



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE GRADO

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE
LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR

TEMA:

**LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA UTILIZACIÓN DE
VIENTRES DE ALQUILER EN EL ECUADOR**

AUTORA:

MARCIA SUSANA YÁNEZ TAPIA

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Ulises Díaz Castro

QUEVEDO - LOS RIOS - ECUADOR

2014



UNIVERSIDAD TECNICA ESTATAL DE QUEVEDO

**FACULTAD DE DERECHO
TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

Quevedo, Noviembre 06 del 2014

EL TRIBUNAL EXAMINADOR OTORGA AL PRESENTE TRABAJO

TEMA: “LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA UTILIZACIÓN DE
VIENTRES DE ALQUILER EN EL ECUADOR”

LA CALIFICACIÓN DE: 9:33 **EQUIVALENTE A:** _____

Dr. Colón Bustamante Fuentes Msc.
DECANO DE LA FACULTAD

Ab. Edison Fuentes Yáñez Msc.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Ab. Enrique Chalén Escalante Msc.
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Ab. Agustín Campuzano Palma Msc.
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Dr. Ulises Díaz Castro
DIRECTOR DE TESIS

Egda. Susana Yáñez Tapia
FACULTAD DE DERECHO

Ab. Alfredo Zabala Buenaño
SECRETARIO AD-HOC

QUEVEDO - ECUADOR
2014

Quevedo, 10 de Agosto del 2014

Dr.
Colón Bustamante Fuentes MSc.
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Presente.-

De mis consideraciones:

Dr. **Juan Ulises Díaz Castro**, en calidad de Director de la Tesis: “**LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA UTILIZACIÓN DE VIENTRES DE ALQUILER EN EL ECUADOR**”, me permito manifestar a usted y por intermedio al Honorable Consejo Directivo lo siguiente:

Que, la señora **MARCIA SUSANA YANEZ TAPIA**, Egresada de la Facultad de Derecho, ha cumplido con las correcciones pertinentes, e ingresada al **sistema URKUND** tengo a bien certificar la siguiente información sobre el informe del sistema URKUND.

Document [TESIS DE VIENTRE SUSANA \(Urkund\).docx](#) (D11336964)

Submitted 2014-08-07 19:12 (-05:00)

Submitted by jdiaz@uteq.edu.ec

Receiver Jdiaz.uteq@analysis.orkund.com

Message [Show full message](#)

1% of this approx. 58 pages long document consists of text present in 8 sources.

Atentamente,



Dr. JUAN ULISES DÍAZ CASTRO
DIRECTOR DE TESIS

DEDICATORIA

A mi familia, y a todas aquellas personas que con su apoyo y de forma incondicional han contribuido en la realización del presente trabajo para poder llegar al final de esta larga y hermosa carrera universitaria, así como también a todas las personas que de una u otra manera se sienten identificados con este tema.

Marcia Susana Yáñez Tapia



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **MARCIA SUSANA YÁNEZ TAPIA**, con cédula de ciudadanía No.120282970-9, por mis propios derechos, declaro que el presente trabajo de investigación, sobre el tema **“LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA UTILIZACIÓN DE VIENTRES DE ALQUILER EN EL ECUADOR”** es de mi autoría y responsabilidad; excepto en aquellos referentes bibliográficos que se encuentran debidamente citados.

Atentamente,

Marcia Susana Yáñez Tapia

AUTORA

AUTORIZACIÓN DE AUTORÍA INTELECTUAL

MARCIA SUSANA YÁNEZ TAPIA, en calidad de autora del presente trabajo de investigación jurídica sobre el tema, **“LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA UTILIZACION DE VIENTRES DE ALQUILER EN EL ECUADOR”**.

AUTORIZO a la **UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO**, para que haga uso de los contenidos de esta obra, con fines estrictamente académicos.

Los derechos que como autora me corresponden, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento, en concordancia, con la Ley de Educación Superior, Art. 144 vigente.

Quevedo, noviembre 06 del 2014

.....

MARCIA SUSANA YÁNEZ TAPIA

C.C. #120282970-9

INDICE

CARATULA.....	i
EL TRIBUNAL EXAMINADOR OTORGA AL PRESENTE TRABAJO	ii
DEDICATORIA	iv
DECLARACIÓN DE AUTORÍA	v
AUTORIZACIÓN DE AUTORÍA INTELECTUAL.....	vi
ÍNDICE DE GRAFICOS	xiii
ÍNDICE DE ANEXOS	xiv
RESUMEN EJECUTIVO	xv
CAPITULO I.....	1
EL PROBLEMA.....	1
1.1. Introducción	1
1.2. Problematización	5
1.2.1. Formulación del Problema.....	6
1.2.2. Delimitación del Problema	6
1.2.3. Justificación	6
1.3. Objetivos.....	8
1.3.1. General	8
1.3.2. Específicos.....	8
1.4. Hipótesis.....	9
1.5. Variables.....	9
1.5.1. Variable Independiente	9
1.5.2. Variable Dependiente	9
1.6. Recursos.....	9
1.6.1. Talento humano	9
1.6.2. Materiales	10
1.6.3. Presupuesto.....	11
CAPÍTULO II	12
2.1. Antecedentes de la Investigación	12

2.1.1. Diversas definiciones sobre Maternidad Subrogada o Vientre de Alquiler.....	14
2.1.2. Antecedentes Históricos	16
2.1.3. Historia Antigua.....	19
2.1.4. Derecho a Reproducirse	22
2.2. Fundamentación	24
2.2.1. Doctrina.....	24
2.2.1.1. Derechos de los Recién Nacidos	24
2.2.1.2. La Familia	25
2.2.1.3. Vientre de Alquiler.....	26
2.2.1.4. Derecho a la Procreación	27
2.2.1.5. Diferentes Definiciones sobre Vientre de Alquiler	27
2.2.1.6. Maternidad Subrogada	31
2.2.1.7. El Hijo como un valor en Sí y no como un bien útil.....	35
2.2.1.8. Partes que intervienen en un Contrato de Alquiler de Vientre.....	37
2.2.1.9. Naturaleza Jurídica del Contrato de Alquiler.....	41
2.2.1.11. Figura Jurídica de la Relación Consensual y Denominación de las Partes	46
2.2.1.12. Infertilidad	49
2.2.1.13. Vientre de Alquiler y la Filiación	52
2.2.1.14. Disociación de Maternidades	52
2.2.1.15. Derecho a la Vida	55
2.2.1.16. Diferentes Tratamientos Utilizados en Ecuador que hacen factible tener una familia a través de Vientres de Alquiler.....	57
2.2.1.16.1. Inseminación Artificial	57
2.2.1.16.2. Fecundación In Vitro	57
2.2.1.17. Cronología de la Fecundación In Vitro (Fiv).....	59
2.2.1.18. Costos por Tratamientos de Reproducción Asistida en Ecuador.....	63
2.2.1.19. Teoría para la Legalización de la Subrogación Materna.....	65

2.2.1.20.La subrogación en varios Países	68
2.2.1.20.1.La subrogación Materna en Alemania	68
2.2.1.20.2. En Rusia	69
2.2.1.20.3. En España	70
2.2.1.20.4. En Japón.....	71
2.2.1.20.5. Ucrania	72
2.2.1.20.6. En el Reino Unido, Bélgica y los Países Bajos	73
2.2.1.20.7. En Suecia	73
2.2.1.20.8. Estados Unidos.....	73
2.2.1.20.9. Arkansas.....	74
2.2.1.20.10. California.....	74
2.2.1.20.11. Estado de Florida.....	76
2.2.1.20.12. Illinois.....	76
2.2.1.20.13. Nevada	77
2.2.1.20.14. New Hampshire	77
2.2.1.20.15. Texas	78
2.2.1.20.16. Virginia.....	78
2.2.2. Jurisprudencia.....	80
2.2.2.1. En Colombia	83
2.2.2.2. En Arkansas	85
2.2.3. Legislación	86
Constitución de la República del Ecuador.....	86
Código Civil Ecuatoriano.....	89
Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador.....	91
El artículo 76 de la Carta Magna dispone:	95
2.2.4. Derecho Comparado.....	95
Constitución Política de Colombia.	95
Constitución de la República del Ecuador	96
Proyecto de Reforma al Código Civil Chileno 2012 Presentado en el Congreso de Argentina.	96

Declaración Americana de los Derechos y Deberes Del Hombre	99
2.2.4.1. Aprueban Ley que Regula Préstamo de Úteros en el Distrito Federal.....	102
CAPÍTULO III	106
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	106
3.1. Determinación de los Métodos a Utilizar.....	106
3.2. Diseño de la Investigación.....	107
3.2.1. Investigación Descriptiva	107
3.2.2. Investigación Bibliográfica	107
3.3. Población y Muestra	108
3.3.1. Población	108
3.3.2. Muestra.....	108
3.4. Técnicas e Instrumentos de la Investigación	109
3.4.1. Técnicas de la Investigación.....	109
3.4.2. La entrevista	109
3.4.3. Instrumento de la Investigación	110
3.5. Validez y Confiabilidad de los Instrumentos	110
3.6. Técnicas del Procesamiento y Análisis de Datos.	110
CAPÍTULO IV.....	111
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	111
4.1.1. Encuesta realizada a Ciudadanos y Ciudadanas del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos.....	111
4.1.2. Encuesta realizada a Profesionales del Derecho de la Ciudad de Quevedo, Provincia de Los Ríos.....	116
4.1.3. Encuesta realizada a Médicos y Psicólogos de la Ciudad de Quevedo, Provincia de Los Ríos.....	121
4.1.4. Entrevista realizada al Ab. Jorge Javier Lucio Alcivar Juez de la Unidad Judicial Primera de la Familia, Niñez y Adolescencia de Los Ríos en Quevedo.	126
4.2. Comprobación de la Hipótesis	127

CAPÍTULO V.....	129
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	129
5.1. Conclusiones:	129
5.2. Recomendaciones	130
CAPITULO VI.....	131
LA PROPUESTA	131
6.1. Título: Reformar el Art. 24 del Código Civil Ecuatoriano, adicionando un literal en la filiación.	131
6.2. Antecedentes	131
6.3. Justificación	133
6.4. Síntesis del Diagnóstico.....	133
6.5. Objetivos.....	134
6.5.1. General	134
6.5.2. Específicos.....	134
6.6. Beneficiarios	140
6.7. Impacto Social	141
BIBLIOGRAFÍA	142
ANEXOS	148

ÍNDICE DE CUADROS

A la ciudadanía en general

CUADROS 1: Alquilaría su vientre materno.....	111
CUADROS 2: Método de reproducción asistida (vientre de alquiler)....	112
CUADROS 3: Costo emocional a la madre sustituta.	113
CUADROS 4: Los métodos de reproducción deben normarse en la Ley ecuatoriana.	114
CUADROS 5: Los valores éticos, morales y religiosos se pueden ver afectados en las personas que opten por un vientre de alquiler.....	115

A los profesionales de derecho

CUADROS 1: Solicitud de Autorización judicial.....	116
CUADROS 2: Controversia con la filiación de un recién nacido.....	117
CUADROS 3: Incorporar Normas en la Legislación Ecuatoriana.....	118
CUADROS 4: Normativa Legal Ecuatoriana resuelve casos de vientres de alquiler.....	119
CUADROS 5: Acuerdos de vientres de alquiler susceptible a ser reprimido por la ley.....	120

A los profesionales de la medicina

CUADRO N° 1.- Aceptaría los nuevos métodos de procreación.....	121
CUADRO N° 2.-El nuevo método de reproducción asistida es confiable.....	122
Cuadro N° 3.- La Clase social con posibilidades de alquilar un vientre materno.....	123
CUADRO N° 4.- Los métodos de reproducción deben normarse en la Ley ecuatoriana.....	124
CUADRO N° 5.- Efectos psicológicos en las personas por discrepancias por vientre de alquiler.....	125

ÍNDICE DE GRAFICOS

A la ciudadanía en general

GRAFICO N° 1.- Alquilaría su vientre materno.	111
GRAFICO N° 2.- Método de reproducción asistida (vientre de alquiler).	112
GRAFICO N° 3.- Costo emocional a la madre sustituta.	113
GRAFICO N° 4.- Los métodos de reproducción deben normarse en la Ley ecuatoriana.	114
GRAFICO N° 5.- Los valores éticos, morales y religiosos se pueden ver afectados en las personas que opten por un vientre de alquiler.	115

A los profesionales de derecho

GRAFICO N° 1.- Solicitud de Autorización judicial.	116
GRAFICO N° 2.- Controversia con la filiación de un recién nacido.	117
GRAFICO N° 3.- Incorporar Normas en la Legislación Ecuatoriana.	118
GRAFICO N° 4.- Normativa Legal Ecuatoriana resuelve casos de vientres de alquiler.	119
GRAFICO N° 5.- Acuerdos de vientres de alquiler susceptible a ser reprimido por la ley.	120

A los profesionales de la medicina

GRAFICO N° 1.- Aceptaría los nuevos métodos de procreación.	121
GRAFICO N° 2.- El nuevo método de reproducción asistida es confiable.	122
GRAFICO N° 3.- La Clase social con posibilidades de alquilar un vientre materno.	123
GRAFICO N° 4.- Los métodos de reproducción deben normarse en la Ley ecuatoriana.	124
GRAFICO N° 5.- Efectos psicológicos en las personas por discrepancias por vientre de alquiler	125

ÍNDICE DE ANEXOS

FIGURA N° 1.- Esquema causas y efectos originarios de vientres de alquiler.	149
FIGURA N° 2.- Inseminación Artificial	150
FIGURA N° 3.- Inseminación In Vitro	150
FIGURA N° 4.- Noticias Diario El Universo	151
FIGURA N° 5.- Famosos que utilizaron vientres de alquiler para ser Padres.	153
FIGURA N° 6.- Proceso de Implantación.	154
FIGURA N° 7.- Resultado de la utilización de un vientre de alquiler puede ser uno o pueden ser varios.	154
FIGURA N° 8.- Anuncio publicitarios (Necesito Vientre de Alquiler).	154
FIGURA N° 9.- Noticia Diario Hoy.	155
FIGURA N° 10.- Noticia Diario Extra.	155
FIGURA N° 11.- Reportaje TV	155
FIGURA N° 12.- Artículo Martin Acosta González.	156
FIGURA N° 13.- Comercio de Vientres por Internet.	156
FIGURA N° 14.- Fotografías con los encuestados.	157
FIGURA N° 13.- Fotografías con los encuestados.	158
Figura N° 14.- Testimonios de agradecimiento al Centro de Reproducción Asistida.	160
Modelos de Demandas Planteadas	161
Modelo de Contrato	176

RESUMEN EJECUTIVO

El presente tema de tesis “Los Derechos Derivados de la Utilización de Vientres de Alquiler en el Ecuador”, está dividido en los siguientes capítulos:

El Capítulo I: Se describe el problema, que comprende: Introducción, problematización, justificación, objetivo general y específicos, hipótesis, variables tanto Independiente como dependiente, talento humano, recursos materiales y presupuesto de la investigación.

En el Capítulo II: Se trata sobre el Marco Teórico, Antecedentes de la Investigación, la Fundamentación con su respectiva Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Derecho Comparado.

En el Capítulo III: La Metodología, determinación de los métodos a utilizar, diseño de la investigación, población y muestra, técnicas e Instrumentos de la Investigación, validez y Confiabilidad de los Instrumentos, Técnicas del Procesamiento y Análisis de Datos.

Capítulo IV: Análisis e Interpretación de Resultados en relación con la Hipótesis de Investigación; Análisis e Interpretación de Gráficos y Resultados; Encuestas; Resultados de las Encuestas Dirigida a Profesionales en Derecho y Medicina, y a la ciudadanía en General; entrevista realizada a un Juez y un Notario en funciones; comprobación de la Hipótesis; Reporte de la Investigación.

Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones;

Capítulo VI: La Propuesta con su respectivo Título, Antecedentes, Justificación, síntesis del diagnóstico, Objetivos: General y Específicos Descripción de la Propuesta, Desarrollo Beneficiarios e Impacto Social; Bibliografía Anexos

EXECUTIVE SUMMARY

This thesis topic "Derivative Rights Using surrogates in Ecuador" is divided into the following chapters:

Introduction, problem, justification, general and specific objetivo, assumptions, both independent and dependent variables, human talent, resources and materials research budget: Chapter I the problem, comprising described.

Chapter II: This is on the Net, Background Research Framework, the Groundwork to their respective Doctrine, Jurisprudence, Law and Comparative Law.

Chapter III: Methodology, determination of the methods to be used, research design, population and sample, techniques and instruments of research, validity and reliability of the instruments, Processing Techniques and Data Analysis.

Chapter IV: Analysis and Interpretation of Results regarding Hypothesis Research; Analysis and Interpretation of Graphs and Results; surveys; Results of Directed Surveys Professionals in Law and Medicine, and citizens in general; interview with a judge and a notary duties; Hypothesis testing; Investigation Report.

Chapter V: Conclusions and Recommendations;

Chapter VI: The Motion with its own Title, Background, Rationale, synthesis of diagnosis Objectives: General and Specific Description of the Proposal, Beneficiaries Development and Social Impact; Bibliography Appendices

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1. Introducción

El presente tema de investigación, busca regular los derechos derivados de la utilización de vientres de alquiler en Ecuador, basado en un hecho real de una pareja con problemas de infertilidad, quienes tras varios intentos de procreación no habían logrado de forma natural tener su descendencia, por lo que acudieron en busca de solución al internet encontrándose con la novedad que existen Centros de Reproducción Humana en Ecuador, y para lograr su objetivo se necesita de un vientre de alquiler, en tal virtud sujetándose a lo dispuesto por Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador con el fin de garantizar su compromiso vieron la necesidad de celebrar un contrato privado de vientre de alquiler y de esta manera asegurar el cumplimiento de sus acuerdos.

A partir del año 1978 hasta la actualidad a nivel Mundial la fecundación In Vitro es una técnica muy conocida que ha conmovido a muchas familias y a realizado sus sueños de ser padres, generando resultados exitosos en los seres humanos, claro está que también existe la inseminación pero esto más se practicaba en los animales; hoy en día también en las personas que carecen de material genético para fecundar ; pero aquí nace la preocupación de las parejas que se someten a este avance científico; que no existe un ordenamiento jurídico que regule este tipo de contratos civiles en ninguna Notaría o Juzgados, y peor aún que ofrezcan garantías a los adultos contratantes o al recién nacido que está por llegar.

La presente investigación busca la manera de aportar ideas con el fin de regular jurídicamente los contratos por alquiler de vientre, dado a que es una de las últimas opciones que se contemplan para poder tener un hijo con sus propios embriones, esta práctica se han venido utilizando de forma clandestina, por lo general quien se ofrece a alquilar su vientre corresponde a personas de escasos recursos económicos, acepta la propuesta y sin reclamo posterior a filiación alguna.

En algunos países del mundo existen implantadas de manera jurídica y médica las técnicas de reproducción asistida con legislaciones estipuladas y con una infraestructura de clínicas, médicos y laboratorios con la más alta tecnología, mientras que por otro lado, la maternidad subrogada o las “madres de alquiler”, van adquiriendo cada día más demanda y más oferta, en su mayoría ilegal, de allí se desprende la necesidad de llenar estos vacíos legales en nuestra legislación ecuatoriana, lo que quiero sustentar a través de la presente tesis, que se incrementen al artículo incisos o numerales que sustente la jurisdicción, competencia y tipicidad al momento de elaborar un contrato de vientre alquiler y filiación del nacido vivo, en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes se someterán a los jueces competentes en este caso si se diera por aceptada la sustentación sería de competencia con los jueces de lo civil.

Son pocos los países que reconocen en su legislación la reproducción asistida en público, estas prácticas se realizan en forma continua y normal como: Los Estados Unidos, la India, Bélgica y Ucrania. Este último se está convirtiendo en un destino fundamental para la maternidad de alquiler, y así mismo se encuentran prohibidos los contratos económicos de gestación en Francia, Holanda, España, Alemania, Suecia, Reino Unido entre otros.

En Ecuador, específicamente en la Ciudad de Guayaquil y Quito, ya se realiza la práctica de la inseminación in vitro en un vientre de alquiler o en el vientre mismo de la persona que solicita, es un avance tecnológico que beneficia directamente a matrimonios y a uniones de hecho, quienes se encuentren interesados en construir una familia utilizando la práctica de inseminación artificial o fecundación In Vitro y que aplicado de la manera correcta es de gran utilidad. Desde el punto de vista jurídico en el sistema legal ecuatoriano la regulación de la inseminación in vitro en un vientre de alquiler, es muy importante por cuanto ayuda a mejorar las relaciones de las parejas que no pueden tener hijos de forma natural, debido a cualquier impedimento o complicación médica debidamente probada; si se regula esta actividad se evitaría que se realice de forma clandestina y que se convierta el cuerpo de una mujer en un simple objeto de fabricación.

Mediante estos tratamientos muchos matrimonios o parejas de hecho han conseguido su deseo de ser padres, es la más popular de las técnicas de reproducción asistida, y una de las más costosas. En términos sencillos, consiste en la unión del espermatozoide y el óvulo en un laboratorio para formar un embrión; una vez que los ovocitos son fecundados, el embrión o embriones resultantes son evaluados y transferidos al útero de una madre gestante, en número variable según diferentes parámetros considerados, hasta un máximo de tres, que es lo legalmente permitido, previo tratamientos hormonales, así mismo representa muchos riesgos inherentes a las técnicas de reproducción asistida, que puede pegar uno o varios embriones.

Por lo tanto, el propósito en la presente investigación es evidenciar que en el Código Civil ecuatoriano; no está contemplado los métodos de reproducción asistida por lo cual la potestad de la filiación se hace muy compleja porque una de las partes reclama la potestad y derechos sobre

el niño; como investigadora, en base a una amplia revisión doctrinal y de casos resueltos como en Estados Unidos, apporto con una idea que los legisladores del Ecuador hagan un amplio estudio acerca del tema y luego de un consenso se pueda implementar en el Código Civil ecuatoriano, concretamente en el Art. 24 un literal donde se manifieste que: **“Por haber nacido bajo el método de subrogación materna o vientre de alquiler, dentro de un matrimonio o unión de hecho compuesto por un hombre y una mujer, que sean mayores de edad, los mismo que aportaron su material genético con la intención de formar una familia previo a convención o acuerdos”**; y se dé por aceptado este nuevo sistema de filiación con su correspondiente paternidad y maternidad biológica, en concordancia con el **Art. 67** de nuestra Constitución vigente, donde la familia sea reconocida y garantizada por el estado; y sobre todo el derecho a tener una familia; Art. 22, 26, 98 Código de la Niñez y la Adolescencia vigente en Ecuador.

La investigación está estructurada por seis capítulos establecidos de la siguiente manera: Primeramente se describe la problemática, los objetivos, la hipótesis, variables y recurso utilizados en la investigación. Una vez elaborado los objetivos empezaremos con la Investigación desplegada en capítulos empezando con el marco teórico, con su respectivo antecedente y fundamentado en doctrina, jurisprudencia, legislación y derecho comparado. En el siguiente Capítulo encontraremos la metodología: y por último se realizará un análisis e interpretación de resultados en relación con la hipótesis planteada. Culminando con conclusiones y recomendaciones y formulando una Propuesta de reforma de algún artículo que se cree debe ser reformado o agregado conforme a los avances tecnológicos surgidos en la actualidad; y para una mayor ilustración se agrega bibliografía y anexos de la presente investigación.

1.2. Problematicación

Se cree que las razones más comunes para recurrir a la utilización de vientres de alquiler en su mayoría son por infertilidad y esterilidad en mujeres y hombres; mujeres con embarazos de riesgo o en edad tardía decidieron ser madres; este tipo de personas siente la necesidad de ser madres padres y recurren a estos métodos de reproducción asistida.

Las personas incursionen en este nuevo método de ser padres, porque ya han agotado sus esperanzas de ser padres de forma natural y previo análisis médico se han dado cuenta que existen problemas de salud tanto en mujeres como en hombres. La idiosincrasia de los ecuatorianos, especialmente de los hombres, que con una actitud un tanto machista buscan relaciones extramatrimoniales y de esta manera pone en riesgo su relación de pareja por problemas de infertilidad de su compañera sentimental.

La problemática en lo referente a vientres de alquiler, se presenta en las madres que van a cumplir con el encargo realizado por otra u otras personas, una vez admitida como un acto un tanto altruista en el que una mujer “bondadosa” acepta llevar al hijo de otra en su vientre empieza en chantaje o extorsión y es donde esto se convierte en un acto de comercio, y empezamos a darnos cuenta que ya perdió su lado humanitario y que fue más bien por intereses económicos debido a la difícil situación que cursan muchas personas en el Ecuador, entonces ven en este tipo de acuerdo una posibilidad de resolver sus problemas económicos, y la de cumplir una misión, convirtiéndose en una problemática para la sociedad ecuatoriana, ya que este tipo de acto se lo hace al margen de la ley.

Esta situación generaría problemáticas legales sobre quien tiene los derechos de paternidad o maternidad, ya que en nuestra legislación

ecuatoriana no tiene regulado esta práctica o método de procreación, y que si se adopta la figura de un contrato privado como actualmente se lo hace confiando prácticamente en la palabra de las partes contratantes, hay que prever varias situaciones que pueden presentarse como el de asegurar en ambas partes la presunción y determinación de la maternidad y de la paternidad; buscar una persona garante en el supuesto de que los padres contratantes mueran durante la gestación del bebe; la aceptación de los padres contratantes en el caso que el bebé presente malformaciones, o de ser necesario impedir a la madre sustituta el aborto salvo en caso que lo estipule la ley.

1.2.1. Formulación del Problema

¿Cómo incide la falta de norma jurídica en el método de procreación mediante la utilización de vientres de alquiler o madres sustitutas en nuestro país?

1.2.2. Delimitación del Problema

Campo de acción: Ciencias Jurídicas en el ámbito de lo Civil

Objeto de estudio: Utilización de vientres de alquiler

Lugar: Cantón Quevedo.

Tiempo: año 2014

1.2.3. Justificación

Con el avance de la medicina y la genética, las personas con problemas de infertilidad o esterilidad, tienen una nueva alternativa a su derecho de tener hijos o hijas, con el avance de la ciencia se puede dar por encargo

la procreación de una persona a través de vientres de alquiler, este nuevo ser llevará las características propias que el mecanismo de herencia por naturaleza se da en especial de la raza humana.

El presente tema “los Derechos Derivados de la Utilización de los Vientres de Alquiler en el Ecuador”, se justifica por el aprovechamiento de este avance tecnológico y la ciencia, por aquellas parejas que desean procrear mediante métodos alternativos de reproducción asistida. Por lo tanto la normativa jurídica en este sentido debe ser revisada en vista que no existe un ordenamiento jurídico que regule esta modalidad de maternidad subrogada o vientres de alquiler.

Por las razones expuestas, se presenta una alternativa legal de incrementar un literal más en el artículo 24 del Código Civil Ecuatoriano, el mismo que trata de la filiación que norme este nuevo tipo de procreación y una vez culminada la presente tesis servirá como base a una propuesta para los y las Asambleístas de nuestro País, e invitarle a que realicen su respectivo estudio y lo eleven a Ley mas no para penalizar sino más bien para regular en búsqueda del bien común y de esa forma en el país se contaría con un instrumento jurídico para legalizar los derechos derivados de la utilización de los vientres de alquiler en el Ecuador.

Los beneficiados en este tema investigativo son las parejas formadas por un hombre y una mujer que presentan imposibilidades físicas y naturales de procrear quienes buscan su propia descendencia al igual que su núcleo familiar, esto destaca la trascendencia social de la investigación, pues la maternidad subrogada a través del tiempo ha tenido sus limitaciones en varios países incluido Ecuador debido a que muchos de

En cuanto a la factibilidad, la investigación cuenta con la información necesaria para su proceso gracias al empleo de recursos materiales, técnicos, tecnológicos, económicos y bibliográficos que se estimaron pertinentes, con la visión de que se legalice en nuestro país, esta nueva y novedosa modalidad de fecundación asistida por medio de un vientre de alquiler.

1.3. Objetivos

1.3.1. General

Fundamentar teórica y jurídicamente la necesidad de implementar en el Código Civil Ecuatoriano, la regulación sobre los derechos y deberes que se derivan de la posibilidad del uso de vientres de alquiler como una vía de solución para las parejas con problemas de infertilidad.

1.3.2. Específicos

1. Analizar el tema utilización del vientre de alquiler en el derecho comparado.
2. Recopilar información acerca de los casos de reproducción asistida, y su incidencia en el ámbito jurídico.
3. Identificar los derechos que deben tener los contratantes sobre el niño fecundado por vientre de alquiler.

4. Proponer la reforma al Código Civil Ecuatoriano, agregando un nuevo literal en el Art. 24, sobre la filiación del niño, o los niños nacidos a través de gestación por sustitución o vientre de alquiler.

1.4. Hipótesis

Con la implementación de un literal en el artículo 24 del Código Civil Ecuatoriano, se logrará determinar el derecho de paternidad y maternidad sobre el niño o niña nacido por el método de vientre de alquiler.

1.5. Variables

1.5.1. Variable Independiente

Implementación de un literal en el artículo 24 del Código Civil Ecuatoriano

1.5.2. Variable Dependiente

Derecho de paternidad y maternidad sobre el niño o niña nacido por el método de vientre de alquiler.

1.6. Recursos

1.6.1. Talento humano

- Sra. Marcia Susana Yáñez Tapia, estudiante egresada de la Facultad de Derecho de la UTEQ.
- Dr. Colon Bustamante Fuentes en la motivación para elegir el tema

- Dr. Ulises Díaz en calidad de Tutor de Tesis designado por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo.
- Varios encuestados
- Ciudadanía Quevedeña.

1.6.2. Materiales

- Computador con conexión a internet
- Impresora y resmas de hojas
- Pendrive
- Cámara digital
- Libros o doctrinas bibliográficas y Leyes referente al tema.
- Bolígrafos

1.6.3. Presupuesto

Materiales	Costo \$
Libros	100.00
Resma de hojas	10.00
Bolígrafos	1.50
Libreta de apuntes	1.00
Cd's	3.00
Impresiones	50.00
Pendrive.	15.00
Internet.	75.00
Copias.	4.00
Clip.	1.00
Resaltador	3.00
Digitación e impresión	150.00
Digitación del informe final e impresión (tesis)	100.00
Impresión de encuestas	8.00
Encuestadores	20.00
Anillados (8)	10.00
Empastados (4)	25.00
Total de gastos	\$ 576.50

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la Investigación

En búsqueda de información por medio del Internet sobre trabajos similares, se encontró en nuestro país una tesis cuyo nombre es “Filiación del Nacido Vivo en un Vientre de Alquiler”, desarrollada por los estudiantes Vaca Santamaría Johana Alexandra, y Ulloa Paucarima Héctor Fernando estudiantes de la Universidad Técnica de Cotopaxi en el año 2011. Este trabajo tuvo como finalidad regular la inseminación In Vitro en un vientre de alquiler, planteándose como propuesta implementarlo en el Código Civil Ecuatoriano, ya que hasta el momento carece de regulación la filiación de la persona nacida a través de este método.

Otro trabajo de similar característica se lo realizó en la Universidad Técnica de Machala, por los estudiantes ALEX DIAZ GUAMAN y WALTER VINCES AGUILAR con el tema de tesis “Análisis Socio Jurídico sobre los efectos de los Métodos de Concepción Artificial frente a los Derechos de Paternidad en el Ecuador durante el Periodo 2006 – 2007” su investigación gira en saber quién tiene los derechos de paternidad ante la utilización de los métodos de concepción artificial; para ello se sustentan en que a la actualidad el conocimiento es globalizado y por tal razón el Ecuador debería modificar su legislación para aceptar esta realidad que se da actualmente en el mundo.

En otros países existen trabajos similares como el desarrollado en la Universidad de San Carlos de Guatemala, en la cual se presentó una investigación por la estudiante INES LOURDES TOBAR CANUZ, con el

tema de tesis “LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN CIVIL GUATEMALTECA EN CUANTO A LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UNA OPCIÓN DE PROCREAR EN MATRIMONIO Y EN UNIÓN DE HECHO”. En la investigación se planteó demostrar que en Guatemala no existe una legislación vigente que regule la filiación en cuanto a los nacidos a través de un vientre de alquiler, de igual forma dejar bien estipulada la Ley que al momento de celebrarse este tipo de contrato se extingue todo vínculo entre el menor nacido por este método artificial y la madre sustituta; y otra tesis de grado titulada Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia, realizada por estudiantes de la Universidad Javeriana de Bogotá, María Inés Awad Cucalón y Mónica de Narváez.

En la Legislación extranjera encontramos un caso presentado en Estados Unidos de Norteamérica en el año de 1986 como es el de “Baby M”, donde la Suprema Corte de California resolvió por mayoría entregar la paternidad a la pareja que ha proporcionado los gametos para la formación de un cigoto en un vientre de alquiler, convirtiéndose esta pareja por ley en padres biológicos, genéticos y naturales del niño; es de indicar que esta resolución no afectó la Constitución de California ni la federal, tampoco el orden público. Anexamos el caso “Baby M”, una casación resuelta en Lima, e imágenes de personajes famosos que logaron tener una familia a través de vientres de alquiler que ayudaron en el marco referencial de la presente investigación, lo que demuestran que ante la falta de la ley se puede resolver casos como lo ya sucedidos en otros países.

2.1.1. Diversas definiciones sobre Maternidad Subrogada o Vientre de Alquiler.

Existen múltiples definiciones al respecto, así podemos citar:

- “La maternidad subrogada se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que le pertenece a otros padres genética y, legalmente. También se utilizan los términos madres de alquiler y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso”.¹

Es una de las maneras un poco costosas de poder tener una familia por cuanto necesariamente deben contar con una madre sustituta que pueda y quiera llevar en su vientre un bebe que después del término del embarazo deberá entregar a sus verdaderos padres, estos padres fueron prescritos que padecen de alguna incapacidad para fecundar o procrear de manera natural; o a su vez no pueden continuar con su embarazo.

-“Es un acuerdo por medio del cual una mujer carga una criatura en su vientre hasta el momento del parto, con el fin de que otra mujer, sea la madre del mismo”².

En este caso la mujer que se presta a alquilar su vientre, esta consiente que se trata de un encargo y que al momento del nacimiento debe de

¹ www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-ventre-problemas.pdf

² RUBIO, Correa Marcial. Reproducción Humana Asistida y Derecho. Las Reglas del Amor en probetas de laboratorio. 1996. P. 124

entregar sin ningún remordimiento y deslindarse de toda responsabilidad con el recién nacido.

- “Maternidad subrogada fruto de espermatozoides u óvulo de donante con autorización permisiva de la contraparte. Se dona espermatozoide u óvulo por persona distinta de la pareja y se presta el útero por tercera mujer”.³

Es decir aquí no se considera el material genético de los contratantes por obvias razones, por lo tiene que recurrir a donaciones de material genético de personas que ni siquiera se conocen con el fin de procrear y tener una familia a través de un vientre de alquiler, conocida como maternidad o paternidad diversa.

“Maternidad subrogada: Es un procedimiento por el cual se sustituye a la madre genética, porque ella no puede tener hijos comprobado mediante análisis médicos y se suplanta con otra mujer distinta”.⁴

Es igual que las anteriores, la madre no puede gestar y necesariamente tiene que contratar un vientre para dejar su propia descendencia y esto lleva su tiempo mientras logran implantar los gametos al vientre de alquiler hasta su nacimiento.

Así mismo revisando contenidos de otros tratadistas coinciden que la maternidad subrogada “es un atentado a la dignidad humana” en este caso se refiere a la mujer que se presta para estos actos de subrogación

³ GAROFALO, Javier. Nuevas técnicas de reproducción asistida Pag.98

⁴ Psc. COLORADO V. Ana María. Revista ilustración “Magazine” Editorial Universidad Pontífice Bolivariana – 2010.

y celebra un contrato privado con cláusulas especiales de entrega del producto una vez cumplido el propósito, con lo que queda expuesto una vez más, el cuerpo femenino y sometido al comercio.

Considerando estos conceptos, como una práctica o avance científico y tecnológico en el ámbito genético de la medicina, que consiste en sustituir el vientre materno por otro vientre de una persona que está probada que puede tener hijos y que puede llevar adelante un embarazo pero con espermatozoide y óvulos de los contratantes o pareja con problemas de infertilidad, situación contractual jurídica por la cual una pareja heterosexual confía el material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y lleva todo el proceso de embarazo hasta el nacimiento del nuevo ser, que debe ser entregado a los contratantes renunciando filiación sobre el mismo estaríamos solucionando en parte un problema social que conlleva muchas veces al divorcio o a conflictos legales en caso de no dar cumplimiento al acuerdo. Esta situación se da debido a que la mujer de la pareja es estéril por anomalías en el útero o por problemas de salud o a su vez la pareja misma es estéril y ellos y creo que se merecen y tienen derecho a una familia por todos los medios posibles claro está que hay que mirar desde el otro ámbito, como la adopción, muchos niños están esperando tener una familia y no le hemos dado la oportunidad, pero que mejor si podemos y tenemos los medios económicos como para tener nuestra propia familia y de esta manera aprovechar los avances de la ciencia que también son sacrificios que se ha logrado a través de muchos años de estudio.

2.1.2. Antecedentes Históricos

Desde la Antigüedad la raza humana siempre ha buscado en procrearse y multiplicarse, tener sus propios hijos, y realizar una familia. Es así que revisando en la Sagrada Biblia Católica se conoce que la primera mujer

que alquilo su vientre es AGAR quien era la criada de la familia de Abraham.

Según el Evangelio Génesis del Antiguo Testamento menciona que “hace más dos mil años antes de Cristo en la tierra árida de Canaán se conoció la primera madre sustituta, la esposa de Abraham era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo. Sarai pensó que esto era obra del divino creador y dijo a Abraham: Ya que el Señor me impide ser madre por naturaleza, únete a mi esclava para poder tener nuestra familia. Y así fue como la familia de Abraham tuvo su primer hijo, y Abraham accedió al deseo de su esposa Sarai. En aquel entonces Abraham ya estaba de avanzada edad contaba con 86 años, pero eso no fue problema a tal punto que pudieron cumplir su sueño y su edad venerable no impidió la concepción. En 1910 a. C. Agar dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael. Sarai agarro a Ismael y lo sentó en sus rodillas considerándole como su hijo propio. Éste fue el primer niño nacido por medio de un programa llamado **gestación subrogada tradicional**. A propósito, del nacimiento de Ismael descienden todos los árabes que se llamarán ismaelitas o agarenos, por el nombre de la madre subrogada Agar quien ha gestado a Ismael. Es interesante que 14 años después del nacimiento de Ismael, en 1897 a. C. Sara consiguió quedarse embarazada de su marido, quienes se preparaba para festejar el nacimiento de su segundo hijo por naturaleza y da a luz a Isaac”.⁵

En ese tiempo no existían avances médicos ni tecnológicos, lo que se presume más bien que llegaron a un acuerdo de relaciones sexuales entre Abrahán y su criada, en complicidad con su esposa Sarai, con el fin

⁵ Sagrada Biblia, (Estados Unidos, 2009). Antiguo Testamento, Evangelio Génesis, Cap. 16, Versículo 2-5. Pág. 24.

de tener una familia, que bien cae el termino de gestación subrogada tradicional porque la madre en este caso la criada aporta el ovulo para ser fecundado en su vientre con un espermatozoide de Abraham.

“El segundo programa de gestación subrogada, se cree que se desarrolló en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII a.C. Cabe destacar que en el Reino de los sumerios la subrogación gestacional fue una práctica corriente, y más aún reconocida dentro del ámbito legalmente. El Código del Rey Hammurabi (1792-1750), creado en 1780 a.C. y que fue el primero en introducir el principio de presunción de inocencia (uno es inculpable hasta que se demuestre lo contrario), disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo. Asimismo, el Código establecía “garantías sociales” para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a las cuales que no se podía vender por plata”.⁶

Se dice que en ese tiempo los jefes de familia, al no poder tener su descendencia con la esposa, está misma se encargaba de buscarle una de sus sirvientas para que hiciera el encargo, a cambio de beneficios sociales y si en caso ésta no les servía, tenía la opción de buscar en otra sirvienta pero no vivir en concubinato.

“A partir del nacimiento de la célebre primera niña probeta Louise Brown, en el año 1978 en Reino Unido, ha empezado una carrera desenfrenada hasta nuestros días sobre los avances de la ciencia que ha ocasionado que la propia relación biológica entre las personas dificulten y compliquen cuando son el resultado de las nuevas técnicas de reproducción asistida

⁶ www.surrogacy.ru/es/history.php

que han alcanzado un grado de perfeccionamiento que se ha convertido en un medio adecuado y eficaz para superar el problema de la esterilidad humana. ”⁷.

2.1.3. Historia Antigua

Desde la época Romana la ley al parecer se ha quedado un tanto anclada en la época de las Doce Tablas. Donde se considera que la madre es la que da a luz, (Mater emper certa est - la madre siempre es conocida). Es así que nuestra Ley concuerda con esa época dejando en desventaja los avances tecnológicos y genéticos alcanzados hasta la actualidad. Que sucede cuando una madre subrogada previo a acuerdos contractuales decide quedarse con el recién nacido, con el pago o compensación y reconocimientos de los gastos médicos u otros inherente al proceso de embarazo?, los contratantes, o padres biológicos, no pueden denunciarla por cuanto han celebrado un contrato privado y no regulado ante nuestra ley y por lo tanto será nulo frente a la legislación Ecuatoriana para cualquier reclamo posterior a su celebración; esto deja la puerta abierta al chantaje y la extorsión por parte de la madre gestante.

La subrogación se debería al espíritu altruista y a la voluntad de hacer un bien a la humanidad, en este caso a parejas con matrimonios estables o de hechos monogámicos que han estado esperando y buscando por mucho tiempo formar una familia; y una vez conocido los resultados médicos se encuentra con la amarga sorpresa que no es posible procrear. Los problemas surgen una vez llegado al acuerdo de subrogación, porque

⁷ BERNARD Mainar Rafael. Efectos jurídicos de las Nuevas técnicas de reproducción humana. Caracas. Año 2000, Pág.25

hay que cubrir gastos por este tratamiento, la persona por muy altruista que sea no puede costearlos y necesariamente tienen que ser reconocidos por los futuros padres, con lo expuesto no quiero decir que estoy de acuerdo con su comercialización y mucho menos con la esclavitud que se utilizaba en el siglo XIX, a las esclavas que se prestaban para este servicio se les otorgaba su libertad y tenían que desprenderse de su hijo; y, a las que no podían gestar eran vendidas. Por eso esta práctica se tiene que regularizar para proteger a los padres en este caso serán biológicos, para evitar la manipulación y el chantaje y, sobre todo, para proteger al bebe que se está gestando de algún trauma psicológico que pueda surgir.

“La maternidad subrogada, los derechos sexuales y reproductivos son parte de los derechos humanos con la que cuenta un ser humano, según lo ha manifestado la Organización de las Naciones Unidas (ONU), hay derecho a la sexualidad, a la reproducción humana, y en la actualidad, la tecnología permite que personas solteras, homosexuales o parejas que no pueden tener hijos, opten a las novedosas opciones como ésta”.⁸ Hace falta reformar la ley, la cual se encuentra retrasada si se toma en cuenta el avance que hay en la tecnología.

En Ecuador hay muchos temas donde los legisladores buscan penalizar, más no resolver de forma civilizada, y me parece indispensable que se modernice el Sistema Jurídico Ecuatoriano, tomando encuenta los avances alcanzados a través de la medicina; claro está que estos avances surgen de conocimientos adquiridos en otros países, basta ingresar a la página web de las clínicas donde se realiza la fecundación

⁸ CARBONELL Miguel. Una historia de los derechos fundamentales. Video conferencia. 11/03/2014.

In vitro y podemos ver los títulos obtenidos y las universidades a las que han asistido para alcanzar sus conocimientos.

Lo que no concuerdo con esta práctica es que sea utilizada por personas que aún no tienen definida su identidad sexual, es decir homosexuales, lesbianas u otra desviación sexual que padezcan, dado a que tenemos que proteger al menor, considerando el interés superior que hay de por medio, no podemos poner la vida de una persona que recién viene al mundo en manos de quienes presentan problemas psicológicos o de personalidad si se puede considerar así.

La maternidad subrogada, debe ser apreciada por nuestros legisladores, debido a que está en juego filiación, que es el término técnico jurídico, que se le da a la relación entre padres e hijos en los procesos de adopción o ejercicio de derechos sexuales y reproductivos. Haciendo referencia a muchos casos suscitados en diferentes países, donde una pareja de origen Estadounidense recurrió a este tratamiento y finalmente tuvo problemas al tercer día de haber permanecido con su hijo, donde la madre gestante se arrepiente de haberlo entregado y solicita le devuelva al menor y reclama la filiación, en este caso el Juez consideró que era justo dejar la custodia a los padres biológicos que aportaron el material genético; y después de 10 años transcurridos de este proceso solo le permiten visitas por parte de la madre gestante.

Consideremos que estamos en el siglo XX, y nuestros juristas tienen que asumirlo con todas sus consecuencias, avanzar a la par con la tecnología y avances científicos por ello debemos hacer todos los esfuerzos legislativos, y preocuparnos en proteger a los recién nacidos desde el momento mismo de su gestación, sin considerar la forma en que nace una persona o cómo se reprodujo.

2.1.4. Derecho a Reproducirse

Se conoce que la “ONU está trabajando en un proyecto de tratado internacional en materia de derechos sexuales y reproductivos, obedeciendo a diferentes grupos de personas, activistas y políticos con la finalidad de diversificar el conjunto de perspectivas que giran en torno a esta situación”⁹, creo que se deben establecer principios básicos de sentido común, que permitan avanzar con seguridad y que le den seguridad a las parejas que estén buscando ejercer su derecho frente a la reproducción, en el sentido de que una persona puede naturalmente alquilar su vientre, por un intercambio económico o por la forma altruista como cualquier servicio, pero con la certeza de que eso no se va a convertir en una extorsión permanente o en un préstamo de hijos.

Para analizar sobre este tema se debe implementar a través de “un sistema mediático y social de gran responsabilidad, lejos del amarillismo, donde el hecho de que existan parejas que tienen problemas reproductivos, no los hace mejores ni peores, y que si la tecnología los puede ayudar a lograr ese deseo legítimo, es algo positivo no negativo”.¹⁰

El Sistema Mediático busca reducir el tiempo en la tramitología de la información, hace que el proceso sea más corto, breve y entendible para quienes recibe la información con expresiones conocidas para todos, tratando de no influir negativamente en el aspecto emocional, en este caso la información fluye de manera gratuita.

⁹ www.ichrp.org; Campaña por la convención de derechos sexuales y derechos reproductivos. Pag.9

¹⁰ CARBONELL Miguel. Una historia de los derechos fundamentales; video conferencia. 11/03/2014.

El jurista **Pablo Ortiz García**, opina que el legislador ecuatoriano no ha sabido estar a la altura de la época. No ha expedido leyes que regulen los nuevos tipos de contratos aparecidos en sociedades modernas. Un ejemplo de ello es la inexistencia de normas para el contrato de propiedad por tiempo compartido.

“En la mayoría de países en que se encuentra legislada la maternidad asistida o vientre de alquiler, se ha llegado a un consenso: Se acepta siempre que se trate de maternidad asistida con fines altruistas. No está permitida la “maternidad asistida con fines comerciales”. En este tema la pregunta es, **¿a quién se considera la madre?** ¿A la persona “de sexo femenino que, con la intención de entregar el niño en el momento del parto a otra persona, porque lleva el embrión o el feto que fue concebido mediante un proceso de reproducción asistida”?, o ¿a la mujer que facilitó el óvulo para que sea fecundado por un espermatozoide de su esposo que se implanta en el vientre de otra dama?”¹¹

Haciendo un examen de conciencia podría decir que la verdadera madre, es la persona que consciente de los resultados que puedan ser tanto favorables o desfavorables, confía sus genes con la única esperanza de poder tener su propia familia, pese haber agotado todos los esfuerzos y esperanza de poder gestar dentro de su propio vientre.

Mi posición respecto a la maternidad subrogada o vientre de alquiler es darle paso siempre que se trate de solucionar un problema de procreación de parejas infértiles, basados a que la madre subrogada lo haga de manera altruista, para que se pueda desarrollar sin obstáculos evitando así el comercio de niños, con aquellas madres que se prestan a ofrecer este

¹¹ Diario El Comercio de fecha viernes 20 de abril del 2012.

servicio a cambio de un reconocimiento económico y que luego se transforma en chantaje y enriquecimiento ilícito; esta subrogación debe ser reconocida por los contratantes en todos los gastos médicos que ocasionen su gestación hasta su nacimiento. Esto podría asimilarse a una amiga que dona sus órganos a quien lo necesita previa prescripción médica.

Algunos juristas y la Iglesia misma han señalado en anteriores expresiones que la maternidad subrogada es contraria a la dignidad de la mujer y altera el orden público, pero si miramos desde la otra óptica donde se plasma el deseo de tener una familia que es la base fundamental de la sociedad, entonces diríamos que vale la pena reconocerla tanto constitucional y civilmente porque se encuentra plasmada en la declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 25, Declaración Americana sobre Derechos Humanos Art. 19 la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños Art. 27.1; así como también en el Código de la Niñez y Adolescencia de algunos países; y porque no invitar a nuestros juristas a revisar nuestro Código de la Niñez y Adolescencia que seguro necesita ponerse al día con la Evolución de la medicina y la genética.

2.2. Fundamentación

2.2.1. Doctrina

2.2.1.1. Derechos de los Recién Nacidos

La declaración Universal de Los Derechos Humanos indica claramente que en todas las etapas de la vida los seres humanos nacen libres e iguales con dignidad y derechos, algunos de los más importante son los siguientes:

El nuevo ser indiferentemente de la forma de haber nacido, bien sea nacido vivo, por un vientre de alquiler, o sin vida debe ser protegido de acuerdo con el marco jurídico de cada país y en concordancia con Convención de Los Derechos del niño.

Todo recién nacido tiene derecho a la vida y debe ser respetada por todas las personas y gobiernos sin discriminaciones de raza, sexo etnia, grupo social o religioso. El recién nacido tiene derecho a una identificación correcta y filiación, de igual manera debe tener una nacionalidad, que es el deber del Estado otorgarla. El nuevo ser también tiene derecho de cuidados sanitarios, médicos, alimentación, afectivos, sociales que le permitan un correcto desarrollo físico y mental. Es de mencionar que la sociedad en general y más aún los operadores de justicia están obligados e inclusive es de su responsabilidad que estos derechos se cumplan, ya que el recién nacido por su inmadurez física y mental no los puede reclamar por sí solo.

2.2.1.2. La Familia

La familia es el sistema de convivencia social es un derecho de los seres humanos garantizados en la Constitución Ecuatoriana en su Art. 67, que permiten obtener la mayoría de las ventajas de la vida social. Para **Ulpiano** era un claro mandato del derecho natural; de aquí se deriva lo que llamamos matrimonio, la procreación, la educación de los hijos.

La base de la sociedad se sustenta en la familia, obedece al reconocimiento que se han venido generando en todas las culturas nace de la necesidad de contar con esas células sociales estables "...con identidad propia, conformada por individuos adultos de distinto sexo y sus descendientes, cuya acción tiene un contenido y una metas que

desbordan los objetivos propuestos dentro del sistema de reproducción y crianza de seres humanos, aprendiendo convivir dentro de una sociedad, a respetar y aceptar limitaciones de su libertad a manejar su propio espacio, esta cultura es impartida por individuos que lo hacemos con el mayor afecto y afán de protección justificada, a realizar cualquier esfuerzo del poder político...”¹² con el fin de defender la estabilidad de la familia.

2.2.1.3. Vientre de Alquiler

Al hablar de vientre de alquiler, es hablar de una madre con capacidad suficiente para engendrar un bebe, y aceptar mediante un contrato para quedar embarazada a través de técnicas de reproducción asistida, este tipo de contrato tiene características un tanto complejas, controversiales y que muchos marcos jurídicos de los distintos países incluido Ecuador no están regulados. Si hablamos de un contrato existen dos partes: Una es mujer alquila su vientre para la fecundación y la otra parte, son los comitentes quienes dan por encargo sus gametos a la madre sustituta y de esa forma se obtiene un embarazo que por su naturaleza será complicada, es realizada en clínicas especializadas que ahora lo podemos encontrar en nuestro país en ciudades más grandes como Quito y Guayaquil, y de esa forma se tiene el feliz nacimiento de un miembro más en la familia, muchas veces en el contrato se especifica el nombre del facultativo, las condiciones que debe cumplir la madre gestante hasta obtener su embarazo y así mismo su tratamiento debido a la complejidad que lo identifica requiere de gastos médicos que obligatoriamente se debe mencionar en el contrato.

¹² MEDINA Pabón Juan Enrique. Derecho Civil, Derecho de Familia 2da. Edición. Editorial Universidad del Rosario 2010. Pág. 35

Como se ha descrito la complejidad de este tipo de contrato y la falta de regulación en la mayoría de los países del mundo, es rechazado por la sociedad, como es el caso del “artículo 562 del proyecto de Código Civil 2012”¹³ presentado en el Congreso de Argentina se incluye esta polémica figura, que ha merecido un reproche mayoritario en la doctrina Argentina y que muy pocos países en el mundo han receptado.

2.2.1.4. Derecho a la Procreación

Un sector de la doctrina sostiene que el derecho a procrear es un derecho derivado de varios derechos fundamentales: Derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad.

“Este encuentra su justificación en el Derecho a la libre regulación de la vida privada, en función del derecho al desarrollo de la personalidad, por lo que el interés por tener hijos se encuentra tutelado por el ordenamiento jurídico, este derecho a procrear no está ligado con la familia, sino con la persona. Esta determinación es importante porque, si se deriva del derecho a procrear, a la libertad personal, toda mujer podría hacer uso de las técnicas de reproducción asistida”.¹⁴

2.2.1.5. Diferentes Definiciones sobre Vientre de Alquiler

El Jurista Juan Espinoza: Dice que “es muy controvertido, el llamado contrato de alquiler de útero, establece que la maternidad subrogada a título gratuito sería lícito, ya que allí si se estaría cumpliendo con una

¹³ <http://centrodebioetica.org>.El alquiler de vientre internacional en el proyecto de Código Civil 2012. Argentina

¹⁴ DE LA TORRE Vargas Maricrus& Gómez. La fecundación In Vitro y la filiación. Editorial Jurídica de Chile.1993. Pág. 37

finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede quedar embarazada, así también estipula que sería nulo todo acuerdo comercial de ese tipo ya que no se puede contratar con partes del cuerpo humano por ser éste indisponible ni tampoco con el status de familia, llegando a ser ilícito para contravenir el orden público y las buenas costumbres, por otro lado más allá de que sea nulo o no, hay otro factor más importante y que es el de determinar la filiación de ese niño nacido por este tipo de fecundación asistida”¹⁵.

En el momento que un contrato privado pasa a ser controvertido es por algún desacuerdo entre las partes y por lo tanto requiere de una atención especial entre los operadores de justicia, quienes para poder resolver una filiación tendrán que acudir a doctrinas, derecho comparado, por cuanto no se encuentra aún normado en nuestro país Ecuador, pero si queremos determinar la filiación, basta con un examen de ADN (ácido desoxirribonucleico), conoceremos a quien corresponde la responsabilidad y derechos, o de quienes son sus genes, y quienes se merecen la titularidad de padres.

Gustavo Bossert Zannoni, “establece que la Maternidad Subrogada a título gratuito sería lícito y que si se podría aceptar en nuestro ordenamiento jurídico ya que allí si se estaría cumpliendo con una finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer o pareja que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar a ese bebe, no convirtiendo así esta situación en algo aberrante al ver un fin económico en medio de ello, lo

¹⁵ ESPINOZA Espinoza, Juan. Derecho de las personas. 4º edic. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. 2004

cual trastoca valoraciones éticas que maltratan al niño y degradan a la mujer”¹⁶ “y al niño porque se le conceptualiza como mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir todas las exigencias del gusto de los potenciales padres; o la mercantilización de la fecundación uterina que conlleva a la degradación de la mujer concebida como una incubadora o como una “fábrica de hacer niños”.¹⁷

Concuerdo con la idea de este jurista, sobre la maternidad subrogada a título gratuito, porque es una posición altruista y humanitaria que los seres humanos deben tener con otros que tienen problema o algún impedimento como es el caso de no poder tener descendientes. En cuanto a la figura jurídica por ser un acto de buena voluntad sería factible realizar una acta de mutuo acuerdo con el fin de garantizar la entrega del recién nacido a sus progenitores.

“Es el surgimiento de un nuevo humanismo, desplazando a la ética tradicional; este nuevo sentido humanístico le da el valor y la importancia a la vida humana, son parte de la ingeniería genética que lleva a cabo el tratamiento de las técnicas de fecundación y otras técnicas similares que han sido el detonante histórico decisivo de la institución científica y social”¹⁸.

Los avances de la ciencia en beneficios de la humanidad es justo utilizarlo, en particular la ingeniería genética que hoy es una nueva alternativa para todas aquellas familias o parejas con problemas de

¹⁶ BOSSERT Gustavo. Fecundación Humana Asistida en el Derecho Civil de nuestro tiempo. Pág. 109

¹⁷ MOSQUERA, Vásquez, Clara. Derecho y Genoma Humano. 1º Edición 1997. Pág.48

¹⁸ BLÁZQUEZ, Fernández Niceto. Biótica y Biotanasia – Madrid. Pag. 36

infertilidad, que pueden optar por tener descendientes por el método de vientre de alquiler.

A raíz del avance científico, médico, genético, la humanidad ha sufrido grandes cambios en bien de la sociedad; es así que ahora pueden someterse a tratamientos las personas que no pueden gestar o tener su familia de forma natural por diversas razones, y más aún cuando no tienen éxito con estos tratamientos, surge la otra opción que es la fecundación In Vitro.

“El contrato como ya se ha afirmado constituye la matriz fundamental del derecho privado y sobre el mismo se estructuran un sinnúmero de aspectos regulatorios a los cuales deberá remitirse para su estudio el operador de justicia. Los contratos conforman un libro completo de los cuatro que integran el Código Civil, de igual forma de otros que integran el Código de Comercio, como fuente generativa de obligaciones”.¹⁹

Según el pensamiento de los juristas, los conceptos citados todos apuntan a la sustitución materna que consiste en gestar en su vientre los gametos de otras personas o parejas que busca una familia por métodos de reproducción asistida ya que no ha sido posible llevarlo de forma natural y gracias a los avances, hoy es posible tener descendencia y que podemos regirnos en cualquiera de las partes integrantes del Código Civil Ecuatoriano.

¹⁹ MARIN, Veliz Gustavo Adolfo, El arrendamiento de vientre en Colombia, vínculo contractual. Edición 2005. Pág.52-53

2.2.1.6. Maternidad Subrogada

“Según la Real Academia de la Lengua, implica sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”²⁰. Desde una perspectiva jurídica, podría definirse como la situación jurídica en que una persona adquiere los derechos y los deberes de otra. La maternidad subrogada, por tanto, en una primera aproximación, haría referencia a una madre que sustituye o se pone en lugar de otra, asumiendo sus derechos y obligaciones.

En una aproximación algo más precisa, “la maternidad subrogada puede definirse como el acuerdo por el cual una mujer se vincula a dar a luz un hijo y posteriormente entregarlo a terceros, renunciando a todos los derechos sobre el niño, incluso a la calificación jurídica de madre. Sin embargo, esta definición no delimita claramente el concepto respecto de la adopción, por cuanto en ésta también se da a luz a un hijo que es entregado a un tercero o terceros a posteriori. Para alcanzar una definición adecuada, por tanto, debemos acudir a los rasgos diferenciadores de esta técnica de reproducción asistida y así delimitar su concepto. Así, podría definirse, como lo hace la jurisprudencia (denominada por esta gestación por sustitución), como aquella que consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.²¹

²⁰ CORNEJO, Chávez Héctor. “Derecho Familiar Peruano, Editorial Gaceta Jurídica, Décima Edición”. Lima-Perú, Pág. 33.

²¹ EMBID Fernando Jurista- Francia. Sábado, 22 de septiembre de 2012

Al hablar de maternidad subrogada esto se refiere a la contratación por utilización de un vientre de una persona para que lleve adelante el embarazo con material genético propio o de la pareja comitente, diferenciándolo de la adopción que es un trámite más largo. Con una relación contractual ésta se compromete a entregar al niño en el momento de su nacimiento previo a cuidados que toda mujer debe llevar durante su embarazo a cuenta y cargo de los contratantes, lo que distancia de la adopción por cuanto requiere de una reflexión al momento de adoptar ya que es una condición irrevocable donde se transmite todos los derechos de una persona que no tiene parentescos genéticos de quienes lo aceptan.

“Los derechos inherentes del nacido vivo en un vientre de alquiler aún no se han podido establecer jurídicamente”²². En Ecuador ya se han realizado trabajos de investigación con propuestas legales acerca de la filiación del nacido vivo a través del FIV (Fecundación In vitro), pero sin respuestas hasta el momento, no existe cuerpo legal o leyes de la legislación ecuatoriana que configuren derechos en las personas sobre su cuerpo humano o sus partes, claro está que no tienen un valor económico, pero si un valor afectivo, beneficioso, científico, humanitario o social; es así que reconociendo estos valores, he visto la necesidad de desarrollar el presente trabajo de investigación con el fin de aprovechar los últimos avances de la ciencia.

La procreación artificial por el método de inseminación o la FIV (Fecundación In vitro), es quizás menos perjudiciales para la salud, pero no dejan de ser moralmente censurables. Disocian el acto sexual del acto

²² ULLOA. Paucarima Héctor Fernando. VACA SANTAMARÍA Johana Alexandra Tesis Filiación del nacido vivo en un vientre de alquiler. Año 2011. Pag XXI

procreador, esto no es un procedimiento totalmente nuevo, el vientre de alquiler es una buena opción para tener hijos y formar una familia según testimonios de familias que se han realizado esta práctica en Ecuador. 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 sin regular el nuevo comportamiento humano.

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 tratados y criados por estos, entre otros.

Considero que este tema debe ser considerado por el derecho de familia a la hora de regularlo, pues si bien es una práctica médica en principio, y también un contrato o acuerdo mutuo, lo más importante aquí, es el niño, luego la familia y que esta tenga su seguridad y estabilidad tanto física como emocionalmente.

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, así el niño (a) naciera con alguna degeneración física o mental. Se debe asegurar también que los nacidos por este medio no reciban tratos distintos a los hijos nacidos por método “natural”, en este sentido, todo ser humano, es obvio que sus intereses deben prevalecer sobre el conjunto de la sociedad misma, tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador en su “Art. 69 numerales 5 y 6.”²³

²³ El Estado Promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre ellos.6.-Los Hijos e hijas tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.

“Esta revolución científica ha generado nuevos y sorprendentes escenarios para la vida humana, siendo así a breve juicio, el hombre se halla, a principios del siglo XXI, en una situación decididamente compleja frente a enormes posibilidades que se abren ante nuestros ojos que son motivo de alegría y optimismo. Así mismo, surge inevitable la inquietud hacia los posibles desastres a los que podría abocarnos una mala interpretación de los valores en juego o, simplemente, un uso inadecuado de estos nuevos conocimientos y de las tecnologías que surgen a su sombra. La conciencia de esta situación ha llevado, inevitablemente, al nacimiento de dos nuevos saberes, la Bioética y el Bioderecho, que podrían definirse como las ramas de la Ética o del Derecho que se ocupan de las ciencias de la vida²⁴.

“El nacimiento de estas nuevas disciplinas, se debe, por tanto, a la necesidad de afrontar nuevos retos. Así, la Bioética se dirige tanto a la resolución de problemas éticos hasta ahora desconocidos, como a la necesidad de reconsiderar algunas de nuestras construcciones conceptuales más complejas. Para el Bioderecho (vinculación de las ciencias biología, medicina, ecología), en cambio, la cuestión clave se centra en la posible aparición de nuevos derechos subjetivos o la elevación de según qué bienes a la categoría de bienes jurídicos”²⁵.

El problema, es que todavía no hemos incorporado a nuestras estructuras mentales, a nuestra forma de pensar en lo jurídico toda esta clase de consideraciones, lo cual provoca profundas contradicciones en nuestra forma de contemplar este tema.

²⁴ ÍÑIGO, de Miguel Beriain. ¿Existe un derecho a la identidad genética? Introducción. Marzo-2008. Pág. 16

²⁵ Ibídem

El desarrollo de estas nuevas técnicas ha ocasionado importantes vicios legales, en vista de que se trata de avances científicos que no estaban contempladas jurídicamente. En muchos países han realizado estudios y han elaborado documentaciones sustentables para darle una base jurídica a la futura ley. En nuestro país también se han realizado estudios pero aún no han sido abordados o tomados en cuenta como para crear una ley que ampare este tipo de eventos he aquí algunas definiciones.

2.2.1.7. El Hijo como un valor en Sí y no como un bien útil.²⁶

Los hijos representan para la pareja el afecto, la plenitud de la unión y del amor conyugal. Por eso la pareja que trata de vencer las dificultades de la esterilidad debe ser animada y apoyada por todos los individuos e instancias sociales.

Sin embargo existen algunas exigencias éticas que han de ser respetadas en esa búsqueda por tener familia. No existe un derecho ilimitado de todo ser humano a transmitir la vida por cualquier medio y a cualquier precio. No se da un derecho absoluto al hijo.

El principal límite ético es el valor que tiene en sí el hijo que se busca. El hijo no es un bien útil que sirve para satisfacer necesidades en sí muy nobles, de los individuos o de la pareja, el hijo es un valor en sí y como tal ha de ser amado y buscado. La gratitud y no la utilidad es la ley de la transmisión de la vida humana. Los cónyuges a la vez que se dan entre sí, entregan más allá de sí mismos la realidad del hijo, reflejo viviente de su amor, signo permanente de la unidad conyugal y síntesis viva e inseparable del padre y de la madre.

²⁶ GAROFALO, Javier. Nuevas técnicas de reproducción humana. México. Pag.58

El bien del hijo ha de dar el sentido principal de todos los intentos por solucionar las dificultades de la esterilidad. Los hijos no vienen para dar satisfacción al deseo sexual de sus padres sino más bien producto del amor existente entre ellos, que lo aceptan tal y cual se presente. El punto de partida sería desde el hijo y de la responsabilidad frente a su futuro en calidad al derecho del buen vivir, a tener su propia familia y a muchos derechos inherentes a su procreación como ser humano, los llamados a satisfacer sus necesidades son los padres quienes sacrifican muchas veces su propia vida para cumplir en todo o parte de sus necesidades.

“La tradicional maternidad de gestación, en la que tiene lugar el embarazo y que dio lugar a la regulación civilista sobre el principio de filiación materna en cuanto a que la misma resulta del nacimiento pareciera ahora trastocarse bajo el surgimiento de una “nueva maternidad” a través de la cual la mujer que lleva en su vientre a la criatura, ya no es la madre, sino que la madre es otra que pudo haber aportado o no material genético. En tal caso, ¿no podrá ahora sostenerse que la filiación materna resulta del nacimiento?, este principio ha permanecido inveterado, inmutable e incólume en la legislación civil. Un trastrocamiento adicional lo constituye la “maternidad subrogada, madre sustituta o contratada” cuyo hecho va obligando al legislador a intervenir para evitar que la procreación se convierta en un vulgar festín entre mercaderes genéticos y en un lamentable atropello a la condición humana”.²⁷

“Para muchas personas así como también los representantes de la iglesia Católica, se opone a toda fecundación fuera del acto sexual comporta un modo no humano, no natural e incompatible con la dignidad del nuevo ser

²⁷ BERNAD, Mainar Rafael. Efectos jurídicos de la Nuevas Técnicas de Reproducción Humana.-Caracas.-Pag.10

concebido”.²⁸ La vida de cada ser humano es un don divino y que debe ser respetado por nosotros, estoy de acuerdo en el sentido de no quitarle la vida a alguien, pero si por naturaleza no tienes la oportunidad de ser padre de familia; pues hay que aceptar los nuevos retos; pero, no conformarnos, hoy en día la ciencia está avanzando y hay que aprovechar los conocimientos y avances tecnológicos, pero si nos adentramos a conocer cuál es el motivo de la infertilidad podremos darnos cuenta que no siempre es por naturaleza o porque Dios te lo quiso; sino que en muchos casos, es por la mala utilización de métodos anticonceptivos sin antes haber procreado su primer hijo.

2.2.1.8. Partes que intervienen en un Contrato de Alquiler de Vientre.

En las relaciones jurídicas contractuales intervienen dos partes principales: Por un lado, la pareja contratante; por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación. El alquiler de vientre nos lleva a elaborar un complejo y controversial contrato por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer gestante, que, por técnicas de fecundación artificial logre un embarazo encontrándonos con las siguientes formas:

- “La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta alquila su vientre para que en él se desarrolle un embrión de la pareja y de esta manera no lleva ningún vínculo genético con el niño o niña que va a nacer. (Fecundación homóloga o maternidad sustituta no genética)
- La madre además de aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide del padre contratante o de un tercero

²⁸ CARDENAL Joseph Ratzinger y Alberto Bovone Arzobispo titular de cosaria de Numidia.

anónimo o conocido lleva a cabo el embarazo. (Fecundación heteróloga).

- El material genético es aportado por individuos parcial o totalmente ajenos a las partes intervinientes en la relación sustantiva”²⁹.

Estos acuerdos se los hace por mutuo consentimiento y voluntad de las partes donde la madre gestante se obliga a llevar un embarazo encomendado por la persona o pareja que la contrata, con el fin de poder gestar su material genético y entregar el producto (niño o niña) al momento de su nacimiento, previo a un reconocimiento económico pactado y todos los gastos médicos que ocasione el embarazo hasta su total culminación y estos a su vez puedan inscribirlo en el Registro Civil como suyos.

En el primer punto hablamos de una maternidad no genética puesto que la madre contratada es totalmente ajena al material genético que gesta y lo único que hace es llevar adelante un embarazo solicitado por terceras personas con dificultades de engendrar o tener hijos por problemas de salud. En el segundo caso la madre gestante si aportaría su material genético en este caso sus óvulos pero con la ayuda del espermatozoide del padre solicitante, dado a que su cónyuge o conviviente no posee material genético para hacerlo, en este caso sería la madre natural y biológica del recién nacido, quien está obligada a entregar al neonato por haber celebrado un contrato, ella es quien contribuyo genéticamente para llevar adelante el embarazo y feliz nacimiento del bebe. En el tercer punto se trata, que los padres contratantes no aportan con su material genético por alguna causa médica prescrita, sino que acuden a un laboratorio o banco de embriones para poder realizar la inseminación

²⁹ MALLMA Soto José Carlos. Estudiante de la Facultad de Derecho y CC.PP de la Universidad Santiago de Chile, Miembro Principal de CINDE. Pág. 1-2

artificial a la madre subrogada o contratada y de esta manera poder obtener un hijo que no tiene ningún vínculo genético ni con la madre contratante ni con la pareja comitente sino con terceras personas que hacen realidad el deseo de ser padres a la pareja contratante. En el segundo y tercer caso la madre biológica cede la custodia y “puede solicitar la patria potestad del menor o a su vez regular visitas de ser el caso ante cualquier tribunal competente de conformidad con el “Art. 117 del Código de la Niñez y Adolescencias Ecuatoriano”³⁰.

Es un caso diferente a lo expresado anteriormente, cuando la madre genética o gestante, por acuerdo de las partes, realicen los trámites de adopción y entregue el menor a la pareja contratante, extinguiendo de esta manera la patria potestad y el vínculo materno-filial que los unía, quedando en calidad de padres adoptivos la pareja comitente o contratante.

En el tercer caso también cabe la parcialidad, ya que puede ser producto genético (óvulo o espermatozoide) de un familiar de la pareja pactante, se entendería que es una donación y que está es por voluntad propia y en tal caso no implicaría ninguna polémica al respecto de la titularidad del material genético, ya que el donar significa renunciar a algo que me pertenece y no tengo ningún derecho de reclamo posterior por este concepto.

“Al mencionar que es parcialmente ajena a las partes signatarias en la relación, se pueda suscitar o pensar que este vínculo proviene de la,

³⁰ El Juez, a petición de parte, puede restituir la patria potestad en favor de uno o de ambos progenitores, según sea el caso, si existieren suficientes pruebas de que si han variado sustancialmente las circunstancias que motivaron su privación, limitación o suspensión.

ofertante del vientre, dado que el marido de la gestante podría haber donado sus gametos, en cuyo supuesto la única forma de efectuar la entrega del menor a la pareja comitente sería a través de una figura de la adopción y se procederá de acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador Art.68 inc.2 y Art.151 Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano”.³¹

También existen embarazo con material genético parcial de los contratantes, como lo descrito en el parrado anterior, donde la madre contratante aporta con su ovulo, pero no así su cónyuge; para que se produzca un verdadero embarazo, la madre gestante incluye los gametos de su propio esposo, ante lo cual el nuevo ser tiene un mayor material genético de los padres contratados, por tal razón la madre que dio por encargo debe reclamar a la criatura por adopción.

“En el supuesto de que el material genético le sea absolutamente ajeno a la gestante, se aplicaría el axioma ***Mater semper certa est*** (la madre es siempre conocida), reputándosele a la gestante como la madre legal, en dicho caso por fuerza del acuerdo ***pactan sunt servanda*** (lo pactado obliga) en estos casos está obligada a entregar al recién nacido mediante la adopción, pudiendo también asumir una posición de contravenir lo acordado y asumir los deberes de madre, sin que la pareja u otro pueda alegar vinculo biológico alguno con el recién nacido”.³²

³¹ Art.68 inc.2 ConsE.- La adopción corresponde solo a parejas de distinto sexo; Art. 151 CNAdo.- La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentra en aptitud social y legal para ser adoptado.

³² <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-vientre-problemas/alquiler-vientre-problemas.pdf>.

En el caso de que hubiera desacuerdo con los padres biológicos del niño o niña, se reconoce como madre a la que alumbra al nuevo ser; y esta puede asumir el rol de madre o dar por adopción a la pareja que aporte con su material genético del recién nacido.

2.2.1.9. Naturaleza Jurídica del Contrato de Alquiler

Por su naturaleza el contrato celebrado por vientre de alquiler, madre sustituta o subrogada, es netamente privado, debido a que intervienen dos partes, “una llamada **arrendador**, quien está obliga a transferir temporalmente el uso y goce de una cosa mueble o inmueble a otra u otras partes denominada **arrendatario**, quien a su vez se obliga a pagar por ese uso o goce un precio cierto y determinado”³³, donde queda expresado un acuerdo de voluntades entre las partes intervinientes en dicha relación jurídica, aquí surge una interrogante sobre ¿si se trata realmente de un contrato?, ya que esto representa una relación de índole patrimonial y de naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si ello fuera así, convalidaríamos el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos.

Analizando lo expresado en líneas anteriores este tipo de contrato no es expresamente privatista, ya que se considera dentro de él, un interés público porque se trata de un vientre, más no de un mueble o inmueble, puesto que aquí entra en juego los intereses, las pasiones, la vida humana, y la salud de la madre gestante, bienes jurídicos protegidos por

³³ CABANELLAS. De Torres Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental

nuestra legislación, que son de tutela efectiva en el ordenamiento jurídico, de competencia para el Estado, quien está llamado a regular la presente relación jurídica, en observancia a nuestros principio y de respeto a la dignidad y los derechos humanos, siendo el encargado de regular el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, a través del órgano regulador con la intervención y derecho de contradicción por parte del Ministerio Público; es por ello se debería celebrar un contrato o a su vez solicitar una autorización judicial rápida y efectiva poder acceder a este tipo de servicios, que de ser controvertido involucraría más de interés social.

Por otra parte es necesario advertir otra dificultad al respecto, nuestro Código Civil en su Libro VII, (De las obligaciones en general y de los contratos), Art. 1354 define al contrato “Es un acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa cada parte puede ser una o muchas personas”³⁴, lo que en la doctrina se denomina Negocio Jurídico, ahora nace otra interrogante, “sobre si en este tipo de relación jurídica por la cual se contrata los servicios de una madre subrogada, constituye una relación de índole patrimonial, económica o pecuniaria, es decir si la materia del consentimiento u objeto de contrato es un patrimonio de las partes, admitir ello sería considerar que el vientre y la vida del concebido es un bien patrimonial de disposición por parte de los signatarios y ejercen derecho de propiedad sobre el mismo, dado que ello es absurdo, es válido concluir que en el contrato de Alquiler de Vientre o Maternidad Subrogada interviene el interés público para regular los excesos de la voluntad de los particulares”³⁵.

³⁴ Código Civil Ecuatoriano. Libro VII. De las obligaciones en general y de los contratos.

³⁵ MALLMA SOTO José Carlos. Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Chile.2007. Pag. 4-5

Es así que en suma la naturaleza jurídica de la relación sustantiva constituida entre los padres genéticos y la madre subrogada viene a ser de derecho privado, pero de interés público.

2.2.1.10. Licitud del Contrato de Alquiler de Vientre

Este es pues uno de los principales problemas, para una reglamentación adecuada sobre una reproducción asistida con el concurso de un alquiler de vientre, ya que para algunas legislaciones es contraviniente e intolerable al orden público, y es por ello refutado de invalidez y punible dicha práctica en muchos Estados; pero como hemos venido sosteniendo, lo que se trata acá es de soluciones legislativas y no de salidas penalizantes que sólo tienden a agravar aún más la problemática; así a opinión de los juristas señalan que existirían dos tipos de contratos en este sentido:

El primero es que se trate de un contrato altruista; y el segundo sería un contrato comercial:

Al hablar de altruista estamos diciendo que en este caso la madre subrogante no recibe dinero por el encargo sino alguna contraprestación, limitada al pago de los gastos derivados a su embarazo.

En caso del comercial, aquí si la madre subrogante recibe dinero por la prestación de sus servicios, y en ambos casos se comprometen a entregar al recién nacido y renuncia su filiación.

“Para Medina y Erades; el consentimiento se tornaría lícito al acto, siempre que no se vulneren la moral y el orden público”³⁶. Sin embargo,

³⁶ MEDINA, Graciela y ERADES, G. "Maternidad por otro. Alquiler de úteros". Pág. 8

agregan los autores, lo que es indisponible e irrenunciable es el derecho a la patria potestad dado anticipadamente por la gestante.

“En la II Jornada Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros celebrada en 1992, los Dres. Bueres, Bossert, Gesualdi, Cifuentes y Kaller de Orchansky, afirmaron que “la práctica de la maternidad subrogada no ha de considerarse ilícita en sí misma. No obstante, cabe declarar la ineficacia de los acuerdos de voluntad referidos a la filiación o al pago de un precio”. En sentido opuesto, los Dres. Núñez, Noutel, Pereira, Tanzi, Lombardi, López Cabana, Loyarte y Rotonda, dejaron establecida su opinión en el sentido de que “este contrato es ineficaz, puesto que excede los límites establecidos por la autonomía de la voluntad, y contiene un objeto y una causa con fin ilícito”.³⁷

Sin embargo debemos señalar algunas circunstancias que infunden invalidez, ilegalidad e incluso conducta delictiva a este acuerdo, así por ejemplo: El caso en que se simule el embarazo de la madre genética, ello se configura cuando el nombre de la esposa de la pareja comitente, figura en las consultas y ecografías de la mujer gestante e inclusive en el registro de la clínica al momento del alumbramiento, facilitando ello la inscripción del menor como hijo de la pareja comitente, en su mayoría dichas acciones se realizan con la complicidad del médico que atiende el embarazo, ello por lo general en clínicas privadas, que ofrece facilidades, faltando así a la ética profesional, más aun delinquiendo puesto que dicha conducta está tipificada en nuestro Código Integral Penal vigente, en su Art. 211 inciso 2; y Art. 212 del mismo cuerpo legal, como fingimiento de embarazo o parto; siendo coautores del delito, los padres genéticos, la mujer gestante y el medico u obstetra, cuya penalidad para los primeros

³⁷ MEDINA, Graciela y ERADES, G. "Maternidad por otro. Alquiler de úteros". Pág. 8.

es de pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco, de igual modo los Profesionales de salud mencionados, con pena accesoria de inhabilitación de uno a tres años; esto dado que se cumple la tipicidad objetiva y se busca proteger el estado civil del menor como bien jurídico tutelado, como hemos visto en estos supuestos la figura del alquiler de vientre puede adquirir un contraste delictivo e ilegal.

Sabemos que no se puede comercializar, ni celebrar contratos con el útero que es parte de nuestro cuerpo, pero si sabemos que podemos donar órganos a quienes lo necesiten, es decir no podemos venderlos sino más bien contribuir de una manera altruista sin contravenir al orden jurídico normativo que está sujeto a cambios y que tenemos que ir a la par con los avances tecnológicos y no ignorar este fenómeno social; es por eso que al momento de legislar en esta materia se debe prestar mucha atención, no de manera prohibitiva, tratando de tipificar delitos o de hacer punible una sanción; así desde un punto de vista del análisis económico del derecho, la prohibición absoluta de Alquiler de Vientre o Existencia de Madres Subrogadas, como toda prohibición generaría un mercado negro del alquiler de vientre, siempre habrá personas con necesidad de recurrir a dichos servicios y otros dispuestos a brindarlos; es por ello que en base a dicha premisa pensamos que la mejor forma de normar esa actividad, es establecer ciertos requisitos legales de validez para que esa relación pueda ser tutelada por el ordenamiento civil.

Recurrir a un vientre de alquiler es ilegal en muchos países, por eso muchas personas viajan de un país a otro con el único propósito de cumplir su deseo de ser padres, donde rentar un útero es totalmente legal como en Ucrania que ya no es solo altruista sino comercial y así mismo en Estados Unidos; Ucrania es la gran puerta abierta cuando el derecho a la maternidad y a la paternidad choca con algún obstáculo. Los tribunales

estadounidenses han tenido que impartir justicia sobre maternidad subrogada pero cada país con diferentes criterios siempre basados más en el Interés superior del Menor y por la Intención que han tenido las parejas por ser padres.

2.2.1.11. Figura Jurídica de la Relación Consensual y Denominación de las Partes

“A raíz del surgimiento de este fenómeno, en el cual una mujer podía dar a luz un hijo de otra, se le va denominar alquiler de vientre, ello debido a que los primeros estudios enfocan la atención de los sociólogos y juristas en el acto por el cual la pareja contratante, arrendaba el vientre de la mujer ofertante para que llevará en él, la gestación de sus gametos fecundados, al respecto cabría preguntarse si dicha figura es un auténtico contrato de arrendamiento. Ya que entendemos que en un contrato de alquiler como lo señala nuestro Código Civil vigente, intervienen un arrendador conocido como la persona que da en arriendo una cosa o bien con un precio estipulado, la relación jurídica en estudio viene a ser la mujer que alquila su vientre o madre sustituta, por otro lado intervienen un arrendatario, que es la persona que toma en arrendamiento una cosa o bien materia de este contrato por el cual paga un precio determinado, en este caso el arrendatario viene a ser la pareja que contrata a la mujer como madre portadora o gestante; así también hay una cosa o bien materia de alquiler que viene a ser el vientre. Pero ello nos lleva a preguntarnos si el vientre de una mujer (claustro uterino) es de disposición de la titular del mismo, y si ejerce derecho de disposición sobre él, claro que sí; asumiendo posición flexible diríamos, que es igual que la donación de órganos y gametos, esta disposición procede, siempre y cuando no afecte o disminuya considerablemente la salud de la

arrendante, se considera que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio”³⁸.

Es verdad que al momento de realizar un contrato de Ventre, estamos justamente frente a un ordenamiento civil ya que la materia u objeto de arriendo en este caso sería el vientre y si no es altruista estamos hablando un precio justo por el uso del mismo, no es donación de órganos ya que el vientre no se lleva la persona que hace uso, sino más bien encarga como cualquier incubadora para bebés.

No obstante lo cual, resalta que la disposición del mismo es un derecho personalísimo; y, por ello, relativamente disponible. Hasta este punto de vista podríamos considerarlo un alquiler, sin embargo; cabe una pequeña crítica a esta investigación, dentro de esta relación contractual la arrendataria no adquiere una posición tranquila, pacífica en la relación jurídica material, como sí sucede en cualquier otro contrato de alquiler de cosas, bienes muebles o inmuebles, ya que aquí además de arrendar el vientre; es ella quien asume una serie de obligaciones entre ellos el cuidado y custodia al respecto del concebido, durante todo el proceso de gestación, por lo cual debemos expresar que el contrato de arrendamiento no se ajusta al hecho y naturaleza de la relación, porque esta figura regula sólo el supuesto que esta prestación se dé a cambio de una retribución, situación no absoluta.

Al parecer hay dos figuras jurídicas dentro del Código Civil vigente, que puede amparar esta relación contractual con el objeto de brindar protección legal de orden jurídico; la maternidad subrogada no es un alquiler, es un contrato que figura una **contraprestación de dinero o**

³⁸ MEDINA, Graciela y ERADES, G. Maternidad por otro. Alquiler de úteros. Pág. 8

retribución alguna, o mirándole de otra óptica sería una **prestación de servicios** en la modalidad de “**locación de servicios**”, acto por el cual el locador se obliga sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios lícitos y personales por cierto tiempo, y para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”³⁹. Así los sujetos en esta figura varían de denominación, siendo el locador la madre sustituta que presta el servicio y los comitentes la pareja contratante que retribuye de manera pecuniaria la prestación de sus servicios.

Por otro lado, cuando de la intención de las partes es netamente altruista, se entiende que la naturaleza de éste contrato es sin retribución económica, será aplicable la figura del **comodato**; conceptuada ésta en el Art. 2077 C.C. como “el acto por el cual, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva”⁴⁰. Nótese la diferenciación de la denominación de las partes, donde el comodante viene a ser la mujer que dispone su vientre, de modo gratuito y altruista, a fin de que sea inseminado, mayormente ello se da cuando existe un vínculo parental de la mujer comodante del vientre (hermana, prima, sobrina, etc.) con la pareja comodatario.

La pareja comodatario; no tiene obligación de retribuir o remunerar a la comodante por el acto que se realiza de manera gratuita y altruista, pues tiene la obligación moral de procurar el bienestar y atención de la mujer gestante e incluso proveerle alimentos y todos los cuidados médicos.

³⁹ Revista Jurídica. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil.- El contrato de Locación de Servicios "es un contrato por el cual una persona pone su actividad y sus talentos profesionales a servicio de otra", añadiríamos que la una se obliga a ejecutar un servicio y la otra a pagar por ese servicio.

⁴⁰ Código Civil Ecuatoriano. Título XXVIII. Pag.332

En síntesis, la denominación de las partes varía según el hecho y forma que revista la relación jurídica material, pero debido a que el término alquiler de vientre esta enraizado y familiarizado en nuestra sociedad y por ser de común uso, vamos a considerar su utilización para referirnos a la Maternidad Subrogada, por una cuestión solamente práctica, a través de la presente investigación, sin contradecir nuestra posición al respecto.

En derecho de familia; existe la convicción de que la teoría se enfrenta a la realidad, y es por ello que muchas veces la norma se flexibiliza para salvaguardar el bienestar de la familia; desde esta perspectiva la opinión de que, el no tutelar las relaciones jurídicas del alquiler de vientre devendrá en que los particulares de este tipo de acuerdo se coloquen al margen de la ley, desvirtuando la existencia del mismo, es por ello que es necesario declarar la validez de este tipo de convenio o contrato, estableciendo para ello ciertas condiciones para su tutela, ello es un camino encauzado y certero por el cual se enrumbe este tipo de relaciones por la vía de la legalidad controlada y con pleno respeto de los derechos humanos.

2.2.1.12. Infertilidad

“Es la incapacidad para tener hijos y, en general, se aplican a parejas que mantienen relaciones sexuales que no usan métodos anticonceptivos durante un periodo de tiempo determinado. El término **esterilidad** es la incapacidad para llevar a término un embarazo, y la **infertilidad** alude a la imposibilidad de concebir. A diferencia de la esterilidad, la fecundación y desarrollo del embrión o feto aún son posibles”.⁴¹ “El tema de infertilidad

⁴¹ FARNÓS, Amorós Esther. Consentimiento a la reproducción asistida. Entendiendo a la pareja.2011. Pag. 25.

debe considerarse siempre los aspectos médico y psicológico, la mente y el cuerpo, ya que son independientes, un problema muy profundo que conlleva sentimientos dolorosos, que afectan los conceptos fundamentales de la sexualidad".⁴²

Tenemos que diferenciar entre esterilidad e infertilidad, en la primera, que no se pueden reproducir, bien sea debido al mal funcionamiento de sus órganos sexuales o que sus gametos son defectuosos, muchas veces tras un primer embarazo, la pareja no consigue tener otro embarazo; y la infertilidad es una enfermedad que imposibilita concebir un hijo de forma natural después de meses o años de convivencia sexual activa, y ocasiona daños psicológicos a las personas el pensar que no podrá tener una familia y que la única forma es a través de un vientre de alquiler, pero resulta costoso y más que todo no se lo puede realizar de firma pública por cuanto no está legislación en Ecuador.

"La infertilidad puede tener su origen en problemas del hombre o de la mujer. Según la OMS establece que:

- Es exclusivamente femenina en alrededor de 30 a 40% de los casos
- Exclusivamente masculina alrededor de 0 a 30% de casos.
- Y una combinación de los dos miembros de la pareja con anomalías en un 15 a 30% de los casos.

La OMS cree que hay alrededor de un 60 a 80 millones de parejas infértiles en el mundo".⁴³

⁴² TAME Nancy. Infertilidad el Dolor secreto, Métodos para Revitalizarlo. PAG. 47

⁴³ Urbina Lerner Biber. Fertilidad y reproducción asistida. Editorial Médica Panamericana-Caracas-Venezuela año 2008. Pag. 587

Se cree que en su mayoría esta enfermedad si se la puede considerar así, es más consecuente en las mujeres dado que la mayoría de nosotras trabajamos y esto genera un estrés emocional y psicológico, ya que no solo se cumple las 8 horas laborables, sino que continua la labor de la mujer muchas veces en los quehaceres del hogar y la familia, lo que le imposibilita tener un descanso reparador, mientras que en los hombres su estrés es menor uno porque termina su jornada de trabajo y viene su descanso y otra, porque ellos no son los que llevan el encargo.

La esterilidad produce “un impacto psicológico a la pareja, la incapacidad de concebir les afecta aproximadamente en un 20%, proviene por causas anatómicas en la cavidad cervical, el cuello del útero imposibilita la subida de los espermatozoides, deficiencias hormonales y otras variables de tipo social asociado con el estrés⁴⁴; y eso hace que no pueda llevarse a cabo un embarazo, razón por la que muchos matrimonios se separan alegando la falta de capacidad para la descendencia, cada uno por su lado han buscado oportunidades de procrearse volviéndose a casar o a mantener una unión estable con otra persona y de esa forma han logrado una familia.

La infertilidad masculina se debe a la calidad y cantidad del esperma, que no se mueve lo suficientemente rápido, esperma de baja calidad, muy espesa o insuficiencia hormonal que no permiten generar esperma o a su vez problemas de eyaculación.

⁴⁴ CERVANTES Pascual Sonia. Psicóloga, Terapeuta sexual y de pareja.

2.2.1.13. Vientre de Alquiler y la Filiación

La filiación constituye una de los pilares fundamentales del “Derecho de Familia”⁴⁵. Sin embargo, se ha dedicado una atención especial a los múltiples problemas relacionados a la paternidad, tanto así que sorprende lo descuidado que ha estado la maternidad, tanto de tipo conceptual como funcional dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Según **Cabanellas**.- “Acción o efecto de filiar, de tomar los datos personales de un individuo. Subordinación o dependencia que personas o cosas guardan en relación con otros superiores o principales”⁴⁶. La filiación es un derecho jurídico que existe entre los padres y sus hijos, donde unos son descendiente de la otra persona, sea por un hecho natural, o biológico, por reproducción asistida; o por ser declarado judicialmente. La filiación por lo general comprende el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes en primer grado de consanguinidad.

2.2.1.14. Disociación de Maternidades

“La maternidad desde el inicio del hombre se la ha entendido como el acto en que una mujer alumbró un nuevo ser, hoy en día con el avance de la ciencia el alumbramiento de un ser vivo se lo puede hacer de otras maneras, donde diferentes personas participan con su material genético vientre de alquiler, produciéndose una disociación de la maternidad.

⁴⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 16, numeral 3, consagra que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁴⁶ CABANELLAS, De Torres Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental.

La doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:

Maternidad Plena: Es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican a la maternidad. En este presupuesto no hay inconveniente en la determinación de materna, pues se trata de la misma mujer la que realiza tanto el aporte del óvulo, así como la gestación del embrión. Este tipo de madre tendrá garantizada su situación jurídica respecto del niño, en virtud del principio *Mater Semper Certa Est* y la prueba biológica.

Maternidad Genética: Comprende aquella mujer que aporta el material genético, que tiene lazos de identidad y correspondencia genética por el hecho de brindar el óvulo, y así proporcionar el 50% de la información genética del concebido.

Maternidad Gestativa: Comprende aquella mujer que porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación, generando en ella sentimientos (emociones y afectos) hacia el ser que crece, se desarrolla en su vientre, y que luego nacerá. Marcial Rubio la denomina madre biológica.

Maternidad Legal: Comprende aquella mujer que asume frente al hijo los Derechos y las Obligaciones inherentes a la maternidad sin que exista

entre ellos vínculos biológicos. Básicamente este tipo de maternidad está determinada por la figura de la adopción”.⁴⁷

“En el Informe español de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In vitro, y de la Inseminación Artificial Humanas, se manejan diferentes términos para referirse a los tipos de maternidad que han originado las nuevas técnicas, en especial por la que es materia de estudio, la maternidad subrogada por sustitución en la gestación. Se distingue, según los casos:

Maternidad Biológica Plena.- Si aporta óvulo y organismo, no plena si sólo se aporta uno de esos elementos.

Maternidad Educacional o Afectiva: Que puede coincidir o no con alguna de las biológicas.

Maternidad del Deseo: Que ni siquiera tiene que ir unida a la biológica.

Maternidad Legal: La aceptada por las leyes como tal.

¿Tienen distinto rango con relación al hijo? Se pregunta incluso cuál es la más humanizada, la más profunda, importante e influyente en la referencia materno-filial.

La respuesta de la Comisión a sus propias interrogantes ha sido la maternidad que lleva a cabo la gestación”.⁴⁸

⁴⁷ RUBIO, Correa Marcial. Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos. Lima-Perú. 1997.pag. 258

⁴⁸ MORO, Almaraz María de Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial. Colección. Librería Bosch. Barcelona - España, 1988. Pág. 41.

2.2.1.15. Derecho a la Vida

Desde el punto de vista jurídico de otros tesisistas, y desde el mío propio coincidimos que existen varias normas legales que apoyan esta posición, como se prevee el Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador, que garantiza el goce de los derechos comunes del ser humano desde el momento mismo de la concepción.

El Art. 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia que establece la aplicación del mencionado cuerpo legal a todo ser humano desde su concepción en relación con el Art. 20, que protege, así mismo, el derecho a la vida desde la concepción en concordancia con el Art. 61 del Código Civil Ecuatoriano; y otros, es decir, que para nuestro ordenamiento jurídico el ser humano y la persona comienza desde el momento de su concepción, sin importar que ésta ocurra dentro o fuera del seno materno (porque no establece esta distinción la ley) y como consecuencia de ello también es titular de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la dignidad. Por estas razones son incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico aquellas doctrinas que categorizan como persona al ser humano en etapas posteriores a la de la concepción.⁴⁹

“La protección de los Derechos humanos requiere de la aplicación directa e inmediata, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional, para la tutela eficaz de los derechos, mediante la adopción de medidas necesarias, con el objeto de evitar o cesar una amenaza respecto de un

⁴⁹ Constitución de la República del Ecuador Pag.11; Código de la Niñez y Adolescencia, Código Civil Ecuatoriano.

derecho o preservar el derecho o el interés, cuya protección y tutela se solicita”.⁵⁰

Los derechos humanos son irrenunciables e intransferibles y requieren de celeridad, por lo que al tratar de reclamar estos derechos los operadores de justicia tienen que darle toda la importancia al caso.

“**Para Garófalo** la FIV (Fecundación In vitro) es contraria fuera del matrimonio dice que no puede ser admitido moralmente en los siguientes caso:

- En el caso de mujeres solas (solteras, separadas, divorciadas o viudas)
- En el caso de parejas heterosexuales no casadas;
- En el caso de parejas homosexuales”.⁵¹

En este caso existe cierta discriminación en los dos primeros casos; ya que no hay que olvidar que la unión de hecho tienen los mismos derechos que un matrimonio normal, en la responsabilidad de los hijos es de la pareja y así mismo si una mujer soltera por circunstancias de la vida no consiguió tener pareja pero siente la necesidad de tener hijos es factible que a través de este método tenga su propia familia; lo que concuerdo con este pensador es en el tercer punto ya que por moral, ética y buenas costumbres se debe evitar apoyar esta teoría; claro está que luchan por conseguir igualdad de géneros, pero más bien lo consideró como una enfermedad mental que merece tratamientos especiales, es importante y confiable que este tipo de avances tecnológicas sea aplicable más en

⁵⁰ BUSTAMANTE, Fuentes Colon. Dr. Nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia. (2012) Pág.151

⁵¹ GAFO, Javier. Nuevas Técnicas de reproducción humana; España 1986. pág., 58

parejas formadas a través de matrimonio y de esta forma garantizar el derecho al buen vivir la realización plena del recién nacido.

2.2.1.16. Diferentes Tratamientos Utilizados en Ecuador que hacen factible tener una familia a través de Vientres de Alquiler

Entre los tipos de tratamiento que se utilizan en Ecuador tenemos: Inseminación Artificial, fecundación in vitro convencional o microinyección espermática ICSI u óvulo donado.

2.2.1.16.1. Inseminación Artificial

“La Inseminación Artificial (IA), es una técnica de reproducción asistida, rápida y sencilla que se utiliza desde hace mucho tiempo. Consiste en colocar el semen, una vez mejorado en el laboratorio, en el interior del útero de la mujer por medio de un catéter muy fino. Para realizar una inseminación se necesita por lo menos una trompa uterina permeable y una muestra de semen en buenas condiciones”⁵².

2.2.1.16.2. Fecundación In Vitro

“Procedimiento en el cual se extraen una serie de óvulos de los ovarios de una mujer, que después son estimulados con un fármaco para la fertilidad y son fecundados fuera del cuerpo humano con el espermatozoide de su pareja o de un donante (*In vitro es una expresión latina que significa en vidrio y hace alusión al recipiente de laboratorio utilizado originalmente*) a veces se usa con óvulos de una donante en vez del de la propia mujer. Se permite que los embriones se dividan en un medio ambiente protegido durante dos o tres días y luego los que parezcan más sanos entre ellos

⁵² VALENCIA, Pablo Dr. Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana. Avenida Shyris 344 y Eloy Alfaro (frente al Parque La Carolina). Quito.

son introducidos en el útero de la mujer. Debido a que no todos se implantan con éxito, los médicos transfieren por costumbre varios con la esperanza que al menos uno logre implantarse”⁵³.

Para realizar este proceso, es preciso disponer del semen de un hombre, recogido previamente por masturbación; así mismo poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado; poner en contacto el semen con el ovulo u óvulos en una placa de cultivo esperando que la fecundación in vitro se produzca y de esta manera implantar en un vientre programado para la fecundación previo estudio exhaustivo de fertilidad.

Cuando los embriones producidos por la FIV (Fecundación In vitro) se llevan al interior del útero, estamos frente a la fecundación in vitro con transferencia de embriones.

a) Fases del Procedimiento

“Para llevar a efecto un ciclo de FIV (Fecundación In vitro) se necesitan seguir las siguientes etapas:

- ✓ Estimulación de la Ovulación
- ✓ Aspiración Folicular
- ✓ Clasificación de los Ovocitos
- ✓ Preparación y capacitación espermática
- ✓ Inseminación de Ovocitos
- ✓ Cultivo de Embriones
- ✓ Transferencia de Embriones”.⁵⁴

⁵³ AMMER, Cristine. La salud de la Mujer de la A a la Z. Chile Marzo-2008

⁵⁴ LÍGER, Aldás Diego Paúl: Propuesta para la regulación jurídica de la maternidad subrogada a través de las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador. Pag. 22

2.2.1.17. Cronología de la Fecundación In Vitro (Fiv)

“El 27 de julio de 1978 nació en Cambridge el primer bebé probeta Louise Joy Brown por medio de una técnica de fertilización in vitro y transferencia embrionaria. Este éxito fue el resultado del trabajo realizado por Patrick Steptoe y Robert G. Edwards, que lograron fertilizar un óvulo humano en un laboratorio y transferirlo a la cavidad uterina de la madre.

El 12 de julio de 1984, nace en Barcelona Victoria Anna Perea Sánchez, la primera niña probeta española nacida fecundación 'in vitro', fruto del trabajo de Anna Veiga y Pedro Barri, en el Instituto Universitario Dexeus de Barcelona, lo hizo gracias a la labor de una quincena de especialistas.

En abril de 1986 en Ann Arbor (Míchigan) nació el primer bebé fruto de un programa de maternidad subrogada gestacional que consiste en que la madre de alquiler gesta un niño que no tiene ningún vínculo genético con ella. La niña fue concebida *in vitro* a partir del semen y óvulo de sus padres biológicos. La FIV (Fecundación In vitro) se llevó a cabo en el centro médico Mount Sinai de Cleveland bajo la dirección del Dr. Wolf Utian. La madre biológica de 37 años de edad con el útero extirpado recurrió a su amiga de 22 años, madre de dos hijos, para que le gestara el feto. El programa se desarrolló bajo la supervisión del referido Noel Keane, y una de sus principales condiciones fue el mantenimiento de la confidencialidad total.

Otro programa de gestación subrogada tuvo lugar en Sudáfrica en octubre de 1987, cuando Pat Anthony, de 48 años, gestó y dio a luz sus propios nietos para su hija Karen Ferreira-Jorge, de 25 años. Karen y su marido Alcimo ya tenían un hijo pero soñaban con tener otros tres más.

Karen, a la que en 1984 se le extirpó el útero como consecuencia de una fuerte hemorragia posparto. Al haberse enterado de la maternidad subrogada, los cónyuges seleccionaron a una madre de alquiler, pero luego tuvieron que desistir de sus servicios por el temor de que se quedara con el nacido. Fue entonces cuando Patricia se decidió a prestar su vientre e insistió en que se le hiciera una FIV (Fecundación In vitro).

Le fueron implantados cuatro embriones de los once que se habían obtenido, tres de ellos resultaron viables y continuaron su desarrollo.

El parto realizado mediante cesárea era filmado por un canal británico que había pagado 500.000 dólares por tener derechos exclusivos sobre este reportaje. A los nacidos les pusieron los nombres de David, José y Paula. De acuerdo con la Ley Child Status Bill vigente entonces en la República de Sudáfrica, la señora Anthony se consideraba la madre de los trillizos y, por tanto, tuvo que ceder la patria potestad a favor de su hija y yerno, que se vieron obligados a adoptar a sus propios hijos.

Son pocos los casos en que familiares han actuado como madres subrogadas. En el Estado norteamericano de Carolina del Norte una mujer prestó el útero a su hermana que durante seis años siguió un tratamiento infructuoso contra la infertilidad, y en mayo de 1994 dio a luz un hijo. A Edith Jones, una británica de 51 años, fueron implantados dos embriones formados con óvulos de su hija que no podía gestar debido a una malformación congénita. En 2005 en Sudáfrica la cuñada de la cardiocirujana Susan Vosloo le dio a luz a las mellizas Nina y Laila.

Desde 1976 sólo en Estados Unidos han nacido más de 40.000 niños probeta que en su mayoría fueron engendrados mediante programas de

maternidad subrogada tradicional. Hasta ahora se conocen 15 casos de madres de alquiler que se han negado a entregar el niño a sus padres biológicos”⁵⁵.

De acuerdo al estudio cronológico de los nacidos a través de vientres de alquiler, está comprobado que han pasado la etapa de experimentación, y que en la fecundación In Vitro que es la manera más segura para tener sus hijos no existe manipulación genética, los casos de bebés nacidos vivos están a la luz pública, que si implantan dos embriones o tres salen la misma cantidad en hijos, es se puede planificar cuando y cuantos hijos tener y de esta manera estaríamos cumpliendo con lo que pregona nuestra constitución de la Republica en su Art.69, numeral 1, sobre la maternidad y paternidad responsable, que es totalmente ajeno a lo dispuesto por el Art. 214 del actual Código Orgánico Integral Penal.

“La ciencia genética, a través de las **TERAS** (Técnicas de Reproducción Asistida) ha modificado la forma natural de procreación humana, haciendo posible la concepción de la persona dentro y fuera del útero de la mujer, mediante la “Fecundación In vitro”. Esto implica que en la actualidad, no siempre la mujer gestante que alumbró una criatura es la madre genética, como aún se considera en el Código Civil peruano de 1984. Sin embargo, el sistema jurídico internacional viene alimentando aceleradamente los fundamentos teóricos y las bases legales para que las personas puedan optar libremente entre dos formas de tener sus propios hijos:

⁵⁵ <http://www.plannedparenthood.org/esp/temas-de-salud/salud-sexual-de-los-hombres/infertilidad-masculina-22754.htm>

- a) En forma natural (tradicional), a través de las relaciones sexuales entre hombre y mujer, que conduce al reconocimiento legal de la mujer gestante como madre genética de la criatura que alumbra”.⁵⁶

Las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer es la base fundamental para la procreación de un nuevo ser, así lo sostiene la doctrina tradicional.

- b) “Con asistencia médica (moderna), mediante la inseminación in vitro, a través de alquiler de vientre con maternidad subrogada, donde el niño tiene como madre genética a la mujer que proporciona el material genético(óvulo) para su procreación y no a la mujer gestante que lo alumbra”⁵⁷

Hoy en día, se puede utilizar el ovulo de una mujer para insertarlo en otro vientre con el fin de la procreación, todo este método es posible en base al avance de la ciencia en especial a la Ingeniería genética.

Cuatro casos de madres subrogadas en EE.UU., han logrado ganar la batalla judicial y obtener la custodia de su hijo. También se ha dado un caso en que los progenitores han querido quedarse sólo con uno de los mellizos gestados por una madre de alquiler. Sin embargo, a solicitud de la portadora se le otorgó la patria potestad de ambos hijos, para no separarlos. Cabe destacar que frente a estos casos, hay más de cincuenta contrarios, en que los padres biológicos han renunciado a sus propios hijos nacidos mediante maternidad subrogada. Las principales razones de las renunciaciones son el embarazo conseguido por la pareja

⁵⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE (2001). Derecho Genético. Editorial Grijley, 4ta ed. Lima, Perú.

⁵⁷ Ley General de Salud N° 26842, Diario Oficial El Peruano, 15 de Julio de 1997, Lima, Perú

misma, el nacimiento de mellizos o trillizos en vez de un solo hijo, el sexo incorrecto del niño, defectos físicos o, simplemente, la falta de madurez de los contratantes y esto ha generado grandes conflictos que las autoridades judiciales han tenido que resolver pese a no existir ninguna ley aprobada para tal efecto.

2.2.1.18. Costos por Tratamientos de Reproducción Asistida en Ecuador

“Los costos de los tratamientos de reproducción asistida varían dependiendo de varios factores como: Edad de la paciente, tipo de técnica de reproducción asistida utilizada (inseminación artificial, fecundación in Vitro convencional, micro inyección espermática ICSI u óvulo donado) y de la cantidad de medicamentos utilizados para estimular la ovulación, etc.

1.- “Tratamiento de Inseminación Artificial: Entre \$500 dólares solo la técnica de inseminación el valor varía dependiendo de la técnica de capacitación espermática utilizada para mejorar los espermatozoides o si se utiliza el Banco de Semen.

Medicación para estimular la ovulación en inseminación artificial: Entre \$200 a \$ 300 dólares aproximadamente.

Foliculograma (ecografías para controlar la estimulación de la ovulación): \$ 120 dólares”⁵⁸.

En este tipo de tratamiento al igual que otros hay que tener en cuenta la edad, el tipo de técnica a utilizar, la cantidad de medicamentos que se

⁵⁸ VALENCIA, PABLO Dr. Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana.

prescriben; todo esto determina el costo que puede ser diferente a otro pero conllevan un mismo fin.

2.- “Tratamiento Fecundación In Vitro / Microinyección Espermática

ICSI: Entre \$ 4000 a \$ 5000 dólares dependiendo de la complejidad del tratamiento, este valor incluye: Todas la consultas médicas una vez empezada la estimulación de la ovulación, ecografías para realizar el seguimiento folicular, uso del laboratorio de reproducción asistida para la aspiración de los óvulos, cultivo de los óvulos, preparación del semen, fecundación de los óvulos o microinyección de los óvulos ICSI, cultivo de los embriones en nuestro laboratorio de reproducción asistida, transferencia embrionaria, en caso que se requiera cultivo hasta el día 5 (blastocisto), hatching asistido si hay indicación para hacerlo, honorarios del ginecólogo, honorario del anestesiólogo que intervienen en el tratamiento, y los honorarios de las enfermeras.

Medicación para estimular la ovulación en caso de fecundación in vitro ICSI: \$ 1800 dólares aproximadamente. Pacientes menores de 32 años con buena reserva ovárica utilizan menos cantidad de medicamentos y pueden gastar 1000 dólares en medicación. Pacientes de 40 años a más necesitarán más medicación para estimular su ovulación, pudiendo gastar entre \$ 2000 a \$ 2500 dólares solo en medicinas”.⁵⁹

Estos valores que se presentan por Fecundación In Vitro son referenciales, para poder tener ideas de lo que conlleva el tener una familia, gastos que pueden ir aumentando siempre y cuando exista algún imprevisto durante el tratamiento.

⁵⁹VALENCIA, Pablo Dr. Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana.

2.2.1.19. Teoría para la Legalización de la Subrogación Materna

“Afirma **Ruiz Silva**, que existen importantes corrientes favorables a la legalización de la subrogación materna, afirmando que los intereses de los niños y de sus padres se protegen mejor si se reconoce la subrogación materna, como se viene haciendo en algunas legislaciones y jurisprudencias internacionales, sustentadas en lo siguiente:

- a) **Teoría de la Intención.** Considera madre legal a la mujer que tiene la intención de procrear y de criar a la criatura. Esta teoría fue aplicada por la Corte de Justicia del Estado de California, en los casos: “Johnson Calvert” (1993) y “Buzzanca” (1998). En estos dos casos, la justicia por primera vez enfrentó al problema de tener que determinar ¿quién es la madre legal, la que gesta y alumbra a la criatura o la que provee el material genético para la concepción de la criatura? En ambos casos, la mujer de la pareja contratante por impedimento para gestar, contrató el alquiler de vientre de otra mujer para la gestación. Según esta teoría, sin el interés de la pareja contratante, la criatura no hubiese sido creada; por ello se concluyó que la madre legal es aquella que **tuvo la intención y el propósito de procrear** y de criar la criatura.
- b) **Teoría de la Contribución Genética.** Sustenta la determinación de la maternidad en la relación genética entre la madre y la criatura. La mujer que dona el óvulo tendría derecho a reclamar la maternidad. Esta teoría determina las disputas de la maternidad subrogada gestacional, entre la madre que lleva a cabo la gestación y la que

provee el óvulo, se reconoce como madre a la mujer que aporta el material genético para la procreación”.⁶⁰

La falta de regulación de vientres de alquiler ha generado conflictos en otros países donde los operadores de justicia han resuelto basados casos considerando su sano juicio y en las teorías de juristas como Pedro Ruiz, quien hace referencia a la teoría de la intención, y a la contribución genética, donde se dice que los contratantes son quienes están asumiendo toda responsabilidad por el niño que va a nacer al momento de confiar en la madre gestante, quien no tuvo ni la intención de tener más hijos, sino que lo hizo por consideración o gratificación de quienes le propusieron el trato.

- c) **“Teoría del Interés Superior del Menor.** Toma en consideración los factores de posibilidad que tienen las personas involucradas para proveer al niño un mejor bienestar, en el ámbito psicológico y físico. Los jueces tienen amplia discreción para resolver teniendo en cuenta los aspectos de: educación, manutención, la felicidad, entre otros. Lo que se busca es lo más justo para la criatura, independientemente de quienes hayan proporcionado el material genético para la concepción. Uno de los primeros casos donde se aplicó esta teoría fue el caso **Baby M (1985)**, en el Estado de New Jersey. Este fue el primer caso conocido a nivel mundial de maternidad subrogada, donde la pareja matrimonial Stern (William y Elizabeth Stern), contrataron el alquiler de vientre de la señora Whitehead para ser inseminada con el espermato de William Stern y gestar la criatura para entregarlo al nacimiento, quien después del parto se negó a entregar la criatura. Llevado el caso a los tribunales, en aplicación de la teoría del mejor interés del menor, se concedió la custodia permanente de la menor a

⁶⁰ RUIZ, Silva Pedro. El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial en la Jurisprudencia Argentina. Editorial Artes Gráficas. Bs.As. Argentina, (2000)

la pareja Stern, por mejor capacidad para proveer un ambiente estable a la menor. A la gestante se reconoció su maternidad legal y se señaló un régimen de visitas. Estas teorías constituyeron una importante base teórica para sustentar en Ecuador y otros países la legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna”.⁶¹

Es claro que todos los seres humanos nos basamos en lo que estipula la Constitución de la República y al momento de impartir justicia, por tratarse de personas más desprotegidas como son los niños, nos sentimos comprometidos en velar el interés superior del menor, darle una familia que pueda proporcionarle lo más indispensable para su subsistencia, como es salud, vivienda alimentación, educación, y todo lo que necesita un nuevo ser, y si consideramos que esta familia aportó con su material genético es más fácil resolver quien tiene la verdadera filiación o patria potestad del recién nacido.

“Está problemática debe ser analizada y discutida desde diversas perspectivas tanto política, económica, social, ética, filosófica, médica y, desde la perspectiva jurídica; y a su vez determinar los enormes vacíos normativos en el ordenamiento jurídico relacionado con la tipicidad contractual de vientre de alquiler como mecanismo facilitador de la reproducción humano”.⁶²

Los cambios sistemáticos que se dan en lo social, económico, cultural; y en especial los avances de la ciencia, que cada vez aporta nuevos conocimientos, métodos, técnicas, medicamento en bien de algún

⁶¹ Revistas-concytec. Perú

⁶² MARÍN, Veliz Gustavo Adolfo. El arrendamiento de vientres en Colombia. Pag.12

problema que tengan las personas; es por eso inminente la socialización y su posterior regulación del vientre de alquiler.

2.2.1.20. La subrogación en varios Países

2.2.1.20.1. La subrogación Materna en Alemania

“Esta práctica está prohibida mediante ley. En este caso, su práctica tiene consecuencias de orden penal.

La regulación en Alemania tuvo origen en la amplia cobertura mediática de los primeros casos documentados en los Estados Unidos de América.

En 1987, dada la fama alcanzada por esta práctica en Alemania, un abogado estadounidense creó una agencia para estos fines en **Frankfurt am Mein**, prohibida posteriormente por un Tribunal Administrativo basado en que tales negocios contradicen el orden público.

Posteriormente, un estudio realizado por el Gobierno alemán en 1985, cubrió la subrogación sólo **de manera parcial**.

En 1990, la Embryonenschutzgesetz o Ley para la Protección de los Embriones, norma por lo general muy restrictiva respecto a todo tipo de prácticas con embriones, prohíbe la práctica de la Subrogación Materna en su sección B 7I N°. 7. Otros preceptos legales de esta u otras leyes, como la “Adoptionsvermittlungsgesetz”, o Ley de Adopción de 1989, establecen prohibiciones al uso de esta práctica.

En cuanto a jurisprudencia, en Alemania sólo tres casos llegaron a juicio entre los años 1985 y 1986. Estos casos versaban principalmente alrededor de disputas por dinero en conexión con los contratos de

subrogación materna. Los tribunales, de forma unánime, tomaron una postura fuertemente contraria a esta práctica y señalaron que estos tipos de contratos son nulos por ser contrarios al orden público”.⁶³

De darse su aprobación en nuestro país, se debería penalizar a quienes aprovechándose de la situación en que se encuentran las personas, hacen un negocio rentable ofreciendo sus servicios, lo que cambia la figura a maternidad subrogada a comercial, en Alemania la maternidad subrogada es aceptada pero de forma parcial, y de esta manera se realiza la entrega del recién nacido por intermedio del sistema de adopción, pero al no realizarse de esta manera, la justicia Alemana lo considera todo contrato de vientre de alquiler nulo, porque no puede celebrarse ya que alteran el orden público.

2.2.1.20.2. En Rusia

“La Ley Federal “Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, en la que a las parejas conyugales (incluidas las parejas no registradas oficialmente) y a las mujeres solteras se les confiere el derecho a participar en el programa de maternidad subrogada. Al mismo tiempo la ley sobre la maternidad subrogada no prevé la posibilidad de participar en el programa para las parejas del mismo sexo. Hasta hace poco la situación fue otra: sólo las parejas que tenían su matrimonio registrado oficialmente podían según la ley acudir a tal salida de la infertilidad, como lo es la madre subrogada. El contrato de maternidad subrogada que se suscribía en ese caso desde el punto de vista jurídico era muy complicado. Sin embargo al aprobar la

⁶³ EMBID, Francia Fernando. La Maternidad Subrogada o de Alquiler. 22 de septiembre de 2012

nueva ley, han entrado en vigor otras normas, que amplían considerablemente el círculo de personas que tienen derecho a acudir a los servicios de la mamá subrogada

2.2.1.20.3. En España

El problema de la infertilidad es bastante grave en España. De acuerdo con la estadística, en el país hay un 15-17% de las parejas que no pueden concebir el niño por su cuenta. Afortunadamente gracias a los métodos de tratamiento de infertilidad de alta tecnología, puede ayudar a muchas de ellas. España no permite, pero tampoco prohíbe la maternidad subrogada, el estado asume la financiación de varios ciclos de la fecundación in vitro. Cuando surge la necesidad en tal procedimiento como FIV, España al existir unas determinadas indicaciones médicas ofrece la posibilidad de hacerlo a su cuenta con los recursos del presupuesto estatal. Primero hay que pasar el examen médico en el centro de salud de su domicilio, luego el médico de cabecera envía el informe al centro de reproducción, donde le pondrán en la lista de espera.

El costo de la fecundación asistida en los centros médicos de FIV, España lo compensa a sus ciudadanos en el caso si el tratamiento se ha realizado en una de las clínicas estatales.

España y su legislación exigen que las parejas, que están realizando el tratamiento de infertilidad con el método FIV, estén legalmente casadas.”⁶⁴

⁶⁴ Centro de Tecnologías de Reproducción Asistida–Rusia 2014. info@surrogacymed.com

En Rusia existe una ley que regula la maternidad subrogada considerando los problemas de salud que tienen las parejas, ofrecen programas de maternidad subrogada para que puedan ser favorecidas por el estado quien asume los costos.

De igual manera en España no se prohíbe, ni se permite, pero si se trata de ayudar a las familias con problemas de infertilidad, solo se permite que sea de manera altruista, previo a análisis médicos minucioso que comprueban que la forma natural para procrear no es posible, y si se trata de familias que no tienen presupuesto para asumir dichos costos, deberán inscribirse en el Centro de Reproducción Estatal, quienes tienen que incluirse en una lista de esperar dado a su alto porcentaje de infertilidad que existe en ese estado, un ejemplo para Ecuador que debería enfocarse en la necesidad y el estado psicológico en que se encuentran las personas que pasan por esta crisis emocional, y considerarlo como una enfermedad no superable que necesita atención inmediata.

2.2.1.20.4. En Japón

“La práctica más usual entre los japoneses consiste en un consentido turismo médico con el que las parejas japonesas viajan a otros países como la India para celebrar tales contratos y posteriormente registrarlos como hijos suyos en Japón. Pese a que no existen normas que lo impidan, sí es cierto que la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de Japón lo prohíbe, pero esta prohibición no alcanza a los menores nacidos a raíz de esta práctica en el extranjero”.⁶⁵

⁶⁵ EMBID, Francia Fernando. La Maternidad Subrogada o de Alquiler. 22 de septiembre de 2012

Donde no está permitido, ni tampoco cuenta con laboratorios sofisticados para llevar adelante una maternidad subrogada, buscan subsanar de alguna manera, como lo hacen los japoneses, tratan de salir a buscar en otros países y lo registra en su Estado, con el ánimo de que sean ciudadanos japonés, y ser reconocidos como padres biológicos del menor.

2.2.1.20.5. Ucrania

“Todos los tipos de acuerdos de subrogación en combinación con la donación de óvulo o espermatozoides se consideran completamente legales en el territorio de Ucrania. **Art. 123**, punto 2 del Código Familiar de Ucrania manifiesta: Que en caso 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. Cada persona tiene la posibilidad de elegir entre la subrogación parcial, la donación de óvulo o de semen, la adopción de embriones y entre todo tipo de combinaciones. No es necesaria ninguna autorización expresa de algún organismo regulador. Es obligatorio tener el consentimiento por escrito de todas las partes (la madre sustituta y los padres contratantes). En Ucrania se permite la investigación con embriones, donación y la comercialización de gametos y de embriones.

La legislación de Ucrania permite que los padres contratantes aparezcan en el certificado de nacimiento, el niño es considerado legalmente suyo desde el momento de la concepción”.⁶⁶

⁶⁶ http://www.surrogacy-ukraine.com/faq_es.php

Es un país donde la ciencia, la genética y la legislación han avanzado a la par con las necesidades de las personas, tanto así que han legalizado los vientres de alquiler con el ánimo de evitar la clandestinidad y ayudar a muchas familias tanto nacionales como extranjeras que visitan su país con este propósito, dándole un giro más a lo comercial que a lo altruista, pero en así se cree que sus costos son muy económicos si lo relacionamos con otros países.

2.2.1.20.6. En el Reino Unido, Bélgica y los Países Bajos

La subrogación altruista es legal mientras que la comercial es ilegal. Los contratos de subrogación no son jurídicamente vinculantes, por lo que la madre subrogada sigue siendo la madre legal del niño, incluso si no están relacionadas genéticamente.

2.2.1.20.7. En Suecia

La subrogación no está claramente regulada. En la gestación subrogada se trata de forma similar a la adopción de un niño de un progenitor vivo. Así, la madre subrogada tiene derecho a quedarse con el niño si ella cambia de opinión hasta la adopción, mientras que el padre biológico puede también reclamar sus derechos sobre el niño”.⁶⁷

2.2.1.20.8. Estados Unidos

“La ley que ampara la subrogación en Estados Unidos va a variar de un Estado a otro. En muchos de los estados la Ley contempla tanto los contratos de subrogación comerciales como los altruistas facilitando

⁶⁷ <http://www.vientreenalquiler.com/lideres-del-sector/ventre-de-alquiler-mundial/>

legalmente el reconocimiento de los futuros padres como padres legales y verdaderos. Algunos pocos solamente contemplan a parejas heterosexuales casadas.

Estos son los Estados donde la subrogación está permitida pero cada uno de ellos tiene sus peculiaridades. Arkansas, Tennessee, Virginia o California les otorgan validez legal tanto si se pacta remuneración o no pacten.

2.2.1.20.9. Arkansas

En Arkansas se protege tanto a las parejas no casadas, a las personas solteras, así como a las casadas que recurren a la inseminación artificial o subrogación. En caso de maternidad subrogada, entonces los padres del niño serán 1) el padre biológico y su esposa, si está casado, 2) el padre biológico solo, si es soltero o 3) la madre contratante en caso de haber usado espermia de donante.

2.2.1.20.10. California

Tienen leyes en materia de subrogación muy abiertas, y permiten a las parejas con libertad de género firmar contratos de subrogación. No existe ley específica en el estado que se ocupa específicamente de subrogación, pero los tribunales del Estado se aplica la ley de Uniform Parentage Act para consultar diferentes casos relativos a los acuerdos de subrogación tradicional. En verdad, uno de los casos más grandes del país con respecto a la subrogación se deliberó en California.

En 1993 tuvo lugar un juicio donde el tribunal Supremo de California dictaminó que los padres que tenían la intención de serlo en el acuerdo de

subrogación básico, es decir en un acuerdo de subrogación gestacional, son considerados los padres legales y naturales. Se trata de que madre subrogada no fue la contribuyente biológica del óvulo. La corte dijo que la persona que quería procrear – en este caso, la madre que dio su óvulo a la subrogada – debe considerarse como verdadera madre del bebé.

Hubo otro caso en 1994, en el que el Tribunal de Apelaciones de California se vio obligado a determinar la paternidad de un nacido por medio de maternidad subrogada tradicional. Al tratarse de una subrogación tradicional es la madre gestante la que aporta el óvulo, con lo cual es considerada la madre biológica. El problema surgió en el momento que los padres decidieron divorciarse. El Estado de California determinó que los padres legales eran el padre y la madre subrogada, por ser los padres biológicos, y la madre intencional no tenía derecho alguno.

En 1998 hubo otro caso, que puede ser utilizado como ejemplo de lo complejo que puede llegar a ser un acuerdo de subrogación. A la madre subrogada se le transfirió un embrión, formado por óvulo y espermatozoides de donante anónimo. Básicamente había seis personas que podía ser consideradas los padres del nacido, el donante de espermatozoides, la donante de óvulo, el padre intencional, la madre intencional, la madre subrogada y el marido de la madre subrogada. Finalmente el tribunal sentenció que cuando una pareja casada quiere procrear con un embrión sin relación genética que se gesta en una madre subrogada los padres intencionales son considerados los padres legales.

El más reciente es el caso de 2006, donde la Corte Suprema de California sentenció en los tres casos de parejas lesbianas que tuvieron hijos por subrogación, eran consideradas las madres legales del bebé nacido por

subrogación. Esta sentencia parece ser aplicable a cualquier miembro de esa comunidad.

2.2.1.20.11. Estado de Florida

Se regula subrogación gestacional y tradicional por separado. Subrogación tradicional se conoce como un “acuerdo de adopción planificada” con una “madre voluntaria” y requiere la aprobación del Tribunal de adopción. La distinción más importante entre ellos es que fue pre-planeadas adopciones, la madre gestante tiene 48 horas después del nacimiento del niño a cambiar de opinión, la adopción debe ser aprobada por un tribunal, y los padres intencionales no tienen que estar relacionados genéticamente al niño. En contraste, bajo un contrato de maternidad subrogada, la madre sustituta debe estar de acuerdo en renunciar a sus derechos al niño en el momento del nacimiento, la madre intencional debe mostrar que ella con seguridad no puede soportar un embarazo o dar a luz un niño, y al menos uno de los padres intencionales debe relacionarse genéticamente al niño. Ambos conjuntos de leyes requieren que la madre gestante se someta a evaluación médica; limita los tipos de pago permitido; requiere que la madre subrogada sea mayor de 18 años; y que los padres intencionales acepten cualquier niño resultante, independientemente de cualquier malformación o discapacidad que pueda tener el bebé. La compensación económica por subrogaciones tradicionales está prohibida.

2.2.1.20.12. Illinois

En ese Estado se protege a las parejas no casadas y personas solteras así como matrimonios bajo un contrato de maternidad subrogada. La madre gestante no puede ser bajo ningún caso la donante de óvulos, lo

que implica que no puede ser la madre genética del nacido y al menos uno de los padres intencionales debe estar genéticamente relacionado con el niño. Bajo un acuerdo válido, los padres intencionales se convierten en los padres legales inmediatamente después del nacimiento y la relación entre padres e hijos puede establecerse incluso antes del nacimiento. En caso de desear recurrir por incumplimiento del acuerdo, se dispondrá de 12 meses para hacerlo desde el nacimiento del bebé. La madre subrogada y los futuros padres deben someterse a evaluaciones y consultas legales independientes. Si no se cumplen los requisitos legales, un tribunal deberá determinar la paternidad basada en la evidencia de la intención de las partes.

2.2.1.20.13. Nevada

Nevada permite a las parejas casadas celebrar un contrato con una madre subrogada para la “concepción asistida”. Basándose en la definición de esa frase, se permite la maternidad subrogada cuando ambos padres han suministrado gametos. La compensación económica se limita a los gastos de vida y médicos relacionados con el nacimiento.

2.2.1.20.14. New Hampshire

Tiene un amplísimo régimen legal que regula la subrogación. Los futuros padres deben estar casados y al menos uno de ellos debe proporcionar gametos. La madre subrogada tiene 72 horas después del nacimiento para decidir si quiere quedarse con el bebé. El arreglo debe ser judicialmente pre-autorizado, se realizarán evaluaciones de las partes antes de la fecundación de la madre gestante e inicio de estudios médicos. Todas las partes deben ser mayores de 21 años, la madre intencional debe ser físicamente incapaz de soportar un niño, los óvulos

deben ser de la propia madre intencional o de la madre subrogada, en ningún caso de donantes. La madre subrogada debe haber dado a luz al menos una vez antes y el estudio genético se requiere si la gestante tiene 35 o más años, y hay un requisito de residencia de 6 meses para la madre gestacional o los padres intencionales. La remuneración se limita a gastos médicos, compensación salarial por trastornos laborales acarreados por el embarazo, seguros médicos, gastos legales y estudios en casa. Están prohibidos los honorarios para concertar un contrato de alquiler de vientres.

2.2.1.20.15. Texas

La ley de Texas fue modificada después de la 8ª parte del Uniform Parentage Act de 2002. Un acuerdo gestacional debe ser validado en las cortes. La madre gestacional no puede utilizar sus propios óvulos. Y es imprescindible que haya dado a luz al menos una vez antes de prestarse a ser madre subrogada. La madre gestante tendrá derecho a tomar todas las decisiones relacionadas con su salud durante el embarazo. La madre futura debe demostrar que es incapaz de llevar un embarazo o dar a luz. Los padres intencionales deben estar casados y deben someterse a un estudio de su hogar. Existe un requisito de residencia de al menos 90 días para la madre gestacional o en su defecto para los futuros padres. Un contrato que no ha sido validado no es exigible, y la paternidad se determinará por la Uniform Parentage Act de Texas.

2.2.1.20.16. Virginia

Se requiere autorización previa del tribunal ante un contrato de gestación subrogada. De aprobarse el contrato, los padres intencionales serán los padres legales. En caso de que el contrato sea declarado nulo, la madre subrogada y su marido, si los hubiere, serán declarados los padres

legales y los padres intencionales sólo podrán adquirir los derechos de los padres a través de la adopción. Si el contrato no hubiera sido aprobado, la madre subrogada puede presentar un formulario de consentimiento y renunciar a los derechos del niño. Pero si no lo hace, la potestad variará según si cualquiera de los padres intencionales tiene una relación genética con el bebé. Dependiendo de las circunstancias, es posible que deba adoptar con el fin de obtener los derechos paternos. A pesar de todo lo anterior, si la gestante es la madre genética, podrá rescindir el contrato dentro de los primeros seis meses de embarazo.

Los requerimientos por parte del tribunal para la aprobación del contrato en Virginia incluyen: Un estudio de la casa; que demuestren que las partes cumplan los estándares de aptitud aplicable a los padres adoptivos; la madre subrogada debe estar casada y haya dado a luz al menos una vez; las partes deben haber sido sometidas a evaluaciones médicas y psicológicas; la madre intencional debe ser infértil o incapaz de soportar a un niño; y al menos el padre debe estar genéticamente relacionado con el niño. Los padres intencionales deben aceptar al niño independientemente de su salud o aspecto. La madre subrogada conserva la responsabilidad para el manejo clínico del embarazo. Durante el procedimiento de aprobación, el Tribunal deberá designar un abogado a la madre subrogada y un tutor para representar los intereses del bebé. La aprobación del contrato por parte del Tribunal de concepción asistida tiene una duración de doce meses, si pasados este tiempo no se consigue el embarazo y parto debería volver a renovarse. No se permite la compensación más allá de los costos razonables de médicos y auxiliares. Cuotas por reclutamiento están consideradas un delito menor y las partes pueden cobrar de los agentes intermediarios por daños y

prejuicios. La ley también prevé una asignación económica en caso de que el contrato sea declarado nulo por circunstancias diversas.”⁶⁸

A nivel internacional

“Existen tres enfoques jurídicos a la hora de considerar la legalidad o no de los vientres de alquiler:

- **Ilegales:** España, Francia, Portugal, China, Japón e Italia.
- **Legales**, siempre que el contrato sea altruista: Canadá, México, Brasil, Bélgica, Reino Unido, Grecia, Australia, Holanda.
- **Legales:** Israel, Irán, Rumanía, Ucrania, Rusia, Nueva Zelanda, Sudáfrica e India.

En la India se está convirtiendo en comercio de vientres para todo el mundo; acuden cada vez más parejas infértiles para encontrar una mujer que les dé un hijo. Igualmente esto sucede en Ucrania, que se está convirtiendo en principales focos de alquiler debido a que los precios son considerables si lo relacionamos con los de Estados Unidos. (30 mil dólares Ucrania y 11 mil en la India)”.⁶⁹

2.2.2. Jurisprudencia

“La perspectiva de la jurisprudencia, considera que los contratos de maternidad subrogada atentan contra el orden público por tres razones principales:

⁶⁸ MIRET Clara. Estados Unidos. 26-02-2014: <http://www.tuvientredealquiler.com/estados-unidos/>

⁶⁹ <http://www.todopapas.com/fertilidad/fertilidad-en-la-mujer/ventre-de-alquiler-3897>

- a)** Constituyen un instrumento para la explotación de las mujeres, especialmente aquellas de bajos recursos económicos;
- b)** Tienen característica de compraventa de recién nacidos, lo que convierte a estos en una mercancía que puede ser vendida y comprada como cualquier otro producto y de acuerdo con el precio del mercado;
- c)** Atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse un niño por una compensación, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana”⁷⁰.

Si lo miramos desde esa óptica jurisprudencial, no estamos contribuyendo en nada con el derecho a tener una familia, al momento de realizar un contrato de este tipo, estamos asumiendo la responsabilidad con mutuo consentimiento de llevar a un niño en el vientre con aportes genéticos de otras personas, más no estamos hablando de una explotación, donde uno se aprovecha de la necesidad del otro, sino más bien se sujetan al cumplimiento de un acuerdo, y esto no cae en características de compraventa ya que no estamos comprando ni vendiendo nada si no alquilando un vientre porque el nuestro no puede engendrar por problemas de salud, no atentan contra ninguna unidad familiar, ya que más bien une a una familia que estuvo al borde de la separación, porque esto es lo que ocasiona cuando las parejas no pueden tener una familia viene el divorcio o separación conyugal.

En Ecuador no ha existido hasta la presente fecha pronunciamientos judiciales sobre la legalización de los vientres de alquiler, la jurisprudencia ha ayudado a solucionar controversias en otros países, se han dado

⁷⁰ Caso, In the Matter of Baby M, la corte Suprema del Estado de Nueva Jersey señaló que el contrato de madre subrogada violaba el orden público toda vez que producía la separación permanente del recién nacido de uno de sus padres.

casos resueltos como Lima, se dictaron sentencias sobre el tema vientre de alquiler a pesar de no existir una legislación jurídica como es el caso presentado por los demandantes Giovanni Sansone y Dina Fecilita Palomino Castro quienes reclamaban su patria potestad sobre la menor Victoria Palomino Castro, pero mediante el Recurso de “Casación N°563-2011, resuelve que es derecho de un menor engendrado por fecundación asistida, tener una familia idónea y que prevalece sobre el derecho de la madre biológica,”;⁷¹ la Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: **a)** Que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figura formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija, previo a exámenes de ADN queda demostrado que es hija legítima de Giovanni Sansone y que se encuentra plenamente identificada con su entorno familiar, concluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre adoptante.

Los casos resueltos por los general son basados en la Teoría de la intención, donde se considera madre legal a la mujer que tiene la intención de procrear y de criar a la criatura, misma que fue aplicada por la Corte de Justicia del Estado de California, en los casos: “Johnson Calvert” (1993) y “Buzzanca” (1998); y por la teoría del mejor interés del menor aplicado en dos casos en Lima tomando en consideración los factores de posibilidad que tienen las partes involucradas para proveer al

⁷¹ Corte Suprema de Justicia de La Republica-Sala Civil Permanente Sentencia: CASO. N° 563-2011-LIMA (ver anexo)

niño un mejor bienestar, en el ámbito psicológico y físico, una muestra clara que los problemas se pueden resolver a pesar de no existir una legislación, basándonos en jurisprudencia.

2.2.2.1. En Colombia

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido la figura de la patria potestad, de orden público, irrenunciable, intransferible e indisponible, en consecuencia, su ejercicio no es susceptible de ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita”⁷²

“La perspectiva jurisprudencial, resalta la sentencia T-968-2009 proferida por la Corte Constitucional colombiana, a pesar de que no se estableció una regulación al contrato de maternidad subrogada, se señaló dos aspectos fundamentales. **1)** Reconoció la validez del contrato verbal celebrado en Colombia al no existir norma expresa que prohíba. **2)** Resaltó la necesidad de que haya una regulación exhaustiva y el establecimiento de una serie de requisitos o condiciones para la celebración del contrato. Frente a esta necesidad la Corte Constitucional, toma fundamental importancia revisar y conocer experiencias foráneas sobre la materia, pues de ellas podrán identificarse aspectos y experiencias positivas que permitan la adopción de una adecuada regulación en el territorio colombiano”⁷³.

⁷² Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-145/10.Pag.5-6

⁷³ CALLE, María Victoria. Corte Constitucional. MARÍN, Vélez Gustavo Adolfo 18/12/2009; el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición para la realización de este tipo de convenios. Sin embargo, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 Constitucional”. Corte Constitucional”

Esta sentencia con resolución ejecutoriada tomó como punto principal el contrato celebrado entre las partes, señora Sarai y los cónyuges Salomón y Raquel quienes aportaron sus gametos para encargo en el vientre de Sarai (nombres ficticios) pero en el primer intento fue rechazado los óvulos de Raquel, lo que tomaron la decisión de que solo fuera una inseminación artificial con el espermatozoide del señor Salomón, reconociéndole mensualmente una suma muy cuantiosa para que lleve adelante el embarazo, el juez tomó en consideración para su resolución la teoría de la contribución genética, el interés superior del menor regulando visitas para la madre quien no tuvo ninguna intención de tener a sus hijos gemelos, sino que pensó primero en su situación económica, prácticamente vendiendo sus óvulos y aceptando un contrato verbal de inseminación artificial en favor de la pareja contratante.

“También se puede rechazar la validez de los contratos en Colombia de maternidad subrogada bajo un argumento como el expuesto anteriormente, que la figura de la patria potestad es de orden público, irrenunciable, intransferible e indisponible; en consecuencia, su ejercicio no es susceptible de ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita”⁷⁴

Si podría ser aplicada basándose en lo descrito anteriormente, pero como operadores de justicia no estamos garantizando en nada los derechos constitucionales como es el buen vivir, un ambiente sano, una familia entre otros derechos que se consideran de interés superior del menor, claro está que no es transferible, ni renunciable, pero siempre y cuando el material genético les corresponda a quienes reclaman la patria potestad,

⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia sentencia C-145/10.Pag.5-6

pero si hablamos de maternidad subrogada el juez actuará enmarcándose en lo legal, y a su sano juicio.

2.2.2.2. En Arkansas

“Es otro país donde se validan los contratos de maternidad subrogada. A diferencia de otros estados, en Arkansas se presume que el contrato de maternidad subrogada es válido y que el nacido por virtud de este es hijo de los padres contratantes. Juristas de los Estados Unidos de América han desarrollado cuatro mecanismos o teorías para determinar la maternidad legal en la gestación subrogada son:

- a. La teoría de la intención (intent-based theory),
- b. La teoría de la contribución genética (genetic contribution theory)
- c. La teoría de preferencia de la madre gestante (gestational mother preferente theory), y;
- d. La teoría sobre el mejor interés de menor (the best interest of the child theory)”⁷⁵.

“La jurisprudencia Internacional es otro de los grandes fundamentos de la subrogación materna en diversos países como han quedado expresados el caso de Bybe M, en el Estado de Nueva Jersey (1985), el caso de Johnson Calvert” (1993) y Buzzanca en el Estado de California (1998), Kin Cotton en Gran Bretaña (1987) y la solicitud de Autorización Judicial sobre vientre de alquiler en Italia. Roma (2000)., en los casos de Johnson y Buzzanca la justicia por primera vez la justicia enfrentó al problema de tener que determinar quién es la verdadera madre, la que gesta y alumbr

⁷⁵ TOBAR, Canuz Ines Lourdes. Tesis de grado, Universidad San Carlos de Guatemala, Febrero Del 2012.Pag. 50. Ref. Arambula. Ob cit. Pág. 93

a la criatura o la que provee el material genético para su concepción, en este caso la mujer de la pareja contratante por impedimento para gestar, contrató el vientre de otra mujer para llevar adelante la gestación según la teoría de la intención sin el interés de la pareja contratante la criatura no hubiese sido creada, por ello se concluyó que la madre es aquella que tuvo la intención y el propósito de procrear y de criar a la criatura”.⁷⁶

2.2.3. Legislación

Constitución de la República del Ecuador

“**Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas
numeral 5: **El derecho al libre desarrollo de la personalidad**, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

Numeral 10: El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantas hijos e hijas tener”.⁷⁷

Si consideramos estos artículos como uno de tantos derechos de las personas, puede ser un argumento legal para tener una familia o descendencia, para personas que por diversos motivos naturales son considerada incapaces de engendrar en su propio vientre, su personalidad podría verse afectado si se frustran las posibilidades de tener descendencia biológica a través de las técnicas de reproducción asistida mediante la fecundación in vitro que hace posible la concepción de una persona dentro y fuera del útero de la mujer, pero por lo costoso

⁷⁶ JIMENEZ. Rodríguez Diógenes. Jurisprudencia Internacional. Pag 7.

⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008

que resulta no es accesible para todas quienes padecen de esta incapacidad física, que podría enmarcarse en la libertad reproductiva que merece atención del Estado principalmente, quien sería el llamado a crear centro estatales con ayuda humanitaria en estos casos.

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

“Numeral 29. Los derechos de libertad también incluyen:

- a.- El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.
- b.- La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas.
- d.- Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”.⁷⁸

Dentro de este artículo e incisos se enmarca la libertad y posibilidad de hacer o no hacer algo que no está contemplado en nuestra constitución y peor aún en las demás legislaciones ecuatorianas, en este caso sería la utilización de vientres de alquiler, aun que hay en este mismo art. **Numeral 3.-** d) Sobre la prohibición de uso de material genético y la experimentación científica que intenten contra los derechos humanos; aquí es una muestra clara que al hablar de maternidad subrogada o vientre de alquiler es una manipulación genética, pero no con fines experimentales, porque no se trata de experimentar bebés, sino más bien ayudar al prójimo con el avance de la genética, que con esto, no estamos afectando derechos humanos, sino retribuyendo derechos.

Art. 67.- “Se reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará

⁷⁸ Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008

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”.⁷⁹

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”⁸⁰

En el presente artículo de la Constitución de la República del Ecuador en su inicio manifiesta “Reconocer a la familia en sus diversos tipos”, bajo este principio es digno de considerar que en la ley ecuatoriana se admita la maternidad subrogada, porque es una nueva forma en que las personas con problemas de infertilidad o de procreación puedan tener su propia familia y bajo la relación del matrimonio o unión de hecho estable y monogámica que hoy en día gozan de igualdades y derechos.

Art- 83.- Son Deberes y Responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la Ley.

“9. Practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios.”⁸¹

Al hablar de justicia es darle razón a quien verdaderamente lo tiene, al hablar de solidaridad hay que hacer el bien sin mirar a quien, al hablar de derechos y disfrute de bienes y servicios se refiere al derecho al buen vivir con todo lo que le rodea, a través de este numeral si utilizamos un vientre

⁷⁹ Constitución de la República del Ecuador vigente. Año 2008

⁸⁰ Ibídem

⁸¹ Ibídem

de alquiler de una tercera persona que reconoce y entiende el deseo de ser padres lo hace de forma altruista estaría prácticamente respaldada por el derecho de tener una familia biológica y así mismo quienes lo contratan para tal efecto estarían enmarcados dentro de la solidaridad.

Código Civil Ecuatoriano

En el Código Civil Ecuatoriano encontramos artículos que norma a la sociedad en general, y en lo referente a la filiación de los nacidos vivos desde varias formas, como es en el presente artículo.

Art. 24.- Reconoce la filiación y la correspondiente paternidad y maternidad en los siguientes casos:

- “a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos;
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre; y,
- d) Por haber nacido en una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente”.⁸²

En el contenido del artículo descrito es evidente que no se regula la filiación de un nacido vivo por el método de maternidad subrogada o vientre de alquiler.

Por la problemática expuesta es viable la propuesta en el Capítulo VI de la presente tesis, donde argumentaríamos que en el Código Civil

⁸² Código Civil Ecuador.- Art. 24

Ecuatoriano en el Art. 24 se anexe un literal que reconozca a un nacido a través de un vientre de alquiler, basado en la necesidad e incapacidad de concebir por naturaleza pero que están en condiciones de aportar su material genético con el único propósito de formar una familia.

Esta teoría tiene una base moral y ética, porque la Real Académica de la Lengua en anteriores expresiones ya admite el término “madre subrogada”, en una aproximación más precisa, dice que la maternidad subrogada puede definirse como el acuerdo de voluntades por el cual una mujer se vincula a dar a luz un hijo y posteriormente entregarlo a terceros, renunciando a todos los derechos sobre el niño, incluso a la calificación jurídica de madre.

Art. 1486.- “Las obligaciones son civiles o meramente naturales: las civiles dan derecho para exigir su cumplimiento y naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento”.⁸³

Al momento de realizar un contrato privado por Vientre de Alquiler estamos figurando dentro de las obligaciones civiles contractuales, donde una persona se obliga con la otra a cumplir un acto voluntario celebrado entre las partes.

Art. 1856.- “Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales”.⁸⁴

⁸³ Código Civil Ecuatoriano vigente

⁸⁴ Ibídem

En este artículo manifiesta el compromiso voluntario entre los contratantes y su fiel cumplimiento y pagar un precio justo por el uso y goce de tal bien, sin perjuicio de las disposiciones del código laboral.

Art. 2077.- “Comodato o préstamo de uso, es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso”.⁸⁵

Es una obligación que tienen las partes, pero de manera gratuita cabe dentro de la palabra altruista donde se compromete al uso y goce de una especie y luego de cumplido el acto será devuelto a su titular.

Al realizar una relación contractual, estamos comprometiéndonos a cumplir con la otra persona alguna cosa que por una u otra razón se someten a su propia voluntad y a su propio beneficio.

Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador

Art. 11.- El interés superior del niño.- “Es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y

⁸⁵ Código Civil ecuatoriano

adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías”.⁸⁶

Este es uno de los principios fundamentales que nuestros legisladores deberían considerar al momento que se llegara a presentar algún inconveniente contractual sobre vientres de alquiler, que es un argumento que otros países han utilizado para resolver de la manera más rápida y precisa para determinar la maternidad o paternidad.

Art. 22.-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.

Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley”⁸⁷.

Al hablar de familia biológica son los titulares del material genético, es decir no podemos negar a los nacidos por métodos de subrogación materna el derecho a tener su propia familia y a permanecer dentro de ella, si bien es cierto que en nuestro país lo tradicional es madre quien alumbró un nuevo ser, pero el derecho es claro y reconocido que su familia biológica en este caso sería la que aportó los genes.

⁸⁶ Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador

⁸⁷ Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador

Art. 26. Derecho a una vida digna.

“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. Este derecho incluye aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos”.⁸⁸

Una pareja que busca desesperadamente tener una familia, es porque goza de su sano juicio y reúne las condiciones que estipulo en artículo anterior, y se somete a cualquier tratamiento médico con el fin de tener su descendencia.

Art. 98.- Familia biológica.

“Se entiende por familia biológica la formada por el padre, la madre, sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad. Los niños, niñas y adolescentes adoptados se asimilan a los hijos biológicos. Para todos los efectos el padre y la madre adoptivos son considerados como progenitores”.⁸⁹

Involucra a todos quienes descienden de otros, o de sus progenitores, estos pueden ser un hombre y una mujer llamados padres, con vínculos consanguíneos, con sentimientos afectivos y que viven bajo el mismo techo muchas veces.

Art. 105.-“La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no

⁸⁸ Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador

⁸⁹ Ibídem

emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”.⁹⁰

Son derechos y obligaciones, reconocidos constitucionalmente irrenunciables por los padres sobre las personas, y bienes de sus hijos mientras estos sean menores de edad o incapaces.

Art. 117.- “Restitución de la patria potestad.- El Juez, a petición de parte, puede restituir la patria potestad en favor de uno o de ambos progenitores, según sea el caso, si existieren suficientes pruebas de que si han variado sustancialmente las circunstancias que motivaron su privación, limitación o suspensión.

Para ordenar la restitución, el Juez deberá oír previamente a quien solicitó la medida y en todo caso al hijo o hija de acuerdo a su desarrollo evolutivo”.⁹¹

Dentro del Código de la Niñez y Adolescencia encontramos los Artículos que hacen referencia al interés superior del menor, así como también a la importancia que tienen un hijo dentro de la familia, el equilibrio entre sus derechos y obligaciones de padres a hijos y viceversa, que incluye educación vivienda salud alimentación entre otros beneficios que se obtiene dentro de la familia, la patria potestad puede ser a favor de uno o los dos progenitores según sea el caso.

⁹⁰ Ibídem

⁹¹ Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriana

El artículo 76 de la Carta Magna dispone:

“La maternidad y la paternidad son protegidas íntegramente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos”⁹²

2.2.4. Derecho Comparado

Constitución Política de Colombia.

De Los Derechos Sociales, Económicos y Culturales

Artículo 42.- “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.”⁹³

⁹² <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2013/enero/2461-9-AP51-V-2012-008654-PJ0552013000004.html>

⁹³ RODRÍGUEZ, Yong, Camilo A.; MARTÍNEZ, Muñoz Karol Ximena. El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXV, núm. 2, diciembre, 2012, pp. 68. Universidad Austral de Chile.

Constitución de la República del Ecuador

Art. 40.- “El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Los hijos, sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos. Al inscribir el nacimiento no se exigirá declaración sobre la ***calidad de la filiación, y en el documento de identidad*** no se hará referencia a ella”.⁹⁴

En la Constitución Política de Colombia hace una breve referencia a los nacidos con asistencia científica quienes gozarán de iguales derechos como los procreados de forma natural. En la Constitución de Ecuador hace referencia a los antecedentes de filiación, al hablar de antecedentes es una palabra generalizada; es decir no importa como hayan venido al mundo, lo que importa es que tenga una identidad, derechos y deberes como seres humanos lo que coinciden con nuestro hermano país Colombia.

Proyecto de Reforma al Código Civil Chileno 2012 Presentado en el Congreso de Argentina.

“Art 562.- Gestación por Sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad

⁹⁴ Constitución de la República del Ecuador

judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) Se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) La gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) Al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) El o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) La gestante no ha aportado sus gametos;⁹⁵
- f) “La gestante no ha recibido retribución”;⁹⁶
- “g) La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) La gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.⁹⁷

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Es decir que esto debe ser solicitada antes de proceder a la subrogación.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

“Art. 182. Código Civil Chileno.- El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

⁹⁵ Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Pág. 139

⁹⁶ Jorge Nicolás Lafferriere. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia. Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor de Derecho Civil (UBA - UCA). Profesor de Bioderecho en la Maestría de ética biomédica (UCA).

⁹⁷ Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Pág. 139

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.⁹⁸

Art. 92 del Código Civil de Tabasco

“Incs 2. En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras “hijo legítimo”, “hijo natural”, “hijo ilegítimo”, “hijo de padres desconocidos”, “hijo de padre desconocido “, “hijo de madre desconocida”, o “habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial”, que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.

Inc. 3. En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena”.⁹⁹

El anterior artículo es claro en cuanto a las dos madres, la contratante y la subrogada; para la primera hay una aceptación previa en un contrato lo que la hace responsable del niño o niña; para la madre subrogada está

⁹⁸ Código Civil Chileno vigente Art. 182. Pag. 31

⁹⁹ Código Civil del Estado de Tabasco - México

obligada en la adopción plena siempre y cuando no haya aportado con su material genético, se puede dar el caso que los padres que dieron por encargo por alguna razón no quieren asumir una paternidad y maternidad que fue previamente contratada, con este artículo el niño quedaría amparado; así mismo con el artículo siguiente cuando interviene una tercera mujer, que aporta el óvulo, otra que gesta y la madre contratante se presumirá la madre legítima a la contratante que es la que intencionalmente se sometió a este método.

“Art. 347 incs.2 del mismo Código de Tabasco

Sin embargo, como una excepción a esta presunción, 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 óvulo. 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 éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató”¹⁰⁰.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes Del Hombre

“Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.¹⁰¹

¹⁰⁰ Declaración Universal De Los Derechos Humanos

¹⁰¹ Declaración Americana de Los Derechos y deberes del Hombre

Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños

Artículo 27.inc. 2.

“Los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”¹⁰²

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes Del Hombre. Así como la convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, está a la par con la Constitución en lo referente a la libertad que tenemos los seres humanos ecuatorianos y que estamos bajo las mismas condiciones de vida sin distinción o discriminación de ninguna naturaleza y cualquier discriminación contenida en la norma es contraria a principios constitucionales.

“La Corte Constitucional está llamada a cumplir dos objetivos fundamentales: Salvaguardar y defender el principio de la supremacía constitucional y proteger los derechos, garantías y libertades públicas.”¹⁰³

El Dr. Colon Bustamante escritor ecuatoriano, hace referencia en sus obras que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano que está por encima de todas las demás leyes, reglamentos y ordenanzas, conforme lo confirma la pirámide de Kelsen y por lo tanto hay que cumplir y hacer cumplir nuestros derechos.

“El Código Civil Federal define como Convenio el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Los Contratos son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y

¹⁰² Convención Internacional sobre los derechos de los niños

¹⁰³ BUSTAMANTE, Fuentes Colon Dr. Corte Constitucional del Ecuador. Revista Jurídica N°2 Foro. Quito 2012. P. 9.

derechos. Para ser válidos, su objeto debe de ser lícito y tiene que estar en el comercio¹⁰⁴.

“Ley 45/2003, España

1. Esta Ley tiene por objeto:

- a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.
- c) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.
- d) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

3. Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Artículo 2. Técnicas de reproducción humana asistida.

1. Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en el artículo 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el anexo 1 Fig.6.

2. La aplicación de cualquier otra técnica no relacionada en el anexo requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana

¹⁰⁴ Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión.

Asistida, para su práctica provisional y tutelada como técnica experimental”.¹⁰⁵

Artículo 8. Determinación Legal de la Filiación

1. “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.¹⁰⁶

En España también se encuentra regulado las Técnicas de Reproducción Asistida, mientras que en Ecuador ni siquiera ha sido motivo de revisión, pese haber investigaciones realizadas por algunos estudiantes de Universidades reconocidas, pero todo ha quedado en letra muerta, es decir han dado poca importancia al derecho de familia.

2.2.4.1. Aprueban Ley que Regula Préstamo de Úteros en el Distrito Federal.-

“**Art. 20**, el cual prevé la opción de la mujer gestante para que, de forma libre, pueda decidir interrumpir el embarazo en caso de que su salud esté en riesgo; en caso de una malformación, serán los padres biológicos los que decidan si interrumpen la gestación.

La **regulación norteamericana** reconoce la posibilidad a la madre subrogada de manifestar su intención de mantener al recién nacido dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento, excepto que circunstancias

¹⁰⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Publicado en: 27/05/2006. Entrada en vigor: 28/05/2006. Departamento Jefatura del Estado España

¹⁰⁶ Ibídem Art.8

extraordinarias no le hayan permitido tomar una decisión, en cuyo caso el período será de una semana. Si la madre decide ejercer su derecho a mantener la custodia sobre el niño, deberá informar por escrito de su intención a las otras partes del contrato y al médico o al director del hospital”.¹⁰⁷

Entre la Ley de España y el Distrito Federal, los dos países reconocen la reproducción humana asistida, pero con estipulaciones distintas, en el primero que debe reunir requisitos de acreditación científica y médica para llevarse adelante un embarazo. Mientras que en el Distrito Federal la madre gestante podrá dar por terminado el embarazo siempre que esté en riesgo su salud, pero si se trata de mal formaciones genéticas serán los padres contratantes quienes decidan terminar con el embarazo.

“El Tribunal Supremo de California establece la **“teoría de la intención”** para establecer la custodia de los bebés nacidos mediante vientres de alquiler, preguntándose: ¿quién es el verdadero interesado en tener un niño?, ¿Tenía deseos de quedarse embarazada la madre de alquiler previo pago de la pareja contratante?

Existen otros dos criterios jurisprudenciales como el de la “madre gestante” por el que se establece que la madre legal es la que da a luz, y el de la “contribución genética”, que considera como madre legal a aquella que aportó el óvulo”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ MILLAS, Jorge. Revista de derecho. Filosofía del derecho (VALDIVIA) Volumen XXV - nº 2, año 2012. P. 78

¹⁰⁸ <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2013/enero/2461-9-AP51-V-2012-008654-PJ0552013000004.html>

El Juez de la Corte Superior del **Condado de Orange** resolvió originalmente la controversia permitiendo a Anna Johnson visitar tres horas diarias al recién nacido, y dando la custodia legal a los padres genéticos, en el sentido de que genéticamente nada tenía que ver con el feto, que si por el contrario hubiera sido su óvulo, habría sido diferente, y por lo que hace a la cuestión emocional, después introducida, resultaba un “cuento”, por lo que en la revisión del caso el juez de Santa Anna (California) otorgó la custodia del pequeño Christopher, de dos meses de edad a sus padres biológicos, Mark y Crispina Colvert, negando además cualquier derecho de visita a la madre de alquiler, argumentando que esto tenía como objetivo evitar confusión afectiva y emocional al pequeño. Una situación de dos madres sería muy confusa para la criatura y los derechos de visita y custodia parcial “facilitarían la extorsión emotiva y financiera”, según indicó. La maternidad subrogada se ha establecido en otros países, como en Gran Bretaña, en donde el primer caso fue el de Mary Stewar, que dio a luz y entregó después la criatura al padre biológico, según se había acordado. Mary Stewar atendió a un anuncio publicado en un diario.

Según Ulpiano: El Derecho es el “arte de lo bueno y lo equitativo, porque cultivamos la justicia, separando lo justo de lo injusto, lo lícito de ilícito.

Para Kant: El Derecho es el complejo de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el criterio de todos los demás, según una ley universal de libertad”.¹⁰⁹

Para Colón Bustamante Fuentes: “El Estado de Derecho es un poder político relativamente concentrado en base al cual la jurisdicción y la administración se hallan vinculados a la Constitución”.¹¹⁰

¹⁰⁹ HART H.L.A. Concepto de Derecho, editorial Abeledo Perrot, España 1998 P.16

Para Marx el Derecho: “Es la voluntad de la clase dominante, elevada a la categoría de ley.”¹¹¹

Derecho es un conjunto de normas jurídicas, reguladas y creadas por cada Estado, nos ayuda a controlar la conducta de hombres y mujeres; y en caso de incumplimiento a lo estipulado en su legislación estará prevista por una sanción, el derecho nos ayuda a disfrutar de las bondades que nos proporciona nuestra naturaleza, para poder sobrevivir de manera regular en este planeta, reglan de forma positiva a una sociedad en general como un producto cultural generada dentro de leyes y que tienen la finalidad de regular la convivencia entre los miembros de esa sociedad, las personas; y de estos con el Estado.

Si hablamos de derecho comparado en Ecuador no existe un artículo con el cual podamos comparar la legalidad de vientres de alquiler dado a que no se encuentra normado con en otros países internacionales, y en muchos países o Estados que no está normado esta práctica, lo resuelven considerando el interés superior del menor, por la intención de procrear y de darle una familia digna al recién nacido donde pueda desenvolverse de la mejor manera tener una buena educación, salud y vivienda digna de un ser humano.

¹¹⁰ BUSTAMANTE, Fuentes Colón Dr. El Estado de Derecho. Revista Jurídica Foro, año 2012. N°1. P.19

¹¹¹ HART H.L.A. Concepto de Derecho, editorial Abeledo Perrot, España 1998 P.17

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Determinación de los Métodos a Utilizar

Científico.- Con el cual se explicó la forma de cómo la ciencia ha evolucionado a tal punto que hoy es factible tener familia por medio de la reproducción humana asistida, en nuestro Ecuador, claro que este avance solo está presente en las grandes ciudades como Guayaquil, Quito y Cuenca por lo que requiere de espacio físico y con equipos altamente sofisticados.

Analítico.- Este método permitió obtener resultados confiables basados en las encuestas y en el material bibliográfico.

Histórico jurídico.- Con éste método se hace referencia a casos que ya obtuvieron sentencias resolutivas, sobre el tema de investigación.

Hermenéutico.- A través de este método se interpretó los pro y los contra, o los escenarios que pueden darse al utilizar los vientres de alquiler como una solución a la infertilidad.

Dialéctico.- A través de este método se proporciona al lector la posibilidad de comprender los más diversos fenómenos de la realidad que se dan en base a la problemática en Ecuador por la utilización de vientre de alquiler como una alternativa para tener una familia conformada por hijos que lleven sus propios genes.

Comparativo.- Se explica las similitudes y diferencias que se suscitan al comparar legislaciones del Ecuador con otros países donde se encuentra regulado la práctica sobre vientre de alquiler.

3.2. Diseño de la Investigación

El diseño de la Investigación está basada en el campo jurídico, que busca plantear una propuesta de reforma al art. 24 del Código Civil ecuatoriano, en el cual aún no está considerado el método de reproducción por sustitución o vientre de alquiler; para esto ha sido posible considerar los siguientes tipos de investigación:

3.2.1. Investigación Descriptiva

Este tipo de investigación permitió realizar un estudio expresivo de la situación para llegar a conocer las costumbres y actitudes sobresalientes del tema los derechos derivados de la utilización de vientres de alquiler, basada en la revisión conceptual de diferentes libros y autores, el estudio de los resultados de la investigación y la propuesta de reforma.

3.2.2. Investigación Bibliográfica

Este tipo de investigación sirvió para contar con un marco conceptual, doctrina, jurisprudencia, derecho comparado y cumplir con la estructura de la tesis, dada a que su información fue recopilada de libros, revista, periódicos, Código Civil, de la Niñez y Adolescencia, Constitución de la República del Ecuador legislación de otros países, convenios internacionales entre otros documentos que sirvieron como aporte al tema realizado.

3.3. Población y Muestra

3.3.1. Población

Se constituyó por los siguientes grupos:

- a) Ciudadanía en general del Cantón Quevedo
- b) Los profesionales en el área de jurisprudencia.
- c) Los profesionales de la salud.

3.3.2. Muestra

La técnica de muestra por tratarse de un tema de tanta trascendencia está dirigida a una población diversa en la ciudad de Quevedo, considerando a juicio o criterio de Abogados, profesionales de salud y ciudadanía en General, así como también se realizó entrevista a un Juez de la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia y un Notario en funciones de la ciudad de Quevedo, quienes puedan generar muestras representativas.

En base a este enunciado se encuestó a ciento treinta personas, clasificadas en tres grupos: El primer grupo corresponde a cincuenta profesionales en derecho, un segundo grupo de cincuenta personas enmarcadas a la ciudadanía en general; y el tercer grupo compuesto por un conjunto de treinta médicos y psicólogos, pertenecientes a esta ciudad de Quevedo, quedando un total de ciento treinta y dos informantes que fueron seleccionados aleatoriamente.

Nº	VARIABLES	UNIVERSO	LUGAR DE INVESTIGACIÓN	TIPO DE INSTRUMENTO
1	Abogados en libre ejercicio	50	Quevedo	Encuesta
2	Ciudadanía	50	Quevedo	Encuesta
3	Profesionales de la salud	30	Quevedo	Encuesta
4	Jueces o juezas de la ciudad de Quevedo	1	Quevedo	Entrevista
5	Notario	1	Quevedo	Entrevista
TOTAL		132		

Elaboración propia.-

3.4. Técnicas e Instrumentos de la Investigación

3.4.1. Técnicas de la Investigación

Encuesta

La encuesta está dirigida específicamente a la ciudad de Quevedo, Provincia de Los Ríos, por tratarse de un tema que involucra a los tres grupos de personas, se lo dividió en: Abogados, ciudadanos en general y médicos para poder obtener una verdadera muestra enmarcada a las necesidades del tema materia de investigación.

3.4.2. La entrevista

Realizada a servidores de la Función Judicial del Consejo de la Judicatura de los Ríos en Quevedo, los mismos que fueron un Juez y un Notario en funciones.

3.4.3. Instrumento de la Investigación

De la encuesta: Un cuestionario que se constituyó con cinco preguntas cerradas, con múltiples opciones, y con una sola respuesta permitida para cada grupo clasificado de la siguiente manera: **a)** Profesionales en Derecho, **b)** Médicos y Psicólogos de Quevedo, **c)** Ciudadanía en general; en cada grupo la encuesta se constituyó con diferentes preguntas, con múltiples opciones, y con una sola respuesta permitida.

De la entrevista: Una guía de entrevista para los dos funcionarios público y de igual manera con cinco preguntas.

3.5. Validez y Confiabilidad de los Instrumentos

Los instrumentos utilizados fueron diseñado acorde a la profesión u ocupación de los encuestados, con conocimiento y aprobación del director de tesis Dr. Ulises Díaz, por tal razón se puede afirmar que son válidos y confiables.

3.6. Técnicas del Procesamiento y Análisis de Datos.

Para representar la información obtenida se utiliza gráficos estadísticos en Excel, los mismos que son tabulados independientemente en cada pregunta. En base a estos resultados se hace una interpretación exhaustiva, para más adelante poder dar conclusiones y recomendaciones; y por último tener elementos probatorios para sugerir una propuesta.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1.1. Encuesta realizada a Ciudadanos y Ciudadanas del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

PREGUNTA N° 1

¿Usted o algún miembro de su familia alquilaría su vientre materno, con el fin de que otras personas con problemas de fecundación puedan tener hijos?

CUADRO N° 1.- Alquilaría su vientre materno.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	33	66%
2	NO	17	34%
TOTAL		50	100%

Fuente de investigación.- Ciudadanía en general
Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

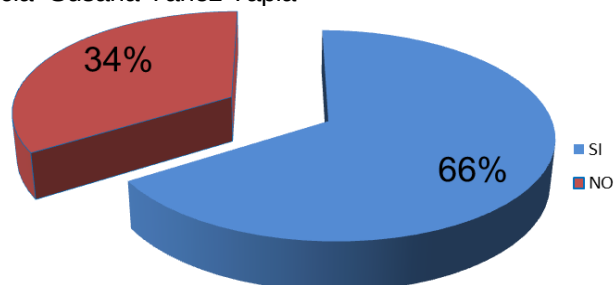


GRÁFICO N° 1.- Alquilaría su vientre materno

Análisis e interpretación

El 66% de encuestados del cuadro 1, han respondido que SI, alquilarían su vientre materno, con el fin de que otras personas con problemas de fecundación puedan tener su propios hijos; mientras que el 34% indicaron que NO están de acuerdo en alquilar su vientre, porque consideran que atentan contra la moral y las buenas costumbres o en su defecto se sensibilizan al momento de la entrega del recién nacido.

PREGUNTA N° 2

¿Si tuvieran problema de fecundación con su pareja, optarían por el método de reproducción asistida (vientre de alquiler)?

CUADRO N° 2.- Método de reproducción asistida (vientre de alquiler).

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	37	74%
2	NO	13	26%
TOTAL		50	100%

Fuente de investigación.- Ciudadanía en general

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

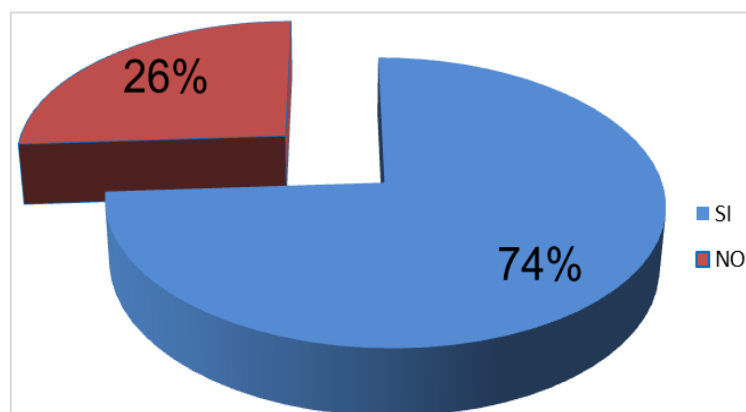


GRÁFICO N° 2.- Método de reproducción asistida (vientre de alquiler)

Análisis e interpretación

El 74% de encuestados del cuadro 2, han respondido que SI optarían por el método de reproducción asistida o alquiler de vientre en caso de tener problemas de fecundación; mientras que el 26% respondieron que NO optarían por emplear el método de reproducción asistida, dado a su valor económico que hoy representa.

PREGUNTA N° 3

¿Cree usted que el alumbramiento de un niño gestado en un vientre de alquiler, puede acarrear costo emocional a la madre sustituta?

CUADRO N° 3.- Costo emocional a la madre sustituta.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	43	86%
2	NO	7	14%
TOTAL		50	100%

Fuente de investigación.- Ciudadanía en general

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

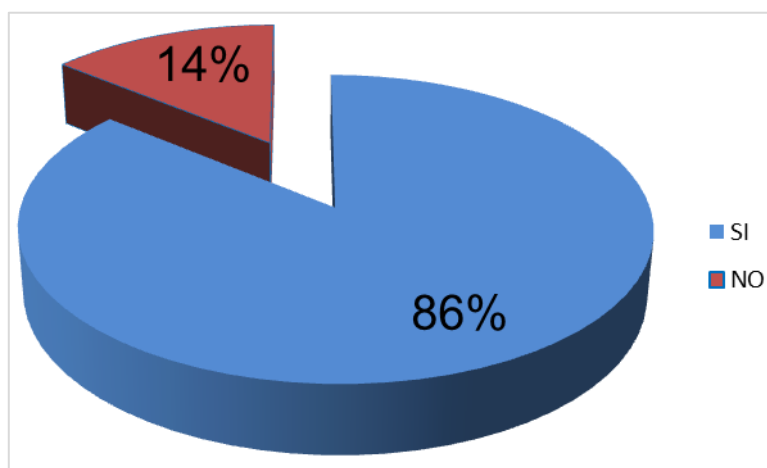


GRÁFICO N° 3.- Costo emocional a la madre sustituta.

Análisis e interpretación

El 86% de encuestados han respondido que SI, el alumbramiento de un niño gestado en un vientre de alquiler acarrearía costo emocional a la madre sustituta; mientras que el 14% indicaron que NO causarían problemas emocionales por cuanto es un acuerdo de voluntades y están conscientes de su entrega al momento de su nacimiento.

PREGUNTA N° 4

¿Considera usted que su situación económica sería un impedimento para la aplicación de métodos de reproducción asistida (vientre de alquiler)?

CUADRO N° 4.- Situación económica para la aplicación de métodos de reproducción asistida (vientre de alquiler).

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	45	90%
2	NO	5	10%
TOTAL		50	100%

Fuente de investigación.- Ciudadanía en general

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

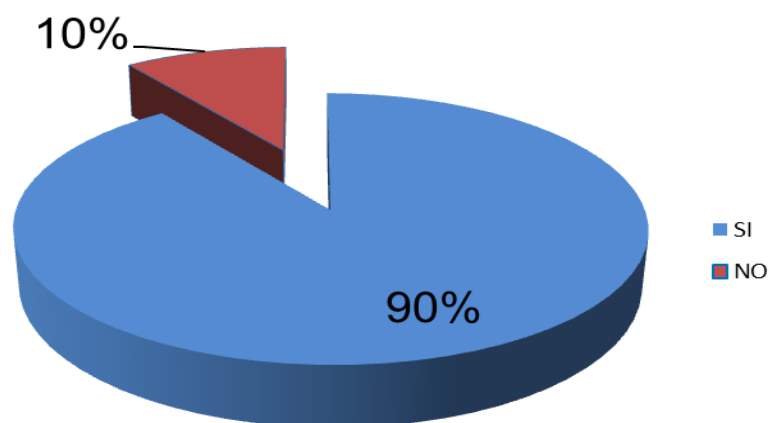


GRÁFICO N° 4.- Situación económica para la aplicación de métodos de reproducción asistida (vientre de alquiler).

Análisis e interpretación

El 90% de encuestados han respondido que SI, es un impedimento la situación económica para la aplicación de métodos de reproducción asistida (vientre de alquiler); mientras que el 10% indicaron que NO es impedimento tener descendencia por este tipo de métodos de reproducción, lo que se considera que ésta al alcance de las personas a nivel medio y alto.

PREGUNTA N° 5

Cree usted que los valores éticos, morales y religiosos se pueden ver afectados en las personas que celebren un contrato de vientre de alquiler, para la gestación de un nuevo ser.

CUADRO N° 5.- Los valores éticos, morales y religiosos se pueden ver afectados en las personas que opten por un vientre de alquiler.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	12	24%
2	NO	38	76%
TOTAL		50	100%

Fuente de investigación.- Ciudadanía en general

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

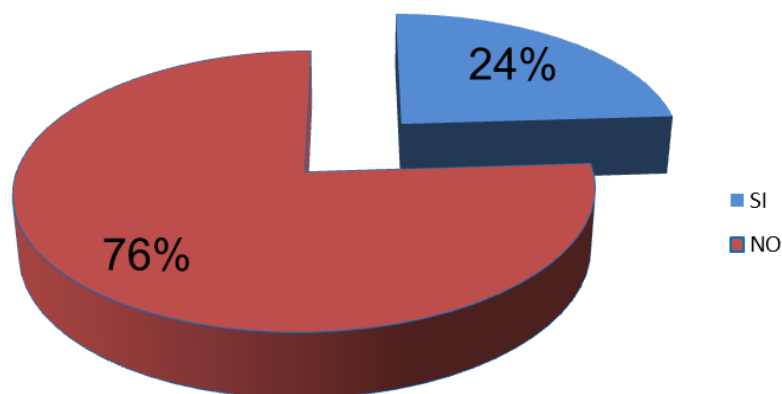


GRÁFICO N° 5.- Los valores éticos, morales y religiosos se pueden ver afectados en las personas que opten por un vientre de alquiler.

Análisis e interpretación.-

El 24% de encuestados han respondido que SI, afecta los valores éticos, morales y religiosos en las personas que celebren un contrato de vientre de alquiler para la gestación de un nuevo ser; mientras que el 76% piensan que NO afecta los mencionados valores, lo que se busca es aprovechar los avances de la ciencia y la genética.

4.1.2. Encuesta realizada a Profesionales del Derecho de la Ciudad de Quevedo, Provincia de Los Ríos.

PREGUNTA N° 1

¿Si le solicitan una autorización judicial, para que parejas legalmente formadas con problemas de infertilidad contraten los servicios de vientre de alquiler, concedería la petición?

CUADRO N° 1.- Solicitud de Autorización judicial.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	23	46%
2	NO	23	47%
3	INHIBE DE CONOCER	4	7%
TOTAL		50	100%

Fuente de investigación.- Profesionales del derecho

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

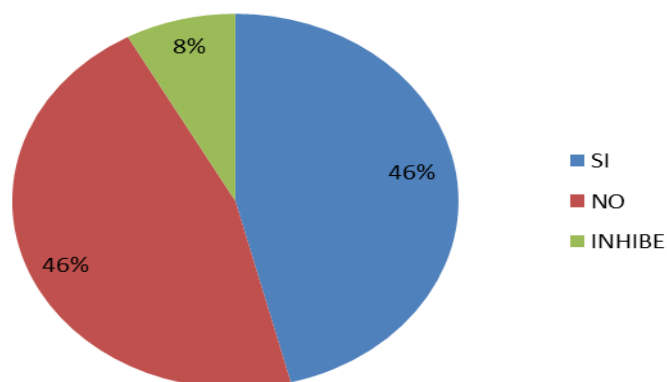


GRÁFICO N° 1.- Solicitud de Autorización judicial.

Análisis e interpretación

El 46% de encuestados han respondido que SI, concederían una autorización judicial para que parejas legalmente formadas con problemas de infertilidad contraten los servicios de vientre de alquiler; mientras que el 46% piensan que NO concederían autorización judicial; y el 8% se inhibirían de conocer el caso, esto sería por no encontrarse normado en nuestra legislación.

PREGUNTA N° 2

En caso de encontrarse en controversia con la filiación de un recién nacido por medio de un vientre de alquiler, como lo resolvería teniendo en cuenta el interés superior del menor:

CUADRO N° 2.- Controversia con la filiación de un recién nacido.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	A favor de la madre que dio a luz	26	50%
2	A favor de los padres contratantes	15	37%
3	Entregaría a una institución	3	3%
4	Me negaría de conocer el caso	6	10%
TOTAL		50	100%

Fuente de investigación.- Profesionales del derecho

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

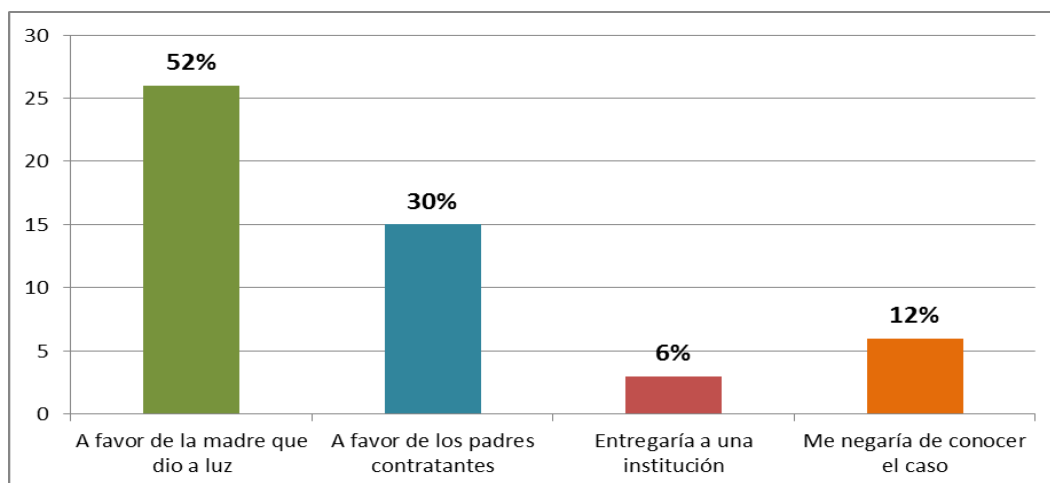


GRÁFICO N° 2.- Controversia con la filiación de un recién nacido.

Análisis e interpretación

El 52% de encuestados han respondido que la filiación de un recién nacido por medio de un vientre de alquiler lo concederían a favor de la madre que dio a luz, el 30% a favor de los padres contratantes, 3% entregaría a una institución; y el 10% se negaría de conocer el caso por cuanto en Ecuador no existe legislación para conocer estos casos.

PREGUNTA N° 3

¿Considera usted que la Asamblea Nacional debería incorporar en la Legislación Ecuatoriana, normas que regule la gestación por sustitución o vientre de alquiler?

CUADRO N° 3.- Incorporar Normas en la Legislación Ecuatoriana.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	44	88%
2	NO	6	12%
TOTAL		50	100%

Fuente de investigación.- Profesionales del derecho

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

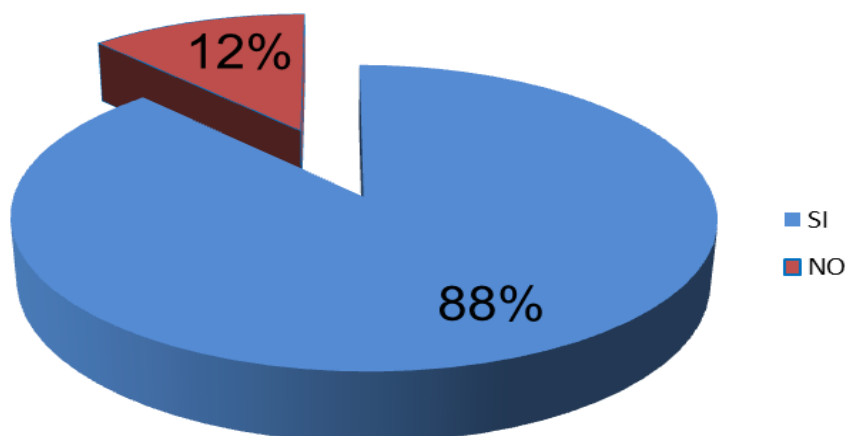


GRÁFICO N° 3.- Incorporar Normas en la Legislación Ecuatoriana.

Análisis e interpretación

El 88% de encuestados han respondido que SI, debería incorporar en la Legislación Ecuatoriana, normas que regule la gestación por sustitución o vientre de alquiler; mientras que un 12% consideran que NO es necesario porque si se llega a presentar alguna controversia por este concepto se resolvería considerando lo que resulte más favorable para el recién nacido; considero que la ley no debe ser restrictiva, debe abrirse a oportunidades que se presentan en bien de la sociedad.

PREGUNTA N° 4

¿Tiene conocimiento si en la actualidad la Normativa Legal Ecuatoriana resuelve casos de hijos por encargo (vientres de alquiler)?

CUADRO N° 4.- Normativa Legal Ecuatoriana resuelve casos de vientres de alquiler.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	7	14%
2	NO	43	86%
TOTAL		50	100%

Fuente de investigación.- Profesionales del derecho

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

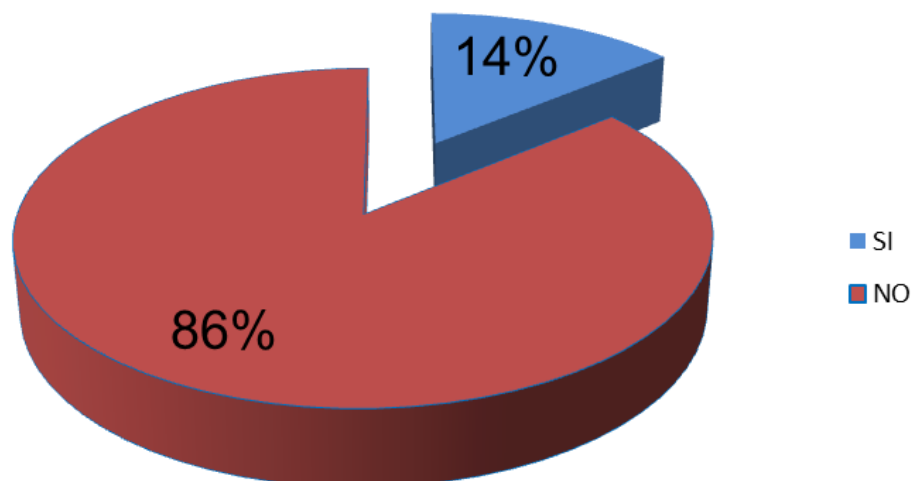


GRÁFICO N° 4.- Normativa Legal Ecuatoriana resuelve casos de vientres de alquiler.

Análisis e interpretación

El 86% de encuestados han respondido que NO tienen conocimiento que en la actualidad la Normativa Legal Ecuatoriana resuelve casos de hijos por encargo o vientres de alquiler; mientras que el 14% indicaron que SI tienen conocimiento que se pueden resolver estos casos de hijos por encargo.

PREGUNTA N° 5

¿En la actualidad si las personas celebran algún acuerdo para la procreación por vientre de alquiler, es susceptible de ser reprimido por la Ley?

CUADRO N° 5.- Acuerdos de vientres de alquiler susceptible a ser reprimido por la ley.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	30	60%
2	NO	20	40%
TOTAL		50	100%

Fuente de investigación.- Profesionales del derecho

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

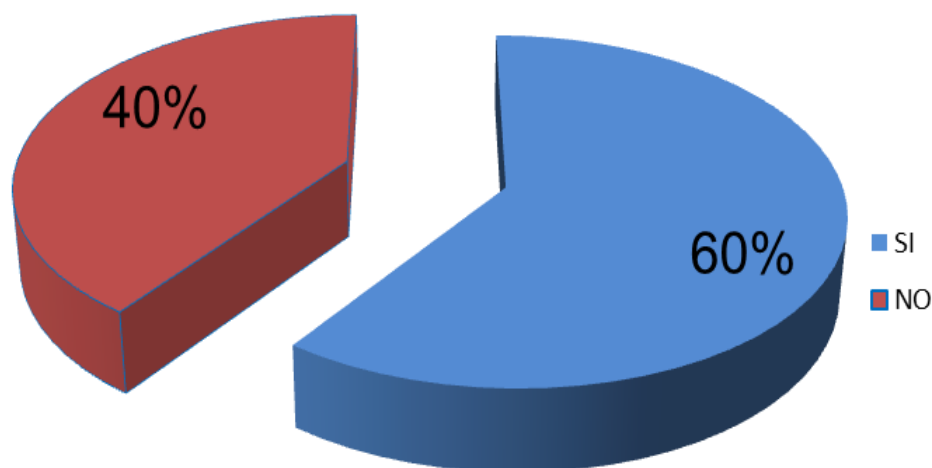


GRÁFICO N° 5.- Acuerdos de vientres de alquiler susceptible a ser reprimido por la ley.

Análisis e interpretación

El 60% de encuestados han respondido que SI, es susceptible de ser reprimido por la Ley, dado a que en nuestra legislación ecuatoriana no está normado; mientras que el 40% indicaron que NO serían reprimidos por la ley, por cuanto no está permitido ni tampoco existe alguna prohibición de celebrar este tipo de contratos.

4.1.3. Encuesta realizada a Médicos y Psicólogos de la Ciudad de Quevedo, Provincia de Los Ríos.

PREGUNTA N° 1

Aprovechando los avances de la ciencia, aceptaría los nuevos métodos de procreación, para que las parejas puedan tener hijos congénitos (que llevan sus mismos genes).

CUADRO N° 1.- Aceptaría los nuevos métodos de procreación.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	25	83%
2	NO	5	17%
TOTAL		30	100%

Fuente de investigación.- Médicos y psicólogos

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

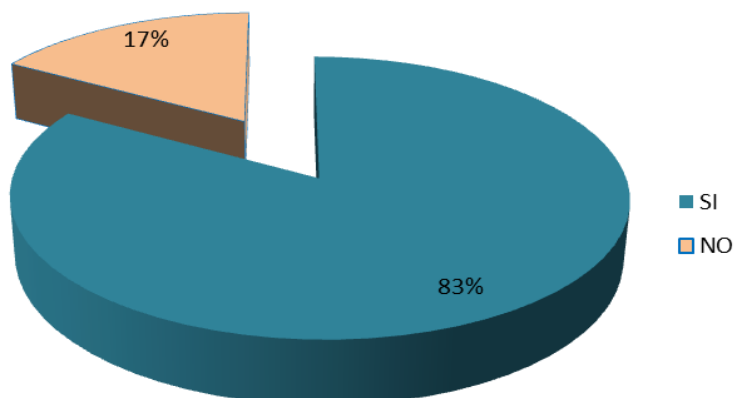


GRÁFICO N° 1.- Aceptaría los nuevos métodos de procreación.

Análisis e interpretación

El 83% de encuestados han respondido que SI aprovecharían los avances de la ciencia y aceptaría los nuevos métodos de procreación, para que las parejas puedan tener hijos congénitos (que llevan sus mismos genes); el 17% de médicos y psicólogos indicaron que NO existe esa posibilidad de aprovechar los avances de la genética en nuestro cantón.

PREGUNTA N° 2

¿Considera usted que este nuevo método de reproducción asistida es confiable en todas sus etapas?

CUADRO N° 2.- El nuevo método de reproducción asistida es confiable.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	21	70%
2	NO	9	30%
TOTAL		30	100%

Fuente de investigación.- Médicos y psicólogos

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

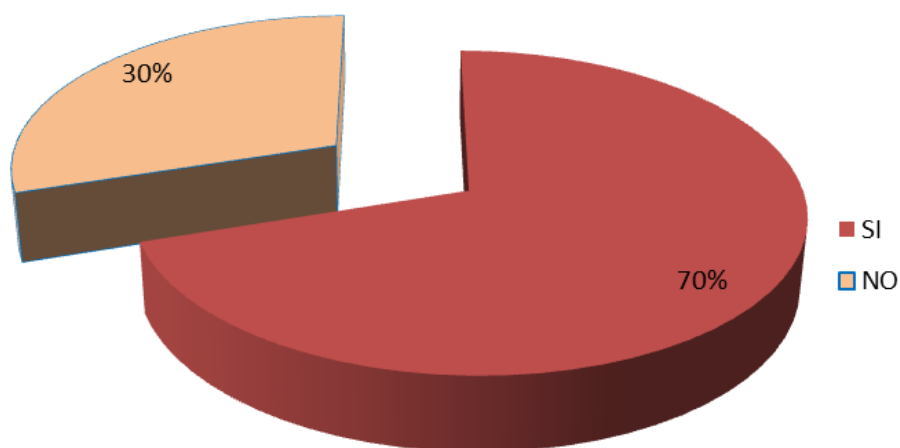


GRÁFICO N° 2.- El nuevo método de reproducción asistida es confiable.

Análisis e interpretación

El 70% de encuestados han respondido que SI consideran que este nuevo método de reproducción asistida es confiable en todas sus etapas; mientras que el 30% de profesionales en la medicina indicaron que NO podemos confiar en los avances de la ciencia.

PREGUNTA N° 3

Alquilar un vientre materno para tener la posibilidad de procrear una familia conlleva costos económicos. ¿Cuál será la clase social con más posibilidades?

Cuadro N° 3.- La Clase social con posibilidades de alquilar un vientre materno.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	BAJA	0	0%
2	MEDIA	6	20%
3	ALTA	24	80%
TOTAL		30	100%

Fuente de investigación.- Médicos y psicólogos

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

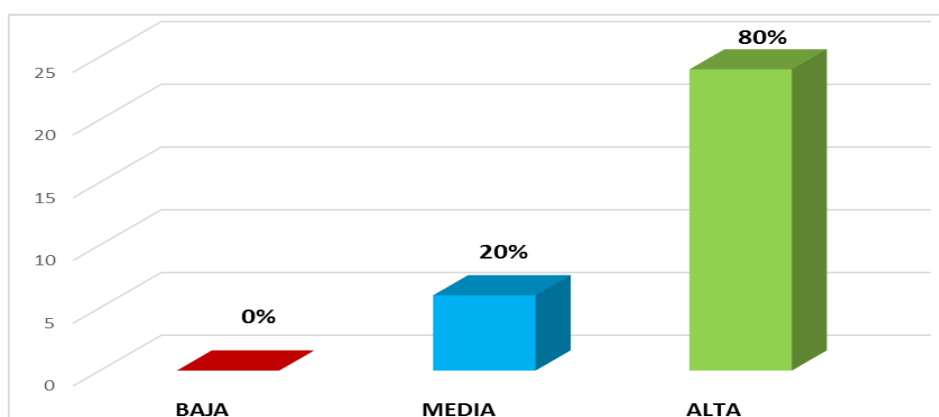


GRÁFICO N° 3.- La Clase social con posibilidades de alquilar un vientre materno.

Análisis e interpretación

El 80% de encuestados han indicado que la clase social ALTA tiene mayores posibilidades de alquilar un vientre materno para tener su descendencia, el 20% la clase Social es Media; y el 0% de la clase social baja no es posible por el costo que representa. Por lo tanto, alquilar un vientre materno depende de la situación económica de la pareja.

PREGUNTA N° 4

Considera usted que practicar los métodos de reproducción asistidas en personas, debería normarse en la Ley ecuatoriana, para seguridad de todos los implicados. (Médicos, contratantes)

CUADRO N° 4.- Los métodos de reproducción deben normarse en la Ley ecuatoriana.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	29	97%
2	NO	1	3%
TOTAL		30	100%

Fuente de investigación.- Médicos y psicólogos

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

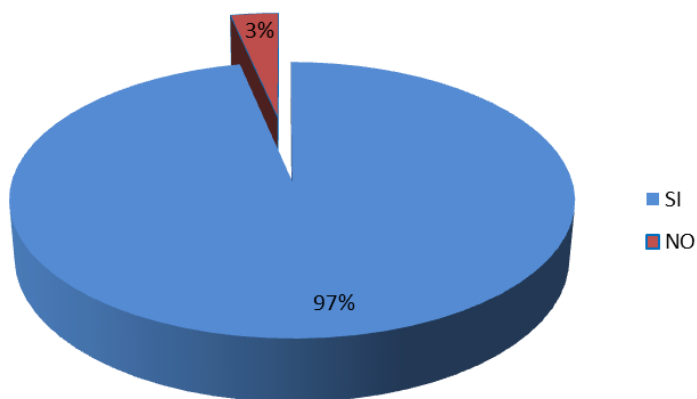


GRÁFICO N° 4.- Los métodos de reproducción deben normarse en la Ley ecuatoriana.

Análisis e interpretación

El 97% de encuestados han respondido que SI, consideran que esta práctica de métodos de reproducción asistidas deberían normarse en la Ley ecuatoriana, para seguridad de todos los implicados (Médicos y contratantes); el 3% de médicos y psicólogos indicaron que NO; lo cual es una minoría por cuanto es un acuerdo de voluntades que deberían ser respetadas.

PREGUNTA N° 5

Es posible que las personas resulten con efectos psicológicos, ante discrepancias de las partes en un caso de reproducción por vientre de alquiler.

CUADRO N° 5.- Efectos psicológicos en las personas por discrepancias por vientre de alquiler.

N°	ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	13	43%
2	NO	17	57%
TOTAL		30	100%

Fuente de investigación.- Médicos y psicólogos

Autor: Egda. Marcia Susana Yáñez Tapia

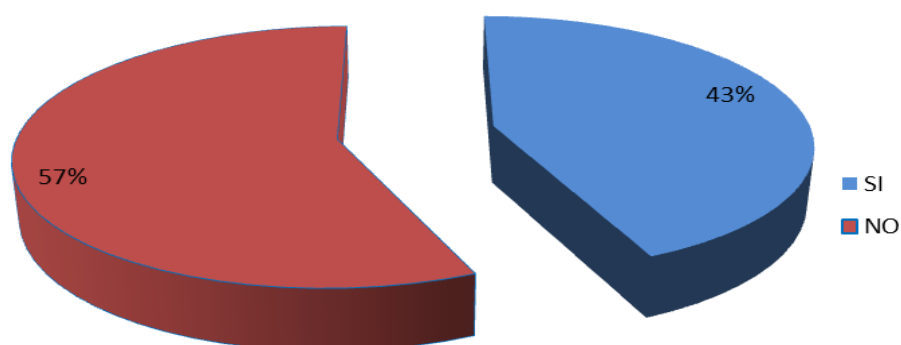


GRÁFICO N° 5.- Efectos psicológicos en las personas por discrepancias por vientre de alquiler.

Análisis e interpretación

El 57% de encuestados han respondido que NO es posible que las personas resulten con efectos psicológicos, ante discrepancias de las partes en un caso de reproducción por vientre de alquiler; por lo que se deduce que estas personas tienen la madurez suficiente para celebrar este tipo contratos; el 43% de médicos y psicólogos indicaron que SI puede haber efectos psicológicos, lo cual es un indicador digno de tomar en cuenta para terapias o procesos de remediación para las partes.

4.1.4. Entrevista realizada al Ab. Jorge Javier Lucio Alcívar Juez de la Unidad Judicial Primera de la Familia, Niñez y Adolescencia de Los Ríos en Quevedo.

- 1. ¿Estaría usted de acuerdo en la legalización de vientres de alquiler con la finalidad de ayudar a cónyuges con problemas de infertilidad o esterilidad?**

Respuesta: Sí previo a la aprobación de la Asamblea

- 2. ¿Tiene conocimiento si en Ecuador se han resuelto casos controvertidos sobre Vientres de Alquiler?**

Respuesta: Aquí en Ecuador no lo sé, pero si se da en otros países y muchos de ellos han sido resueltos por adopción.

- 3. ¿Si una pareja que alquiló un vientre presenta una denuncia por incumplimiento de contrato en la que se comprometía a entrega al bebe recién nacido cómo lo resolvería en respecto a su filiación?**

Respuesta: Me inhibo de conocer el caso

- 4. Mientras se encuentra prestando sus servicios en calidad de Juez, alguna persona o parejas constituidas en matrimonio o unión de hechos estables y monogámicos ¿le han solicitado alguna autorización judicial para alquilar un vientre?**

Respuesta: No, hasta el momento no me han solicitado autorización judicial para estos casos.

En Ecuador los Jueces y Notarios se abstienen de comentarios porque puede causar algún problema en su vida profesional y publica, por lo tanto sus limitaciones nos dan a entender que acá no se trató casos de maternidad subrogada o si se dio, lo podían resolver por adopción.

4.2. Comprobación de la Hipótesis

De la hipótesis planteada “Con la implementación de un literal en el artículo 24 del Código Civil Ecuatoriano, se lograra determinar el derecho de paternidad y maternidad sobre el niño o niña nacido por el método de vientre de alquiler”

Con la investigación realizada, las encuestas y entrevistas planteadas se puede comprobar que existe un vacío legal en la legislación ecuatoriana, no se encontró una Ley que regule o norme la filiación de una persona nacida por el método de vientre de alquiler, así también lo confirman las preguntas realizadas a profesionales de derecho, específicamente la número tres, donde un 88% considera que la Asamblea Nacional debe incorporar a nuestra legislación una regulación de las personas nacidas a través de estos métodos, y de esta manera evitar la clandestinidad, conforme podemos comprobar también en la primera linkografía presentada en esta investigación. De igual manera los médicos, psicólogos y ciudadanía en general opinan que se pueden acarrear problemas sociales la práctica de este tipo de reproducción asistida.

Por lo tanto, analicemos las siguientes preguntas con mayor valor significativo: En la pregunta 3 dirigida a la ciudadanía en general, un 86% respondieron que si acarrearía costo emocional en la madre gestante al momento de cumplir su objetivo, de lo que se deduce que se crean problemas sociales, que también se ve incluido el ámbito jurídico ante una posible solución al caso que se verían involucrados al momento de reclamar la paternidad o maternidad.

En la pregunta 2 dirigida a los profesionales del derecho respondieron el 50% que resolvería un caso en controversia de filiación a favor de la

madre sustituta, es decir que no reconocen el material genético de los contratantes; que si bien es cierto el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador en su Art. 98 dice que la familia biológica está formada por un padre la madre y sus descendientes, en este caso los titulares de derecho sobre el recién nacido serían quienes de forma intencional buscaron tener su propia familia; y al darle la filiación en favor de la gestante, esto ocasiona un problema jurídico ya que reclamarán por el recién nacido la pareja contratante o titular del material genético.

Con la pregunta 5 dirigida a médicos y psicólogos, existe un 43% que están de acuerdo en que las personas involucradas en contrato de vientre de alquiler se ven afectadas psicológicamente ante posibles discrepancias ya que no es fácil llevar un bebe por nueve meses en el vientre sentir sus movimientos, y que al momento del parto deba ser entregado a sus verdaderos padres.

Del amplio análisis realizado respecto a la utilización de vientres de alquiler en Ecuador, se evidencia la falta de normativa legal en las leyes ecuatorianas, y en especial en el Código Civil, por lo que al seguirse dando esta práctica los implicados en estos problemas sociales y jurídicos no tendrán una solución enmarcada en la ley.

Por último sería de gran importancia la reforma al Código Civil Ecuatoriano, específicamente en el Art. 24, que trata sobre la filiación, donde se anexaría un nuevo literal “que regule los derechos derivados del uso de vientre de alquiler”, y de esta manera estaríamos comprobando la hipótesis planteada con lo cual se reconoce los derechos derivados de la utilización de vientres de alquiler en Ecuador conforme el planteamiento del Tema propuesto que es lo que se está vulnerando en los actuales momentos.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones:

1. Revisando casos que se han presentado en los diferentes países donde no se encuentra normado la utilización de vientres de alquiler han resuelto considerando la teoría del interés superior del menor; y en los países que ya se encuentra normado la utilización de vientres de alquiler se resuelve considerando sus propias normativas vigentes.
2. De la información analizada en lo que respecta a los avances de la ciencia en especial la genética, se concluye que actualmente es posible que las parejas infértiles pueden tener sus propios hijos; además en nuestro país ya existen centros especializados en este tipo de reproducción asistida, por lo cual es necesario actualizar del Código Civil ecuatoriano.
3. Los padres contratantes de vientres de alquiler, al momento se encuentra en estado de vulnerabilidad a sus derechos de filiación de hijos provenientes por maternidad subrogada, porque no hay una ley que los ampare, lo que provoca acuerdos en la clandestinidad.
4. La Constitución de la República del Ecuador garantista de los derechos de las personas, reconoce: La Libertad, decisiones libres, salud y vida reproductiva, a decidir cuándo y cuantos hijos tener; por tal razón existe la necesidad de normar la filiación por estos nuevos métodos en el Código Civil Ecuatoriano.

5.2. Recomendaciones

1. A los operadores de justicia ecuatoriana al momento de dictar una sentencia resolutoria sobre controversia en la utilización de vientres de alquiler en nuestro país, se debería tomar en cuenta el derecho comparado y la doctrina con el fin de dar una resolución justa y necesaria a los implicados en estas técnicas de reproducción asistida.
2. Se debe considerar a la familia como la base fundamental de la sociedad, por lo cual se justifica el uso de las técnicas de reproducción asistida en caso de parejas con problemas de infertilidad. Se recomienda que en nuestro país el Derecho vaya a la par con los avances de la ciencia y la ingeniería genética.
3. Hay que tomar en cuenta para el reconocimiento de los derechos derivados de la utilización de vientre de alquiler, que la pareja esté conformada por un hombre y una mujer que mantengan relación de convivencia marital en matrimonio o en unión de hecho, y de esta manera tener bases jurídicas para reclamar sus derechos de paternidad o maternidad cualquiera que sea el caso,
4. Es necesaria la reforma inmediata al Código Civil Ecuatoriano, donde se recomienda agregar un literal que exprese: Por haber nacido bajo el método de maternidad subrogada o vientre de alquiler, dentro de un matrimonio o en un hogar hecho compuesto por un hombre y una mujer, que sean mayores de edad, los mismos que aportaron su material genético con la intención de formar una familia estable. Esto no exime de celebrar actas o contratos que acrediten la convención o acuerdos entre las partes.

CAPITULO VI

LA PROPUESTA

6.1. Título: Reformar el Art. 24 del Código Civil Ecuatoriano, adicionando un literal en la filiación.

6.2. Antecedentes

Desde la antigüedad, la familia es un elemento natural, universal y fundamental en la vida de los seres humanos, a tal punto que es reconocida constitucionalmente, y a través de la declaración universal de los Derechos Humanos, los lazos principales que unen a la familia son la de afinidad derivados de un vínculo matrimonial, Art.37 de la Ley General del Registro Civil Identificación y Cedulación, que en nuestra sociedad solo se permite a personas que mantienen una relación amorosa y sexual exclusiva entre un hombre y una mujer, o de unión de hecho estable y monogámica por un período de tiempo, no menor a dos años conforme lo manifiesta el Art. 222 del Código Civil Ecuatoriano y solemnizada de acuerdo al Artículo 18, numeral 26, de la Ley Notarial Vigente.

A nivel mundial se ha venido realizando la práctica de procreación a través de vientres de alquiler, tal es así que están a la luz pública diez personajes famosos como son: Sofía Vergara, Cecilia Suarez, Michael Jackson, Miguel Bose entre otros, que de forma natural no pudieron ser padres, o no quisieron por cuidar su cuerpo; y que gracias al avance de la ciencia, hoy son muy felices junto a su hijos, muchos de ellos tuvieron gemelos.

En nuestro país Ecuador existe medios de comunicación que publicaron esta práctica médica, a través de vientres de alquiler, y ofertan vientres

por situaciones económicas que están cursando en los actuales momentos, algo que es preocupante dado a la falta de empleo y la necesidad de superarse que tienen las personas, se han llevado a cabo de forma clandestina o ilícita en nuestro país y en varios países que aún no se han preocupado de revisar este avance de la ingeniería genética, tal es así que se han considerado aproximadamente 10 casos que fueron resueltos unos como adopción, en otros se consideró el interés superior del menor, y también por la intención de procrear; éstos Centros especializados solo hay en las grandes ciudades como Guayaquil, Quito, Cuenca; y a nivel Internacional, pero guardan su reserva dado a que en Ecuador, no existe una legislación que prohíba o apruebe este proceso, se puede hacer bajo un contrato privado de arrendamiento.

Se puede aseverar que la práctica ilegal de alquiler de vientre o subrogación materna en Ecuador, es una “realidad observable”¹¹² que motivó mi interés para abordar el tema materia de la presente investigación, con la finalidad de proponer las bases teórico-doctrinarias adecuadas que puedan sustentar la legalización del alquiler de vientre en este país, para proteger el derecho de filiación de los niños sin tener que acudir a un largo y tedioso “juicio de adopción”¹¹³, autorización judicial o reclamación de paternidad a través de juzgados o tribunales de justicia.

¹¹² EHLERS, Carolina. Ver video en youtube.com, primera y segunda parte del reportaje hecho a una madre de alquiler Gabriela Lozano

¹¹³ ZAVALA Egas Jorge. Doctor en Jurisprudencia. Diario Hoy (anexo)

6.3. Justificación

El presente trabajo investigativo me ha llenado de mucho interés ya que existen un sinnúmero de personas con problemas de infertilidad e imposibilidad de ser padres, de tener un hijo con su genética, y no comparten la idea de adoptar que es otro escenario que no podemos dejarlo a la deriva, hay que darles la oportunidad de ser padres a quienes no pudieron de forma biológica o natural, pues para eso existe el avance de la ciencia, además muchas de estas personas están preparadas psicológica y económicamente para traer al mundo un niño o niña que formará parte de su familia, porque siente la necesidad de ser padres, por lo cual estoy segura que le van a dar mucho amor, cuidados, protección y sobre todo una familia que los valore como seres humanos, cosa que no sucede con niños adoptados, hemos visto las noticias que las personas que tienen los hijos de forma tan fácil, no aprecian su verdadero valor, a tal punto que hasta los dejan abandonados en los basureros, los matan, se realizan aborto, les dan mala vida o se desasen de cualquier manera, negándoles lo que conocemos como calidad de vida. Hay que hacer una breve reflexión y ponernos del lado de estas personas que desean tener sus hijos y no pueden por problemas de salud, pero con el avance de la ciencia en cuanto a reproducción asistida se le puede dar un verdadero sentido a su vida.

6.4. Síntesis del Diagnóstico

La presente investigación bajo el tema “derechos derivados de la utilización de vientres de alquiler”, está basada en la doctrina, jurisprudencia, la legislación, la ciencia y la opinión pública, con el único objetivo de aportar bases teóricas doctrinarias para la legalización de los vientres de alquiler y proteger los derechos de los padres contratantes

que tienen hijos a través del método vientre de alquiler, evitando vulnerar los derechos de las personas contratantes por no encontrar una legislación apropiada en Ecuador para poder accionar jurídicamente en caso de ser necesario.

6.5. Objetivos

6.5.1. General

Proteger los derechos derivados de la utilización de vientres de alquiler, en favor de los padres genéticos contratantes y el, o los hijos que nacen mediante esta modalidad de contratación con la propuesta de reformar al código Civil Ecuatoriano Art.24.

6.5.2. Específicos

- Exponer lo complejo que resulta el trámite de adopción;
- Fundamentar las bases jurídicas de la propuesta;
- Agregar un literal al Art. 24 del Código Civil Ecuatoriano, con el fin de que la filiación le corresponda a los padres genéticos o contratantes.

6.6. Descripción de la Propuesta

6.6.1. Desarrollo

La presente propuesta está diseñada en base a las necesidades de las personas que, de una u otra manera no ha sido posible tener su descendencia por problemas de infertilidad, esterilidad, o fisiológicos.

Muchas de estas familias o personas, capacitadas, idóneas, sensibles, comprometidas, con una visión de derechos para aceptar el rol de madres y padres se decidían por el único camino que es la adopción. Quienes están dispuestos a asumir apropiadamente: la crianza, protección, cariño, educación, salud, buen trato, contribuyendo con amor al buen vivir y a la garantía de los derechos del infante. “Los engorrosos trámites para concretar la entrega de un niño han sido el principal obstáculo para que los menores no tengan un hogar que los proteja y les dé el cariño que anhelan”,¹¹⁴ el trámite de adopción no es nada fácil, porque se requiere cumplir una serie de requisitos como son: Fase administrativa, medios de verificación, procedimental, fase judicial, y seguimiento post-adoptivo.

Fase administrativa

Cumplir los requisitos para la Adopción, establecidos en el Código de la Niñez y Adolescencia artículo 159 y 165. La primera etapa, para determinar si el niño o adolescente tiene familia, tanto el MIES, la Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (Dinapen), la Fiscalía y los técnicos de los centros de acogimiento, recabarán la información necesaria y el juez tiene la última palabra en declarará la adoptabilidad previo a juicio de adopción que es la última etapa, según lo explicó el director de adopciones, Guido Quezada.

Medios de verificación

Los postulantes deben reunir 13 ítems, donde toda la documentación debe ser: original o copia notariada, actualizada y presentada ante el

¹¹⁴ Diario La Hora Nacional. Domingo, 12 de Mayo de 2013

Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES). El trámite más largo y burocrático, ha sido la etapa de investigación en la que se determina si existen referentes familiares del niño que va a ser adoptado, hasta el tercer grado de consanguinidad, y el fallo del juez con la resolución de adopción, que determina la situación legal de los infantes

Fase Judicial

Una vez concluida la fase administrativa se inicia con un Juicio de adopción, ante uno de los juzgados competentes en materia de niñez y adolescencia, de acuerdo a lo descrito en el artículo 175 del Código de la Niñez y Adolescencia, procedimiento a través del cual, por sentencia judicial se declara la calidad de hija o hijo y padres adoptivos y se ordena la inscripción en el Registro Civil, de acuerdo al artículo 176 de este mismo cuerpo legal.

Seguimiento post-adoptivo

Durante los dos años subsiguientes a la adopción, los adoptantes nacionales y los niños, niñas y adolescentes adoptados recibirán asesoría y orientación por parte de los profesionales de las Unidades Técnicas, quienes acompañarán el proceso de adaptación y fortalecimiento de los vínculos familiares que crea la adopción, asegurando el ejercicio pleno de los derechos del adoptado.

De ser presentada y aprobada mi propuesta a la Asamblea Nacional, evitaremos la vulneración de derechos derivados de la utilización de vientres de alquiler en Ecuador y tendrán la esperanza de dejar su descendencia.

ASAMBLEA NACIONAL

Considerando:

QUE, El Art. 134 de nuestra Constitución establece: “La iniciativa para presentar proyectos de ley, corresponde:

5.- A las ciudadanas y ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.

QUE, el Art. 136 establece: Los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados a la Presidente o Presidente de la Asamblea Nacional con la suficiente exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían. Si el proyecto no reúne estos requisitos no se tramitará.

QUE, el Art. 138.- Si la presidenta o presidente de la República objeta totalmente el proyecto, la asamblea podrá volverlo a considerar después de un año contado a partir de la fecha de objeción. Transcurrido el plazo la asamblea podrá ratificarlo en un solo debate con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros y lo enviará inmediatamente al Registro Oficial para su publicación. Si la objeción fuera parcial, el Presidente de la República presentara un texto alternativo, que no podrá incluir materias no contempladas en el proyecto, igual restricción observará la Asamblea Nacional en la aprobación de las

modificaciones sugeridas. Si la Asamblea considera pertinente enviará la Ley al Registro Oficial para que ésta sea publicada; pero si la Asamblea no lo considera su objeción en el plazo de 30 días señalados. Se considera que se ha allanado a la propuesta y en este caso el Presidente dispondrá su promulgación y publicación en el Registro oficial para su respectiva aplicación.

QUE: La Asamblea Nacional en pleno uso de sus atribuciones y deberes consagrados en el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador expide lo siguiente: Es deber del Estado “promover el ejercicio de los derechos regidos por los siguientes principios: Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; y estas garantizarán su cumplimiento. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

QUE: Es deber del estado respetar y hacer cumplir el 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.

QUE: Es deber del estado adoptar medidas para que niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

QUE: Es deber del Estado adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. 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.

QUE: Es obligación del Estado impulsar la presente reforma, con el fin de fomentar la figura de paternidad y maternidad responsable, con la visión de garantizar el pleno respeto del derecho a conocer a sus progenitores y hacer cumplir los deberes que tienen los padres para con sus hijos.

QUE: Es obligación del Estado desarrollar el contenido de los derechos de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

RESUELVE REFORMAR:

Agréguese el Art. 24 del Código Civil Ecuatoriano un literal que dirá:

Por haber nacido bajo el método de subrogación materna o vientre de alquiler, de un matrimonio o unión de hecho compuesto por un hombre y una mujer, que sean mayores de edad, los mismos que aportaron su material genético con la intención de formar una familia estable.

Esto no exime de celebrar actas o contratos que acrediten la convención o acuerdos entre las partes.

El texto legal quedará REFORMADO de la siguiente manera:

Código Civil Ecuatoriano

Art. 24.- “Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.”¹¹⁵
- d) Por haber nacido bajo el método de maternidad subrogada o vientre de alquiler, dentro de un matrimonio o en un hogar hecho compuesto por un hombre y una mujer, que sean mayores de edad, los mismos que aportaron su material genético con la intención de formar una familia estable. Esto no exime de celebrar actas o contratos que acrediten la convención o acuerdos entre las partes.

6.6. Beneficiarios

La promulgación de la presente ley beneficiará a todas las personas que se encuentran en estado de necesidad por problemas de gestación (infertilidad y esterilidad), ya que con la reforma de esta ley no incurrirán en algún delito al utilizar este método de reproducción asistida, así como también garantizará los derechos derivados de la utilización de los vientres de alquiler definiendo la paternidad y maternidad y de esta forma

¹¹⁵ Código Civil Ecuatoriano

evitaremos problemas sociales y jurídicos que puedan provenir de contratos o acuerdos entre las partes.

6.7. Impacto Social

Al ejecutarse esta reforma al Código Civil Ecuatoriano, la sociedad entera se sentirá beneficiada por lo que evitaremos los engorrosos trámites de adopción, delimitaremos claramente la responsabilidad que tienen los contratantes y la contratada dentro de un marco jurídico descrito, evitaremos juicios civiles y penales; las personas interesadas con una legislación propia y exclusiva, estarían garantizados y protegidos en sus derechos y obligaciones, realizarían sus acuerdos o contratos al margen de la ley, el beneficio será para ambas partes con asistencia Pública y Legal en los hospitales y clínicas de salud donde se realiza esta práctica de reproducción asistida a través de vientres de alquiler y de esta forma cumplir su objetivo de tener su propia familia.

La sociedad ecuatoriana que hoy resulta afectada con esta falta de normativa legal, mañana serán quienes agradezcan al Estado Ecuatoriano, y especialmente se registrarán en nuestra Constitución garantista de derechos de todos los seres humanos; y el código Civil, que es, el que rige la vida de las personas naturales y jurídicas, específicamente en la reforma al Art. 24, será posible el derecho a ser padre y madre de forma biológicos reconocidos legalmente, a quienes utilizan este nuevo método de reproducción asistida o vientre de alquiler.

BIBLIOGRAFÍA

1. BERNARD, Mainar Rafael. Efectos jurídicos de las Nuevas técnicas de reproducción humana. Caracas. Año 2000.
2. BOSSERT Gustavo. Fecundación Humana Asistida en el Derecho Civil de nuestro tiempo. Editor Astrea. Año 2004.
3. BLAZQUEZ, Fernández Niceto. Biótica y Biotanasia. Madrid – Año 2009
4. BUSTAMANTE Fuentes Colón. Nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Ecuador. Año 2012.
5. BUSTAMANTE Fuentes Colón. Revista Jurídica N°1 pag19 y N°2. Ecuador. Año 2012.
6. CABANELLAS. De Torres Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Año 2006.
7. CALLE, María Vicotria. Corte Constitucional T-968/09. Año 2009.
8. CARBONELL Miguel. Una historia de los derechos fundamentales. México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Año 2005.
9. CARDENAL Joseph Ratzinger Prefecto y Alberto Bovone. Titular de cesarías de Nimidia Secretario. Madrid- Año 2006.
10. CERVANTES Pascual Sonia. Psicóloga, Terapeuta sexual y de pareja. Charla 14 de febrero del año 2014.
11. AMMER, Cristine. La salud de la Mujer de la A a la Z. Chile Marzo-2008.

12. COLORADO, Ana María. Revista Ilustración “Magazine” Editorial Universidad Pontífice Bolivariana – 2010.
13. CORNEJO Chávez, Héctor; “Derecho Familiar Peruano, Editorial Gaceta Jurídica, Décima Edición”. Lima-Perú – 2012.
14. Corte Suprema de Justicia de La Republica-Sala Civil Permanente Sentencia: CASO. Nº 563-2011-LIMA. Año 2011.
15. DE LA TORRE, Vargas Maricrus & Gómez. La Fecundación In vitro y la filiación. Editorial Jurídica de Chile-1993.
16. Diario El Comercio de fecha viernes 20 de abril del 2012. Ver anexo.
17. EMBID Fernando Jurista- Francia. La Maternidad Subrogada o de Alquiler. Sábado, 22 de septiembre de 2012.
18. ESPINOZA Espinoza, Juan. Derecho de las personas.4º ed. GACETA JURÍDICA. Lima – Perú. 2004.
19. IÑIGO, De Miguel Beriain. ¿Existe un derecho a la identidad genética? ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura. CLXXXIV 730 marzo (2008).
20. FARNÓS, Amorós Esther. Consentimiento a la reproducción asistida. Barcelona-2011.
21. GAFO, Javier. Nuevas Técnicas de reproducción humana; Madrid 1986.
22. GAROFALO, Javier, Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida. Madrid Año- 1998

23. HART H.L.A. Conceptos jurídicos de Derecho. Publicado España-1998.
24. LÍGER, Aldás Diego Paúl: Tesis de Propuesta para la regulación jurídica de la maternidad subrogada a través de las técnicas de reproducción asistida en el ecuador. Ecuador. Año 2013.
25. MARÍN Veliz Gustavo Adolfo. El arrendamiento de vientre en Colombia. Primera Edición 2005.
26. MALLMA, soto José Carlos. Estudiante de la Facultad de Derecho y CC.PP de la UNSCH, Miembro Principal de CINDE. Alquiler de Vientre y sus Problemas de Filiación. Año 2007.
27. MEDINA, Graciela y Erades G. Maternidad por otro. Alquiler de útero. España. Año1990.
28. MEDINA Pabón Juan Enrique. Derecho Civil, Derecho de Familia 2da. Edición. Editorial Universidad del Rosario. Año 2010.
29. MIRET, Clara. Estados Unidos. Feria de Reproducción Asistida. 26-02-2014.
30. MORO, Almaraz María de Jesús. Informe español de la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y de la inseminación artificial humanas. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial. Colección. Librería Bosch. Barcelona - España, 1988.
31. MOSQUERA, Vásquez Clara. Derecho y Genoma Humano. 1º Edición Año 1997.
32. RODRÍGUEZ, Yong, Camilo A.; MARTÍNEZ, Muñoz Karol Ximena. El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense.

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXV, núm. 2, Universidad Austral de Chile. Año 2012.

33. RUBIO, Correa Marcial. Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones. Comisión Andina de Juristas. Lima-Perú. Año 1997.
34. RUIZ, Silva Pedro. El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial en la Jurisprudencia Argentina. Editorial Artes Gráficas. Bs.As. Año 2000
35. Sagrada Biblia, antiguo Testamento Génesis Cap. 16, Vers. 2-5. 2000 años A.C.
36. TAME, Nancy. Infertilidad el Dolor secreto, Métodos para revitalizarlo. México. Año 2008.
37. TERAN ACOSTA Guillermo. Maestría en Educación Informática. Como elaborar proyecto de Investigación. Ecuador. Año 2012.
38. TOBAR, Canuz Inés Lourdes. Tesis de grado, Universidad San Carlos de Guatemala, Febrero. Año 2012.
39. ULLOA, Paucarima Héctor Fernando. Vaca Santamaría Johana Alexandra. Tesis Filiación del nacido vivo en un vientre de alquiler. Año 2011.
40. Urbina Lerner Biber. Fertilidad y reproducción asistida. Editorial Médica Panamericana- Caracas-Venezuela. Año 2008.

41. Urnona Lernes Biber. Fertilidad y Reproducción asistida. Editorial Médica Panamericana-Caracas-Venezuela. Año 2008.
42. VALENCIA, Pablo Dr. Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana- Quito. Año 2010.
43. VIDAL MARTÍNEZ .Jaime. La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español Agosto- 1980.
44. ZAVALA Egas Jorge. Doctor en Jurisprudencia. Diario Hoy, sábado 12-julio. Año 2014.

LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

1. Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008.
2. Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador Año 2010
3. Código de la Familia de Ucrania. Año 2010
4. Código Civil de Colombia. Año 2006
5. Código Civil del Estado Federal México

LINKOGRAFIA

- http://www.tvecuador.com/index.php?option=com_reportajes&view=showcanal&id=1422&cid=37&Itemid=27 (aquí esta 2da parte de video de pareja que alquilaron vientre)

- http://www.tvecuador.com/index.php?option=com_reportajes&id=1419&view=showcanal (aquí esta 1ra parte de video de pareja que alquilaron vientre)
- <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Texto-del-Proyecto-de-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf>
- <http://dialogoconelderechoyjurisprudencia.blogspot.com/2012/11/el-vientre-de-alquiler-y-la-filiacion.html>
- <http://embarazoyparto.about.com/bio/Hildara-Araya-99575.htm>
- <http://centrodebioetica.org>.El alquiler de vientre internacional en el proyecto de Código Civil 2012. Argentina
- <http://www.diariopresente.com.mx/section/principal/104257/urge-actualizar-ley-maternidad-subrogada-miguel-carbonell/>
- <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-63.pdf>.
- www.ichrp.org; Campaña por la convención de derechos sexuales y derechos reproductivos.
- youtube.com: videos de Carolina Ehlers

ANEXOS #1

CAUSAS – EFECTOS

EFECTOS

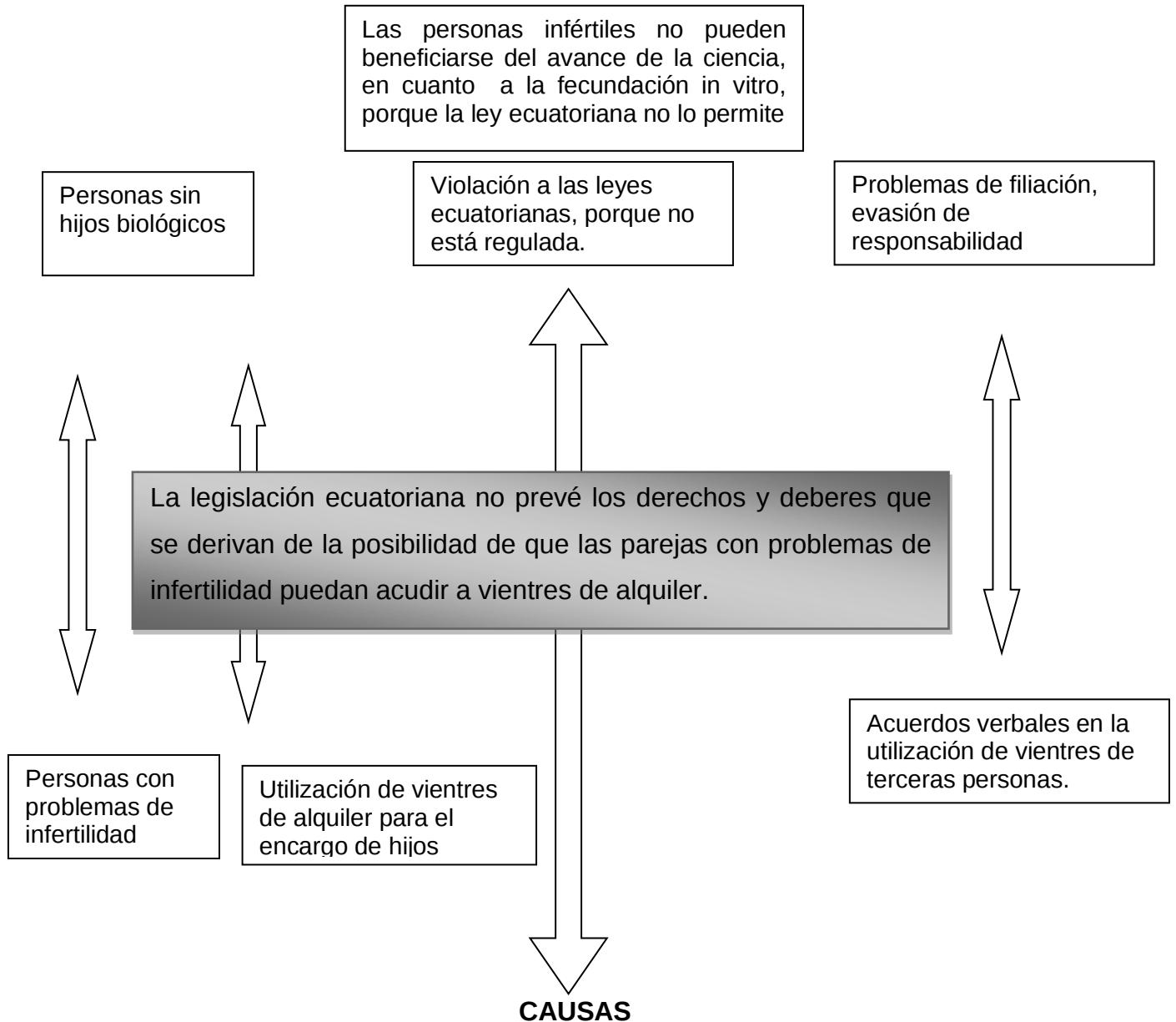


FIGURA N° 1.- Esquema causas y efectos originarios de vientres de alquiler.

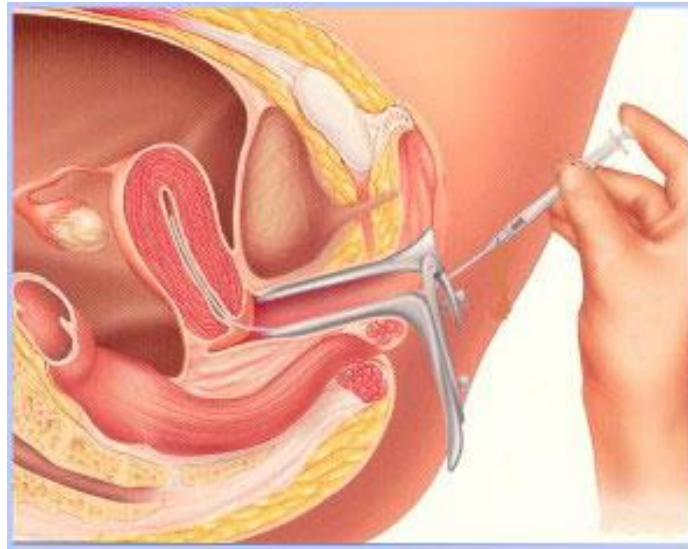


FIGURA N° 2.- Inseminación Artificial



FIGURA N° 3.- Inseminación In Vitro

FIGURAS N° 4.- NOTICIAS DIARIO EL UNIVERSO



Viernes 22 de agosto del 2008

Ricky Martin alquiló un vientre para poder tener hijos

Padre primerizo

El intérprete de Tu recuerdo se alejará de los escenarios para criar a sus hijos, dijo Helga García, presidenta de la firma Perfect Partners.

El cantante puertorriqueño Ricky Martin ha sido padre de gemelos que nacieron el pasado 6 de agosto gracias a un vientre de alquiler, o lo que se conoce en medicina como método de subrogación, informaron sus representantes.

“Los niños, quienes nacieron mediante el método de subrogación, se encuentran en buen estado de salud y bajo el cuidado de su padre”, indicó el comunicado, que no especifica dónde nacieron los niños ni la identidad de la madre.

“Ricky Martin se siente muy orgulloso y feliz de comenzar este nuevo capítulo de su vida como padre y permanecerá el resto del año fuera de los escenarios para dedicarse por completo al cuidado de sus niños”, señaló el comunicado.

La revista puertorriqueña Vea publicará en su edición de mañana un reportaje en el que indica que los gemelos son varones y que se encuentran junto a Ricky Martin, quien ha preferido permanecer en su casa de Fisher Island de Miami (EE.UU.) y mantenerse al cuidado de sus

hijos.

Fuentes allegadas al famoso boricua han revelado que para hacer posible la concepción él contactó a una compañía dedicada a buscar personas que quieren tener hijos utilizando la subrogación.

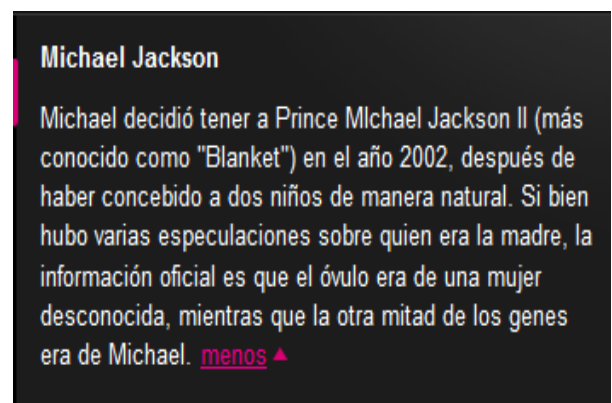
Según Vea, el intérprete de La vida loca, de 36 años, pudo haber pagado 10.000 dólares por un proceso según el cual la madre de los niños no sabe que a sus hijos los criará el artista puertorriqueño.

“Aquí no hubo mamá, ya que fueron concebidos por vientre alquilado, donde la mujer no sabe quién es el padre y el padre jamás ha visto a la mujer. Ricky está fascinado con esta faceta y lo mejor de todo es que es consciente de que siempre va a estar con sus hijos”, dijo la fuente a la revista.

La periodista que escribió el artículo, Damaris Quiñones, aseguró a EFE que de la madre de los gemelos “no se sabe ni la nacionalidad” y que espera que la próxima edición de la revista “será una de las más vendidas”.

En una edición anterior de la revista, Ricky Martin concedió una entrevista a la periodista María Celeste Arrarás, en la que declaró: “Deseo hijos y una vida estable. Que al llegar a mi casa y abra la puerta me tropiece con juguetes y una lluvia de niños”.

Varios medios se preguntan cuándo el ex Menudo mostrará a los gemelos, como lo hizo Angelina Jolie y Jeniffer López. Pero hay un misterio más grande que gira alrededor de Ricky Martin y es sin duda su sexualidad. En varias ocasiones se le ha preguntado sobre dicho tema, pero el artista no desmiente ni afirma si es homosexual.



FIGURAS N° 5.- Famosos que utilizaron vientres de alquiler para ser Padres.



FIGURA N° 6.- Proceso de Implantación.



FIGURA N° 7.- Resultado de la utilización de un vientre de alquiler puede ser uno o pueden ser varios.

IMBABURA
CARCHI
PICHINCHA
ESMERALDAS

EL NORTE

DIARIO REGIONAL INDEPENDIENTE

Jueves 20 DE OCTUBRE DE 2011 | IBARRA, ECUADOR | AÑO 24 N° 8559 | www.elnorte.ec | 32 PAGINAS | PRECIO: USD 0,50

26 IBARRA 20 • Octubre • 2011 EL NORTE www.elnorte.ec CLASIFICADOS

MI Tarjetas de presentación
color ibarra UV. Dos lados 300gr. \$ 30 dólares
091 69 02 40
060 2950 455
publicidad@mi.com.ec

ANTENAS SATELITALES
200 canales, 1 solo pago, equipo con HDMI, USB, graba programadas.
ESTA SEMANA GRATIS INSTALACIÓN
Int. 093 320 262.

DAMAS DE COMPAÑÍA
Damas de compañía prestan servicios para hombres ejecutivos. Comunicarse al
068 261 597.

DE OPORTUNIDAD
Se vende un restaurante en Cotacachi con buena ubicación. Interesados.
Tel. 082 891 333.

EL NORTE
Estimado lector en caso de requerir
EJEMPLARES ANTERIORES puede adquirirlo en nuestra oficina de Planta Central
Flores 11-55 y Rafael Rosales o llamar al 092643873 062956496

NECESITO VIENTRE DE ALQUILER
Mamita que sea menor de 35 años, mínimo que tenga 2 hijos. Se pagará buena remuneración. No importa que esté ligada. Personas interesadas llamar al:
091 221 851.

VENDO
Gimnasio bien equipado en Otavalo.
Tel. 081 862 791
099 055 680.

NECESITO VIENTRE DE ALQUILER
Mamita que sea menor de 35 años, mínimo que tenga 2 hijos. Se pagará buena remuneración. No importa que esté ligada. Personas interesadas llamar al:
091 221 851.

FIGURA N° 8.- Anuncio publicitarios (Necesito Vientre de Alquiler).



FIGURA N° 9.- Noticia Diario Hoy.



FIGURA N° 10.- Noticia Diario Extra.

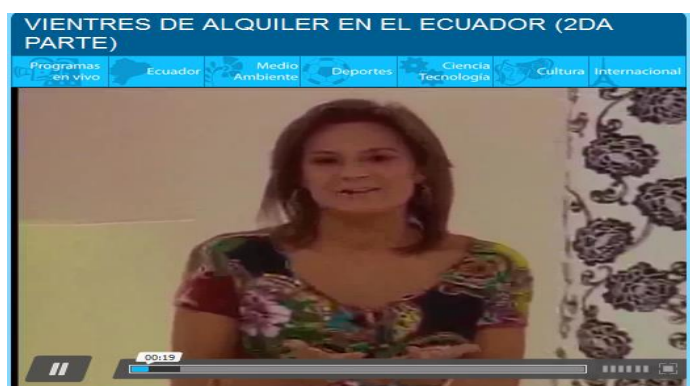


FIGURA N° 11.- Reportaje TV.

Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet

La ley no prohíbe ni castiga esta práctica que involucra a clínicas. El negocio puede alentar el tráfico de menores

Compartir 89 Twitter



Cerca de 1,2 mils. de parejas peruanas en edad reproductiva tienen problemas para tener hijos, según un estudio de la clínica de fertilidad Procrear. (El Comercio)

MARTÍN ACOSTA GONZÁLEZ / @martiacosta

Han pasado seis años desde que María entregó al bebé que dio a luz a una pareja de españoles. Diez meses antes había llegado a un acuerdo con ellos para prestar su vientre a cambio de 15 mil dólares. La joven alumbró a un varón en una clínica de Surco, donde se registró con los nombres de la española que la había contratado. Legalmente, María no era madre del niño. Es más, ni siquiera hay registros de su paso por la clínica.

El niño le fue entregado a la pareja y luego inscrito con documentos falsos. Semanas después, los tres volaban de regreso a Madrid. Del pequeño no sabe nada, y de aquellos 15 mil dólares no queda ahora más que el recuerdo. **"Trato de no pensar en él [bebé], ni sentir culpa. Yo ayudé a esa pareja y ellos me ayudaron a mí"**, confiesa.

En nuestra normativa, el vientre de alquiler o la maternidad subrogada no está prohibida expresamente. La Ley General de Salud establece que toda persona tiene derecho a recurrir a un tratamiento de fertilidad, pero solo si la condición de madre genética y de madre gestante recae sobre la misma mujer. Es decir, se entiende que una tercera persona no podrá participar en la fecundación (donando su óvulo, por ejemplo) o gestar el embrión de una pareja. Sin embargo, el Código Penal no sanciona este tipo de prácticas.

Según varios especialistas, estos vacíos legales permitirían que en estos casos se cometan delitos como la falsificación de documentos, la estafa, el tráfico de menores o las extorsiones.

Pese a ello, decenas de peruanas ofrecen su vientre en alquiler en Internet por montos que **van desde S/.40 mil hasta S/.70 mil**. Además del pago, la pareja contratante acuerda correr con todos los gastos de la madre subrogada durante su gestación (exámenes, ecografías, vitaminas, parto, etc.) y pagarle una pensión durante el embarazo, que usualmente bordea los S/.1.200 al mes.

FIGURA N° 12.- Artículo Martin Acosta González.

El Comercio

POLÍTICA ECONOMÍA OPINIÓN LIMA PERÚ MUNDO TECNO CIENCIAS

Noticias de Vientres de alquiler

LIMA

22.06.14

Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet

La ley no prohíbe ni castiga esta práctica que involucra a clínicas. El negocio puede alentar el tráfico de menores

MUNDO

09.01.14

La historia de la abuela peruana que dará a luz a su nieta

El Comercio se contactó con Julia Navarro, la madre de 58 años que dará a luz el próximo mes a la hija de su hija

MUNDO

09.01.14

Estados Unidos: mujer dará a luz a su propia nieta

Julia Navarro se ofreció como vientre de alquiler para su hija de 32 años, quien sufría abortos naturales

FIGURA N° 13.- Comercio de Vientres por Internet.



FIGURA N° 14.- Fotografías con los encuestados.



FIGURA N° 15.- Fotografías con los encuestados

ANEXOS #2

Guayaquil, 16 de julio de 2012

Señores
INNAIFEST
Ciudad.-

Attn.: Dra. Ivonne Arce,
Dr. Xavier Blum,
Dr. Eduardo Barrera
Dra. Tatiana Puga
& Respetado Staff

Ref.: (Procedimiento ICSI)

Apreciados Doctores & Staff:

Me complace infinitamente, dar el mejor de los testimonios, y profesarles mi profundo agradecimiento hacia todo el Equipo que conforma INNAIFEST, por el profesionalismo, ética y calidad humana que me demostraron desde el primer día, en su centro de fertilidad.

Llegué hasta sus oficinas un buen día en el mes de Abril, y la Dra. Arce supo guiarme de principio a fin, otorgándome toda la información necesaria y el apoyo incondicional durante este largo proceso. El Dr. Xavier Blum, siempre fue muy amable y explícito, por cada una de mis interrogantes, él tenía una respuesta acertada, manejando inmejorablemente la formación de los embriones desde el primer día. El Dr. Eduardo Barrera, estuvo muy presto a disipar cualquier duda que tuviera, y realizó un trabajo formidable en la extracción de los óvulos y Transferencia de los embriones. La Dra. Tatiana, con una amplia sonrisa, colaboró en mi caso y dio respuesta a mis infinitas preguntas y fue ella justamente quien me realizó, la toma de la muestra de sangre, para el examen de la prueba de embarazo. A todo el Staff, en quien encontré una cálida bienvenida y me sentí parte de su familia.

Gracias a Dios y a la ayuda que recibimos de cada uno de ustedes, durante este proceso, hoy, estamos felices y bendecidos, y queremos compartir con vosotros la dicha de este embarazo.

Atentamente,

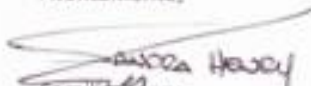

Sandra Henry
Familia Henry

Figura N° 16.- Testimonios de agradecimiento al centro de Reproducción asistida.

MODELO DE DEMANDA PLANTEADA



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

PODER JUDICIAL

Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de La Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional Tribunal Tercero (3°) de Primera Instancia de Juicio 202° y 153°

ASUNTO: AP51-V-2012-008654

DEMANDANTES: LYRRUTH TERESA PÉREZ GUDIÑO y ANTONIO VACCARO D'ANNA, venezolanos, mayores de edad, de este domicilio y titulares de las cédulas de identidad Nros V.-12.073.374 y V.-10.480.673, respectivamente, representados por el Abogado MARCOS USECHE, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 45.724.

DEMANDADA: NEILA JAMILETH BARBOZA HIDALGO, venezolana, mayor de edad, de este domicilio y titular de la cédula de identidad N° V.-11.560.496, debidamente representada por los profesionales del derecho, Abg. JUAN CARLOS GARCÍA ARENAS y VALERI MAYRUT RIESCH MUÑOZ, inscritos en el Inpreabogado bajo los nros. 95.240 y 89.223, respectivamente.

NIÑOS, NIÑAS Y/O ADOLESCENTES: SE OMITEN DATOS CONFORME AL ART. 65 DE LOPNNA. Debidamente representada por la Abg. JAIVIS TORRES, en su carácter de Defensora Pública Décima (10°) del Sistema de Protección del Área Metropolitana de Caracas.

MOTIVO: INQUISICIÓN DE MATERNIDAD.

De conformidad con el artículo 485 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, la ciudadana Juez Provisoria del Tribunal Tercero (3°) de Juicio, Abg. BETILDE ARAQUE GRANADILLO, procede a reproducir el presente fallo en los siguientes términos:

I DE LA DEMANDA

Se inicia el presente procedimiento por demanda incoada en fecha 10 de Mayo de 2012, por los ciudadanos LYRRUTH TERESA PÉREZ GUDIÑO y ANTONIO VACCARO D'ANNA, respectivamente debidamente asistidos por el Abogado MARCOS USECHE, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 45.724, en el escrito libelar los demandantes alegaron, que interponen Demanda de Inquisición de Maternidad, y en consecuencia la Impugnación de la Partida de Nacimiento No. 133 del Libro Cuarto (4) del Registro de Nacimientos del Municipio Baruta del Estado Miranda de fecha 11 de octubre de 2011, contra la ciudadana NEILA JAMILETH BARBOZA HIDALGO, venezolana, mayor de edad, con la cédula de Identidad Número 11.560.496; supuesta madre de la menor según la partida de nacimiento lleva por nombre Carmen María Barboza Hidalgo, por considerarse ser los legítimos padres de la niña antes mencionada por ser ellos los auténticos y únicos padres BIOLÓGICOS; por otra parte señalaron que la accionante, padece una infertilidad primaria con más de 5 años de evolución, siendo tratada y evaluada médica y científicamente por profesionales especializados en fertilidad y ginecología tanto en el país como en el exterior. Después de innumerables evaluaciones tanto en Italia, (Palermo) como en Venezuela, así como de tratamientos médicos clínicos y procedimientos quirúrgicos entre ellos aplicados en el Centro Médico Docente la Trinidad y en Fertilab Unidad de Reproducción (fertilidad) Humana de Venezuela, ubicada en la Clínica el Ávila, en la ciudad de Caracas, en donde fue atendida mediante procedimientos especializados para poder estimular la concepción mediante fertilizaciones in vitro (los cuales fracasaron), y procedimientos quirúrgicos como histeroscopia con laparoscopia para establecer el diagnóstico definitivo de la causa de infertilidad, siendo en consecuencia todos los procedimientos

infructuosos, sin resultados positivos, para poder estimular la fertilidad. Asimismo manifestaron: que todos los tratamientos y procedimientos de evaluación y exámenes, aplicados fueron negativos para poder estimular la fertilidad, originando una decepción y produciendo un impacto emocional, que afectó a la pareja y en consecuencia su matrimonio por la infertilidad que padece la accionante; manifiesta que aun así ella fue sometida a 4 procedimientos de fertilidad complejos sin obtener resultados, cuyo diagnóstico se debe a: Factor tubo peritoneal: síndrome adherencias severo por endometriosis; Factor ovárico: síndrome de ovarios poliquísticos; factor metabólico: hipotiroidismo e hiperinsulinismo; factor uterino: mala calidad endometrial; Factor inmunológico asociado a la endometriosis y factor masculino: oligospermia; tal como lo señaló el informe de la especialista en Fertilidad y Ginecología Endoscópica de la Unidad de Reproducción Humana de Venezuela, Dra. Bethania Aller, el cual hizo forzoso su matrimonio, sin embargo los especialistas le sugirieron buscar las alternativas y de forma voluntaria del procedimiento médico científico útero subrogado (madre cuna) en otra persona (en este caso de un familiar) a los fines de poder ser padres. Por otra lado, acudieron a la consulta indicada por el especialista, acompañada de la ciudadana NEILA JAMILETH BARBOZA HIDALGO, la cual le ofreció voluntariamente a ser el “útero subrogado” a su persona, mediante la cual se procedió a informar a la ciudadana Neila Jamileth Barboza Hidalgo, de todos los riesgos de un embarazo producto de un procedimiento de fertilidad, y al estar de acuerdo se inició todo el procedimiento que conllevó desde la estimulación ovárica a la accionante, la fertilización en el laboratorio del óvulo de la mencionada con el esperma de su cónyuge Antonio Vaccaro, y una vez fertilizados los embriones fueron transferidos a la ciudadana Neila Jamileth Barboza Hidalgo, y en consecuencia a los 14 días de ello la prueba de embarazo dio positiva y se llevó adelante el control del embarazo de Neila Jamileth Barboza Hidalgo; dicha gestación transcurrió sin complicaciones importantes, siendo un hecho cierto el nacimiento el 10 de enero de 2011, de la niña en la Clínica Leopoldo Algerrevere; alega que desde el momento siguiente al parto, mediante el cual fue a través de un procedimiento quirúrgico de cesárea, la niña fue recibida y atendida por madre biológica hasta la presente

fecha, es decir, la ciudadana Neila Jamileth Barboza Hidalgo, tal como había aceptado en ayudar a sus familiares en ser la persona que mediante estos procedimientos subrogó su útero a los fines de que en este caso, padres que sufren de la infertilidad en uno de ellos puedan tener a su hijo y a su vez sean los verdaderos padres biológicos, por lo que accedió a entregar voluntariamente a la niña y de esa forma contribuir a la felicidad de una pareja, que son en este caso la de sus cuñados; destacaron, que desde el nacimiento de la infante, han estado siempre en compañía y atención de ellos que son sus padre biológicos, quienes han ejercido por la vía de los hechos, todos los deberes y derechos que devienen de la patria potestad; reconocen como cierto que es su hija, le dan tal tratamiento y es reconocida como hija de ellos por familiares, amigos y todas las personas que de forma directa o indirecta conocen al matrimonio Vaccaro - Pérez; siendo el hecho cierto también que la ciudadana Neila Jamileth Barboza Hidalgo, ha consentido y aceptado que los accionados son los únicos y verdaderos padres de la niña que aun teniendo por nombre Carmen María Barboza Hidalgo, según la partida de nacimiento que subsidiariamente se impugnara, y es reconocida por todos como SE OMITEN DATOS CONFORME AL ART. 65 DE LOPNNA; que la experticia técnica Heredo-Biológica, como la prueba fundamental y única de la filiación materna y paterna, en consecuencia la legalidad y legitimidad que tiene la madre de fundamentar su acción de inquisición de maternidad a favor de su hija ya que con la prueba heredo-biológica que se ha indicado demuestra que los accionados son los verdaderos padres de la niña; por último solicitaron sea declarado con Lugar la presente demanda de Inquisición de maternidad contra la ciudadana NEILA JAMILETH BARBOZA HIDALGO, solicita sea igualmente declarada la impugnación de la partida de nacimiento.

II LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En fecha 11 de Junio de 2012, se verificó la oportunidad para que tuviera lugar el acto de contestación de la demanda, siendo que la ciudadana NEILA JAMILETH BARBOZA HIDALGO dio contestación de la demanda asistida de su apoderada judicial abogada VALERI RISCH inscrita en el Inpreabogado bajo el N° 89.223, en los siguientes términos: reconoció como cierto y admitió el hecho que se

ofreció voluntariamente a ser el “útero subrogado” de la ciudadana Lyrruth Pérez Gudiño de VaccaroT debido del deseo que los accioantes tenían de procrear un hijo, en virtud del vínculo afín que los une y del apoyo y la solidaridad que se encuentran en los núcleos familiares; señaló también que reconoció como cierto y aceptó que tenía conocimiento de todos los riesgos de un embarazo producto de un procedimiento de fertilidad y que una vez fertilizados los embriones fueron transferidos a su persona, señala que a los 14 días de ello la prueba de embarazo dio positiva se llevó adelante el control del embrazo el cual transcurrió sin complicaciones importantes, siendo un hecho cierto al final el nacimiento el 10 de enero de 2011, de la niña de marras en la Clínica Leopoldo Aguerrevere en la ciudad de Caracas; así mismo reconoció como cierto y aceptó que desde el momento siguiente al parto, el cual fue mediante procedimiento quirúrgico de cesárea, la niña fue recibida y atendida por su madre biológica LYRRUTH PÉREZ GUDIÑO DE VACCARO hasta la presente fecha, es decir, tal y con ella había aceptado en ayudar a sus familiares en ser la persona que mediante estos procedimientos, subrogó su útero a los fines de que en este caso son los padres que sufren de la infertilidad en uno de ellos puedan tener a su hijo y a su vez sean los verdaderos padres biológicos; en consecuencia accedió a entregar voluntariamente a la niña y de esa forma contribuir a la felicidad de una pareja, que en el presente caso son sus cuñados, el matrimonio Vaccaro Pérez, delata que se le presenta y lo que es totalmente cierto, es que desde el nacimiento de la niña, esta ha estado siempre en compañía y atención de sus padre biológicos, quienes han ejercicio por la vía de los hechos, todos los deberes y derechos que devienen de la patria potestad, y ella voluntariamente ha consentido y aceptado el hecho cierto de que los ciudadanos Antonio Vaccaro y Lyrruth Pérez son los únicos y verdaderos padres de la niña.

III DE LAS PRUEBAS

DE LAS PRUEBAS APORTADAS POR LA PARTE ACTORA

Copia Simple del Acta de Matrimonio celebrado entre los ciudadanos LYRRUTH TERESA PÉREZ GUDIÑO y ANTONIO VACCARO D’ANNA, plenamente

identificados en autos, de fecha 09 de julio de 1998, emanada de la Primera Autoridad Civil de la Parroquia El Recreo del Municipio Libertador del Distrito Capital, y posterior rectificación por el Tribunal Tercero en lo Civil, Mercantil y Tránsito de esta Circunscripción Judicial, de fecha 18 de noviembre de 2004, cursante a los folios del 14 al 22, este Tribunal la valora en razón de no haber sido impugnada, teniéndose como fidedigno su contenido, por ser un documento público expedido por un funcionario competente, con arreglo a las leyes y que no ha sido desconocido por la vía de la tacha durante el proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con los artículos 1357 y 1359 del Código Civil Vigente en concordancia con el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil; por lo que le otorga pleno valor probatorio por ser demostrativa la existencia del vínculo matrimonial; y así se declara.

Copia Certificada del Acta de Nacimiento Nro. 133 de la niña SE OMITEN DATOS CONFORME AL ART. 65 DE LOPNNA. En este sentido, este Tribunal la valora solo parcialmente, por ser un documento público expedido por un funcionario competente, con arreglo a las leyes; en concordancia con los artículos 1357 y 1359 del Código Civil Vigente, y el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil; al tratarse del documento sobre el cual versa la Impugnación de Maternidad, quien aquí decide lo valora parcialmente, solo respecto a lo indicado up supra, y así se declara.

Copia simple del Informe de la Unidad de Reproducción Humana de Venezuela, suscrito por la Dra. BETANIA ALLER, Médico especialista en fertilidad y ginecología endoscópica, de fecha 16 de enero de 2012, cursante a los folios del 11 al 13 de las presentes actuaciones, queriendo probar la infertilidad primaria con más de cinco (5) años de evolución y que fue tratada, evaluada médica y científicamente por profesionales especializados de la ciudadana LYRRUTH TERESA PÉREZ GUDIÑO, ya identificada; este Tribunal la valora, de acuerdo al principio de libertad probatoria y conforme a las normas de la libre convicción razonada, en atención a lo previsto en el artículo 450, literal j) y k) de la Ley

Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y por cuanto se evidencia que la accionante fue evaluada médicamente, y así se decide..

PRUEBA HEREDO BIOLÓGICA practicada a los ciudadanos LYRRUTH TERESA PÉREZ GUDIÑO y ANTONIO VACCARO D'ANNA, y a la ciudadana NEILA JAMILETH BARBOZA HIDALGO, como también a la niña SE OMITEN DATOS CONFORME AL ART. 65 DE LOPNNA, dicha experticia fue realizada por la División de Identificación Genética del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C); suscrita por la Antropóloga Herimar Parra, experta del Área de análisis de ADN, la cual data del 06/06/2011; este Tribunal la valora de conformidad con el artículo 504 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de una prueba científica, a la cual se le otorga total valor probatorio, por ser un documento en el cual se evidencia las apreciaciones de los científicos expertos, y hacen plena prueba en los procedimientos relativos a la filiación conforme a lo previsto en el artículo 210 del Código Civil Vigente, al ser demostrativo de la paternidad biológica entre el ciudadano LYRRUTH TERESA PÉREZ GUDIÑO y ANTONIO VACCARO D'ANNA y la niña SE OMITEN DATOS CONFORME AL ART. 65 DE LOPNNA; y así expresamente se establece.

DE LAS PRUEBAS APORTADAS POR LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada hizo valer el mérito favorable de los autos y en especial los instrumentos públicos y privados que corren insertos en el presente expediente que le son beneficiosos a ella; asimismo, alegó e invocó el principio de la comunidad de la prueba de las que promovieron y evacuó su contraparte.

PUNTO PREVIO

Antes de entrar a decidir el fondo del asunto planteado, es importante hacer una breve reseña del tratamiento que se ha dado a la Fertilización in vitro en otras legislaciones, la cual es aceptada mundialmente, pero su aplicación como técnica de reproducción asistida en todas sus variantes, trae graves consecuencias para la humanidad e impone grandes disyuntivas al

ordenamiento legal, al provocar conflictos en las relaciones paterno-filiares y sucesiones, resultando necesario la intervención de la bioética para dar solución científico-legal a estas problemáticas; así pues, la solución que han dado los distintos países, a nivel mundial ante esta disyuntiva la encontramos en el Derecho Comparado; de manera tal que, recurrir a un vientre en alquiler es ilegal en muchos países, como en España, por tal razón cientos de parejas cada año acuden a Estados Unidos a cumplir su deseo de ser padres, donde rentar un útero es totalmente legal.

En este orden de ideas, el Tribunal Supremo de California establece la “teoría de la intención” para establecer la custodia de los bebés nacidos mediante vientres de alquiler, preguntándose: ¿quién es el verdadero interesado en tener un niño?, ¿Tenía deseos de quedarse embarazada la madre de alquiler previo pago de la pareja contratante?

Existen otros dos criterios jurisprudenciales como el de la “madre gestante” por el que se establece que la madre legal es la que da a luz, y el de la “contribución genética”, que considera como madre legal a aquella que aportó el óvulo. (subrayado del Tribunal) conviene destacar que modernamente se admite que madre no es únicamente la que da a luz, ya que el elemento genético puede considerarse determinante en situaciones como la planteada, incluso desde el punto de vista constitucional que da prioridad a la verdad biológica de la filiación; sin embargo, según nuestro Código Civil la mujer que da a luz es considerada la progenitora, según el artículo 197 ajusten; esta afirmación puede ser desvirtuada con base en la verdad genética por parte de la ciudadana LYRRUTH TERESA PÉREZ GUDIÑO, que aportó su óvulo o su carga genética; es así como al impugnarse la maternidad basada en el parto mediante una prueba científica, como es la prueba del ADN, pudo demostrar que la niña nacida es su hija; en este punto debemos , desde la óptica netamente taxativa el asunto estaría resuelto en el artículo 197 del CC, que dispone “la maternidad se determina por el parto”, pero ello dejaría al margen normas inclusive de rango superior como la Constitución e instrumentos internacionales; por tal razón las jurisprudencias y legislaciones más avanzadas del mundo admiten que el principio de la

maternidad cierta basada en el parto, ha quedado sujeta a los supuestos de fertilización artificial; de esta forma, “la gestación” sub-rogada se configura en el caso de autos, donde la parte actora ciudadana LYRRUTH TERESA PÉREZ GUDIÑO, quien dio su ovulo para que fuera implantado en el vientre de su cuñada, la ciudadana NEILA JAMILETH BARBOZA HIDALGO, quien gestó y dio a luz a la niña de autos; es decir, la parte actora es la madre genética porque concedió el ovulo y la cuñada lo gestó en su vientre, dándole a luz; es procedente en derecho, para el caso que nos ocupa, es referirse a “vientre subrogado” o “gestación su-rogada”, porque la maternidad genética subsiste respecto de aquella madre que aportó el ovulo, que en el caso que nos ocupa fue la parte actora;

En conclusión, considera el presente caso de maternidad “sub-rogada”, es válido, en la medida que su objetivo sea ayudar al ser humano a cumplir sus expectativas, pues les brinda la posibilidad de concebir y criar un hijo genéticamente suyo, aunque haya sido gestado en otro vientre.

SENTENCIA.

Este Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley declara: CON LUGAR el juicio por INQUISICIÓN DE MATERNIDAD, de conformidad con los artículos 75, 76, 78 de nuestra carta magna, y los artículos 16, 17, 18, 22, 25, 26, 27 y 28 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los artículos 8 numeral 1, y artículo 9 numeral 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, en concordancia con los artículos 209, 210, 218, 226 y siguientes del Código Civil Vigente, incoado por los ciudadanos LYRRUTH TERESA PÉREZ GUDIÑO y ANTONIO VACCARO D’ANNA, venezolanos, mayores de edad, de este domicilio y titulares de las cédulas de identidad Nos V.-12.073.374 y V.-10.480.673, respectivamente, contra la ciudadana NEILA JAMILETH BARBOZA HIDALGO, venezolana, mayor de edad,

de este domicilio y titular de la cédula de identidad N° V.-11.560.496; y así se decide.

Igualmente dada la naturaleza del fallo se ordena oficiar a las Autoridades Civiles competentes, es decir, a la Oficina de Registro Civil del Municipio Baruta y al Registrador Principal del Estado Miranda, solicitando procedan ANULAR, el Acta de Nacimiento signada bajo el N° 133, Libro Cuarto (4°) de fecha 11 de octubre de 2011, y LEVANTEN una nueva partida de nacimiento en los libros correspondientes, debiéndose indicar primero el apellido del padre y después el de la madre, por lo cual en adelante se entenderá que su nombre es SE OMITEN DATOS CONFORME AL ART. 65 DE LOPNNA. Los funcionarios o funcionarias del Registro Civil deben proceder, sin dilación, a elaborar esta nueva partida de nacimiento en la cual no deben hacer mención alguna del procedimiento de FILIACIÓN o de cualquier otra información o dato, que afecte la confidencialidad de la niña SE OMITEN DATOS CONFORME AL ART. 65 DE LOPNNA, dando cumplimiento a lo establecido en el Artículo 56 (único aparte) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concatenación con el artículo 65 de la Ley Orgánica que rige la materia, así se declara.⁻¹¹⁶

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA CAS. N° 563-2011-LIMA

Lima, 6 de diciembre del 2011.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;

Vista la causa número quinientos sesenta y tres–dos mil once, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo y producida la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

¹¹⁶ <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2013/enero/2461-9-AP51-V-2012-008654-PJ0552013000004.html>

1. MATERIA DE RECURSO:

Se trata del recurso de casación de fojas 663, interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de fojas 1892 de fecha 30/11-2010, que confirma la apela el 15-04-2010 que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada de fojas 90 subsanada a fojas 106; declara a la menor VICTORIA PALOMINO CASTRO, hija de don Giovanni Sansones y de doña Dina Felicitas Palomino Quijano, nacida el 26-12-2006, en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quijano y Giovanni Sansones con Isabel Zenaida Castro Muñoz.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta Sala mediante resolución de fecha 06-07-2011 declaró procedente el recurso de casación, por causal de infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 incisos b) del Código de los niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

3. CONSIDERANDO:

Primero: Que la Adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concorra el asentimiento de su cónyuge, que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.

Segundo.- Que la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuanto dentro del sistema de adopción está contemplado en el Código del Niño y el Adolescente, que establece un proceso administrativo de adopción, donde se declara el estado de abandono Art.248, este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos

Tercero: Establecer si en el caso de autos se ha incurrido en infracción normativa en la demanda interpuesta por Dina Felicitas Palomino Quijano y don Giovanni Sansones, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Victoria Palomino Castro nacida el 26/12/2006 arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan es hija de don Paul Frank Palomino Cordero, sobrino de la Co demandante Dina Felicitas

Palomino Quijano, agregan que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero del 2007 fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente; II) los demandados contestan la demanda precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan; iii) El Juez expidió sentencia declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: Acta de nacimiento acreditando el nacimiento de la niña, siendo su madre biológica doña Isabel Zenaida Castro Muñoz, figurando como padre biológico don Paul Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos, obteniendo como medio probatorio de filiación la partida de nacimiento. b) si bien es cierto que la prueba de ADN se desprende que el demandado Paul Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor sino el demandante Giovanni Sansones, lo es también el Acta de nacimiento constituye documentos públicos que mantienen su eficacia jurídica y pruebas fehacientes de los hechos, al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; e) Ante la duda del sentimiento o no de la madre biológica se tuvo en cuenta el interés superior del menor y el respeto a sus derechos, por tanto al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia y continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento, considera que debería preferirse la última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes estaban acreditadas; la sala Superior confirmó la Sentencia sustentando en los siguientes argumentos: a) que los demandados Paul Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña y ellos voluntariamente lo entregaron a los pre adoptantes a pocos días de nacida renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de la responsabilidad que como padres tenían con su hija; b) A quedado demostrado con informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con sus entorno familiar al vivir con ellos desde su nacimiento; c) Mediante prueba de ADN ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone y posee una doble calidad tanto como padre biológico y como pre adoptante; por cualquiera de las dos vías sería reconocido a su favor; y por ende la niña tiene que seguir gozando de la filiación paterna a que tiene derecho y cuyo naturaleza u origen no podrá ser

mencionado en documento alguno; d) Señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente procreo a la niña aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y por mejorar su situación económica, viajar a Italia con su familia lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto a la niña que iba a engendrar con fines distinto a una maternidad o paternidad. Privilegiando el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre o una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.

CUARTO: La recurrente en su agravio denuncia que no procede la adopción ya que el padre biológico de la menor Giovanni Sansone sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Victoria Palomino Castro es su hija biológica y legal por tanto no procede esta figura de la adopción entre padre biológicos. Se afirma que la accionante es tía del padre demandado y por ende pariente de la niña a ser adoptada; y no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Victoria Palomino Castro

QUINTA: Encontrándose ante un proceso en el que se encuentra involucrado derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente y el respeto a sus derechos consagrados en el Art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes

SEXTA. Que bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que los demandantes y los demandados acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se someterán a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Victoria Palomino Castro para que luego esta sea entregada a los demandantes.

La Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: a) que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los

pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; b) ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; c) que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre - adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; d) se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta de la previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.

ANEXOS #3

MODELO DE CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE O

MATERNIDAD SUBROGADA

PRIMERA: COMPARECIENTES.- En Quevedo, a los días del mes de del dos mil, comparecen al otorgamiento del presente contrato: Por una parte la señora....., a quien en adelante y para efectos del presente instrumento se le denominará **LA ARRENDADORA** (vientre de alquiler); con cédula de ciudadanía N°, de estado civil, domiciliada en y cantón; y por otra parte los convivientes señores:....., con cédula de ciudadanía N°....., de profesión, y, con cédula de ciudadanía N°....., de ocupación....., a quien en adelante se le denominará **LOS ARRENDATARIOS**, los comparecientes son ecuatorianos, mayores de edad, legalmente capaces en derecho para contratar y obligarse, libres y voluntariamente convienen en celebrar el presente contrato.-----

SEGUNDA:- DEL CANON DE ALQUILER:- Los convivientes señores: y, reconocerán por el riesgo que representa este embarazo la suma de **DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA**, un lote de terreno de la superficie de noventa metros cuadrados, ubicado en..... al momento del nacimiento del bebe; más todos los gastos médicos que ocasione este proceso de embarazo, y en caso que este tipo de fecundación llegue a fracasar de igual forma reconocerán DOSCIENTOS DÓLARES AMERICANOS por el gesto de buena fe y voluntad que tiene la señora

TERCERA: COMPROMISO.- La señora, en calidad de madre subrogante se compromete a viajar a la ciudad de a realizarse la fecundación IN VITRO en la Clínica del Dr.; y a realizarse todos los tratamientos médicos que sean necesarios con el fin de evitar los riesgos inherentes a las técnicas de reproducción asistida desde la fecha de celebración del presente contrato hasta el nacimiento del niño o niña, así mismo se compromete a abstenerse de relaciones sexuales desde el

primer día de su ciclo menstrual hasta la transferencia del embrión y confirmación del embarazo; y, a pasar sus últimos cinco meses de embarazo en el domicilio de los contratantes señores con el fin de salvaguarda de la integridad del concebido y de la madre gestante.....

CUARTA: PLAZO.- El presente contrato tiene una duración de UN AÑO dado la circunstancia de tratamiento previo que se requiera para la fecundación IN VITRO y luego la gestación por el lapso de nueve meses que dura el embarazo.-----

QUINTA: RENUNCIA.- La señora, en calidad de madre subrogante, con pleno conocimiento de causa, por sus propios derechos de forma libre y voluntaria reconoce que es un vientre solidario que ella presta a los solicitantes, y renuncia a todo tipo de reclamación de patria potestad o derecho de filiación, desde el momento mismo de la concepción y así mismo a cualquier tipo de contacto con los padres genéticos y/o familiares una vez cumplida su misión.-----

SEXTA: ACEPTACION.- Para constancia y aprobación de lo expuesto, firman el presente contrato por triplicado en la ciudad de Quevedo, a los días del mes de del dos mil

ARRENDADORA

ARRENDATARIOS

(Se mantienen en reserva sus nombres a petición de las partes: Art.66 num.19 ConsE)

GLOSARIO

Altruista.- Es un adjetivo que define a una persona que practica el altruismo, es decir, que es dedicada a los demás. El altruismo también se ve como sinónimo de filantropía y solidaridad.

Capacidad.- Consiste en poder obligar por si misma sin autorización de otra. Art. 1461 del C.C. ecuatoriano.

Contrato.- Acuerdo, generalmente escrito, por el que dos o más partes se comprometen recíprocamente a respetar y cumplir una serie de condiciones.

Controversia.- Es una discrepancia de opinión existente entre las partes activas sobre un asunto, bien sea por desacuerdo, discusión de debate, etc. Las controversias pueden variar en tamaño y forma, desde las suscitadas por el inconformismo particular, pasando por disputas privadas entre dos individuos hasta desacuerdos a gran escala entre sociedades enteras y grandes.

Consentimiento.- Es otro requisito fundamental en el caso de contratos para madres subrogadas en países que cuentan con legislación aprobada.

Daños y Perjuicios.- Constituye uno de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. Ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño.

Delito.- Hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa.

Daño.- Es el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno.

Derecho.- En plural, esta voz posee ante todo acepciones jurídico económicas: como impuesto y como honorarios

Desviaciones sexuales.- Los psicólogos y psiquiatras consideran a las desviaciones sexuales o parafilias como comportamientos sexuales que

caracterizan a un sujeto, el cual requiere de fantasías, objetos o acciones que son extrañas.

Embrión.- En los seres vivos de reproducción sexual, óvulo fecundado en las primeras etapas de su desarrollo.

Esterilidad en el hombre.- Son alteraciones del líquido seminal, trastornos de la glándula pituitaria, anomalías o trastornos testiculares producidos por malformaciones, tumores o tratamientos antitumorales.

Esterilidad en la mujer.- Son lesiones o daños en las trompas de Falopio, producidas por infecciones específicas o en la cavidad abdominal.

Filiación.- Relación de parentesco entre padres e hijos, la ley rige el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paternas filiales.

Fecundación In vitro (FIV).- Se obtiene en el laboratorio y en una placa de cultivo cuando el ovulo y el espermatozoide no pueden encontrarse en el mecanismo natural.

Feto.- Momento en que se ha completado la etapa embrionaria a partir de la semana 8 de embarazo hasta antes de que se produzca el nacimiento, convirtiéndose en un neonato.

Gameto.- Célula reproductora masculina o femenina de un ser vivo.

Inseminación artificial (IA).- Consiste en trasladar el semen previamente recogido de un varón e implantarlo al interior de la vagina o del útero de una mujer.

Jurista.- la persona que estudia el Derecho y que ejerce una profesión jurídica. Por tanto, se denomina así a la persona cuya profesión está relacionada con las leyes o el Derecho en general.

Legisladores.- Un legislador es una persona o un órgano del cual emanan las leyes. Dependerá de la constitución de cada estado la asignación del poder legislativo a uno u otro órgano o persona.

Maternidad subrogada.- 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 otro que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros.

Maternidad genética.- Se obtiene mediante el material genético, en este sentido sería la madre genética aquella que aporta el ovulo para la concesión de un embarazo.

Maternidad biológica.- Está dada por quien lleva al niño en su vientre y lo da a luz, se fija por el hecho del nacimiento o parto.

Maternidad Legal.- Es a quien la ley la atribuye esta calidad.

Perjuicio.- la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo.

Personalidad jurídica.- Se traduce a sujeto de derecho por el hecho del nacimiento. Es la capacidad jurídica siendo esta la aptitud que se tiene según el ordenamiento jurídicamente somos titulares de derechos y deberes.

Presunción.- Consideración o aceptación de una cosa como verdadera o real a partir de ciertas señales o indicios, sin tener certeza completa de ello.

Simulación de parto.- Suposición de parto. La suposición de parto se hacía cuando era muy difícil adoptar a un niño, entonces se presentaba a un niño como de la mujer, simulando que tuvo un parto.

Sistema Jurídico.- Es un conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes en un país sobre lo que es el derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea o debería crear, aplicar, perfeccionar, enseñar y estudiar.

Taxativamente.- expresamente, específicamente, claramente

Vientre.- Cavidad del cuerpo que contiene el estómago y los intestinos.

Sistema mediático.- Sistema de comunicación masivo.