERNIDAD SUBROGADA

#### 3.1. Introducción

La maternidad subrogada, junto a otros nombres - gestación sustitutiva y alquiler de vientre- denominan habitualmente la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento de nacimiento a una pareja o persona, renunciando a sus propios derechos como madre; frecuentemente es realizada a cambio de dinero. Las motivaciones que pueden llevar a una pareja o persona, a solicitar esta práctica son variadas, entre ellas se comparten:

- Esterilidad/Infertilidad de la persona o pareja, para llevar a término un embarazo.
- Incapacidad para soportar “posibles consecuencias” que podrían ocurrir en la etapa gestacional.
- Parejas del mismo sexo, que plantean la necesidad de ser padres.
- Hombre o mujer, que manifiesta el deseo de tener un hijo.

En el año 1976, en Estado Unidos se concretó el primer acuerdo de maternidad subrogada, a través de una inseminación artificial, quién lo patrocinó fue el abogado Noel Keane, quién creó el Surrogate Family Service Inc.

Un controvertido caso de maternidad subrogada, puso el tema en debate en Estados Unidos:

#### **Caso Baby M**

La mujer gestante Mary Beth Whitehead de 29 años de New Jersey, firmó un contrato el 6 de febrero de 1985, de tener un hijo para William y Elizabeth Stern.

Por el contrato arreglado con el Centro de Infertilidad de Nueva York, la Sra. Whitehead accedió a que: “en el mejor interés del niño, no desarrollaría ni intentaría desarrollar una relación padre e hijo con ningún niño (...) que pudiera concebir (...) y dejaría libremente la custodia a William Stern, padre natural, inmediatamente después del nacimiento del niño; y renunciaría a todo derecho materno al mencionado niño según este acuerdo”. La Sra. Whitehead recibiría 10.000 dólares de “compensación por los servicios y los gastos” del Centro de Infertilidad como parte de un total de aproximadamente 25.000 dólares, que el Sr. Stern accedió a pagar al Centro. Del resto, 5.000 dólares, se destinaban a los costos médicos, legales y de seguros de la Sra. Whitehead durante el embarazo, y de 7.500 a 10.000 irían a parar al Centro en concepto de minuta.”

Después de nacida su hija, la Sra. Whitehead y su marido decidieron no entregarla al matrimonio contratante. La madre gestante había sido inseminada con semen del varón de la pareja y los tribunales después de muchas apelaciones otorgaron la custodia de la niña al padre biológico, permitiendo a la madre sustituta poder visitarla.

La evolución médica en el campo de la reproducción humana destruyó el principio del derecho romano que atribuía la maternidad por el hecho del parto y la paternidad por una presunción derivada del matrimonio: “**Mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant**”, debido a que a través de la fecundación in vitro y la inseminación artificial, quien lleve a cabo la gestación y el trabajo de parto no será necesariamente la misma mujer que ha proporcionado el óvulo y cuya carga genética será heredada.

Dentro de la denominada Maternidad Subrogada, puede haber tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la que suele llamarse “comitente”, que toma la iniciativa y decisión última y es causa eficiente de dicho nacimiento; la que pone el óvulo (maternidad genética) y la que lleva a cabo la gestación (maternidad de gestación). A veces esas tres funciones pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer. Por ello, el derecho

debe resolver cual es la maternidad relevante; es decir, la maternidad legal, entendida como la atribución de la función jurídica social de madre.

El hecho de posicionarnos a favor de la maternidad siguiendo un criterio de consanguinidad fijándonos en el hecho de la titularidad del gameto femenino, o por la circunstancia determinante del parto (*partus sequitur ventrem*), o finalmente por la perspectiva de una relación de la filiación más social, afectiva y cultural en contra de las anteriores posturas basadas en una concepción puramente biogenética, debe ser examinado prolijamente, analizando cada uno de sus supuestos, ventajas y obstáculos.

### **La Maternidad como Don**

La realidad biológica y psíquica de la mujer la constituye en el ser al que Dios ha elegido desde el inicio de los tiempos para darle el don de la Maternidad. “La maternidad de la mujer, en el período comprendido entre la concepción y el nacimiento del niño, es un proceso biofisiológico y psíquico que hoy día se conoce mejor que en tiempos pasados y que es objeto de profundos estudios. El análisis científico confirma plenamente que la misma constitución física de la mujer y su organismo tienen una disposición natural para la maternidad.” Juan Pablo II (M.D 18)[1]

Ser madre está unido a la estructura personal de la mujer, que es vivida en la dimensión personal del don, se traduce en su manera de expresar el amor, de vivir las relaciones interpersonales y en la misión que Dios le confiere en la vida. La afectividad entendida como capacidad de amar y ser amado es una dimensión fundamental en la persona humana, que anclada en la sexualidad se manifiesta en la mujer con características propias de expresión. Su delicada intuición, su capacidad de empatía y comprensión, le posibilitan encontrar formas de realización personal, aún en la circunstancia donde no hay generación biológica.

### 3.2. Concepto y terminología

Para (Peña, 1989) subrogar significa:

Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Se trata de una especie de reemplazo que cumple una función que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros.

Jurídicamente la subrogación no tiene otra significación que la de la palabra misma: reemplazar, sustituir algo o alguien por otra cosa o persona.

En consecuencia, consiste en sustituir una persona o cosa por otra persona o cosa, en términos tales que la nueva pase a ocupar la misma situación jurídica de la anterior.

Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste.

Desde una perspectiva más jurídica la define como:

Aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)

“Se anida el embrión en el vientre de una mujer distinta a la que quiere la maternidad, esto es, la que presta su vientre para llevar al hijo de otra” Existen varios tipos de maternidad según la doctrina. La maternidad genética, la maternidad biológica y maternidad legal. La primera es aquella que se obtiene mediante el material genético, en este sentido, sería la madre genética aquella que aporta su óvulo para la consecución de un embarazo.

La maternidad gestacional está dada por quien lleva al niño en su vientre y lo da a luz, se fija por el hecho del nacimiento o parto. Y la maternidad legal es a quien la ley la atribuye esta calidad.

Según nuestro ordenamiento jurídico, la maternidad biológica y la maternidad legal son atribuidas a la misma mujer debido a la presunción legal existente fijada por el hecho del parto; es decir, será madre quien dé a luz a la criatura.

### **3.2. Modalidades**

En la obra “Maternidad por Sustitución. Solución en la jurisprudencia francesa y norteamericana”, se distingue dos modalidades dentro de la maternidad subrogada:

- Maternidad Subrogada o “Madre Portante”: Aquel por el cual a una mujer se le transfiere uno o varios embriones, fertilizados con los gametos de los padres requirentes; es decir una pareja estéril.
- “Madre Gestante” o Aportación de vientre y de óvulo: Donde una mujer acepta ser inseminada con semen del marido o pareja estable de una mujer que no puede concebir.
- En pocas palabras, mientras que en la primera la madre subrogada sólo aporta la gestación (por eso se la llama “portante”), en la segunda; además de eso, aporta el gameto femenino, su óvulo.

Existe para otros autores una tercera modalidad que se suscita cuando el embrión o embriones han sido producto de gametos ajenos a la pareja y a la madre subrogada; es decir, son fruto de la donación. Sin embargo, no comparto este criterio debido a que el propósito de esta figura es el concebir hijos que tengan identidad genética al menos con uno de los dos miembros de la pareja, ¿cuál sería el objeto de contratar a una mujer para que tenga un niño que no es de mi pareja ni mío?; en este caso sería viable analizar la coherencia de recurrir a la adopción de niños ya nacidos para darles un hogar.

### **3.3. Maternidades inmersas dentro de la Maternidad Subrogada**

- Maternidad genética: Recae sobre aquella mujer que aporta el material genético (óvulo).
- Maternidad de gestación o portante: Se le atribuye a la mujer que gesta al niño durante los nueve meses que dura el embarazo.
- Maternidad biológica: Es aquella que abarca las dos anteriores, es decir aportando el óvulo y la gestación.
- Madre legal o jurídica: Aquella que la ley reconoce como tal.
- Madre comitente o de deseo: Es aquella que quiere y anhela al niño, y que puede coincidir o no, con algunas de las maternidades anteriores. Posee la voluntad procreacional.

Esta clase de distinción será aquella que nos servirá en el transcurso de esta investigación.

### **3.4. Variantes**

Efectuada esta categoría y teniendo en cuenta las distintas combinaciones que pueden presentarse, y, se distinguen cuatro variantes, mismas que fueron anunciadas en líneas pasadas al referirnos a los casos de transferencia de embrión:

**a)** Los miembros de la pareja comitente aportan sus células germinales, óvulo y espermatozoide respectivamente para que se produzca la FIV homóloga, implantándose el cigoto resultante en el útero de la madre sustituta con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

En este primer supuesto la maternidad se encuentra disgregada, por un lado la madre gestante, y por el otro, la madre genética que coincide con la madre comitente o de deseo.

**b)** Sólo uno de los miembros de la pareja comitente (sea el varón o la mujer) aporta su material genético, mientras que para la obtención del otro gameto restante se recurrirá o bien a una donación de semen o a una donación de óvulos,

perteneciendo dicha célula germinal a un tercero, a quien como por regla general, como ya se mencionó, solo mantendrá en el anonimato.

En este supuesto, si el material genético donado es el óvulo, entonces la maternidad queda dividida en tres mujeres diferentes, por un lado la calidad de madre gestante recae en la madre sustituta, la maternidad genética le correspondería a la mujer donante y finalmente, la madre comitente quien conviene con la sustituta.

En cambio, si el material genético donado es masculino (semen), sucede lo establecido en el supuesto a), la madre comitente habrá aportado su óvulo y recaerá sobre ella también la maternidad genética, por otro lado estará la madre gestante a quien se le implanta el embrión.

**c)** La pareja comitente y arrendadora de los servicios de gestación de una tercera persona no aporta material genético de ninguno de los dos, por lo que se recurre a la obtención de un embrión donado para que éste sea implantado en el útero de la mujer que se hará cargo de la gestación (madre sustituta).

Como en el caso anterior, la maternidad queda disociada en tres mujeres diferentes. El óvulo y el espermatozoide son aportados por donantes, individuos ajenos a la pareja que desea procrear, por lo que en teoría, la maternidad y/o paternidad genética les correspondería a estos terceros anónimos; la mujer portadora que cede su útero, la maternidad gestante; y, la madre comitente.

**d)** La madre sustituta, además de aportar con la gestación, también lo hace con su material genético (óvulo), el cual podrá ser fecundado o inseminado con espermatozoide del varón de la pareja comitente o de un tercero donante, que podrá ser anónimo o conocido, dependiendo de los comitentes.

**e)** En este último supuesto, la madre gestante y la madre genética coinciden en una sola mujer (es decir, lo que se denomina como madre biológica), mientras que por otro lado, encontramos a la madre comitente.

Para varios autores los dos últimos supuestos no son tomados en cuenta como un proceso de maternidad subrogada, debido a que en el caso c) ninguno de los comitentes aporta su material genético, por lo que la criatura no comparte identidad biológica con los mismos, yendo contra el sentido esencial de este proceso que es procrear a un hijo biológicamente propio; ¿Por qué complicarse tanto cuando bien podría optarse por la adopción, que es otra posibilidad distinta pero muy válida? Y en el caso d), no se desvirtúa el objetivo de la maternidad subrogada, pero si su naturaleza. Se supone que se trata de una sustitución por una imposibilidad de la madre comitente, que al desear procrear pacta con una mujer, para que la sustituya en la gestación; pero si además ella es quien aporta su óvulo, podría alegar la inexistencia de dicho acuerdo sin mencionar que las leyes la protegerían para obtener la maternidad legal y su patria potestad, sin que la comitente pudiera objetar.

Es por esta razón que la mayoría de legislaciones que permiten esta práctica, prohíben esta situación y exigen que el óvulo provenga en el mejor de los casos de la comitente o de una donación, pero no de la misma gestante, de la misma manera como en el supuesto anterior, mucho más lógico sería pensar en adoptar un niño o una niña.

### **3.5. Una respuesta a la esterilidad e infertilidad**

El problema que se deriva del hecho que las parejas no puedan tener hijos, se debe a dos factores básicamente, los cuales se les ha considerado sinónimos, a pesar de ser estos dos factores distintos, la esterilidad e infertilidad. La esterilidad por un lado es “la incapacidad definitiva e irreversible para concebir”

Acerca de la esterilidad:

Es la imposibilidad de una pareja en edad reproductiva para concebir después de un año de coitos regulares sin medidas anticonceptivas. La esterilidad primaria aparece cuando la mujer nunca ha estado embarazada. La esterilidad secundaria implica que la mujer tiene antecedentes de uno o más embarazos previos.

Según la ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology), tienen que transcurrir al menos doce meses desde el embarazo para que se considere esterilidad secundaria. Ello quiere decir que con la esterilidad, no existe ninguna posibilidad de que por medio de tratamientos la persona pueda concebir naturalmente.

Por otro lado, la infertilidad, es la imposibilidad de llevar a término un embarazo; es decir, la mujer consigue la concepción pero no alcanza el parto. Se trata de un problema temporal y en la mayoría de los casos se puede corregir por medio de procedimientos medico quirúrgicos.

Según datos recientes, se estima que del 10% al 20% de las parejas son estériles. En años recientes ha existido un aumento en la demanda de consultas por esterilidad, especialmente en los países occidentales. La principal razón de esto es la tendencia de las mujeres a retrasar los embarazos por motivos laborales.

Otros factores son un incremento en la variedad y eficacia de las técnicas de reproducción asistida (TRA), un aumento en la disponibilidad de estos tratamientos, el aumento en la esterilidad de causa tubárica como consecuencia de las enfermedades de transmisión sexual, y una relativa carencia en el número de niños para adoptar debido a la existencia de medidas anticonceptivas eficaces y a la posibilidad de interrupción legal del embarazo.

Sólo en 1997, 335 clínicas de esterilidad en EE.UU. comunicaron la realización de 71.826 ciclos de tratamiento con TRA, que concluyeron en 17.054 nacimientos de uno omás fetos vivos y un total de 24.582 niños.

El diagnóstico diferencial de la esterilidad implica cinco categorías principales: factor masculino, factor cervical, alteraciones uterinas, pélvicas o ambas, trastornos ovulatorios y esterilidad de origen desconocido. Además, existen factores inmunológicos que implican la presencia de anticuerpos antiovario o antiesperma que pueden afectar de forma adversa a la fertilidad, impidiendo la fecundación, destruyendo los gametos e interfiriendo con la división del embrión o su implantación. El significado de estos factores es controvertido.

En nuestro país, alrededor del 15% de las parejas son estériles, lo que lleva a que ellas estén dispuestas a utilizar los adelantos de la ciencia a favor de su bienestar, en formación de una familia. Sin embargo, de ello no existen elementos suficientes para estimar cuál sería el efecto e impacto social de una posible regulación jurídica y ética en una sociedad como la nuestra, donde lo primordial es la preservación del ser humano y la protección del interés del niño o niña con respecto a sus padres biológicos de acuerdo a lo que estipula **el artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia:**

***“Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia”***

### **3.6. Admisibilidad**

Al tratarse evidentemente de una práctica que implica múltiples debates de índole ética, social y jurídica, no existe una postura unánime en cuanto a su admisibilidad, sino distintos argumentos, tanto a favor, como en contra de ella.

#### **a) Argumentos a favor**

El derecho a la procreación, ubicado por algunos autores dentro de los derechos económicos, sociales y culturales y por otros dentro de la denominada cuarta generación de derechos fundamentales, tiene sus orígenes de discusión en el derecho anglosajón.

La Jurisprudencia Norteamericana es rica al momento de abordar y profundizar el alcance de este derecho. La Corte Suprema de esta nación se pronuncia por primera vez en 1942 con el caso “Skinner vs. Oklahoma” (316 U.S. 535), donde se declaró a la procreación como derecho, y se enunció como inconstitucional una ley de esterilización de los delincuentes sosteniendo que uno de los derechos civiles básicos del hombre es el derecho a estar libre de interferencias en su capacidad

de procreación y proclamó que el derecho a procrear es fundamental para la existencia y supervivencia de la raza.

En 1965 en el caso "Griswold vs. Connecticut" (381 U.S., 479), la Corte reconoció el derecho de usar anticonceptivos a las personas casadas, discurriendo que el derecho a la privacidad matrimonial está protegido de intrusiones del Estado, especialmente cuando la decisión involucra tener o no tener un hijo.

"Eisenstadt vs. Baird" fue el caso donde la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Massachusetts que impedía la distribución de anticonceptivos a las personas solteras. En esa oportunidad se dictaminó: "Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho de una persona, soltera o casada, a estar libre de interferencias del Estado en asuntos tan fundamentales como gestar o procrear un hijo".

En conclusión y según la jurisprudencia mencionada, el derecho a la procreación debe ser garantizado en torno a la libertad de cada persona para seleccionar los medios necesarios para ejercerlo.

La garantía debe interpretarse no como un positivo derecho a tener un hijo sino el negativo a estar libre de intrusiones del Estado en la decisión de tenerlo... en el caso de la subrogación, es la subrogada la que está ejerciendo el derecho a la procreación constitucionalmente garantizado, en tanto que es ella la que procrea y a quien, en consecuencia, la Constitución protege contra intromisiones del Estado en el ejercicio de ese derecho"

Las legislaciones nacionales que garantizan este derecho, coinciden en que este derecho engloba y comprende otros derechos de igual trascendencia:

El derecho a fundar una familia y a decidir libre y responsablemente el número de hijos.

El derecho a la salud, en el sentido de la esterilidad y la posibilidad de transmitir enfermedades a través de la sangre o genéticas pueden constituir patologías del tipo físico o psicológica.

Estas excepciones son meramente terapéuticas y eugenésicas, para hacer el análisis de constitucionalidad de dichas normas se utilizará el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo artículo 3 No. 2 establece que en casos de contradicción entre principios se aplicará el “principio de proporcionalidad”, que consiste en que el intérprete:

***“...verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.***

#### **b) Argumentos en contra: La protección de un fin constitucionalmente válido.**

El cuidado y protección desde la concepción como ya referimos contenido en el Art.45 de la Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución establece como un derecho de protección “la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales” tal como lo establece el Art. 76 núm. 6 de la Constitución. Esa proporcionalidad de la sanción penal es porque, como lo ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”. Según la Corte Interamericana, por aplicación del principio de necesidad en una sociedad democrática, “el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o los pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”. (Caso Kimel vs Argentina , 2008)

La Constitución establece como principio en materia de derechos la aplicación directa e inmediata de los derechos y las garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Art. 11 núm. 3), para

cuya aplicación interpretativa se deben aplicar las normas e interpretaciones que “más favorezcan su efectiva vigencia” (Art. 11 núm. 5) y que obliga a optar por lo dispuesto en instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que “sean más favorables a las establecidas en la Constitución” (Art. 426).

Todos los servidores públicos tienen la obligación constitucional de buscar en los instrumentos internacionales de derechos humanos las interpretaciones que mejor le permitan proteger los derechos que la Constitución garantiza y así favorecer “su efectiva vigencia”. Las observaciones emitidas por órganos universales de derechos humanos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Comité contra la Tortura y del Comité de los Derechos del Niño son relevantes para dicha interpretación.

## CAPÍTULO IV

### LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ÁMBITO JURÍDICO Y SOCIAL

#### 4.1. ALCANCES JURÍDICOS

Para (Cano, 2007), subrogar significa:

Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Se trata de una especie de reemplazo que cumple una función que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros.

**(Manasevich, 2008)**

Jurídicamente la subrogación no tiene otra significación que la de la palabra misma: reemplazar, sustituir algo o alguien por otra cosa o persona. En consecuencia, consiste en sustituir una persona o cosa por otra persona o cosa, en términos tales que la nueva pase a ocupar la misma situación jurídica de la anterior (pág.677).

**Desde una perspectiva más jurídica, (Pérez M. , 2002) también la define como:**

Aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino) (pág. 329).

Existen varios tipos de maternidad según la doctrina. La maternidad genética, la maternidad biológica y maternidad legal. La primera es aquella que se obtiene mediante el material genético, en este sentido, sería la madre genética aquella que aporta su óvulo para la consecución de un embarazo. La maternidad

gestacional está dada por quien lleva al niño en su vientre y lo da a luz, se fija por el hecho del nacimiento o parto. Y la maternidad legal es a quien la ley la atribuye esta calidad.

Según nuestro ordenamiento jurídico, la maternidad biológica y la maternidad legal son atribuidas a la misma mujer debido a la presunción legal existente fijada por el hecho del parto; es decir, será madre quien dé a luz a la criatura.

#### **4.1.1. Modalidades de Subrogación Gestacional**

En la obra “Maternidad por Sustitución. Solución en la jurisprudencia francesa y norteamericana”, se distingue dos modalidades dentro de la maternidad subrogada:

- Maternidad Subrogada o “Madre Portante”: Aquel por el cual a una mujer se le transfiere uno o varios embriones, fertilizados con los gametos de los padres requirentes; es decir una pareja estéril.
- “Madre Gestante” o Aportación de vientre y de óvulo: Donde una mujer acepta ser inseminada con semen del marido o pareja estable de una mujer que no puede concebir.

En pocas palabras, mientras que en la primera la madre subrogada sólo aporta la gestación (por eso se la llama “portante”), en la segunda; además de eso, aporta el gameto femenino, su óvulo.

Existe para otros autores una tercera modalidad que se suscita cuando el embrión o embriones han sido producto de gametos ajenos a la pareja y a la madre subrogada; es decir, son fruto de la donación. Sin embargo, no comparto este criterio debido a que el propósito de esta figura es el concebir hijos que tengan identidad genética al menos con uno de los dos miembros de la pareja, ¿cuál sería el objeto de contratar a una mujer para que tenga un niño que no es de mi pareja ni mío?; en este caso sería viable analizar la coherencia de recurrir a la adopción de niños ya nacidos para darles un hogar.

## 4.2. Maternidades inmersas dentro de la Maternidad Subrogada

- Maternidad genética: Recae sobre aquella mujer que aporta el material genético (óvulo).
- Maternidad de gestación o portante: Se le atribuye a la mujer que gesta al niño durante los nueve meses que dura el embarazo.
- Maternidad biológica: Es aquella que abarca las dos anteriores, es decir aportando el óvulo y la gestación.
- Madre legal o jurídica: Aquella que la ley reconoce como tal.
- Madre comitente o de deseo: Es aquella que quiere y anhela al niño, y que puede coincidir o no, con algunas de las maternidades anteriores. Posee la voluntad procreacional.

Esta clase de distinción será aquella que nos servirá en el transcurso de esta investigación.

## 4.3. Una respuesta a la esterilidad e infertilidad

El problema que se deriva del hecho que las parejas no puedan tener hijos, se debe a dos factores básicamente, los cuales se les ha considerado sinónimos, a pesar de ser estos dos factores distintos, la esterilidad e infertilidad.

La esterilidad por un lado es “la incapacidad definitiva e irreversible para concebir” (Brandom, 2005), manifiesta acerca de la esterilidad:

***Es la imposibilidad de una pareja en edad reproductiva para concebir después de un año de coitos regulares sin medidas anticonceptivas. La esterilidad primaria aparece cuando la mujer nunca ha estado embarazada. La esterilidad secundaria implica que la mujer tiene antecedentes de uno o más embarazos previos.***

Según la ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology), tienen que transcurrir al menos doce meses desde el embarazo para que se considere esterilidad secundaria. Ello quiere decir que con la esterilidad, no existe

ninguna posibilidad de que por medio de tratamientos la persona pueda concebir naturalmente.

Por otro lado, la infertilidad, es la imposibilidad de llevar a término un embarazo; es decir, la mujer consigue la concepción pero no alcanza el parto. Se trata de un problema temporal y en la mayoría de los casos se puede corregir por medio de procedimientos medico quirúrgicos.

Según datos recientes, se estima que del 10% al 20% de las parejas son estériles. En años recientes ha existido un aumento en la demanda de consultas por esterilidad, especialmente en los países occidentales. La principal razón de esto es la tendencia de las mujeres a retrasar los embarazos por motivos laborales.

Otros factores son un incremento en la variedad y eficacia de las técnicas de reproducción asistida (TRA), un aumento en la disponibilidad de estos tratamientos, el aumento en la esterilidad de causa tubárica como consecuencia de las enfermedades de transmisión sexual, y una relativa carencia en el número de niños para adoptar debido a la existencia de medidas anticonceptivas eficaces y a la posibilidad de interrupción legal del embarazo.

Sólo en 1997, 335 clínicas de esterilidad en EE.UU. comunicaron la realización de 71.826 ciclos de tratamiento con TRA, que concluyeron en 17.054 nacimientos de uno o más fetos vivos y un total de 24.582 niños. (pág. 378).

El diagnóstico diferencial de la esterilidad implica cinco categorías principales: factor masculino, factor cervical, alteraciones uterinas, pélvicas o ambas, trastornos ovulatorios y esterilidad de origen desconocido. Además, existen factores inmunológicos que implican la presencia de anticuerpos antiovario o antiesperma que pueden afectar de forma adversa a la fertilidad, impidiendo la fecundación, destruyendo los gametos e interfiriendo con la división del embrión o su implantación. El significado de estos factores es controvertido. En nuestro país, alrededor del 15% de las parejas son estériles, lo que lleva a que ellas estén dispuestas a utilizar los adelantos de la ciencia a favor de su bienestar, en formación de una familia. Sin embargo, de ello no existen elementos suficientes

para estimar cuál sería el efecto e impacto social de una posible regulación jurídica y ética en una sociedad como la nuestra, donde lo primordial es la preservación del ser humano y la protección del interés del niño o niña con respecto a sus padres biológicos de acuerdo a lo que estipula el artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia: “Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia”

(COD. NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2003, Art.22).

#### **4.4. Admisibilidad**

Al tratarse evidentemente de una práctica que implica múltiples debates e índole ética, social y jurídica, no existe una postura unánime en cuanto a su admisibilidad, sino distintos argumentos, tanto a favor, como en contra de ella.

##### **a) Argumentos a favor**

El derecho a la procreación, ubicado por algunos autores dentro de los derechos económicos, sociales y culturales y por otros dentro de la denominada cuarta generación de derechos fundamentales, tiene sus orígenes de discusión en el derecho anglosajón. La Jurisprudencia Norteamericana es rica al momento de abordar y profundizar el alcance de este derecho. La Corte Suprema de esta nación se pronuncia por primera vez en 1942 con el caso “Skinner vs. Oklahoma” (316 U.S. 535), donde se declaró a la procreación como derecho, y se enunció como inconstitucional una ley de esterilización de los delincuentes sosteniendo que uno de los derechos civiles básicos del hombre es el derecho a estar libre de interferencias en su capacidad de procreación y proclamó que el derecho a procrear es fundamental para la existencia y supervivencia de la raza.

En 1965 en el caso "Griswold vs. Connecticut" (381 U.S., 479), la Corte reconoció el derecho de usar anticonceptivos a las personas casadas, discurriendo que el

derecho a la privacidad matrimonial está protegido de intrusiones del Estado, especialmente cuando la decisión involucra tener o no tener un hijo.

"Eisenstadt vs. Baird" (405, U.S. 438) fue el caso donde la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Massachusetts que impedía la distribución de anticonceptivos a las personas solteras. En esa oportunidad se dictaminó: "Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho de una persona, soltera o casada, a estar libre de interferencias del Estado en asuntos tan fundamentales como gestar o procrear un hijo".

En conclusión y según la jurisprudencia mencionada, el derecho a la procreación debe ser garantizado en torno a la libertad de cada persona para seleccionar los medios necesarios para ejercerlo.

La garantía debe interpretarse no como un positivo derecho a tener un hijo sino el negativo a estar libre de intrusiones del Estado en la decisión de tenerlo... en el caso de la subrogación, es la subrogada la que está ejerciendo el derecho a la procreación constitucionalmente garantizado, en tanto que es ella la que procrea y a quien, en consecuencia, la Constitución protege contra intromisiones del Estado en el ejercicio de ese derecho" (pág. 38).

Las legislaciones nacionales que garantizan este derecho, coinciden en que este derecho engloba y comprende otros derechos de igual trascendencia:

- El derecho a fundar una familia y a decidir libre y responsablemente el número de hijos.
- El derecho a la salud, en el sentido de la esterilidad y la posibilidad de transmitir enfermedades a través de la sangre o genéticas pueden constituir patologías del tipo físico o psicológica.
- El derecho a la auto determinación personal.
- El derecho a acceder a los métodos y servicios relacionados con la esterilidad, incluidas las técnicas de reproducción asistida.

Práctica altruista: La idea de solidaridad que une parejas estériles a mujeres que aceptan acceder a este deseo. Como ya se mencionó anteriormente, el deseo de tener una prole o descendencia propia tiene orígenes antropológicos, sociales y culturales desde el inicio de la humanidad y eso brinda esa figura, la procedencia genética del nacido, respecto de una pareja que desea y tiene la voluntad de traerlo al mundo pero que por circunstancias ajenas, no pueden hacerlo sin intervención médica (TRA).

Reconocimiento legal: Se señala que pese a ser la maternidad subrogada una práctica que conlleva varias problemáticas de tipo ético, médico, social, religioso o cultural existente en la sociedad; en pocas palabras un tema polémico, no puede ser desconocido por los legisladores nacionales al tratarse de una realidad vigente, de un procedimiento que posee lagunas legales y que podría acarrear controversias ante esta carencia. Por esta razón ya son varios los países (generalmente los europeos) que han expedido leyes reguladoras que bien la rechazan (riesgos de explotación) o la permiten con algunas consideraciones. El punto es que se han pronunciado sobre el tema y entre las posiciones que abogan por un control efectivo adecuado de esta figura, se discute la creación de un contrato solemne y regulado por una norma. Ante esto se menciona que “ el peligro de contratar con ligereza y sin las debidas garantías resulta muy remoto y tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay porqué hablar de explotación, ni aun interviniendo dinero” (Higueras, 2006).

La prohibición de la maternidad subrogada o la inseguridad jurídica que se produce por no regularla, ha originado lo que se conoce como “turismo reproductivo”. Este turismo tiene lugar cuando personas o parejas que presentan infertilidad o imposibilidad para procrear, viajan a países donde la maternidad subrogada se encuentra regulada y no exige requisitos de residencia para los subrogantes, y consiguen así concretar su deseo de ser padres o madres. No obstante, en la realidad, esta clase de “turismo” es bastante excluyente, dado que no todas las personas o parejas imposibilitadas para procrear cuentan con los

medios económicos suficientes para acceder a un hijo en el extranjero, como se verá en el acápite de los argumentos en contra.

Autonomía de la Voluntad privada: Abeliuk Manasevich, ya citado expresa lo siguiente: En el Siglo XVIII se da el auge de la teoría de la autonomía de la voluntad como idea rectora de la contratación. En efecto de acuerdo a las doctrinas racionalistas, la voluntad humana es la fuente de todo derecho, ya sea directamente a través del contrato, ya sea indirectamente por medio de la ley, expresión de la voluntad general. Si la voluntad es la generadora de todo derecho, debe permitírsele libremente su creación. En apoyo de la tesis se agregaba que siendo todos los seres humanos libres e iguales por naturaleza, lo que ellos acuerden es lo más conveniente para las partes y para la sociedad, pues permite el libre despliegue de las facultades individuales, y al mismo tiempo lo más equitativo, pues será el resultado de la composición de sus propios intereses (págs. 124-125).

La Autonomía de la Voluntad se traduce en términos generales en un axioma: los individuos son libres para regular sus relaciones jurídicas sin la intervención del legislador, sin otra limitación que no pueden ir contra ley imperativa o prohibitiva, el orden público y las buenas costumbres; sin embargo tiene algunos postulados que se desglosan de este concepto:

- Las partes pueden crear libremente todas las relaciones jurídicas entre ellas que estimen pertinentes, donde tienen su origen los contratos innominados.
- Nadie puede ser obligado a contratar contra su voluntad debido a que no hay obligación de ofrecer y quien recibe una oferta puede a su arbitrio aceptarla o rechazarla.
- Las partes son libres para atribuir a los contratos celebrados los efectos que estimen pertinentes, siendo las reglas impuestas por el legislador, meramente supletorias.
- La voluntad de las partes es lo que determina el contenido del contrato, de manera que en su interpretación se atiende fundamentalmente a su intención.

- Lo convenido por las partes es intangible, y en principio no puede ser alterado por la vía legal ni judicial.

Estos principios son cuestionados dentro del Derecho de Familia pues se manifiesta que aunque la autonomía de la voluntad invade parcialmente el ámbito patrimonial, lo no pecuniario debe ser gobernado por leyes imperativas e inderogables por las partes. No obstante existe la actual tendencia en las legislaciones de permitir a las partes resolver algunos temas de índole familiar.

Si bien es cierto, como se mencionó, las buenas costumbres y el orden público son los limitantes de esta teoría, son conceptos elásticos que aunque se destinen para que los tribunales controlen los excesos de una libertad exagerada, continúan siendo subjetivos y representan un factor que sustenta el intervencionismo estatal en los contratos, muy criticado de igual manera porque la excesiva reglamentación limita la iniciativa individual, complica los negocios y no ha sido siempre con el fin de proteger al más débil sino al que más medios de presión económica y política.

- Dificultades en la adopción: La institución de la Adopción siempre ha sido conocida por varios obstáculos tales como el sinnúmero de requisitos para acceder a ella, procedimientos administrativos y judiciales demorosos y últimamente por el escaso número de niños en condiciones de ser adoptados. Así en algunos países (especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica) se ha admitido la maternidad subrogada como consecuencia de las dificultades que surgen en materia de adopción, ya que hay pocos niños que adoptar.
- Solución a patologías severas que impiden la procreación: A los anteriores argumentos a favor se añaden también, el que la maternidad subrogada es la última opción para procrear en caso de sufrir de patologías severas e irreversibles como es el caso de la grave enfermedad pélvica no susceptible de operación, la carencia congénita de útero (síndrome de Rokitansky) o por histerectomía, los abortos naturales repetidos, así como cualquier enfermedad grave que desaconseje el embarazo. Estos casos justificarían, o al menos disculparían a la pareja estéril para buscar una portadora.

## **b) Argumentos en Contra**

Aprovechamiento de las necesidades económicas: En caso de regularizarse legalmente la maternidad subrogada mediante un pacto oneroso, se habla de una supuesta utilización de las mujeres de escasos recursos económicos por aquellas de clase media o alta. La maternidad subrogada permitirá a una élite económica utilizar a mujeres necesitadas como reproductoras de hijos. En este sentido los futuros padres biológicos o comitentes, al igual que la agencia en su nombre actúan deliberadamente como inductores utilizando el señuelo de la contraprestación económica como forma de conseguir su objetivo.

Desde una perspectiva personal, lo considero una posición un tanto extremista. El prestar el vientre para la gestación de un ser humano obviamente es una noble decisión; sin embargo y como se analizará en líneas posteriores, la misma debería ser contra prestada por todos los sacrificios realizados; por lógica es un acuerdo mutuo, recíproco y que responde a lo justo. En ningún momento se constituye en un aprovechamiento, debido a que es un acuerdo voluntario, cuyas condiciones deben ser oportunamente informadas para evitar malos entendidos y nadie puede valerse de cualquier clase de ventaja para coaccionar de alguna manera a la posible madre subrogada. Si se habla de aprovechamiento porque no se mencionan también los trabajos precarios y mal remunerados del que son víctimas las mujeres, las cuales soportan deplorables condiciones, sueldos mínimos y ante esta informalidad tienen que callarse porque encontrar un empleo es cada día más difícil dentro del mercado laboral o porque el sistema legal no brinda la protección requerida. Esto sí es aprovechamiento.

- Explotación y manipulación de la mujer: Relacionada estrechamente con la postura anterior, el feminismo radical y el socialista rechaza esta práctica y señala que existe una explotación personal de la mujer, por considerarla un mero objeto de creación de bebés, una fuente de mercado, abuso o degradación de la misma, utilizada como gestante, máquina o incubadora sin considerar aspectos emocionales y psicológicos.

- Asimismo, se refuta la gestación por sustitución por entender que “supone una cosificación del cuerpo de la mujer” Para complementar el criterio señalado en el argumento anterior, es importante mencionar que ser madre subrogada o “vientre de alquiler” no es un trabajo o un “servicio habitual” del que se pueda vivir, es una labor noble y solidaria para dar vida.

No se trata de la mercantilización de la mujer porque no persigue esos fines, como es el caso de la utilización de la imagen femenina en el mercado publicitario con tintes sexistas o en el mundo del modelaje, donde se contratan mujeres no por su capacidad intelectual o destrezas, sino por su físico dentro de las tendencias de belleza modernas; cuerpos esbeltos que representan solo maniqués humanos y que deben seguir estrictos patrones superficiales para competir en ese ámbito. Aun así esta carrera, o catalogado como algunos, un arte; mueve grandes cantidades de dinero a costas de la salud y de la integridad de estas mujeres, pero no se debate mucho al respecto porque ha sido aceptado por la generalidad como algo “normal”.

**Posibles daños físicos y emocionales en las madres subrogadas:** El hecho de que las madres subrogadas hayan consentido previamente con la pareja comitente gestar a la criatura y entregarlo una vez nacido, no se puede predecir cuáles serán sus actitudes hacia los niños que dan a luz, y, además, porque la entrega de los bebés las hacen sujetos posibles de trastornos emocionales. Sin embargo esta situación es claramente predecible y es por esto que no cualquier mujer puede ser madre subrogada, debiendo la misma cumplir con un perfil físico y psicológico previo que la acredite para intervenir en este proceso, no basta solo con el consentimiento que expresa la voluntad. De igual manera sería adecuado la atención de un profesional después del nacimiento y la entrega del infante para así evitar esta clase de riesgos en la salud mental de la gestante.

**No es un medio de cura para la esterilidad:** La gestación para otro no es una terapia que cure la esterilidad, ya que si se pretende tener otro hijo, será necesario acudir a este procedimiento de nuevo.

**Transformación del hijo en objeto dentro del comercio:** Se señala también que a través de la maternidad subrogada se “convierte al hijo en objeto de comercio, y plantea problemas de difícil solución en el caso de aborto o de enfermedad que perjudique al embrión”. Muy relacionado con la postura anterior, el mismo autor observa el egoísmo que involucra que, para remediar una infertilidad, se tiene que marcar al hijo pretendido con el trauma de dos mujeres que pretender ser madres y convertirlo en algo que hay que repartir, como en el conocido Juicio del Rey Salomón que nos habla la Biblia.

Finalmente, sobre este tema, Martínez Pereda en 1994 en su libro “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”, señala que existe la prevalencia de los intereses de los futuros padres por encima de los del infante, quienes pretenden convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto.

Beneficio destinado para sectores de la población económicamente altos: Se plantea que en la realidad los procedimientos ofertados por las clínicas o centros especializados en la infertilidad, las TRA tienen costos un tanto elevados para los sectores poblacionales de economía baja, solo siendo una posibilidad para la clase media y alta.

Lamentablemente en el Ecuador, si bien se reconoce el derecho a la salud reproductiva y se ha dado mucha apertura a lo que se refiere a la planificación familiar, aun no existen políticas públicas que aborden o den una solución sobre los problemas de esterilidad o imposibilidad de procrear, debido a esto la atención privada de salud es la única en brindar una solución a estos males. Ahora bien tratándose la maternidad subrogada de un acuerdo recíproco entre una pareja y una mujer encargada de la gestación, es obvio que la misma deberá ser retribuida. En países europeos como en Estados Unidos, la subrogación puede llegar a costar entre 20. 000 a 80. 000 dólares americanos; mientras que en la India, al existir tanta demanda y la legislatura tan permisiva, aborda los 2 000 a 10 000 dólares; valores que en una nación como la nuestra si estarían orientados a un determinado sector de la población.

#### **4.5. Problemáticas que pueden plantearse en torno a la Maternidad Subrogada**

En el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “In Vitro” y la inseminación artificial humanas del Congreso de Diputados en España, realizado el 10 de abril de 1986, que sirvió como antecedente para la creación de la derogada Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida; se plantearon una serie de controversias que pueden surgir a partir de la Maternidad Subrogada:

- Enfermedad grave contraída por la gestante por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla por el resto de su vida.
- Enfermedad grave contraída por la gestante que pueda causar severas anomalías al feto; en este caso se discute la opción que tendría la pareja comitente de solicitar la interrupción del embarazo (aborto).
- Divorcio o fallecimiento de uno de los miembros o los dos, durante el periodo del embarazo.
- Malformaciones o patologías del recién nacido que desencadenen el rechazo de la pareja comitente.
- La no entrega del niño o niña por parte de la gestante y el deseo que el nacido sea plena y legalmente suyo haciendo prevalecer su calidad de madre biológica; constituye el conflicto más suscitado en este procedimiento.
- Daños psicológicos de la mujer gestante que cede al hijo.

#### **4.6. Naturaleza jurídica del contrato de Maternidad Subrogada en la doctrina**

**El artículo 1454 del Código Civil Ecuatoriano** da una corta definición del contrato o convención, tomándolo como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. Todo contrato, cualquiera que él sea, debe ser estudiado desde el punto de vista funcional (contenido y finalidad) y desde el punto de vista estructural (elementos y modo de formación).

**Sobre el Contrato de Maternidad Subrogada**, Martínez Pereda Rodríguez ya citado señala:

Se trata de un contrato innominado, ello con abstracción de su ilicitud y de la nulidad de pleno derecho decretada por el legislador sobre tal acuerdo, que no puede encasillarse con otras tradicionales figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto, en cuanto participa de la locatio operis, de la locatio operarum, del mandato, requiere la colaboración de terceros, centro sanitario y médicos, puede ser onerosa o gratuita, está sujeta en cuanto a su consecuencia a una condición mixta. En fin, la complejidad es muy grande y no permite su encuadre en las habituales figuras contractuales.

La Maternidad Subrogada viene a ser un contrato entre dos partes, encaminadas a crear obligaciones recíprocas; la una de gestar y entregar el niño o niña al momento del nacimiento y la otra dar algo a cambio, lo que podría ser una remuneración económica en la mayoría de los casos, dependiendo si el contrato sería oneroso o gratuito, cuestión analizada en lo posterior.

## **Características**

### **Contrato Innominado**

En el Ecuador, así como en varios países donde aún no se ha legislado sobre las TRA, no se contempla la existencia expresa de un contrato que dé cabida a la maternidad Subrogada; por lo tanto, es un contrato de tipo innominado, es decir, aquel para el que la ley no tiene previsto un nombre específico puesto a que sus características peculiares no se encuentran reguladas por ella.

Este tipo de contratos se basan en el principio de la autonomía de la voluntad, por el cual las partes pueden llegar a tantos acuerdos como fueren necesarios, siempre y cuando se respeten los límites establecidos dentro del marco legal, esto es observar y cumplir con las disposiciones comunes a los contratos típicos.

## **Contrato Consensual y Solemne**

El artículo 1459 del Código Civil Ecuatoriano establece las condiciones de un contrato solemne y consensual: "...es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

El contrato de maternidad subrogada posee este carácter mixto, ya que se celebra con el simple consentimiento de ambas partes pero por su naturaleza especial que implica la concepción y el nacimiento de una vida humana, en muchas legislaciones se ha recomendado que éste sea homologado o verificado por las autoridades públicas previo a cumplir una serie de solemnidades para evitar la ilegalidad de los procedimientos, de las cláusulas y de las posibles controversias suscitadas por omitir estos requisitos fundamentales.

## **Contrato Bilateral**

**El artículo 1455 de nuestro Código Civil** señala que el contrato bilateral se da: "...cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

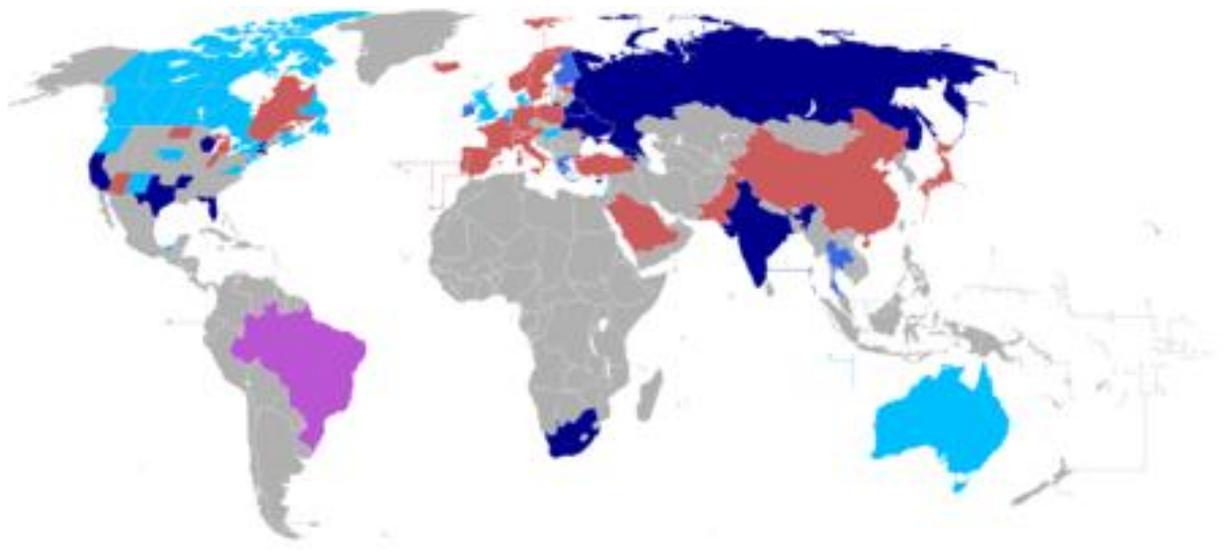
La Maternidad Subrogada se constituiría en un contrato bilateral debido a que cada una de las partes se encuentra obligada al cumplimiento de una prestación, obedeciendo al principio de reciprocidad por lo que cada parte vendría a ser deudora y acreedora al mismo tiempo. En este supuesto se requiere que las obligaciones contrapuestas surjan en el mismo momento, esto es, que coexistan. En esta situación la pareja comitente tiene la obligación principal, en caso de ser un contrato oneroso, de entregar la retribución económica acordada a la mujer gestante; mientras que ella deberá entregar el niño o niña a los comitentes.

La Maternidad Subrogada, como ya se lo explicó, puede formalizarse en un contrato oneroso y por lo tanto ser bilateral; existiendo dos obligaciones recíprocas que emanan del contrato: la entrega del niño o niña al momento del nacimiento a

los padres comitentes y por otro lado la entrega del dinero a la madre subrogada, previamente pactado.

El contrato oneroso se caracteriza pues, porque cada parte hace un sacrificio, en la mayoría de los casos económicos; sin embargo, en la maternidad subrogada se debería hablar también de un sacrificio físico y psicológico, por parte de la mujer gestante.

#### 4.7. Maternidad Subrogada en el Mundo



Regulación legal de la gestación subrogada en el mundo:

- Legal las formas retribuida y altruista.
- Sin regulación legal pero se realiza.
- Legal sólo de forma altruista.
- Permitida entre familiares hasta segundo grado de consanguinidad.
- Prohibida.
- No regulada/situación incierta.

#### India

El proceso de gestación subrogada tiene un coste de entre 20.000 y 40.000 dólares. Su legislación es muy flexible desde 2002 e incluso en 2008 la Corte

Suprema de la India en el caso Manji sentenció que la *maternidad comercial* estaba permitida. De esta forma India se convirtió en receptor de numerosos procesos de subrogación, sin embargo desde julio de 2013 una nueva directriz prohíbe la gestación subrogada a homosexuales, solteros extranjeros y parejas de países en los que esté prohibida esa práctica.

## **Ucrania**

La maternidad subrogada, incluso la comercial, es plenamente legal en Ucrania. El nuevo Código de Familia de Ucrania (art. 123, punto 2) dispone que, en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, precisamente los cónyuges serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución. El punto 3 de dicho artículo consagra a los cónyuges la posibilidad de realizar la fecundación in vitro con ovocitos donados. En cualquier caso, se considerará que el embrión procede de los cónyuges. De tal modo, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas. El aspecto médico de esta cuestión viene regulado por la Orden del Ministerio de Salud de Ucrania nº 771, de 23.12.2008.

Después del nacimiento la pareja obtiene el certificado ucraniano de nacimiento, en el cual los dos constan como padre y madre. En caso de que han recurrido a una donación, no tiene importancia alguna la relación genética “incompleta” con el nacido.

## **Reino Unido**

A pesar de la extendida creencia de que en el Reino Unido la subrogación es legal, la realidad es que el marco legal que se inició en 1985 y que se ha ido refinando posteriormente en diversas modificaciones lo que regula es la transferencia de paternidad después del nacimiento. Básicamente tras el

nacimiento del niño los padres intencionales realizan una solicitud de transferencia de paternidad, para llevarla a cabo se deben cumplir los requisitos siguientes:

- Los solicitantes deben estar casados, en una unión civil o en convivencia (incluyendo parejas del mismo sexo). Las personas solteras no puede solicitarla.
- El embarazo no puede haberse producido mediante contacto sexual.
- El niño debe vivir con los padres intencionales desde el nacimiento de este.
- En el momento de la solicitud de transferencia al menos uno de los padres intencionales debe estar domiciliado en el Reino Unido.
- Los solicitantes deben tener al menos una conexión genética parcial con el niño.
- La solicitud debe realizarse durante los 6 meses que siguen al nacimiento del niño.
- La gestante no puede dar su consentimiento a la transferencia hasta al menos 6 semanas después del nacimiento.
- Se debe demostrar que no ha habido ningún intercambio de dinero o beneficio que se salga de los gastos razonables del proceso.

## **Alemania**

En 1984, se constituyó una comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización in vitro, en donde se elaboró un informe, siendo una de sus conclusiones la importancia de la íntima relación entre la embarazada y el que está por nacer para su futuro desarrollo integral. En vista de lo mencionado, el Congreso Médico alemán dispuso que la maternidad subrogada debiera ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Esta comisión también “aconsejó a los legisladores la prohibición de las instalaciones médicas en donde se realicen estas prácticas, pero adoptando medidas para los casos excepcionales que puedan ocurrir, particularmente sobre la falta de validez del contrato de maternidad subrogada”

Con estos criterios, se expidió la Ley alemana de Protección del Embrión de fecha 13 de diciembre de 1990, referente a la maternidad subrogada, dispone lo siguiente en cuatro de sus numerales:

**Art. 1.-** Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa a quien:

- a) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
- b) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
- c) Retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;
- d) Practicará una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.

Se desprende de la misma norma la existencia de una estricta prohibición a realizar técnicas de inseminación artificial, con el objeto de convenir una Maternidad Subrogada, aunque la madre subrogada sea castigada, a los profesionales que practiquen esta técnica si se les impone una pena. Evidentemente en este país, al igual que en toda la tradición jurídica romana, la maternidad se determina por el hecho del parto.

## **Francia**

“Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle”, así dispone el artículo 16-7 del Código Civil introducido por la Ley nº 94-653 de 29 de julio de 1994, cuya traducción dice que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”, lo que ha generado muchos problemas relacionados con la filiación legal de los hijos obtenidos por

este sistema e incluso jurisprudencia contradictoria, ya que los tribunales suelen aceptar la paternidad pero no la maternidad.

Como parte de las reformas del ex presidente Nicolás Sarkozy, el Senado creó un grupo de trabajo multidisciplinar cuya propuesta se convertiría en proposición de ley y formaría parte de la reforma de las leyes sobre bioética. Lo que se contempla es la legalización de esta práctica, aunque de modo restrictivo.

Este proyecto, descrito por el periodista Martí Font en el 2008, en el portal Web del diario español “El País” establecía las siguientes condiciones:

- Pareja heterosexual casada o parejas de hecho (2 años de convivencia).
- La mujer que desea procrear estará imposibilitada de llevar a cabo una gestación completa.
- Se necesita que al menos uno de los miembros de la pareja pueda ser el progenitor genético del bebé.
- La madre portadora deberá haber tenido al menos un hijo, pero no podrá llevar el bebé de su hija.
- La portadora no podrá recibir remuneración alguna, salvo los costes médicos que no cubra la Seguridad Social.

## **España**

La Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su artículo 10 reúne tres disposiciones: la nulidad de pleno derecho del contrato de Maternidad Subrogada gratuito o por un precio, la determinación de la filiación por “gestación de sustitución” fundada en el parto y la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

Referente al primer punto, si bien es cierto; el convenio será declarado nulo sin ningún tipo de salvedad, en caso de haberse recurrido a este procedimiento, la operación consumada no puede volverse atrás y la ley tiene que determinar en

quién recae la maternidad, quien ha contratado estos servicios con la voluntad de procrear, quien ha aportado el óvulo o la que dio a luz el hijo; cuestión que la misma norma resuelve, haciendo del parto (maternidad de gestación) el parámetro determinante de la filiación derivada de esta figura, hecho que enfatiza la regla “partus sequitur ventrem”.

Es decir, en el caso de un cumplimiento voluntario del contrato donde la mujer gestante entregase al niño, la filiación materna quedaría determinada por el parto, y pese a que las pruebas biológicas pudiesen demostrar una relación genética con la mujer que hubiese aportado los óvulos, eso no tendría significado jurídico.

Para el tercer y último punto, referente a la acción de reclamación de paternidad se analizan cuatro situaciones dependiendo del origen del gameto masculino y del estado civil de la mujer gestante:

Si el gameto masculino procede del comitente, se permite la acción de reclamación de la paternidad.

Si el gameto masculino proviene de donante, se prohíbe dicha acción respecto del donante, ya que la identidad de este no se relaciona con la filiación (art. 8.3 LTRA). El comitente podrá reclamar la paternidad con fundamento, solo en este caso, en el escrito de consentimiento de procreación heteróloga en mujer determinada.

Si la mujer gestante es casada, la presunción de paternidad vigente, en las leyes civiles españolas, puede determinar que se inscriba al hijo como del marido de ésta, que bien puede impugnarla, sin perjuicio de que el varón de la pareja comitente pueda reclamarla.

Si la mujer gestante no es casada, no habrá paternidad legalmente determinada hasta que se produzca el respectivo reconocimiento, expediente registral o sentencia consiguiente al ejercicio de la acción de reclamación.

En materia penal, no existe un tipo legal que reprima esta figura, sin embargo, se criminalizan los actos tendientes a alterar la filiación de un niño adscribiéndolo a una familia que no le corresponde legalmente.

#### **4.8. La Maternidad Subrogada y el tema de la Homosexualidad**

Es necesario hacer un recorrido histórico para abordar un tema que si bien tiene un auge, mundial en nuestro país, es en la actualidad que se ha originado el debate a través de un activismo profundo y contundente que se ha visibilizado:

La evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano, tiene un amplio abanico del que se desprende un análisis prolijo de ese momento histórico que nos permitió repensarnos y crear una arquitectura de garantías que evidentemente responde a conquistas sociales y en esa misma vía a momento políticos que marcaron la gesta de Montecristi.

Así nos dice que para realizar un análisis que tome en cuenta tanto la teoría del derecho como la teoría social, utilizaremos tres criterios, que detallan la evolución del constitucionalismo:

- El antiguo o pre moderno, que existió hasta antes de la independencia de la corona española, que era flexible e informal, autoritario y vertical, y que respondería a nuestro período colonial-hispánico
- El moderno, que comienza con la independencia de la colonia española y corresponde al Estado nacional, es un constitucionalismo reduccionista, monocultural, jurídicamente monista, centralizado en que la constitución en la práctica no tiene fuerza vinculante y está estrechamente relacionado con la economía capitalista.
- Postmoderno que rescata el constitucionalismo oculto, practicado por otras nacionalidades, en particular las indígenas, es plurinacional y correspondería a un modelo distribuidor, reconocedor y demo-diverso, que camina hacia un modelo post-capitalista.

Es importante establecer una línea histórica que marque el contenido y permita apreciar las transformaciones del que el país hoy es protagonista siendo

consecuente con tiempos históricos que marcan un hito diferencial lo que lleva a concluir que el país a medida que ha pasado el tiempo ha ido erigiendo una apropiación de derechos fundamentales hasta la Carta Magna del 2008.

Dentro de ese contexto (Ávila, 2012) establece que las constituciones de 1998 y 2008 son las que reconocen más derechos, siendo que la de 1998 se guía por una forma tradicional y la del 2008 constituye esa ruptura a la forma tradicional.

CONSTITUCIONES XIX	CONSTITUCIÓN 1979	CONSTITUCIÓN 1998	CONSTITUCIÓN 2008
	De la familia  De la educación y cultura  De la seguridad social y promoción cultural  Del trabajo	Derechos Económicos sociales y culturales <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Propiedad</li> <li>❖ Trabajo</li> <li>❖ Familia</li> <li>❖ Salud</li> <li>❖ Seguridad Social</li> <li>❖ Cultura</li> <li>❖ Educación</li> <li>❖ Ciencia y Tecnología</li> <li>❖ Deportes</li> </ul>	Derechos del Buen Vivir <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Agua y alimentación</li> <li>❖ Ambiente sano</li> <li>❖ Comunicación e información</li> <li>❖ Cultura y ciencia</li> <li>❖ Educación</li> <li>❖ Hábitat y vivienda</li> <li>❖ Salud</li> <li>❖ Trabajo y</li> <li>❖ Seguridad Social</li> </ul>
Garantías individual	De los derechos políticos  -----  De los derechos de las persona	Derechos Políticos  -----  Derechos Civiles	Derechos de participación  -----  Derechos de libertad
		Grupos Vulnerables <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Niños,</li> <li>❖ Mujeres embarazadas</li> <li>❖ Personas con discapacidad</li> <li>❖ Enfermedades catastróficas</li> <li>❖ Tercera edad</li> </ul>	Personas y grupos de atención prioritaria <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Adultas y adultos mayores</li> <li>❖ Jóvenes</li> <li>❖ Movilidad Humana</li> <li>❖ Mujeres embarazadas</li> <li>❖ Niñas, niños y adolescentes</li> <li>❖ Personas con discapacidad</li> <li>❖ Enfermedades catastróficas</li> <li>❖ Privadas de libertad</li> <li>❖ Usuarios y consumidores</li> </ul>

Elaborado por: JUAN JOSE CARCAMO MONTALVAN

Los acontecimientos históricos que sucedieron en el mundo motivaron una nueva visión del concepto constitucional, distinto al proveniente de las revoluciones burguesas; siendo como detonante la Segunda Guerra Mundial la que cambia la estructura del Estado Liberal, dando lugar de un Estado de Derecho a un Estado Social y Democrático de Derecho que garantiza y protege los derechos y libertades fundamentales de las personas.

La Constitución es una Ley Suprema y se fundamenta en un gran pacto social y democrático basada en el pueblo que es soberano y que tiene la finalidad de velar por el bienestar de todos los ecuatorianos; consagra derechos y libertades públicas y organiza los poderes y el Estado mismo con el objetivo de garantizar la libertad y derechos de las personas individuales y colectivas.

Es decir, en el hoy de la época, las sociedades pluralistas actuales –es decir las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado-, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de la vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. (Zagrebelsky, 2005)

Dos notas características del “nuevo constitucionalismo”, son la superioridad jerárquica de la Constitución y su carácter normativo directo.

La jerarquía de la Constitución aparece con claridad en varias de sus disposiciones, por ejemplo el artículo 424:

***“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que***

***reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.***

Esto se reitera en el artículo 425: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Por las normas citadas es claro que el único caso, de acuerdo al texto constitucional, en que podría aplicarse otras normas por sobre la Constitución es cuando un tratado internacional de derechos humanos (ratificado por el país) reconozca derechos más favorables.

La eficacia normativa directa de la Constitución, en lo que se refiere a derechos y garantías, se encuentra plenamente garantizada en el artículo 11 numeral 3:

***“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.***

***Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.***

***Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.***

Los principios de eficacia normativa y de aplicación directa de la Constitución son considerados por algunos autores como los “pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional”, esto convierte a toda “servidora o servidor público, administrativo o judicial” en intérpretes del texto constitucional, en tanto la Constitución es una norma jurídica con capacidad regulatoria y no exclusivamente un “programa político”.

Recordemos que Bobbio, define a una norma jurídica (en consideración a su exterioridad e institucionalización) como aquella “cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada

Esta supremacía que dota a la Constitución de su característica prioritaria, no se origina en el pensamiento jurídico escindido del proceso histórico que subyace de él. Puesto como manifiesta (Aragón, La Constitución como paradigma , 2007), los intentos del positivismo reduccionista en oprimir el concepto de constitución aún permanecen en varias posiciones que defienden dos conceptos de constitución, formal y material.

En ese sentido, esa diferenciación menoscaba o resta efectividad a la Constitución puesto que el carácter de vinculante se visibiliza a través de la constitución material que esgrime para cada sociedad una fórmula de tutela de derechos y bien social acorde a cada realidad.

Siendo así que en nuestra Constitución en su Art. 424, establece:

***“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”***, es decir, la aplicabilidad directa es taxativa, vinculante y obligatoria. Siendo incluso en el mismo **Art. 424** un referente que legitima el Bloque de Convencionalidad, cuando dice: ***“La***

***Constitución y los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.***

Esta súper-legalidad se caracteriza por tener una fuerza jurídica especial, lo que la pone en la cabeza del ordenamiento jurídico del Estado concediéndole una preeminencia indiscutible. (Badillo, 2008)

Con el fin de instrumentalizar su efectivo cumplimiento en el siguiente gráfico se incorporará la jerarquización constitucional de la que es parte el Ecuador:

ESTADO SOBRE		ESTADO DE DERECHO	ESTADO DE DERECHO	ESTADO DE DERECHOS
Estado	DERECHO Somete a derecho	LEGAL Ley somete a Estado	CONSTITUCIONAL Constitución somete a Estado	Derechos someten a Estado
Poder Referente	Autoridad	Parlamento	Constituyente	Personas y Pueblos

El gráfico no solo expone las diferencias sino que sitúa la real comprensión desde donde se funda el Estado, es decir, con esa inclusión implícita que integra la pluralidad jurídica y la efectiva aplicación e importancia de los derechos reconocidos en la Constitución.

Ante esta disgregación es importante resaltar que nuestro país jurídicamente plantea un reconocimiento vital para los homosexuales, pero socialmente no existe aún esa misma evolución basta con mencionar el caso “Satya” que fue muy mediático y midió por decirlo de alguna forma la resistencia que existe al respecto en el país en materia de aceptar la maternidad subrogada en parejas homosexuales, ya que Nicole y Helen, se acercaron al Director del Registro Civil para inscribirla puesto que Satya, es producto de una inseminación artificial dentro de una relación lésbica, ante lo que el Director del Registro Civil, estableció la imposibilidad de inscribirla amparados en lo contenido en el **Art. 32 numeral 5 ; 33 y 80 de la Ley de Registro Civil**, lo que nos lleva a pensar que una ley que

data de 1976 es jerárquicamente superior a un reconocimiento sustancial en materia de derechos contenidos en la Constitución de la República, es evidente que no la respuesta es eminentemente social y es justamente por la resistencia que produce el reconocimiento de este derecho de las familias monoparentales.

Lo que nos lleva a concluir que este trabajo justamente busca desentrañar ese tipo de aspectos que son leídos por nuestra sociedad escindida de lo jurídico y más bien prevalidos por los prejuicios y rezagos del Siglo XX. Puesto que recordemos que en nuestro Código Penal, hasta los 90 se penalizaba ser homosexual.



## CAPÍTULO V

### METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

#### 5.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo científico académico propuesto en esta investigación cualitativa a través de la investigación de campo, buscará datos cuantificables los mismos que darán a conocer e identificar los diversos aspectos sociales, y jurídicos generados desde la expedición de la Constitución en el 2008, de esa forma se construye en el país los que he sostenido a lo largo de la investigación y es la posibilidad de insertar en el marco jurídico la maternidad subrogada.

#### **Métodos**

En cuanto a los métodos de investigación que se utilizó tenemos:

#### **Método científico:**

Se utilizó para identificar el problema, plantear y analizar el mismo, posteriormente para el planteamiento del problema de las posibles causas originarias o de las denominadas hipótesis de las que deben ser comprobadas en el transcurso de la investigación. También se empleó en el respaldo del marco teórico conceptual en el que se fundamentará este trabajo de investigación.

#### **Método descriptivo:**

Se utilizó la descripción de cada uno de los aspectos, factores y elementos que abarca el problema a través de la aplicación de unidades de observación con sus variables.

## **Método analítico:**

Especialmente se utilizó en el análisis de los datos obtenidos de los cuadros estadísticos y sus respectivas conclusiones.

## **5.2. Características.-**

El presente trabajo tiene características propias que lo hacen único, pues va a proporcionar una nueva visión a los operadores de justicia, y a la sociedad respecto de un fenómeno social que debe ser visibilizado.

## **5.3. POBLACIÓN Y MUESTRA**

### **5.3.1. Población**

Para este trabajo se lo ha realizado mediante encuestas realizadas en las clínicas de fertilización en el Ecuador, las mismas que son 328 ubicadas en las principales Provincias del País, las que han asistido a 1'372.193 parejas.

<b>GUAYAQUIL</b>	<b>CUENCA</b>	<b>QUITO</b>	<b>TOTAL</b>
280.000	100.000	321.000	701.000
<b>MACHALA</b>	<b>AMBATO</b>	<b>MANTA</b>	
220.000	32.008	364.059	616.067
<b>SAMBORODON</b>	<b>LOJA</b>	<b>PORTOVIEJO</b>	
52.000	1.626	1.500	55.126
			<b>1'372.193</b>

### 5.3.2. Muestra

Consiste en la selección de un conjunto de individuos representativos de la totalidad del universo, objeto de estudio. Reunidos como una representación válida y de interés para la investigación. Los criterios que se utilizan para la selección de muestras, pretenden garantizar que el conjunto seleccionado, representa con la máxima fidelidad a la totalidad de la que se ha extraído.

La fórmula que se aplicará para calcular el tamaño de la muestra será la citada por DINAMED (1996)

$n$  = Tamaño de la muestra.

$N$  = Tamaño de la población.

$E$  = Error admisible al cuadro.

$$n = \frac{N}{(E)^2 (N - 1) + 1}$$

$$n = \frac{1'372.193}{0.05^2 \cdot 1'372.193 - 1 + 1}$$

$$n = \frac{1'372.193}{0.0025 \cdot 1'372.192 + 1}$$

$$n = \frac{1'372.193}{3430.48 + 1}$$

$$n = \frac{1'372.193}{3431.48}$$

$$n = 399.88$$

Se ha tomado como muestra, la entrevista a parejas, en diferentes centros de fertilidad del País, según el resultado de la fórmula aplicada, se debe realizar 399.88 encuestas, las mismas que se realizarán al universo de personas respecto el tema de la subrogación gestacional.

## **5.4. TECNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

Para la obtención de la información necesaria, se hará uso de los siguientes métodos de investigación:

### **5.4.1. Técnicas de la observación**

La observación ha constituido desde hace mucho tiempo una de las formas más precisas para poder obtener información y poder explicar lo que ocurre en el medio, esta técnica permitirá registrar información con base a la percepción de la realidad del entorno y definir cuáles son las necesidades e inconformidades de la población.

### **5.4.2 Observación directa**

Este tipo de observación es palpando visiblemente el entorno social, el universo de muestra para así tener la precisión de la situación que se investiga.

### **5.4.3 Observación indirecta**

Este tipo de observación es la documental se realizara durante la lectura de libros, documentos que brindan información necesaria de forma que aporta a la evolución del proyecto investigativo.

## **5.5. Instrumento de recolección de datos**

### **5.5.1. Técnicas de encuesta**

Es una técnica de investigación empírica que consiste en recoger información a las parejas que buscaron ayuda en los centros de fertilidad del País.

### 5.5.2. Técnicas de entrevista

La instrumentalización consiste en el diseño de un documento elaborado para pedir opiniones sobre evento o hechos específicos. Se basa en una serie de preguntas.

### 5.5.3 Validación de instrumentos

La validación del presente trabajo estará combinado con los instrumentos necesarios para la investigación que son: la encuesta y la entrevista, que permitirá conocer la opinión de los encuestados y entrevistados y de esta forma poder determinar la aceptación, confiabilidad y validez de la propuesta.

### 5.5.4 Aplicación de los instrumentos

Se identifica la fuente de información por medio de sondeos, encuesta, entrevista, investigación de campo, tabulaciones y validación de la propuesta.

## 5.6 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

### Operacionalización

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS
INDEPENDIENTE:  Maternidad Subrogada fenómeno social que ha adquirido un auge mundial desde argumentos a favor y en contra	Civil	Garantías  Principios Constitucionales	Observación  Entrevista
DEPENDIENTE: Cultura jurídica: es necesario establecer que nuestros recintos jurídicos, los claustros universitarios deben impregnarse de esta realidad y aplicarla sin dilación alguna.	Recintos Judiciales  Universidades Sociedad	Políticas Públicas  Educación	Observación  Encuesta

Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez

## **5.7. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN**

El tipo de instrumento que se utilizó fueron la encuesta para lo cual se utilizó un cuestionario de preguntas elaboradas sobre la temática de la investigación, el que contiene preguntas abiertas y cerradas; la confiabilidad se probó aplicando en el instrumento a un número de encuestados.

La validez se la realizó a través de encuestas a parejas y entrevistas a profesionales de la medicina en especialización en fertilidad, quienes analizaron el formulario determinando la congruencia, claridad, tendenciosidad y observaciones de las preguntas planteadas.

## **5.8. RECURSOS: FUENTES, CRONOGRAMAS Y PRESUPUESTO PARA LA RECOLECCION DE DATOS.**

### **Instrumentales.**

Para la realización investigativa utilice los siguientes instrumentos:

#### **5.8.1. Fungibles.**

Los materiales fungibles son aquellos que se consumen poco a poco con el uso que se le da al material y puede ser reemplazo con otro de igual características. En la investigación utilizamos los siguientes materiales de papelería como: resaltadores, hojas de papel bond tamaño A4, impresiones, copias, bolígrafos, entre otros.

#### **5.8.2. Permanentes.**

Estos materiales son los que se mantienen en un mismo lugar, estado o situación sin experimentar cambio alguno, en los cuales utilizamos: una computadora de escritorio, una laptop, energía eléctrica, teléfono móvil, teléfono fijo, grabadora de voz, libros, códigos, internet, viáticos y transporte.

### 5.8.3. CRONOGRAMA

Actividades Realizadas	MESES																																			
	Nov.				Dic.				Enero				Feb.				Mar.				Abr.				May.				Jun.				Jul.			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4				
Revisión del I Capítulo Bibliográfica	█	█	█																																	
Aprobación I Capítulo				█																																
Elaboración y Revisión II Capítulo				█	█	█	█																													
Aprobación II Capítulo				█	█	█	█																													
Elaboración y Revisión III Capítulo								█	█	█	█																									
Aprobación III Capítulo									█	█	█	█																								
Elaboración y Revisión IV Capítulo									█	█	█	█																								
Aprobación IV Capítulo									█	█	█	█																								
Elaboración y Revisión V Capítulo																																				
Aprobación V Capítulo																																				
Elaboración y Revisión VI Capítulo																																				
Aprobación VI Capítulo																																				
Elaboración y																																				



### 5.8.5. TRATAMIENTO A LA INFORMACIÓN.- PROCESAMIENTO DE DATOS.

Para poder realizar el análisis estadístico de la propuesta, se lo realizará por medio de hojas electrónicas con gráficos que ayudará a analizar la información.

### 5.9. CRITERIOS PARA ELABORAR LA PROPUESTA

La presente investigación se considera un proyecto factible, porque tiene propuestas actuales que ayudarán a dar un verdadero valor jurídico civil y humano.

### 5.10. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

1.- ¿Cree que deba regularse en nuestro sistema jurídico la maternidad subrogada?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	319	80%
No	80	20%
Total	399	100%



En vista de la regulación jurídica de la maternidad subrogada, se pregunta a las parejas si estarían de acuerdo o no, con la creación de normativa.

El 80% de las encuestadas, consideran que es necesaria una regulación jurídica, ya que la falta de la misma, podría llevar consigo una desprotección total o parcial de las personas involucradas en la subrogación estacional.

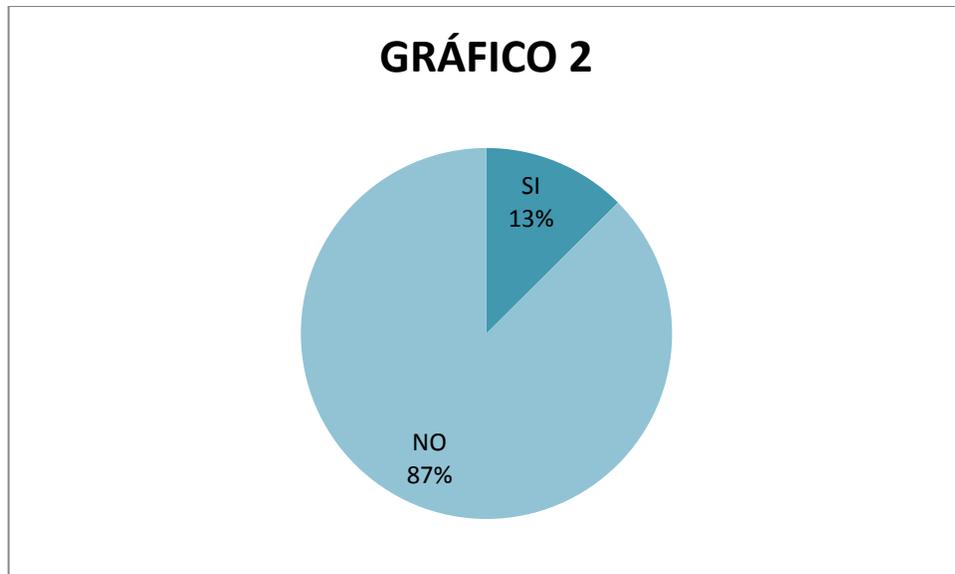
El 20% de las encuestadas, por su parte, consideran que no haría falta normativa expresa en este sentido, ya que el convenio de las partes se basa en la voluntad y confianza por lo que se cumpliría lo acordado de entregar a la criatura cuando nazca.

**2.- ¿Establecen nuestras leyes, los efectos jurídicos, que se producen en las personas que nacen a partir de técnicas de reproducción humana?**

**Conocimiento derechos ofendidos**

<b>RESPUESTAS</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
SI	50	13%
NO	349	87%
TOTAL	399	100%

Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez



La carencia de regulación y protección, a los nacidos a partir de las técnicas de reproducción asistida, nos preocupa sobre manera, por ello hemos consultado a las parejas sobre el conocimiento de este problema.

El 13% considera que nuestras leyes protegen y establecen efectos jurídicos a partir del nacimiento de las personas que han sido concebidas a través de la técnica de reproducción asistida.

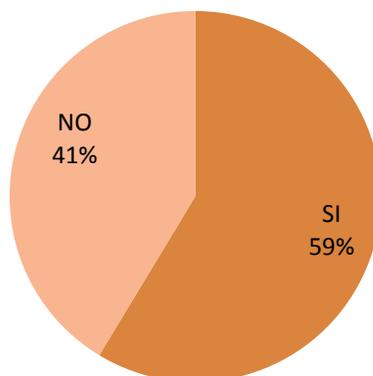
El 87% considera que nuestras leyes, en especial el Código Civil no establece ningún efecto jurídico para las personas concebidas a través de las técnicas de reproducción asistida, precisamente en el tema de la afiliación.

**3.- ¿CONOCE USTED, CUAL ES LA DIFERENCIA ENTRE ESTERILIDAD E INFERTILIDAD?**

<b>RESPUESTAS</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI</b>	<b>234</b>	<b>59%</b>
<b>NO</b>	<b>165</b>	<b>41%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>399</b>	<b>100%</b>

Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez

**GRÁFICO 3**



Existe una marcada de diferencia entre esterilidad e infertilidad, sin embargo no todas las personas conocen de dichas diferencias.

El 59% de las ciudadanas encuestadas manifiestan que conocen la diferencia entre una y otra.

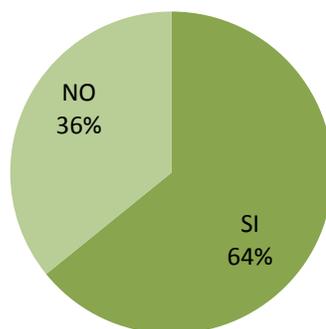
El 41% de las encuestadas como habíamos previsto, no tienen conocimiento de las diferencia entre esterilidad e infertilidad.

**4. ¿CONSIDERA USTED, A LA MATERNIDAD SUBROGADA O VIENTRE DE ALQUILER, COMO UN TEMA DE INTERES SOCIAL?**

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	256	64%
NO	143	36%
TOTAL	399	100%

Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez

**GRÁFICO 4**



Conocedores del interés social de la maternidad subrogada o vientre de alquiler, hemos decidido consultarle a las parejas si este tema le interesa a la sociedad.

Considerando el 64% de las encuestadas, al igual que nosotros que es un tema de sumo interés social, además de ser muy actual.

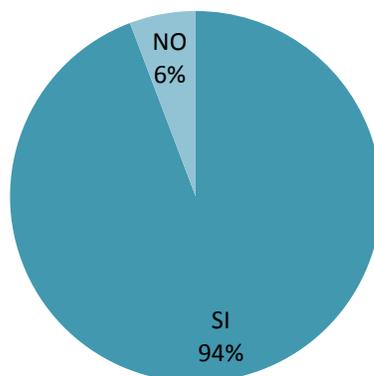
El 36% dice que no es un tema que ocupe a la sociedad y que no es muy relevante como para crear normativa o modificar la existente.

**5. ¿ESTÁ USTED DE ACUERDO, CON LA PRÁCTICA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDAS (FECUNDACIÓN IN VITRO, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL)?**

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	376	94%
NO	23	6%
TOTAL	399	100%

Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez

**GRÁFICO 5**

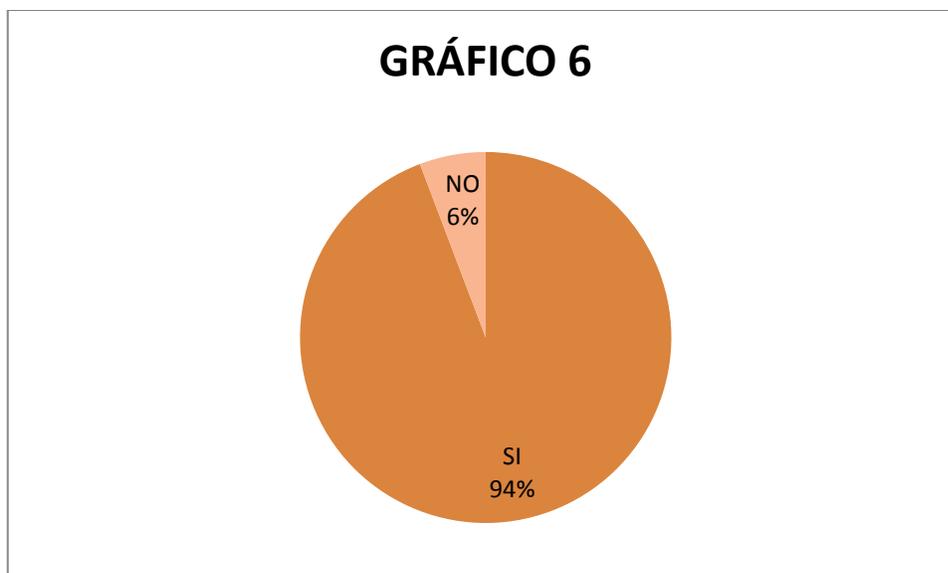


Al tratarse de un tema muy delicado, en cuanto a los numerosos enfoques que puede dársele, hemos consultado si las parejas están de acuerdo con esta práctica. Ha sido una opinión a favor mayoritariamente 94% con la aprobación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida., el 06% se muestra en desacuerdo con esta práctica.

**6. ¿CREE QUE DEBA REGULARSE EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?**

<b>RESPUESTAS</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI</b>	<b>376</b>	<b>94%</b>
<b>NO</b>	<b>23</b>	<b>6%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>399</b>	<b>100%</b>

Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváz



Ya hablamos de la maternidad subrogada, como motivo de regulación, y ahora es el turno de las técnicas de reproducción asistida, siendo estas segundas, el método por el cual llegar a las primeras.

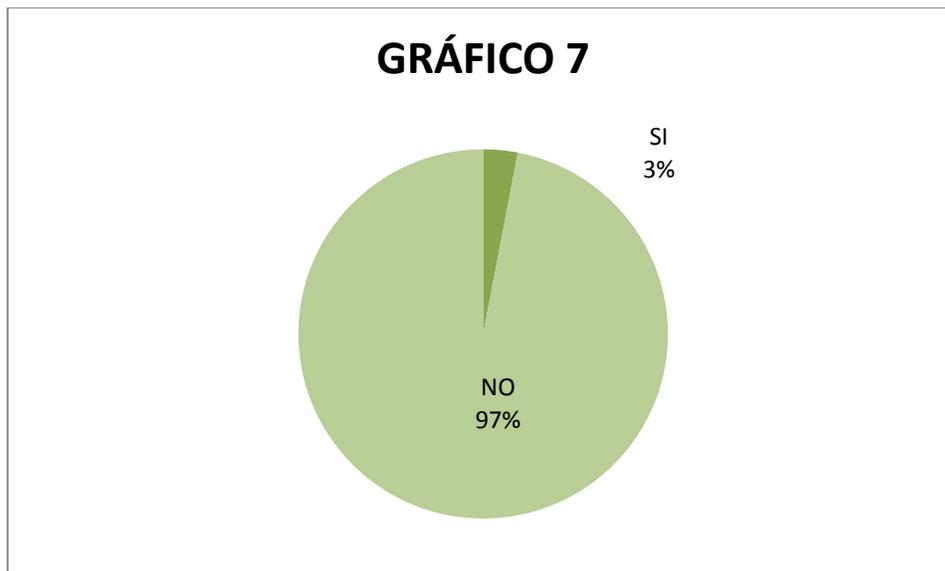
De esta manera, el 94% de las ciudadanas considera que estas prácticas deben ser reguladas por nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte el 6% manifiesta que no es necesaria una regulación de estos temas.

**7. ¿CONOCE UD. DE ALGÚN MARCO JURÍDICO QUE REGULE LA PRÁCTICA DE LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDAS, EN NUESTRO PAÍS?**

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	3%
NO	387	97%
<b>TOTAL</b>	<b>399</b>	<b>100%</b>

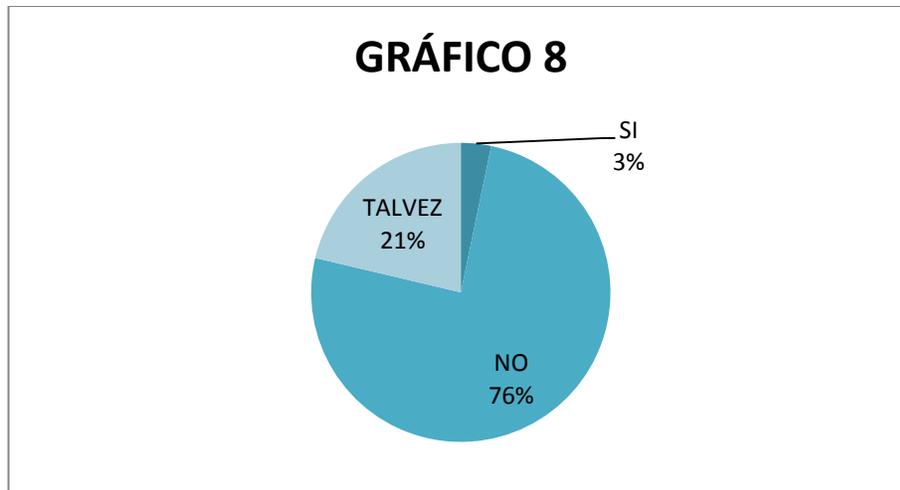
Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez



Las ciudadanas han opinado acerca de que si hace falta o no una regulación para la maternidad subrogada y de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, solo el 3% de los encuestados conocen de algún marco jurídico que regulen estas prácticas y un abrumador NO con un 97% de personas que desconocen del marco jurídico respecto a estos temas.

**8. ¿ESTABLECE NUESTRA NORMATIVA CIVIL, LOS EFECTOS DE LA FILIACIÓN EN CASO DE NIÑOS O NIÑAS NACIDOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA?**

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI CONOCE	13	3%
NO	301	75%
TALVEZ	85	21%
TOTAL	399	100%



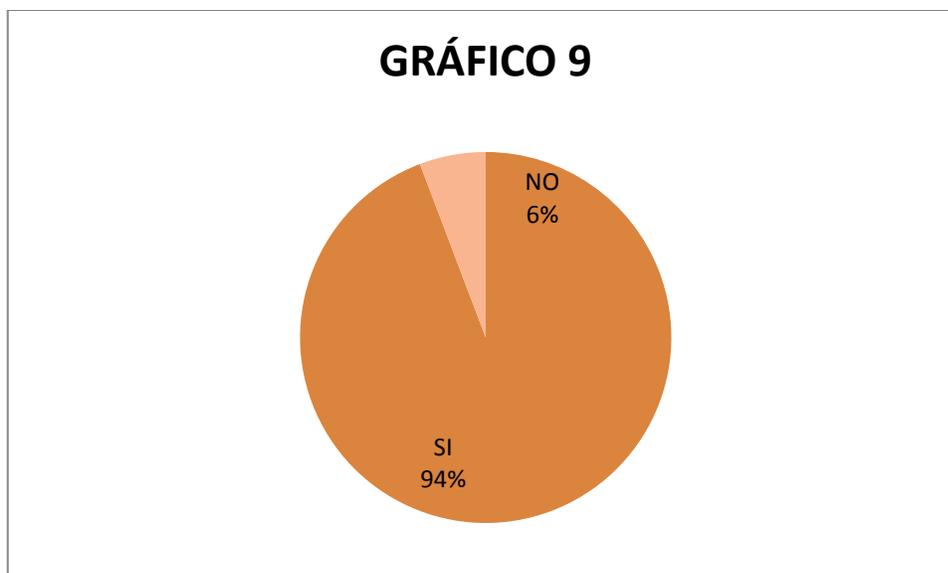
Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváz

Con base en lo que queremos aportar con nuestra propuesta, acerca de los efectos de filiación que emergen a partir del nacimiento de los individuos a través de cualquier método, no queremos dejar desprotegido a los nacidos por las técnicas de reproducción asistida y hemos considerado preguntar a las parejas.

Solo un 3%, con gran desacierto, responde que nuestra normativa civil cuenta con los efectos de filiación a partir de las técnicas de reproducción asistida, el 21% dice que talvez, mientras que el 75% de las personas encuestadas aseguran que no existe tal regulación.

**9. ¿DEBERÍA ESTABLECER NUESTRA NORMATIVA CIVIL LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UNA VÍA ALTERNATIVA DE CONCEPCIÓN Y FILIACIÓN?**

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	376	94%
NO	23	6%
<b>TOTAL</b>	<b>399</b>	<b>100%</b>



Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez

Con mucho acierto, gran parte de la ciudadanía, manifestó que no existía regulación en estos temas de subrogación Gestacional. Sin embargo, un importante número de parejas encuestadas supone que no debe establecerse como una alternativa de concepción y filiación, un 6%.

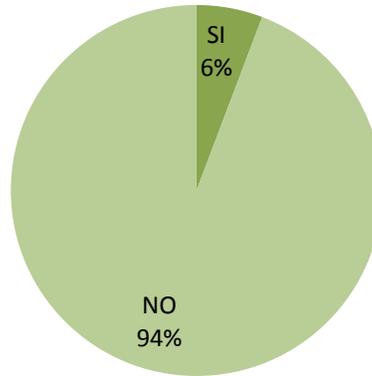
El 94% de las parejas encuestadas considera que debe establecerse la maternidad subrogada como una vía alternativa de concepción y filiación.

**10. ¿CONSIDERAN USTEDES, QUE DURANTE LA PRÁCTICA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN, SE VIOLENTA EL DERECHO A LA VIDA?**

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	6%
NO	376	94%
<b>TOTAL</b>	<b>399</b>	<b>100%</b>

Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez

**GRÁFICO 10**



Hemos llegado a un punto muy importante, en el cual entra en juego uno de los derechos fundamentales de todo ser humano como lo es el derecho a la vida.

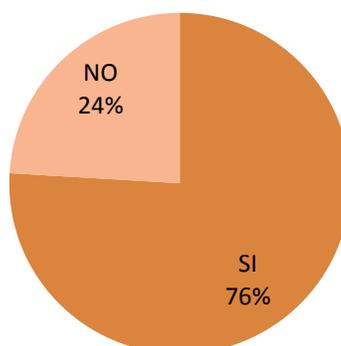
El NO, con un 94% significa un buen porcentaje de parejas que consideran que las técnicas de reproducción asistida, no violentan o transgreden el derecho a la vida.

El 6% considera que constituye no solo una falta de respeto al mencionado derecho, sino que transgreden la dignidad de la persona humana.

**11. ¿CREE UD QUE LOS PROGRAMAS DE SUBROGACIÓN DE UTERO EN LOS PROCESOS DE FECUNDACIÓN IN VITRO ES UNA SOLUCIÓN PARA LOS MUJERES QUE NO PUEDEN GESTAR?**

<b>RESPUESTAS</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI</b>	<b>303</b>	<b>76%</b>
<b>NO</b>	<b>96</b>	<b>24%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>399</b>	<b>100%</b>

**GRÁFICO 11**



Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez

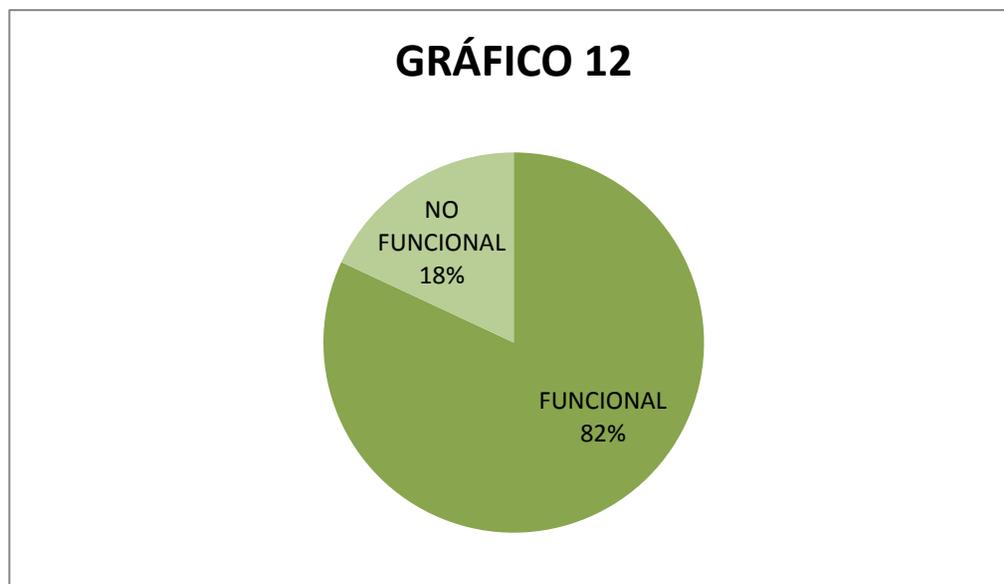
Los problemas de infertilidad cada vez son más comunes, por diferentes factores. La subrogación gestacional, sale al paso como una alternativa altruista, antes que comercial. A pesar de observarse superficialmente, esto conlleva un sinnúmero de aristas.

Las encuestadas, en un 76% consideran que la subrogación gestacional, es una solución para las mujeres que padecen problemas de infertilidad, mientras que el 24% considera que NO lo es y que existen otras alternativas más idóneas, como la adopción

**12. ¿CONSIDERA USTED FUNCIONAL, UN PROYECTO DE LEY QUE PERMITA LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL DENTRO DE LOS PROCESOS DE FECUNDACIÓN IN VITRO, EN EL ECUADOR?**

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	327	82%
NO	72	18%

<b>TOTAL</b>	<b>399</b>	<b>100%</b>
--------------	------------	-------------



Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narvárez

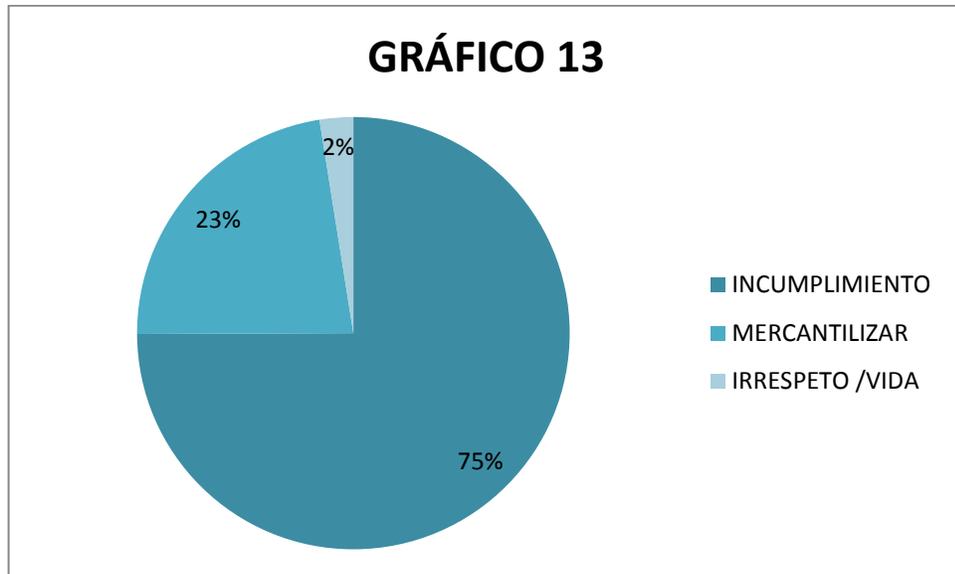
Gran parte de las encuestadas, consideran como funcional un proyecto de ley que permita la subrogación gestacional en el Ecuador. El 82% considera que podría ser un proyecto funcional, mientras que el 18% piensa que no lo sería, debido a la falta de tecnología y profesionales en el país.

**13. ¿CUALES SERÍAN LAS DESVENTAJAS DE LEGALIZAR LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA?**

<b>RESPUESTAS</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>INCUMPLIMIENTO</b>	<b>299</b>	<b>75%</b>
<b>MERCANTILIZAR</b>	<b>90</b>	<b>23%</b>

IRRESPETO/VIDA	10	2%
<b>TOTAL</b>	<b>399</b>	<b>100%</b>

Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez



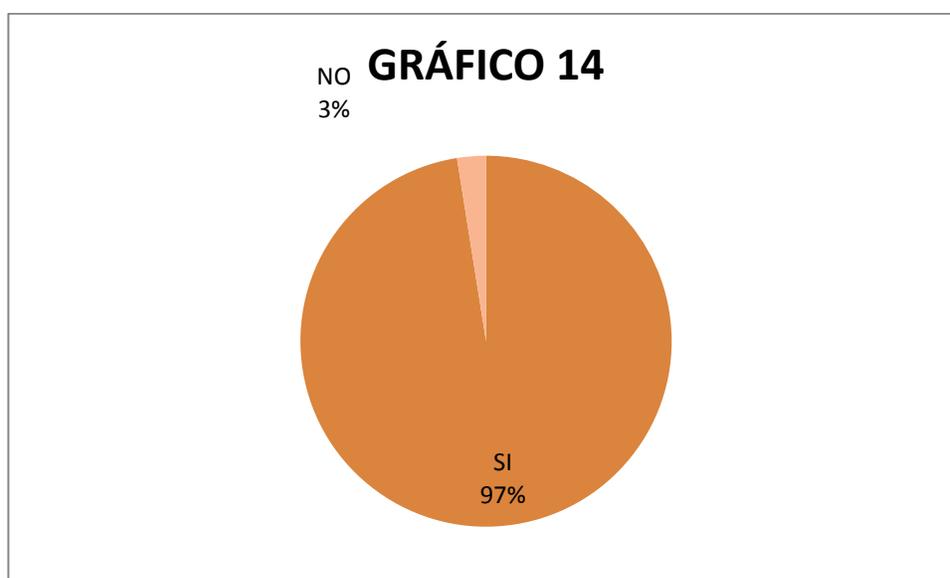
Las parejas encuestadas se manifestaron respecto de cuáles serían los riesgos al momento de optar por la subrogación gestacional.

Un 75% de ellas, pensaron que uno de los riesgos sería el de un posible incumplimiento de alguna condición o acuerdo, al momento de subrogar la gestación, más aun si no se encuentra normado el hecho. Otro 23% se refirió a que se corre el riesgo de que se mercantilice con esta práctica. Para finalizar el 2% de las personas encuestadas piensan que se irrespeta el derecho a la vida, desde la concepción.

**14. ¿CONSIDERA QUE ESTA PRÁCTICA DEBE REALIZARSE SIN FINES MERCANTILISTAS?**

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	67%
NO	389	33%
TOTAL	399	100%

Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez

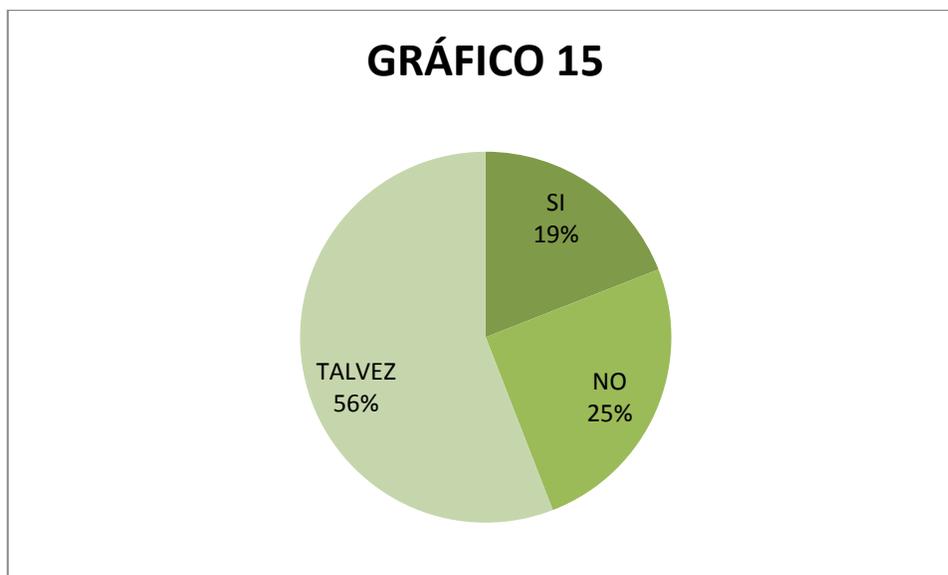


Como pudimos observar en la pregunta anterior, la mercantilización de esta práctica es un tema que preocupa a la ciudadanía, es por ello que el 97% considera que debe realizarse sin dicho fin y un 3% de parejas, que si debe ser mercantilizado.

**15. ¿CONSIDERA UD. CONVENIENTE QUE SE UTILICE ESTA PRÁCTICA EN PERSONAS SOLTERAS Y HOMOSEXUALES?**

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	76	19%
NO	100	25%
TALVEZ	223	56%
TOTAL	399	100%

Elaborado por: Juan José Cárcamo / Arturo Olivares Narváez



Existe indecisión sobre la aplicación de las TRA en heterosexuales solteros y homosexuales, por el mismo hecho que existe resistencia sobre todo de la Iglesia en cuanto a aceptar a este tipo de personas.

## **6. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

La investigación de campo dio como resultado un alto margen de aceptación de las técnicas de reproducción asistida y la necesidad de institucionalizar la maternidad subrogada como parte de un ejercicio de aplicación de los principios y derechos y busca la materialización de los derechos de las partes en el proceso.

## **CAPÍTULO VI**

### **MARCO PROPOSITIVO**

#### **6.1. TEMA**

MATERNIDAD SUBROGADA

#### **6.2. DESARROLLO**

Es trascendental apuntar que el Derecho en general, es una de las ciencias más polémicas para definir. Nada ha dividido tanto a los iusfilósofos como esta conceptualización, y así han surgido un sin número de opiniones de los juristas respecto a su carácter y para establecer sus límites, con la finalidad de determinar los entes que abarca y aquellos que se quedarían excluidos de sus regulaciones.

Los seres humanos tienen el derecho a la "La libertad, que es el poder de obrar según la propia determinación, y, en consecuencia, ausencia de regla prohibitiva o restrictiva de una actividad determinada.

En Derecho, se admite la figura de la libertad.- La libertades individuales o sea, aquellas potestades reconocidas al individuo para el desarrollo de su actividad, y que se hallan garantizadas por la ley y, según explica Capitant, están en principio, por encima de los gobernantes, encargados solo de organizarlas con miras a las necesidades de la vida en común, tales como: La libertad individual stricto sensu, la libertad de trabajo, etc."

Por lo tanto podemos decir que una mujer haciendo uso de su libertad personal podría disponer de su cuerpo como mejor le parezca, ya que no afecta a nadie con esta disposición y estaría dentro de su derecho; pues ella tiene derecho a elegir y desarrollarse como mejor le parezca.- Además que la capacidad la facultad para poder contractual.-

- LA LIBERTAD VS. VOLUNTAD

"Libre arbitrio que poseen todos los individuos que gozan de capacidad para regular sus derechos y contraer obligaciones, respetando su palabra o firma como si fuera ley escrita.

Es conocido por todos que lo que las personas a adultas concuerden es Ley para las partes, por lo que la teoría de la autonomía de la voluntad sostiene esencialmente la soberanía de los individuos para regular sus derechos mediante acuerdo de voluntades (convención o contrato) que tiene fuerza de ley entre las partes.

Solamente se puede hablar de plena autonomía de la voluntad en el terreno de lo puramente psicológico. Pero es inconcebible en cuanto se refiere a la voluntad jurídica, porque uno de sus elementos internos, la libertad, siempre ha estado limitada por leyes imperativas que se refieren al orden público, la moral y las buenas costumbres.

En este sentido se tendría limitado el concepto de autonomía de la voluntad, pues la libertad está limitada por la moral y las buenas costumbres (conceptos que son totalmente relativos y que cambian constantemente). Es difícil actuar de acuerdo a estos limitantes pues en una misma sociedad hay dos grupos: conservadores y liberales, y los dos tiene igual peso en la sociedad.

Además es necesario señalar algunos puntos sobre la filiación del niño que nace bajo estas prácticas:

La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico. En términos generales, se puede indicar que comprende el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes, sin limitaciones de grados; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras.

Del carácter estrictamente jurídico de la relación filial se desprenden ciertas consecuencias. En primer lugar, puede darse que no toda persona tenga una filiación o estado filial.

En segundo lugar, la filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica, toda vez que el derecho extrae un efecto de tipo jurídico del primero que no siempre es idéntico; por ejemplo, si alguien siendo padre biológico, pierde el juicio de reclamación por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

La filiación puede ser vista desde dos perspectivas exclusivamente:

- Como una relación jurídica entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo, por lo que siempre es bilateral; y
- Como un estado civil, es decir, como una especial posición de una persona en relación con su sociedad, tipificada normativamente.

### **Sistemas de atribución**

Existen dos sistemas teóricos para establecer la filiación:

- El de titulación, en donde la filiación se tiene por los títulos de atribución que es la causa iuris de la filiación y títulos de legitimación, que son signos o requisitos legales que refieren a la determinación y tienen una función probatoria. Los títulos pueden entrar en conflictos entre sí respecto de una misma persona. En la doctrina no es claro diferenciar cuáles sean unos y otros (así, p.ej., la disputa entre Manuel Peña y Díez del Corral, sobre la llamada presunción de paternidad).
- El de procedimentalización, en donde parte de la separación de ciertos procedimientos independientes para acceder o destruir la filiación, con basamento de cada uno de ellos en criterios-base de carácter autónomos entre sí, que son el punto de partida, punto de articulación y de interpretación cada procedimiento, eventualmente factores de determinación, y meta criterios de decisión para conflictos o choques de procedimientos. Este sistema tiene como sustrato una triple partición entre: i) los procedimientos constitutivos o impugnativos, ii) el estado civil filial constituido y iii) los derechos y deberes atribuidos al estado civil. Además, tiene un fuerte carácter normativista.

## **Tipos de filiación (unidad o pluralidad)**

Esto se refiere a cuántos estados civiles filiales tiene ordenamiento jurídico, y supone una definición específica de la ley.

- Pluralidad. Si el Derecho distingue varias posiciones de hijo como estado civil, por ej., legítimo (o también llamado filiación matrimonial) e ilegítimo (no matrimonial), adoptivo, etc., entonces debe hablarse de diversos tipos de filiación. La pluralidad de estados es un instrumento para atribuir una discriminación en los derechos y obligaciones imputables.
- Unidad. Si el Derecho sólo tiene una posición en su calidad de hijo como estado civil, entonces no puede hablarse de tipos de filiación sino de una única consideración en la posición, "hijo". La unidad de estado es usada para atribuir igualdad en el régimen de los derechos y obligaciones.

## **Procedimientos para constituir la filiación**

Se trata de un sistema plural o único, el estado civil filial puede tener su origen en diversos procedimientos que establezca la ley. Cada procedimiento se organiza en torno a un criterio-base que origina el procedimiento. Los criterios-base los determina cada legislación, los tradicionales son: el natural, mediante acto natural de la procreación, y el puramente jurídico, mediante un contrato (como en la antigua adopción romana) o un proceso jurisdiccional de adopción. A ellos en algún sistema se les agrega los siguientes criterios-base: de reproducción asistida, mediante un acto tecnológico de reproducción, y uno social, atribuido mediante sólo consideraciones sociales sobre quien sea hijo de quien.

En el caso de la filiación de origen biológico, también se distingue entre un contexto matrimonial, cuando los progenitores están casados entre sí, y el contexto no matrimonial (o extramatrimonial), en caso contrario.

## **Formas de determinar la filiación**

Según el ordenamiento jurídico en concreto, la filiación puede recurrir a ciertos factores de determinación de la filiación. Su objetivo es facilitar

la constitución del estado filial, mediante el establecimiento legal de tipos de hechos relativamente simples de constatar en la práctica, y que sean una manifestación externa del criterio-base.

En esta materia depende de cada legislación nacional su establecimiento, y cada procedimiento puede tener sus propios factores independientes de los otros:

- Mediante el parto. Éste se construye como un factor de determinación de la filiación en un procedimiento natural, que se aplica sólo a la mujer.
- Mediante la vieja y conocida regla del pater est. También sólo opera en un procedimiento natural. Se establece que el marido de la madre será considerado como padre del hijo de ésta. Ésta se construye mediante tres subreglas: 1) la existencia de un matrimonio, 2) el nacimiento dentro de un preciso tiempo en relación con el matrimonio y 3) que se esté determinada la maternidad de la madre.
- Mediante el acto de reconocimiento de la progenitura, paterna o materna. Éste constituye un acto voluntario, de tipo unilateral, de admisión de la propia paternidad respecto de otra persona. Cada legislación tiene sus propios límites de procedencia, pero existe una tendencia a que tenga cada vez menos límites.
- Mediante sentencia firme. Este caso es aplicable para adopciones, o para reclamaciones de paternidad. La sentencia también se inscribe en el Registro civil, con el fin de dar publicidad a un hecho que tiene importantes consecuencias frente a terceros.
- A través de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil. En alguna legislación, como la chilena, éste no constituye un factor de determinación, sino un medio para acreditar la filiación ya constituida.
- Posesión notoria. Sólo constituye un factor de determinación, cuando la legislación ha erigido un criterio social, como base de un procedimiento. La posesión notoria es la actitud de un aparente padre, es decir, una persona que trata a un niño como si fuera suyo: lo cuida, educa, le provee alimentos y vestimenta, es decir, lo trata como un padre trata normalmente a un hijo. Esta

forma en algunas legislaciones es considerada sólo una forma de acreditar la filiación ya constituida, pero con la exactitud de las pruebas de ADN, el concepto práctico de la posesión notoria como determinante de la filiación ha caído en desuso.

### **Acciones relativas a la filiación**

Las acciones relativas a la filiación, bajo el supuesto de que exista o no el estado filial, pueden ser de dos grandes clases: destructivas de la filiación o atributivas de ella. Para los procesalistas, todas ellas son constitutivas porque vienen a innovar sobre el ordenamiento jurídico. La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconoce las siguientes acciones:

### **Acciones de imputación**

- La acción de reclamación o reivindicación de la filiación. Es el derecho de toda persona de acudir ante las instancias judiciales para resolver su estado de filiación. Sería el caso del hijo que sabe la identidad de su verdadero padre, e inicia la acción de reivindicación para que este sea reconocido judicialmente como tal.
- La acción de adopción. Tiene por objeto constituir el estado civil de hijo, sometiéndose a los procedimientos jurídicos respectivos que cada legislación cree.

### **Acciones de impugnación**

- La impugnación de paternidad en sede judicial.
- El desconocimiento de paternidad. Por ejemplo, ante un hijo que nace dentro del matrimonio, pero cuyo progenitor no es el cónyuge.
- La nulidad o impugnación del reconocimiento. Por ejemplo, un padre que haya reconocido a un hijo voluntariamente, puede luego pedir que se revoque este reconocimiento. Algunos ordenamientos estipulan que el reconocimiento es irrevocable, salvo por error o falsedad a la hora de haberlo realizado, debiendo solicitarse en sede judicial.

### 6.3. Jurisprudencia Internacional

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del año 2000, que prohibió la fecundación in vitro FIV, infringe el derecho humano a la vida privada y la vida familiar, el derecho humano a fundar y criar una familia, y el derecho humano a la no discriminación en base a discapacidad, situación económica, o género. Las conclusiones de la Corte Interamericana respecto de las violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, se traducen en que de acuerdo con la Convención los embriones in vitro no son "personas," y no tienen derecho a la vida. Consecuentemente, la prohibición de la FIV con el objeto de proteger a dichos embriones constituye una denegación desproporcionada e injustificable de los derechos humanos de las personas infértiles. La Corte distingue entre fecundación y concepción, donde la concepción, a diferencia de la fecundación, depende de la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer. De acuerdo con el derecho de los derechos humanos, la protección jurídica de un embrión "desde la concepción" es inaplicable en el período que se comprende entre su creación mediante la fecundación y la implantación intrauterina. *Conclusión:* La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que la FIV cumple un servicio en favor de los derechos humanos, los embriones in vitro no son "personas", y no tienen derecho jurídico a la vida.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la "Corte") sobre la prohibición constitucional costarricense a la fecundación in vitro FIV consideró las presuntas violaciones a los derechos humanos resultantes del dictamen prohibitivo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del año 2000. La sentencia de la Sala Constitucional anuló el Decreto Ejecutivo de 1995 del Ministerio de Salud que autorizaba la FIV y regulaba su práctica, declarándolo inconstitucional. Las razones esgrimidas en cuanto a que la sentencia del 2000 infringió los derechos humanos de acceso a la FIV se basaron en lo previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la "Convención" o la "Convención Americana" indistintamente). Costa

Rica es Estado parte de la Convención desde 1970, y se ha sometido a la jurisdicción vinculante de la Corte desde 1980.

La Sala Constitucional anuló el Decreto Ejecutivo que autorizaba la FIV basándose en el supuesto de que debido a que la FIV es responsable de la creación de embriones humanos, algunos de los cuales inevitablemente están destinados a morir, la práctica afecta el "derecho a la vida y a la dignidad del ser humano" que, de acuerdo con la Sala, el Poder Ejecutivo no tiene facultad para normar constitucionalmente. Es más, la Sala Constitucional declaró que dicho Decreto Ejecutivo contraviene el artículo 21 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, que establece que la vida humana es inviolable, y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que: **"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"**. (Art.4.1)

Este caso llegó hasta la Corte luego de una prolongada serie de acciones procedimentales, legislativas y otras relacionadas (1)<sup>5</sup>, pero los temas relevantes bajo el sistema jurídico de la Convención Americana es qué es lo que constituye una "persona", el significado de "concepción" y los efectos jurídicos y prácticos de las palabras "en general".

Este caso atrajo la atención internacional generalizada, incluyendo la presentación de 49 escritos en calidad de amicus curiae. Uno de los autores de este artículo (FZH) en calidad de perito presentó testimonio experto en la audiencia pública ante la Corte sobre los aspectos científicos de la FIV, y fue citado extensamente en el fallo que se analiza.

## **Los Derechos Humanos Afectados**

El procedimiento ante la Corte fue iniciado en julio de 2011 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en representación de 18 residentes de Costa Rica (nueve parejas), cuyos derechos humanos consagrados en la

Convención fueron supuestamente violados mediante la prohibición general de practicar la FIV. La solicitud invocó las supuestas violaciones a los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana.

El artículo 11.2, referente al derecho a la privacidad, establece que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio...". Basado en las narrativas de las experiencias angustiantes de familias que no pueden concebir y mantener un embarazo de manera natural, se argumentó que la prohibición de la FIV niega a las parejas infértiles los medios alternativos para lograr tener los hijos que ellos deseen, y constituye una violación a su derecho a la vida privacidad y familiar.

El artículo 17.2 concerniente a los derechos de la familia establece que: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".

Parejas sin hijos se presentaron ante la Corte para demostrar cómo la prohibición de la FIV les negaba el único medio viable para ejercitar su derecho a tratar de concebir su prole genética.

El artículo 24 sobre igualdad ante la ley provee que "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". La evidencia presentada por testigos demostró que hubo discriminación basada en la condición económica de las parejas que no eran capaces de asumir los costos pecuniarios de acceder a los servicios médicos de FIV ofrecidos en otros países como Colombia, México o EEUU, y/o en base al género. Los peritos y los testigos a título personal reforzaron las evidencias de que la carga de la infertilidad es llevada en forma desproporcionada por las mujeres más que por los varones. La inhabilidad de concebir de parte de los varones puede tener algunos efectos negativos para su virilidad, no obstante ellos salvaguardan su "hombría" de otras maneras. Sin embargo, en Latinoamérica, así

como en muchas otras regiones del mundo, la cultura, reforzada por estereotipos religiosos, posicionan la maternidad como una función social indispensable en la vida de las mujeres adultas, y como la única o principal fuente de valoración dentro de sus familias y comunidades. Obstaculizar una paternidad o maternidad potenciales mediante la prohibición de la FIV tiene un impacto desproporcionado sobre las mujeres y, consecuentemente, prescribir el acceso a métodos efectivos y seguros para superar la infertilidad constituye una discriminación en contra de la mujer.

### **La Evidencia Científica**

La evidencia científica clave presentada por los peritos designados por la Corte se refirieron a la biología y las técnicas de reproducción humana para el tratamiento de la infertilidad, pero también abordaron las evidencias médicas y de las ciencias sociales sobre la incidencia de la infertilidad y sus efectos emocionales sobre la salud y las relaciones dentro de la familia. De forma introductoria, considerando que la Organización Mundial de la Salud (OMS) caracteriza la infertilidad como una enfermedad, las evidencias demostraron cómo el concepto de salud que promueve la OMS como "un estado de completo bienestar físico, mental y social", confirman los efectos nocivos de la infertilidad en la salud de las parejas que quieren ser padres, asociados con la pérdida de bienestar mental y social debido a las esperanzas insatisfechas de la paternidad. La desigualdad en el acceso a la FIV, donde aquellos que tienen los medios económicos pueden superar la falta de acceso a los servicios reproductivos viajando a otros países que ofrecen dichos servicios, agrava la sensación de agravio que experimentan las parejas infértiles.

El objetivo principal de la evidencia científica fue la de informar a los jueces respecto de las técnicas de reproducción asistida, particularmente sobre las variedades de la FIV. El término "FIV" se ha convertido en un concepto genérico que describe una variedad de técnicas reproductivas. El enfoque de las evidencias se dirigió a analizar la objeción principal en base a la cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica basó la declaración de

inconstitucionalidad de la FIV, es decir la posibilidad de que involucre el desecho de los embriones excedentes. Las evidencias científicas no negaron este hecho, pero demostraron que este desecho es inherente también a la reproducción espontánea. Las técnicas de la FIV, controladas y monitoreadas por médicos, pueden calcular con cierta precisión cuántos embriones son creados in vitro, cuántos no son aptos para ser transferidos al cuerpo de una mujer, cuántos de los embriones transferidos logran la implantación intrauterina, cuántos de los implantados finalmente se pierden, y cuántos resultarán en un embarazo, gestación y posterior nacimiento. En la naturaleza, estos procesos ocurren dentro del cuerpo de la mujer, y no son susceptibles de cálculos y cuantificaciones precisas sino hasta después de que ha ocurrido la implantación. Es así como la opinión pericial experta presentada ante la Corte estableció que (1): "El proceso generativo de la vida humana incluye la muerte embrionaria como parte de un proceso natural y necesario. De cada 10 embriones generados espontáneamente en la especie humana, no más de 2 a 3 logran sobrevivir a la selección natural y nacer como una persona. Los restantes 7 a 8 embriones mueren en el tracto genital femenino, la mayor de las veces, sin conocimiento de su progenitora". Si la tasa de pérdida embrionaria de la FIV es comparable con o se considera más alta que la de la reproducción natural fue un hecho controvertido. Un perito observó que "la mortalidad de los embriones es de alrededor de 30% en circunstancias naturales y para la FIV...de alrededor de 90%, pero concordó con que la muerte embrionaria temprana no podía detectarse. Al considerar si las conclusiones de la Sala Constitucional, sobre si la FIV debía prohibirse a causa de las tasas de muerte embrionaria, eran proporcionales y suficientes para justificar la violación a los derechos humanos de las parejas infértiles, la Corte analizó las tasas comparativas de muerte embrionaria en la reproducción natural y asistida más como un tema cualitativo que cuantitativo.

En defensa de la Sala Constitucional, el Estado de Costa Rica argumentó que la decisión de la Sala en favor de la protección de los embriones mediante la restricción de la FIV, en desmedro de la protección de la libertad de las personas vivas de disfrutar sus derechos humanos, es proporcional, puesto que "al sopesar

el perjuicio que la medida restrictiva genera en el titular de la libertad, y el beneficio que la colectividad obtiene a partir de ello al protegerse el valor más fundamental de la sociedad que es el derecho a la vida, el Estado debe necesariamente inclinar la balanza hacia esto último".

En consecuencia, la Corte tenía que decidir si la protección del supuesto derecho a la vida de los embriones justifica el sacrificio de los derechos humanos de los ciudadanos costarricenses infértiles a la vida privada, la vida en familia, a fundar una familia, a la igualdad y no discriminación, e, inter alia, a decidir de forma autónoma sobre los tratamientos reproductivos. La Corte abordó la priorización de los derechos en competencia observando que *"la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición [de la Convención Americana] no es absoluta."*

### **La Condición Jurídica del Embrión**

La Sala Constitucional declaró a la FIV inconstitucional ya que el artículo 21 de la Constitución de Costa Rica provee que *"La vida humana es inviolable"* y, de acuerdo a la ley: **"Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión...en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico"**.

Luego, sin distinguir entre fecundación y concepción, la Sala Constitucional agregó que, de acuerdo con la Convención Americana, el embrión humano: "es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto...la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana...y por ello el reglamento cuestionado [Decreto Ejecutivo] es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida... no es posible autorizar legítimamente su aplicación".

La Corte no consideró los derechos consagrados en el derecho nacional costarricense, sino que consideró que, debido a que el inciso 1° del artículo 7 de la Constitución Nacional provee que "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes", sus fallos interpretando la Convención Americana tienen prevalencia dentro de Costa Rica.

Destacando referencias indefinidas sobre la fecundación y la concepción, la Corte abordó cómo deben entenderse estos conceptos de acuerdo con la Convención Americana. Basándose en los testimonios de los peritos, la Corte consideró que "la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción". Esto concuerda con el hecho de que antes de que ocurra la implantación, no existen marcadores químicos o de otro tipo en los fluidos de la mujer que indiquen la presencia de un embrión. Únicamente después de ocurrida la implantación se puede identificar la presencia de un embrión en la circulación de la mujer. La Corte concluyó: En este sentido, la Corte entiende que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede...Asimismo...al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación...Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

Al revisar extensivamente la historia y el contexto jurídico de la redacción de la Convención Americana, la Corte consideró que un embrión aún no implantado es solamente un conjunto de tejidos y células, y concluyó que: **"la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema**

**Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión".**

Esta conclusión se relaciona con la interpretación de la Corte de las palabras "en general" del artículo 4.1 de la Convención Americana, que establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción." Tomando en consideración la información científica y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la salud reproductiva, incluyendo los abortos legales, la Corte concluyó que: "la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo".

El fallo de la Corte que establece que un embrión in vitro no es una persona y no tiene derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida, es consistente con la evolución de la jurisprudencia europea y estadounidense que han llegado a tratar a los tales embriones como una forma de propiedad que puede ser desechada por sus originadores genéticos cuando no son utilizados para convertirse en padres.

## **La Violación de los Derechos Humanos**

A la luz de sus conclusiones sobre la condición jurídica de los embriones in vitro, la Corte tenía que decidir si la protección de dichos embriones puede justificar en forma proporcionada aquellas violaciones de los derechos humanos que se sigan de la prohibición absoluta de crear embriones mediante la FIV prescrita por la Sala Constitucional. La Corte rechazó la percepción de la Sala Constitucional de que "la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria...atenta contra la vida humana", ya que en la revisión y análisis de las historias personales de las nueve parejas representadas en este procedimiento, se

demostró que la FIV ofrece el único método para superar la infertilidad y crear la vida de sus hijos. La Corte concordó con que "uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida".

La Corte observó que "la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar," amparados por el artículo 11.2 de la Convención Americana. La Corte destacó la forma en que la prohibición de la FIV ha causado angustia, stress, separaciones matrimoniales y otros daños sociales y personales similares, cuando teniendo en cuenta las tasas relativamente altas de pérdida embrionaria en la reproducción natural y otras técnicas reproductivas permitidas en Costa Rica, "la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado". En consecuencia la Corte concluyó que hubo violación del artículo 11.2 de la Convención toda vez que: La Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.

Igualmente, también se estableció la violación del artículo 17.2 respecto de la protección de la familia, debido a que la prohibición de la FIV les impide a las parejas que dependen de estas técnicas para tener hijos la posibilidad de criar una familia. La conclusión de la Corte fue que: Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV.

La Corte agregó que: "Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.". La Corte no analizó la discriminación directa en contravención con la igual protección de la ley prevista en el artículo 24, pero abordó los diferentes tipos de discriminación indirecta que surgen de las evidencias presentadas respecto de los efectos de la prohibición de la FIV. Explicó que "la Corte no analizará la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación en el marco del artículo 24 sino a la luz del artículo 1.1 de la Convención en relación con los artículos 11.2 y 17 de la misma". El artículo 1.1 establece el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención sin discriminación, y así, cualquier discriminación en cuanto al cumplimiento o garantías de los derechos basados en la Convención infringe no sólo el derecho en sí mismo sino que le artículo 1.1.

La Corte consideró que las violaciones a los derechos humanos de privacidad y vida en familia y el derecho de fundar una familia, que resultaron de la prohibición de la FIV, constituye una discriminación indirecta en contravención con el artículo 1.1. La Corte concordó con la caracterización que la OMS ha hecho de la infertilidad como una enfermedad, y encontró que la prohibición legal de los medios para superar sus efectos discrimina en contra de aquellos que se ven discapacitados por la enfermedad. Además de la discriminación ofensiva basada en la discapacidad, la Corte también estimó que existió discriminación en base a la situación económica de las parejas, ya que los costarricenses no tenían la prohibición de acceder a los servicios de la FIV si eran capaces de cubrir los costos de viajar a otros países para realizarse el procedimiento, lo cual algunos habían logrado realizar.

Algunas evidencias periciales aceptadas por la Corte se centraron particularmente en los efectos perjudiciales y discriminatorios que la infertilidad tiene sobre las mujeres. Si bien la Corte concordó con la OMS de que "el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad

reproductiva", también destacó el sufrimiento personal de las mujeres en sus matrimonios debido a la infertilidad, que se vio exacerbado por la inestabilidad de las relaciones familiares, la violencia doméstica, la estigmatización y el ostracismo, y observó que: La Corte considera que en el presente caso se está ante una situación...de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres.

La Corte concluyó que, si bien la prohibición de la FIV no está dirigida expresamente a las mujeres y tiene apariencia de neutral, sí tiene un impacto negativo desproporcionado sobre ellas. La Corte fue enfática en destacar que los estereotipos discriminatorios en base al género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, y que "tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional".

## **Efectos de la Sentencia**

La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es reconocida ampliamente si no universalmente por Latinoamérica, y los sistemas jurídicos de los Estados parte de la Convención Americana se inclinan por ser deferentes con sus sentencias. En consecuencia, se espera que con el paso del tiempo la sentencia de la Corte respecto de la FIV en Costa Rica tenga resonancia en la región. El derecho constitucional y los sistemas jurídicos de los países de la región comparten muchos aspectos similares debido a la historia de colonización y la influencia unificadora de la Iglesia Católica Romana. Desde el decreto del Papa Pío IX de 1869 esa iglesia ha considerado que tomar la vida humana deliberadamente es punible desde la concepción, y esto se ha visto reflejado en las constituciones y las leyes de diversos países y jurisdicciones subordinadas, particularmente para reforzar la prohibición del aborto. Por ejemplo, desde que en el año 2008 la Corte Suprema de México confirmó las leyes liberales sobre aborto de la Ciudad de México, la mayoría de los estados mexicanos han reformado sus

constituciones con el objeto de prohibir el aborto mediante la protección de los embriones "desde la concepción".

La distinción que realiza la Corte Interamericana entre fecundación y concepción sustenta jurídicamente a la FIV en Costa Rica y en otros países de la región donde se practica. En defensa de la prohibición de la FIV de la Sala Constitucional, el Estado de Costa Rica argumentó que "la evidencia científica...demuestra que el inicio de la vida humana comienza con la concepción o lo que es lo mismo con la fertilización o fecundación, y que los "términos de concepción y fecundación deben ser tratados como sinónimos.". El fracaso del argumento jurídico de que la concepción, que depende de la implantación del embrión en el útero, incluye la fecundación, que no depende de la implantación, requiere la reevaluación, por ejemplo, de la mezcla confusa en el análisis jurídico de la anticoncepción de emergencia mediante el uso del levonorgestrel, que sólo es efectivo antes de la concepción y el aborto. La oposición de la Corte a que los embriones in vitro tengan un derecho humano a la vida también facilitan el financiamiento y la conducción de investigaciones con células madre embrionarias.

Costa Rica argumentó que "no existe consenso en que la infertilidad sea, per se, una enfermedad" o que esta pueda "ser considerada una discapacidad", y que la FIV no es una cura, puesto que "no constituye un tratamiento para modificar la situación que hace que una pareja o una persona sea infértil". Sin embargo, la FIV sí da tratamiento a una de las causas de infertilidad, puesto que cuando a los espermatozoides les falta capacidad de fertilización, la FIV o el procedimiento relacionado de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) se utiliza para insertarlos dentro del óvulo. Cuando la FIV no se utiliza para dar tratamiento a las causas de la infertilidad, sirve para remediar la condición involuntaria de la falta de hijos, por lo que fomenta la salud entendida como el "bienestar físico, mental y social". La Corte destacó la declaración pericial que, en concordancia con la definición de la OMS, declara que "la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad,

depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso". La aceptación por parte de la Corte de la infertilidad como una enfermedad puede invocarse para sustentar a la FIV y el financiamiento de forma similar de los servicios de salud reproductiva a través de planes de seguro de salud públicos y privados en Latinoamérica, y en otros lugares.

Quizás uno de los argumentos menos convincentes expuestos por Costa Rica consiste en que la sentencia de la Sala Constitucional no constituye una prohibición absoluta de la FIV, sino que de las técnicas actuales que pueden involucrar la no implantación de los embriones creados in vitro. El Estado hizo referencia a un proyecto de ley que no tuvo éxito en la asamblea legislativa durante el 2010 que habría limitado la fertilización de los óvulos en un ciclo de tratamiento, y que requería que todos ellos fueron transferidos al cuerpo de la mujer al mismo tiempo, sin autorizar la criopreservación. La Corte citó la crítica que hizo a esta propuesta la Organización Panamericana de la Salud (OPS), basada en los "riesgos de múltiples embarazos...lo cual a su vez incrementa el riesgo del aborto espontáneo, complicaciones obstétricas, nacimientos prematuros y morbilidad neonatal". Esto apunta a los riesgos de daño a la salud de las mujeres y los recién nacidos cuando las leyes sobre reproducción humana se basan en valores teológicos en vez de basarse en evidencias científicas y en el respeto y la protección de los derechos humanos de las mujeres.

La Corte reconoce la diversidad de formas en que las creencias personales afectan la vida de los individuos, pero entrega titularidad a todas las personas al derecho humano a la privacidad para formar una familia, a la capacidad de fundar una familia de acuerdo a las preferencias familiares, y a la no discriminación en base a discapacidad. Este innovador fallo de derechos humanos de la Corte Interamericana, que se estructura en evidencia científica robusta, dirige a los Estados y a los gobiernos sobre los derechos reproductivos que deben proveer y proteger, y puede abrir caminos en la defensa de los derechos humanos de las mujeres en las Américas, y potencialmente más allá.

#### **6.4. FACTIBILIDAD:**

El Artículo 102 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que: “Las ecuatorianas y ecuatorianos, incluidos aquellos domiciliados en el exterior, en forma individual o colectiva, podrán presentar sus propuestas y proyectos a todos los niveles de gobierno a través de los mecanismos previstos en la Constitución y la ley”. Razón por la cual se presenta la propuesta de reforma Art. 24 del párrafo 5º, Título Preliminar del Código Civil Ecuatoriano; y la incorporación de un nuevo articulado en el Libro I de las Personas.

El resultado de las encuestas ha permitido que sea factible el desarrollo de esta investigación y viable la propuesta presentada, debido a los resultados obtenidos en los cuales se observa que es necesario e imperioso la legalidad de este tipo de prácticas, las mismas que se vienen dando en nuestro país, sin el debido mecanismo legal que proteja la contratación verbal que hacen las partes .

#### **PROPUESTA: Proyecto de Ley.**

**La República del Ecuador**

## **Asamblea Nacional**

#### **CONSIDERANDO:**

Que, los principios proclamados en la Constitución de la República del Ecuador y los Tratados Internacionales se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia, reafirmando los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona y que han decidido promover el progreso social.

Que, la Constitución de la República en los artículos 45 y 66 numeral veintiocho garantizan el derecho a la identidad, incluyendo el derecho a tener nombre y apellido, derecho que jurídicamente se establece por la filiación, misma que constituye el vínculo jurídico entre dos personas ya sea por origen natural o por un

acto jurídico. El derecho a la identidad permite establecer la procedencia de los hijos/as respecto de los padres/madres, pues en la mayoría de los casos es de esa relación que se desprende la identificación de la persona, que la individualiza en relación a las demás y que tiene incidencia directa en la construcción de la personalidad y en el ejercicio de otros derechos.

Que, la Convención de los Derechos de los derechos del niño, ratificada por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 1330, publicado en el Registro Oficial No. 400 de 21 de Marzo de 1990, en su artículo 7 que “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. La Convención citada señala que el derecho en análisis debe ser preservado por los niños/as durante toda su vida, es decir, no es dable que una persona esté sujeta a variaciones indiscriminadas por tratarse de un elemento importante de su identidad, al respecto el artículo 8 señala:” 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Que, la Constitución de la República dentro de los derechos de libertad, en el artículo 66numeral diez garantiza el derecho de procreación, textualmente expresa:”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”. Sin que esto deje de ser un derecho limitado, por cuanto no solo decide sobre sí mismo, sino sobre los derechos de terceras personas, como lo son los hijos.

Que, los nuevos esquemas familiares que han transformado una concepción unívoca y clásica de la noción tradicional de parentesco biológico, se expresan el artículo 67 de la Constitución de la República:” 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”.

Que, el artículo 69 de la Constitución de la República establece ciertas disposiciones con el objeto de proteger los derechos de los integrantes de la familia, referentes a la filiación; así los numerales 6 y 7 señalan:” 6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción. 7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella”.

Que, ante problema de salud pública que representa la infertilidad y esterilidad humana dentro de las parejas ecuatorianas para procrear, la ciencia contemporánea ha dado la oportunidad de encontrar soluciones médicas que garanticen el derecho de aquellos impedidos a tener descendencia y que es obligación del Estado prever la regulación de la conducta social de los ciudadanos y los efectos que de dicha conducta se derivan. Se debe adoptar una política de ayuda a buscar los medios de ayudar a la procreación, respetando ante todo, la Dignidad Humana.

Que, las posiciones clásicas de determinar la maternidad o paternidad, lo seguirán siendo, observando y regulando los modernos métodos de reproducción, sin permitirlos, por cuanto se considera q se irrespeta la dignidad de la persona.

Que, la procreación es resultado inmediato de la sexualidad, y se comparte con la intencionalidad, la voluntariedad a la hora de procrear con la ayuda indispensable de la ciencia siempre en miras del respeto de los Derechos Fundamentales de las personas.

Por todo lo expuesto, presento el siguiente proyecto de Ley:

*“Propuesta reformativa art. 24 del párrafo 5º, Título Preliminar del Código Civil; y la incorporación de un nuevo articulado en el Libro I de las Personas del Código Civil: Introducir los principios básicos del régimen de Filiación, observando el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y de la Maternidad Subrogada en el Ecuador”*

**Agréguese:**

*Lit. d) En el caso de los hijos nacidos como resultado de la subrogación gestacional o participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación.*

*Cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el ovulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y este será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato.*

## **6.5. VISIÓN HUMANISTA**

### **Posición de la Iglesia Católica ante la maternidad subrogada.**

La Iglesia se siente profundamente interpelada por la angustia de las mujeres afectadas por una infertilidad de origen uterino, sea congénita, resultado de una histerectomía o consecuencia de la destrucción patológica del útero. Para superar esta esterilidad, algunos defienden la despenalización de la maternidad subrogada, un procedimiento que hace referencia a una madre portadora o gestante cuya función es llevar un embrión concebido por

fecundación in vitro, generalmente con los gametos de los padres que quieren tener el hijo.

Además, si la función ovárica es en sí deficitaria (lo cual no es raro) o si el padre es infértil, los defensores de la ACP admiten que el niño por nacer pueda también ser resultado de una donación de ovocito o de esperma.

La paternidad puede ser así dividida entre una madre gestante, una madre genética, una madre educadora y/o un padre genético donante de esperma y un padre de intención.

La Iglesia recuerda que la intención legítima y excelente de dar la vida a un hijo no confiere el derecho al hijo, que permitiría a los padres reivindicar al Estado cualquier medio para conseguir este efecto.

El fin no justifica los medios, dice simplemente la Iglesia, asegurando uno de los mayores principios de la vida moral personal y colectiva.

Para promover el respeto a la dignidad humana en la materia, se apoya en numerosos argumentos racionales dirigidos a proteger a la madre y al hijo.

### **¿Es el cuerpo de la mujer una herramienta de producción?**

Respecto a la madre portadora, la instrumentalización de la persona es manifiesta. El contrato tiene de hecho la intención de proporcionar un “préstamo” de útero, a cambio de remuneración o compensación a la mujer que se entrega a ello, confiriendo un derecho patrimonial sobre el cuerpo incompatible con la dignidad humana.

Poniendo su cuerpo a disposición de los que lo requieren, la madre portadora produce un hijo a través de su instrumento de trabajo, el útero, lo cual entraña una confusión entre embarazo y simple fabricación de una mercancía.

Se asiste por otra parte a una división del trabajo de la reproducción que puede implicar potencialmente a cuatro padres: la madre genética que proporciona el

ovocito, el padre genético que proporciona el esperma, la madre portadora que recibe el embrión y lo produce hasta el nacimiento, y la pareja –heterosexual u homosexual- que tiene el proyecto parental.

Como la prostitución saca la sexualidad de la vida íntima para transformarla en servicio disponible en el mercado, el uso de una mujer como gestante saca la maternidad de la vida personal y privada para transformarla en trabajo y en servicio.

La Academia nacional francesa de medicina ha alertado también al legislador de una práctica que implica involucrar a una persona sana en un embarazo que nunca está exento de riesgos obstétricos: aborto involuntario, disgravidia, diabetes de la gestante, peligros relacionados con el parto, impacto psicológico,... todas las complicaciones que deben estar “aseguradas” en el contrato.

¿Cuál será, además, la responsabilidad de la madre portadora si contrae una enfermedad o adopta un comportamiento peligroso durante el embarazo (alcohol, tabaco, exceso de deporte, medicamentos, Por otra parte, ¿el contrato deberá prever un periodo de abstinencia de relaciones conyugales de la mujer portadora durante el periodo de implantación del embrión de la pareja que lo encarga? ¿Pero esta cláusula de abstinencia no sería necesariamente nula por ser incompatible con las obligaciones del matrimonio, sin contar con que atenta contra la libertad y el respeto a la vida privada de la mujer?

### **Principio de indisponibilidad del cuerpo humano**

Se podrá argumentar que la madre portadora es voluntaria y perfectamente consciente de lo que hace. Algunos podrían también presentar la teoría del filósofo utilitarista John Stuart Mill –«sobre sí mismo, sobre su cuerpo, sobre su espíritu, el individuo es soberano” basando la autoridad del contrato realizado entre la madre portadora y los padres educadores en el consentimiento libre y claro de las dos partes.

Es innegable que esta lógica individualista y liberal se extiende cada vez más a favor de la globalización de la bioética, como atestiguan los regímenes de autorización instaurados en algunos países. Pero sin embargo eso no podría erigirse en modelo porque sus resultados ideológicos chocan profundamente con el patrimonio moral de numerosos Estados. En Europa, la prohibición de la ACP está explícitamente prevista en España, Francia, Suiza, Austria, Italia o Alemania.

De hecho, la práctica de las madres portadoras contradice el principio de indisponibilidad del cuerpo, componente, él mismo, de la dignidad de la persona humana.

La función civilizadora de la ley está justamente ahí para recordar que la persona no tiene el poder de renunciar a su dignidad y no puede exiliarse de la humanidad misma con su acuerdo. El respeto a la dignidad humana no se acomoda a concesiones en función de apreciaciones subjetivas; exige proteger a la persona y a su cuerpo, incluso de ella misma.

Como el cuerpo se identifica con la persona, debe beneficiarse de esta indisponibilidad. Este principio tiene una virtud esencial: preserva de la mercantilización del cuerpo humano. Esto permite evitar que los más pobres sean tentados a abdicar de su dignidad vendiendo lo único que tienen: su cuerpo. De hecho, ¿se ha visto a mujeres ricas prestar su útero a mujeres pobres?

En realidad es innegable que la maternidad subrogada conduce a una cosificación de la madre portadora. “La mujer desempeña aquí la función de una herramienta de producción, poniendo al servicio de terceras personas lo más íntimo de su ser, lo que la distingue como mujer: su capacidad gestacional. Así quien da a luz actúa no como una verdadera madre sino más bien como una máquina que fabrica al hijo para entregárselo después a la pareja que lo ha pedido.

**¿Es el hijo una cosa de la que, la madre portadora, se puede apropiarse?**

Si la maternidad subrogada instrumentaliza a la mujer transformándola en una herramienta viva, también entraña una cosificación del hijo que ofende su dignidad. De hecho, la madre portadora se compromete a ceder al hijo que habrá llevado poniendo un acto de disposición relativo a una persona. A ello le sigue una cosificación del hijo, tratado no como un sujeto de derecho sino como un objeto de crédito o como algo debido por razón de un contrato.

El acto de renunciar a un hijo y de cederlo a cambio de una retribución lo vuelca en el mundo de las cosas, apropiables y disponibles, al contrario de la persona, radicalmente indisponible. Las cosas tienen un precio, el ser humano tiene una dignidad: esta es una de las leyes de nuestra civilización.

Reduciendo al hijo a algo comercial, es lógico que se cuestione la calidad del producto negociado en el contrato. ¿Qué pasaría si el hijo no respondiera al deseo de los que lo encargan en caso de discapacidad o de malformación, por ejemplo? Para evitar esta posibilidad, generalmente se propone prever en beneficio de la madre portadora una cláusula de ruptura de contrato exigiéndola que ejerza su “deber de aborto”.

### **¿Se destroza la relación, entre madre e hijo, durante la gestación por la práctica de la maternidad subrogada?**

La madre portadora se compromete a abandonarlo en el nacimiento, después de los nueve meses de embarazo. Se coloca por tanto obligatoriamente –no hacerlo sería sólo un mecanismo de autodefensa- en situación de abandono psicológico de este hijo. ¿Pero podrá ser así realmente cuando lo sienta moverse en su seno?

Es posible que la mujer gestante sea ella misma madre. ¿Cómo se sentirán entonces sus propios hijos al constatar que su madre entrega a aquel a quien tenían derecho a considerar como su hermano o hermana pequeña? “¿Cómo creer que el acto de estas mujeres estará exento de complejidades neuróticas potencialmente patológicas para ellas, para sus propios hijos y para el que ellas habrán así abandonado”, plantea la psicoterapeuta Catherine Dolto.

La práctica de los vientres de alquiler no da ninguna importancia a la relación materno-fetal en un momento en que ésta está cada vez más investigada en su contribución a dar forma a la personalidad de los dos actores más importantes: el hijo y la madre.

Este desgarró programado del vínculo madre-hijo constituye un gran contrasentido respecto a los nuevos descubrimientos médicos y a lo que puede llamarse la ciencia de la vida intrauterina.

El teólogo francés Xavier Lacroix, miembro del Comité consultivo nacional de ética, recuerda que “la gestación y el parto dan lugar a una interacción de una inmensa finura entre el cuerpo de la mujer y el del hijo que siente las emociones de su madre y es sensible a sus sueños. Respecto a la mujer, tiene lugar todo un proceso que se llama apego: estremece por tanto la idea de un embarazo vivido en la indiferencia”.

Los últimos datos médicos nos dicen de hecho que la madre guarda durante un periodo de tiempo muy largo la memoria del hijo llevado, gracias a la circulación de células fetales en su propio cuerpo.

El hijo in útero detecta numerosas moléculas olorosas en el líquido amniótico y se impregna de este universo olfativo y gustativo que reencontrará en el nacimiento en la leche materna y en la piel de la mamá. Para no cortar este vínculo, los médicos ponen inmediatamente después del parto al recién nacido en el pecho de su madre para restituirle sus marcadores prenatales memorizados e inscritos por él como identificadores.

El bebé, por otra parte, tiene una sensibilidad vestibular especialmente desarrollada hasta el punto de que los científicos afirman que es una “gran oreja”: percibe la voz de su madre, la de su padre, la de sus hermanos y hermanas, las memoriza con brío. Estas huellas de la memoria perduran de manera sorprendente durante mucho tiempo.

“En las horas que siguen a su llegada al mundo, es esencial que el neonato pueda decir: están bien ellos, por tanto estoy bien yo”, constata Catherine Dolto.

El impacto del estado emocional de la madre en el hijo es tal, que investigadores ingleses han establecido un vínculo entre un duelo vivido durante el primer trimestre del embarazo y el aumento del 67% del riesgo de esquizofrenia y de trastornos asociados en el bebé. ¿Se miden las repercusiones de esta práctica en el desarrollo psíquico y la construcción de la identidad del hijo? ¿Quién osaría tomar la responsabilidad de autorizar un procedimiento técnico del que el niño fuera deliberadamente la víctima?

### **¿Es la maternidad subrogada una modalidad de adopción?**

Los padres que adoptan van a socorrer a un niño que ya existe y es huérfano de sus dos padres naturales. La magnífica elección de la paternidad y de la maternidad adoptiva no se encuentra en el origen del niño, no causa su existencia, no lo hace fabricar. Ahí está la gran diferencia. Los padres adoptivos se sitúan en una lógica de acogida de un niño ya nacido. Abren los brazos y su hogar a este niño de pasado doloroso.

El niño no está construido para su deseo, sino recibido de otro, es decir, de sus padres desaparecidos. Los padres adoptivos entran así en una dinámica de participación en una historia, en un designio que les sobrepasa y del que no son los primeros responsables.

Con la adopción se ofrece una familia a un niño privado de familia, la sociedad supera mejor una situación en la que nadie quería al hijo; con la gestación por otro se suscitan con todo conocimiento de causa dificultades sin preocuparse por el hijo.

Catherine Dolto lo dice con fuerza: “Se puede sufrir por no tener hijos y la adopción no siempre es fácil. Pero siempre habrá niños que amar, que sostener, que acompañar, incluso sin vínculo de parentesco genético con ellos. Sin posesión”.

Esta es la fecundidad, exigente pero fuente de alegría, que muestra la Iglesia siempre que ofrece su discernimiento en materia de asistencia médica a la procreación.

## **6.6. CONCLUSIONES**

El derecho es la representación de la sociedad, las sociedades avanzan e innovan y sobre todo ahora con las nuevas tecnologías, por tanto el derecho no puede quedarse de brazos cruzados si regular el nuevo comportamiento humano.

El vientre de alquiler es una nueva situación en el Ecuador que no debe ser dejada de lado o regulada con una sola norma y que además su trasgresión no tiene consecuencias jurídicas.

Al momento de regular esta práctica debe hacerse con mucho cuidado pues muchos derechos fundamentales están en juego: el derecho a la libertad, a la integridad tanto física como moral, a la identidad, a tener padres y ser criado por estos, entre otros.

Consideramos que este tema debe ser abordado por el derecho de familia a la hora de regularlo, pues si bien es una práctica médica en principio y también un contrato, lo más importante es el niño, la familia, y que esta tenga seguridad y estabilidad.

El derecho de familia pondrá en primer lugar al niño, su seguridad, su estabilidad y su identidad; y lo más importante es que no será dejado a su suerte si el niño naciera con alguna tara física o mental.

De ahí la necesidad de regular la situación jurídica de la maternidad subrogada en el País.

## **6.7. Recomendaciones**

Es deber de todos plantear reformas, propuestas, métodos de desarrollo, para que las personas gocen de sus derechos y garantías y a la vez cumplan con sus responsabilidades.

Desde los datos aportados por la ciencia no estamos en presencia de un ser en proceso de humanización, sino en presencia de un ser humano con sus potencialidades. Profundizar en la biología de la generación de un nuevo ser, significa comprender la absoluta unicidad y dignidad humana. El interrogarnos desde el punto de vista moral es inherente a toda persona humana, y en la elección que realicemos participaremos o no de nuestro fin trascendente: “El valor moral se evidencia en la vida humana porque el planteo del problema moral es ineludible para todo ser humano porque hace al ejercicio formal de su capacidad de razonar y de disponer de su libertad. ¿Cómo no preocuparme por mi vida y por el uso de mi libertad si de ese entretendido de elecciones y decisiones se juega lo más amado para la persona como es su destino, su fin y su plenitud?

La tarea existencial del hombre y el bien humano como persona estriba en el compromiso, la fidelidad y la responsabilidad con este camino recto a la felicidad que consiste en la plena realización, en la perfección de la persona humana como persona. Y así lo atestigua nuestra conciencia, pues haz el bien, evita el mal no es otra cosa en la praxis que un impulso a marchar sin abdicar del fin.

La recomendación principal, que nace del presente estudio, es el de la protección jurídica de los niños y niñas que han sido gestados a través de las técnicas de reproducción asistida y luego nacen; para que no sean desprotegidos o desconocidos, ya sea por sus padres biológicos o sus padres legales.

En la actualidad, el legislador, también debe considerar los problemas que ha traído o podría traer consigo la subrogación gestacional y los medios para lograr la misma; por lo tanto, recomendamos estudiar y analizar este tema que ahora nos ocupa, para lograr una recta armonía entre los fines individuales y colectivos, que es una de las finalidades del derecho.

Es importante concienciar en todos los niveles, comenzando desde la familia, hasta el sistema educativo en general sobre la subrogación gestacional y la dignidad humana.

## BIBLIOGRAFÍA

Araiza, M. (2009). Ginecología, Department of Obstetrics and Gynecology University of Texas Southwestern Medical Center at Dallas. Texas: McGraw-Hill .

Brandom, J. (2005). Ginecología y Obstetricia . España: S.L.

c. (s.f.).

Cano, M. E. (2007). Maternidad Subrogada . Argentina: Astrea.

Caso Kimel vs Argentina . (2008). Corte Interamericana de Derechos Humanos . Argentina: Convención Americana de Derechos Humanos .

Higuera, G. (2006). Maternidad Subrogada y el futuro. España: Universidad de Madrid.

Manasevich, A. (2008). Las Obligaciones Tomo I . Chile : Salvador Allende.

Peña, S. (1989). Derechos de Familia y Subrogación . Madrid: Universidad de Madrid.

Pérez, C. (2002). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Madrid: Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia.

Pérez, M. (2002). La reproducción asistida y sus filiación derivada. Madrid : Palestra.

Sanz, J. (2007). Fecundación Asistida Ideas Estructurales. . Buenos Aires : Mendoza.

*Sylviane Agacinski, Corps en miettes, Flammarion, p. 98.*

*Benedicto XVI, Deus caritas est, n. 5.*

Serrano, M. (1999). Aspectos de la fertilidad. Medellin : Gustavo Ibañez.

.

## **Páginas Web Consultadas**

- ✓ <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/12/la-naturaleza-jurdica-de-la-maternidad.html>
- ✓ [http://es.wikipedia.org/wiki/Madre\\_de\\_alquiler](http://es.wikipedia.org/wiki/Madre_de_alquiler)

# **ANEXOS**

## **ANEXO NO. 1**

# **FORMATOS DE ENTREVISTAS**

## ENTREVISTA

**¿Considera Usted, que son solo las parejas homosexuales que deciden acudir a las madres de alquiler?**

La mayoría de las pacientes que recurren a la subrogación uterina, que es como se denomina técnicamente al 'útero de alquiler' son mujeres incapaces de gestar por carecer de útero, bien como consecuencia de anomalías congénitas, o por haber sido sometidas a la extirpación quirúrgica de este órgano por diferentes motivos.

En otros casos, la malformación congénita del aparato genital no consiste en la ausencia de útero, sino en la existencia de un útero cuyo tamaño o estructura no lo hace apto para albergar una gestación.

Un tercer grupo de pacientes que podría ser tributaria de subrogación uterina efectivamente son los que buscan formar una familia homoparental, la subrogación uterina añadida a la donación de ovocitos puede permitir la reproducción biológica a parejas de homosexuales masculinos y a hombres solos.

**¿Hay muchas parejas que se ven afectadas por estos problemas?**

Los problemas que pueden motivar el recurso a la subrogación uterina no son frecuentes. El interés informativo y social acerca de esta técnica deriva más de sus implicaciones biológicas, clínicas y éticas que de su trascendencia como respuesta a problemas de salud reproductiva prevalentes.

**¿Pueden utilizar esta práctica personas solteras que quieran tener hijos, sobre todo hombres, que no tienen la opción de someterse a una inseminación artificial?**

La legislación de muchos países no lo permite incluso la nuestra en Estados Unidos, Europa y Asia son países más evolucionados.

### **¿Por qué se pide la legalización de la maternidad subrogada?**

La legalización de este procedimiento, para la que se precisa una modificación global de los principios jurídicos del derecho de filiación, viene siendo reivindicada por determinados colectivos afectados por las limitaciones biológicas a la reproducción.

### **¿En el caso de que consiguiera que se legalizaran, ¿cuál cree que será el impacto sobre la sociedad, y la medicina en general?**

Considero que la posible legalización de este procedimiento debería estar precedida por un profundo debate social, alejado del sensacionalismo mediático y centrado en los aspectos clínicos, bioéticos y jurídicos del procedimiento, cuyo análisis puede ser complejo.

El debate conceptual sobre la subrogación uterina debe partir de una reflexión profunda sobre el carácter ético-jurídico de la reproducción humana, que puede ser entendida como derecho o como capacidad. Las sociedades occidentales, a través de sus ordenamientos jurídicos y de la acción de sus poderes públicos, protegen de forma mucho más intensa el ejercicio los derechos (especialmente si son de los considerados fundamentales) que el de las capacidades.

## **ANEXO No. 2**

# **FORMATO DE ENCUESTA**



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE RICA FUERTE DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

**Se les realiza la encuesta por el Proyecto de Investigación:  
“SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR”**

**INSTRUCCIONES:**

1. Si desea guardar el anonimato, no registre nombre, dirección ni teléfono.
2. Los datos serán utilizados exclusivamente para el trabajo académico de Grado.
3. Lea detenidamente cada aspecto, antes de escribir la respuesta.
4. No deje ninguna pregunta sin responder.

**CUESTIONARIO:**

- 1. ¿CREEN QUE DEBA REGULARSE EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO LA MATERNIDAD SUBROGADA?**

SÍ (        )        NO (        )

- 2. ¿ESTABLECEN NUESTRAS LEYES, LOS EFECTOS JURÍDICOS, QUE SE PRODUCEN EN LAS PERSONAS QUE NACEN A PARTIR DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA?**

SÍ (        )        NO (        )

- 3. ¿CONOCEN USTEDES, CUAL ES LA DIFERENCIA ENTRE ESTERILIDAD E INFERTILIDAD?**

SÍ (        )        NO (        )

4. **¿CONSIDERAN USTEDES, A LA MATERNIDAD SUBROGADA O VIENTRE DE ALQUILER, COMO UN TEMA DE INTERES SOCIAL?**

SÍ (        )        NO (        )

5. **¿ESTÁN USTEDES DE ACUERDO, CON LA PRÁCTICA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDAS (FECUNDACIÓN IN VITRO, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL)?**

SÍ (        )        NO (        )

6. **¿CREEN QUE DEBA REGULARSE EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA?**

SI (        )        NO (        )

7. **¿CONOCEN USTEDES DE ALGÚN MARCO JURÍDICO QUE REGULE LA PRÁCTICA DE LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDAS, EN NUESTRO PAÍS?**

SI (        )        NO (        )

8. **¿ESTABLECE NUESTRA NORMATIVA CIVIL, LOS EFECTOS DE LA FILIACIÓN EN CASO DE NIÑOS O NIÑAS NACIDOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA?**

SI (        )        NO (        )        TALVEZ (        )

9. **¿DEBERÍA ESTABLECER NUESTRA NORMATIVA CIVIL LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UNA VÍA ALTERNATIVA DE CONCEPCIÓN Y FILIACIÓN?**

SI (        )        NO (        )

**10. ¿CONSIDERAN USTEDES, QUE DURANTE LA PRÁCTICA DE LA TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN, SE VIOLENTA EL DERECHO A LA VIDA?**

SI ( ) NO ( )

**11. ¿CREEN USTEDES QUE LOS PROGRAMAS DE SUBROGACIÓN DE ÚTERO EN LOS PROCESOS DE FECUNDACIÓN IN VITRO ES UNA SOLUCIÓN PARA LOS MUJERES QUE NO PUEDEN GESTAR?**

SI ( ) NO ( )

**12. ¿CONSIDERAN USTEDES FUNCIONAL, UN PROYECTO DE LEY QUE PERMITA LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL DENTRO DE LOS PROCESOS DE FECUNDACIÓN IN VITRO, EN EL ECUADOR?**

FUNCIONAL ( ) NO FUNCIONAL ( )

**13. ¿CUALES SERÍAN LAS DESVENTAJAS DE LEGALIZAR LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA?**

**A) INCUMPLIMIENTO**

**B) MERCANTILIZACIÓN**

**14. IRRESPECTO A LA VIDA ¿CONSIDERA QUE ESTA PRÁCTICA DEBE REALIZARSE SIN FINES MERCANTILISTAS EN DONDE SOLO SE DEBA PAGAR LOS GASTOS RELACIONADOS AL EMBARAZO?**

SI ( ) NO ( )

**15. ¿CONSIDERA UD. CONVENIENTE QUE SE UTILICE ESTA PRÁCTICA EN PERSONAS SOLTERAS Y HOMOSEXUALES?**

SI ( ) NO ( ) NINGUNA ( )

## **ANEXO No. 3**

# **VALIDACIÓN DE LA PROPUESTA**

**ANEXO No 4**

**MODELO DE ENTREVISTAS A  
ABOGADOS EN EL LIBRE  
EJERCICIO**



## ENTREVISTA.

- 1.- **¿Considera usted que es importante, que se legisle a favor de la maternidad subrogada en el Ecuador?**
  
- 2.- **¿Pueden utilizar esta práctica personas solteras que quieran tener hijos, sobre todo hombres, que no tienen la opción de someterse a una inseminación artificial?**
  
- 3.- **¿Hay muchas parejas que se ven afectadas por estos problemas?**
  
- 4.- **¿Considera Usted, que son solo las parejas homosexuales que deciden acudir a las madres de alquiler?**
  
- 5.- **¿Por qué se pide la legalización de la maternidad subrogada?**
  
- 6.- **En el caso de que consiguiera que se legalizaran, ¿cuál cree que será el impacto sobre la sociedad, el derecho y la medicina en general?**
  
- 7.- **¿Considera que es importante legalizar sobre el tema, para que las partes obligadas por un contrato de subrogación Gestacional, cumplan con lo señalado en el mismo?**