

Nota de aceptación:

Quienes suscriben, en nuestra condición de evaluadores del trabajo de titulación denominado MATERNIDAD SUBROGADA Y NORMAS JURIDICAS, hacemos constar que luego de haber revisado el manuscrito del precitado trabajo, consideramos que reúne las condiciones académicas para continuar con la fase de evaluación correspondiente.

DURAN OCAMPO ARMANDO ROGELIO
0701365637
TUTOR - ESPECIALISTA 1

CAMPOVERDE NIVICELA LUIS JOHAO
0704583111
ESPECIALISTA 2

CORREA CALDERON JOSE EDUARDO
0704778836
ESPECIALISTA 3

Machala, 26 de abril de 2021

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO DIGITAL INSTITUCIONAL

Los que suscriben, BLACIO DIAZ JULEYSI LIZBETH y CEFERINO MENDOZA JORGE EDUARDO, en calidad de autores del siguiente trabajo escrito titulado MATERNIDAD SUBRROGADA Y NORMAS JURIDICAS, otorgan a la Universidad Técnica de Machala, de forma gratuita y no exclusiva, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra, que constituye un trabajo de autoría propia, sobre la cual tienen potestad para otorgar los derechos contenidos en esta licencia.

Los autores declaran que el contenido que se publicará es de carácter académico y se enmarca en las disposiciones definidas por la Universidad Técnica de Machala.

Se autoriza a transformar la obra, únicamente cuando sea necesario, y a realizar las adaptaciones pertinentes para permitir su preservación, distribución y publicación en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad Técnica de Machala.

Los autores como garantes de la autoría de la obra y en relación a la misma, declaran que la universidad se encuentra libre de todo tipo de responsabilidad sobre el contenido de la obra y que asumen la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros de manera exclusiva.

Aceptando esta licencia, se cede a la Universidad Técnica de Machala el derecho exclusivo de archivar, reproducir, convertir, comunicar y/o distribuir la obra mundialmente en formato electrónico y digital a través de su Repositorio Digital Institucional, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico.

Machala, 26 de abril de 2021

BLACIO DIAZ JULEYSI LIZBETH
0706402153

CEFERINO MENDOZA JORGE EDUARDO
0703802199

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

SUBROGATED MATERNITY IN ECUADORIAN LEGISLATION

Jorge E. Ceferino Mendoza¹

jceferino3@utmachala.edu.ec

(<https://orcid.org/0000-0003-0116-8502>)

Juleysi L. Blacio Díaz²

jblacio2@utmachala.edu.ec

(<https://orcid.org/0000-0002-0948-0579>)

Armando Rogelio Durán Ocampo³

(aduran@utmachala.edu.ec)

(<https://orcid.org/0000-0003-0111-0669>)

Resumen

El artículo analiza la legislación ecuatoriana y cómo se abordan los asuntos relacionados con la maternidad subrogada. Se realizó desde un paradigma cualitativo, interpretativo, empleando como métodos y técnicas de investigación propios de las Ciencias Jurídicas el teórico-jurídico, para definir los términos y categorías jurídicas referentes a la maternidad subrogada; el exegético-analítico: para el análisis jurídico de la norma, su interpretación, y verificación de la correspondencia entre la norma jurídica analizada y la realidad. Se identificó que la normativa ecuatoriana actual no contempla la implementación de la maternidad subrogada como práctica legalmente establecida, reconociendo que se realiza en el país desde una postura tradicionalista que atribuye la maternidad a la realización del parto, lo cual no se cumple cuando hay una práctica de maternidad subrogada. Aunque la legislación reconoce el uso de las técnicas de reproducción asistida, no existe un soporte legal de la maternidad subrogada, lo que no detiene la posibilidad de su práctica, sobre todo en parejas que tienen en ella su única posibilidad de descendencia. Se afirma que la legislación debiera propiciar un control más amplio por parte del Estado, quien debe ser garante de los derechos de quienes intervienen en este tipo de acuerdos.

Palabras clave: Maternidad subrogada, estudio documental, soporte legal, tipos de prácticas, investigación.

Abstract.

The article discusses Ecuadorian legislation and how surrogate maternity issues are addressed. It was carried out from a qualitative, interpretative paradigm, using as methods and techniques of research typical of the Legal Sciences the theoretical-legal, to define the terms and legal categories related to surrogate motherhood; exegical-analytical: for the legal analysis of the standard, its interpretation, and verification of the correspondence between the legal norm analyzed and reality. It was identified that the current Ecuadorian legislation does not provide for the implementation of surrogate motherhood as a legally established practice, recognizing that it is carried out in the country from a traditionalist position that attributes motherhood to the realization of childbirth, which is not fulfilled when there is a surrogate maternity practice. Although the legislation recognizes the use of assisted reproduction techniques, there is no legal support for surrogate motherhood, which does not stop the possibility of its practice, especially in couples who have in it their only possibility of offspring. It is stated that legislation should lead to broader control by the

¹ Egresado de la carrera de Derecho, Universidad Técnica de Machala.

² Egresada de la carrera de Derecho, Universidad Técnica de Machala.

³ Profesor de la Carrera de Derecho, Magíster en Investigación Jurídica, Universidad Técnica de Machala, Ecuador

State, which must guarantor of the rights of those involved in such agreements.

Keywords: Surrogate motherhood, documentary study, legal support, types of practices, research.

Introducción

El cuerpo femenino es quien resguarda la perpetuación de la especie humana, desde su capacidad biológica de gestación y alumbramiento de nuevos individuos. De cierto modo puede afirmarse que sin el cuerpo de la mujer la humanidad no fuese hoy testigo de todos los avances que la especie ha logrado en términos de riquezas y avances en todas las áreas de la vida. Esta relación entre la mujer y el origen de la vida humana ha sido diversamente interpretada a través de la historia de la humanidad, pudiendo afirmarse que la maternidad constituye un constructo social (Barrantes y Cubero, 2014).

Los propios Barrantes y Cubero (2014) enfatizan en la maternidad como concepto con un profundo significado histórico cultural y sujeto a continua evolución, como lo están también otros conceptos que se relacionan con él: procreación, crianza, etc.; y tiene que ver con las conductas aprendidas por la mujer sobre su capacidad natural de gestar nueva vida durante su vida en sociedad, por lo que constituye una verdadera construcción sociocultural.

En términos generales uno de los asuntos que más polémica despierta actualmente en relación con la reproducción humana es el de la maternidad subrogada por existir numerosas parejas que presentan dificultades para concebir, según Mendoza, et al, (2019). Ciertamente el alquiler del vientre es un asunto que tiene profundas connotaciones humana, legal y ética, sobre todo se relaciona con el ejercicio de la libertad reproductiva y por eso ha pasado a ser de interés para agrupaciones feministas, religiosas, etc.

Desde el punto de vista humano la maternidad subrogada es una alternativa válida para aquellas parejas que buscan tener descendencia sin conseguirlo, sin embargo, son muchos los fenómenos que pueden estar ligados a su ejercicio y algunos de ellos pueden no estar comprendidos dentro de los límites de la legalidad y la ética, cuando se utiliza con fines de lucro y no como una opción para procrear, sin embargo, prescindir de la maternidad subrogada pudiera ser catastrófico para miles de parejas incapaces de reproducirse que tienen en ella su única opción para tener un hijo propio.

Por todo lo antes descrito, se evidencia la necesidad de precisar a qué se le considera maternidad subrogada y con mayor énfasis ante estas nuevas realidades, pues desde el orden jurídico debería ser una tarea de suma importancia el establecer los derechos que adquieren sobre el niño las mujeres que participan en un proceso de maternidad subrogada.

Ciertamente los avances obtenidos en la biotecnología, han conducido a que se produzca un redimensionamiento de la propia vida, el cual alcanza incluso a su gestación. Esta realidad traspasa fronteras y se instala en el Derecho instalando un cuestionamiento acerca de estas nuevas realidades tecnocientíficas y sociales, las cuales influyen sin lugar a dudas en el entorno jurídico.

En el caso de Ecuador, Orbea (2012, p. 7) ha planteado que la "Maternidad Subrogada Gestacional ha ido más allá de la normativa ecuatoriana y se encuentra actualmente como una práctica ilícita, fuera del control y regulación estatal." Viteri (2019) reconoce que a nivel nacional en Ecuador existen inconsistencias dentro del Derecho como disciplina alrededor del alquiler de vientres o maternidad subrogada. La propia autora reconoce que, en Ecuador, el "derecho nacional se ha mantenido al margen del avance científico lo que resulta inadmisibles frente al hecho que estas técnicas de reproducción humana asistida impactan en la vida humana en sí misma". (p.16).

Rosales (2018) coincide con la idea de la carencia en el espacio ecuatoriano de estudios que se desarrollen dentro del tema de la maternidad subrogada. Ella adelanta una idea que plantea considerar como trabajo al alquiler de vientre y como trabajadora a la mujer que participa como gestante en la práctica de la maternidad subrogada. Esta idea si bien avanzada en este contexto debe romper con una sociedad atada aún en muchos asuntos por lazos patriarcales con profundas raíces religiosas.

Pese a lo planteado, solo en los últimos años se observa un acucioso interés por alentar una definitiva solución al estatus sociojurídico de la maternidad subrogada en la comunidad académica ecuatoriana, sin embargo, la búsqueda bibliográfica identifica que son los trabajos de grado los que más se dirigen a la producción de datos sobre el tema, siendo menos frecuentes las publicaciones en otras fuentes.

En este trabajo se realiza un análisis de la legislación ecuatoriana y cómo se insertan en ella los asuntos relacionados con la maternidad subrogada, describiendo la existencia de variadas formas de enfrentar y legislar la problemática, identificando la situación que acaece en la República del Ecuador con énfasis en aquellas herramientas jurídicas que debieran permitir el enfrentamiento de los problemas que se deriven de estas prácticas y su conveniente regulación. El abordaje de este tema reviste importancia y actualidad, contribuyendo a que se establezca una base referencial para el estudio de tan importante cuestión humana, social y legal.

Metodología (Materiales y métodos)

Para este estudio que se realiza desde un paradigma cualitativo, interpretativo, se han empleado como métodos y técnicas de investigación propios de las Ciencias Jurídicas el teórico-jurídico, para definir los términos y categorías jurídicas referentes a la maternidad subrogada; el exegético-analítico: para el análisis jurídico de la norma, para su interpretación, así como para verificar la correspondencia entre la norma jurídica analizada y la realidad del objeto de estudio; el histórico-lógico para reproducir la trayectoria del desarrollo de la normativa sobre la maternidad subrogada en Ecuador; la revisión de documentos que se utiliza para verificar la veracidad de la información recolectada y el análisis de contenido que será necesario para una correcta interpretación de los fenómenos investigados

Desarrollo

Significado jurídico de la maternidad subrogada

Para entender el significado de la maternidad subrogada, primeramente, deben determinarse sus límites conceptuales, dado que puede ser asociada con diferentes fenómenos como pueden ser la filiación, la reproducción asistida, alquiler de vientre, etc. La bioenciclopedia de Derecho la define como el: "Procedimiento mediante el cual una persona o una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento", Brena (s/a).

De acuerdo con esta sencilla definición se puede entender que para hablar de la maternidad subrogada debe haber dos mujeres, una que adquiere carácter de madre subrogada, pues resulta reemplazada en el proceso de gestación, y la otra como madre subrogante, pues reúne la responsabilidad de la gestación y el parto. De este modo el término maternidad subrogada reemplaza cualquier otra denominación, dado que las reúne a todas.

La maternidad subrogada es un tema que reviste una gran complejidad. Algunos la entienden como una práctica lícita, que debe ser reconocida jurídicamente. Frente a esta postura, los sistemas jurídicos occidentales entienden que las personas, sus cuerpos, órganos y funciones más esenciales, no pueden ser objeto de comercio.

Es cierto que mediante este procedimiento las parejas que no pueden tener hijos lo pueden lograr, sin embargo, excede los límites puesto que una persona sin vínculos conyugales también puede hacer uso del procedimiento, lo que trae como consecuencia añadida que un niño gestado bajo estas condiciones carecería de la ausencia de uno de los progenitores, lo que según Perazzo (2009) afectaría su estabilidad. Es precisamente esta una de las razones que hacen a diferentes organizaciones como la Iglesia Católica rechazar abiertamente su práctica a la cual considera

moralmente ilícita pues "Atenta contra la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana" (Donum Vitae, 1987).

Por otra parte, legalizar la maternidad subrogada entraña el hecho de que el acto de filiación sea mercantilizado, aparejado al hecho de que conduce al niño y a la mujer a una situación de gran vulnerabilidad. En el caso de los niños habidos bajo esta condición no poseen una garantía de protección de sus derechos, los que quedan supeditados a las cláusulas del contrato establecido entre las partes.

Massé (2018) ofrece un conjunto de argumentos presentes en la concertación de la maternidad subrogada, los que tienen que ver con las consecuencias psicológicas para la mujer que entrega su vientre y su fruto y con las decisiones personales implicadas en este acto. Borrajo (2015) opina que por estas características merece un tratamiento distinto al que se le ha dado hasta ahora. Pacheco y García (2018) coinciden en la existencia de un vacío legal alrededor del tema con profundas ramificaciones éticas debido a la connotación social, cultural, etc. del fenómeno.

El contrato de maternidad subrogada

La práctica de cualquiera de las modalidades de maternidad subrogada, con independencia de las normativas existentes para regularla que existan en cada país, debe atender a los derechos de todos los implicados en ella, garantizando el respeto más completo a la dignidad humana. Al propio tiempo les debe proveer de la seguridad jurídica que respalde su participación en este procedimiento.

López (2016) considera que el contrato de maternidad subrogada tiene que ver con el acuerdo entre los interesados en su producto y una mujer que acepta ser inseminada y llevar en su vientre al feto hasta el nacimiento, momento en el que cederá a la otra parte todos los derechos y obligaciones del recién nacido. En correspondencia con lo antes expuesto se entiende que la concertación del acuerdo que regule la realización de este procedimiento reviste una gran importancia. Para la creación de un instrumento que sostenga una práctica de maternidad subrogada, se debe tener en cuenta de qué tipo específico se trata.

Mancero (2019) considera que existen dos criterios fundamentales para clasificar la maternidad subrogada, que a su juicio están vinculados con la existencia de una prestación económica a cambio de ella, lo que la divide en altruista u onerosa, en primer término, o en segundo término, con la procedencia de los gametos que participan en la fecundación, pudiendo ser una maternidad subrogada gestacional, cuando la mujer que gesta al producto no posee otro vínculo con él más allá de su vientre, o una maternidad subrogada tradicional donde además de su vientre entrega uno de sus óvulos para dar origen a la nueva vida.

Este último tipo de maternidad subrogada es altamente compleja y está sujeta a varias objeciones sociales y jurídicas, debido a que por ser la madre la dueña del óvulo, no solo es la madre por nacimiento, sino también por herencia, con lo cual se convierte en la madre "por derecho" del niño concebido y su crianza se convierte así también en su derecho, pudiéndose negar a su entrega una vez nacido. Este nexo biológico puede producir problemas para el reconocimiento de la filiación, por lo que desde el punto de vista jurídico es muy controvertido.

En la actualidad existen notorias diferencias entre países en términos del reconocimiento de la maternidad subrogada. Según Aznar (2017), la subrogación altruista, pero no la onerosa, está permitida, bajo diversas condiciones, en Bélgica, Grecia, Holanda, Reino Unido, Portugal, Australia, Canadá y Nueva Zelanda y algún Estado norteamericano y en Europa, no está sujeta a una regulación legal en Polonia y República Checa. La maternidad subrogada onerosa, en cambio, refiere el propio autor que está legalizada sin restricciones en Georgia, Israel, Ucrania, Rusia y California. Mientras que en Europa está expresamente prohibida en Austria, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Malta, Noruega, España y Suecia.

En cualquiera de los casos, legalmente se precisa del establecimiento de un contrato para la práctica de la maternidad subrogada, el que debe tener una serie de aspectos en cuenta, de modo que se

regule mediante las normas pertinentes la protección de los derechos humanos fundamentales de los implicados con particular hincapié en el objeto de la concepción. Dentro de estos aspectos se hallan:

- La capacidad de los implicados: Guarda relación con la posibilidad de contratar y establecer acuerdos entre las partes participantes (Los contratantes y la mujer que presta su vientre). Todo ello tiene que ver con la capacidad legal y de raciocinio con la cual cuentan para concertar cláusulas que representen los intereses de las partes.
- El consentimiento: Se relaciona con el acuerdo entre las partes para participan en esta práctica de manera libre y voluntaria. García (2019, p. 29) plantea que

El consentimiento en este tipo de contrato debe ser declarado por escrito, con el fin de que no existan ambigüedades. Esto conlleva necesariamente a la creación del requisito adicional de solemnidad, en el sentido de que el consentimiento por las dos partes. Esta regla es aplicable de la misma manera al consentimiento informado que debe dar la mujer gestante para la realización de la técnica reproductiva adecuada, en aras de lograr la concepción y adelantar posteriormente el embarazo

- La existencia de causa lícita: Tiene que ver con la motivación que llevó a las partes a establecer un acuerdo.

Aunque cada contrato sea diferente existen algunos elementos que deben estar incluidos en cualquiera de ellos:

- La determinación del lugar y el momento en que será establecida la inseminación y cómo y dónde será seguido el embarazo.
- El reconocimiento de la legislación vigente bajo cuyo amparo se realiza el procedimiento
- El consentimiento expreso de la mujer que presta su vientre para el proceso de gestación y parto.
- El consentimiento de los contratantes para subvencionar los gastos económicos durante el proceso de gestación y el parto.
- Cláusula condicional: Este es el tipo de cláusulas que busca proteger a las partes de circunstancias o inconvenientes que puedan surgir durante el proceso como puede ser: ocurrencia de actos de descuido como consecuencia de los cuales se dañe al feto, o la negativa a seguir en el proceso una vez iniciado u otras que se determinen en acuerdo al marco legal vigente.

El contrato establecido para un procedimiento de maternidad subrogada puede tener carácter unilateral o bilateral, en dependencia de si son las dos partes o una sola de ellas quien tiene obligaciones con respecto al proceso. Este contrato culmina cuando la madre gestante entrega a los padres al recién nacido, con lo cual queda disuelta la relación jurídica material que le dio origen y el nuevo ser transita de su estado como objeto de derecho hasta el de sujeto de derecho, con todas las prerrogativas de su condición.

La maternidad subrogada desde el punto de vista del ordenamiento jurídico reúne en sí misma una dificultad de origen, relacionada con dos aspectos fundamentales: la determinación de la filiación y la determinación de la identidad del recién nacido. La delimitación de ambos aspectos no puede ser abordada si no es a través de un elemento de gran importancia: el interés superior del niño, el cual resulta de gran significación cuando se tratan los derechos infantiles. La consideración de este interés en las prácticas de maternidad subrogada es doblemente importante porque los niños que participan en este proceso debido a la etapa y características de su desarrollo precisan de una protección especial, de modo que se garantice realmente "todas las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo desarrollo de bienestar posible a niños y niñas" (Valdés, 2017, p. 53)

La maternidad subrogada en la legislación ecuatoriana

Como acto que garantiza la preservación de la especie la reproducción no puede ser violentada en su esencia y merece una atención especial por el Estado en términos que representen un cuidado y respeto a través de las políticas públicas establecidas a tal efecto y en tal sentido, debe trabajar para que se legitimen los procedimientos para la procreación, pues toda persona tiene derecho a tener sus hijos, crear su propia familia; sin embargo, esto no puede lograrse a espaldas de las leyes.

En términos de ley la maternidad subrogada es una problemática que necesita ser abordada atendiendo a sus diferentes aristas, desde el Derecho de familia, por sus implicaciones para la organización de esta importante institución social, el Derecho civil, con temas tales como la paternidad, la maternidad, la identidad personal y el Derecho Constitucional con la protección de los derechos de la familia

En el caso de Ecuador donde se estima por el INEC (2016) que existe entre el 17 y el 20% de infertilidad en la población en edad reproductiva, se precisa una respuesta que no ha podido ser estructurada pues en el ordenamiento jurídico vigente las normas que se relacionan con la maternidad contradicen los propósitos y prácticas de la maternidad subrogada. Muchos son los aspectos que dificultan el tratamiento de este tema. La sociedad ecuatoriana tiene fuertes raíces religiosas extendidas en el tiempo que obligan a tratar con sumo cuidado los aspectos que tienen que ver con la reproducción humana. A la fecha el incipiente movimiento feminista no ha logrado que avance una Ley sobre el aborto ni siquiera en casos de violación.

Pese a esto se estima que hace más de 20 años y contra todo vacío legal, en Ecuador se practica la maternidad subrogada, Mazón (2016). Avilés (2015), plantea que un alquiler de vientre en Ecuador oscila entre los 4000 y los 15 000 dólares. No obstante, lo cierto es que la normativa ecuatoriana no contempla ni regula este tipo de actividad, lo que ha podido incidir en que se cometan vulneraciones y violaciones a los derechos humanos de los que participan en ella.

Antes de hacer referencia a la existencia o no de una normativa legal que proteja a los implicados en los procedimientos de la maternidad subrogada, debe hacerse referencia a algunas de sus características que pueden ser mediadoras en la toma de decisiones apropiadas para su consideración dentro del ordenamiento jurídico.

Uno de los aspectos en los cuales la maternidad subrogada se distancia de una maternidad regular, radica en la cantidad de mujeres que participan en el proceso. Mientras en la maternidad regular la madre es desde el punto de vista genético y de gestación quien posee la filiación sobre el menor producto de su estado, en un proceso de maternidad subrogada interviene más de una mujer, las cuales tienen roles diferentes; de ahí que para delimitar legalmente la filiación se debe contemplar si el sujeto nacido de esta práctica procede de una maternidad genética, gestacional o biológica.

Aunque en este propio estudio se ha reconocido que en los casos en que ha existido un procedimiento de maternidad subrogada, se ha producido un acuerdo voluntario en el cual una de las mujeres ha aceptado llevar en su vientre un hijo que una vez nacido dejará de pertenecerle para ser reconocido como tal por otra mujer. Una vez nacido el niño deberá procederse a su reconocimiento legal.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano coinciden en una misma mujer el carácter de madre biológica y legal. Aunque la maternidad subrogada es una alternativa para aquellas personas que no han podido tener hijos de forma natural, esta no ha sido reconocida dentro de la normativa ecuatoriana que sigue sosteniendo una posición tradicionalista acerca de la concepción y la filiación, desconociendo la cada vez más frecuente práctica de este procedimiento.

Debe reconocerse que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano hay un reconocimiento establecido a los derechos reproductivos, sin embargo, este reconocimiento resulta un tanto limitado al no contemplar otros aspectos como la reproducción asistida, cuya práctica ha sido identificada a nivel internacional. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el Informe de la Conferencia

Internacional sobre población y Desarrollo de El Cairo (ONU, 1994) reconoce dentro de los derechos relacionados con la reproducción, otros que tienen que ver con el derecho individual de tomar decisiones acerca de la reproducción, sin discriminación ni violencia.

Pudiera entonces entenderse que, en el marco de estos derechos reproductivos, los seres humanos pueden hacer uso del derecho a participar en una práctica de maternidad subrogada.

Para hacer el análisis del sustento legal para la maternidad subrogada, existente en la normativa ecuatoriana serán analizados los siguientes documentos:

- a) Constitución de la República del Ecuador
- b) Código Civil de la República de Ecuador
- c) Código de la niñez y la adolescencia
- d) Ley de salud

Como Ley Suprema de la República, la Constitución del Ecuador, reconoce los derechos de los ecuatorianos y dentro de ellos aquellos que son fundamentales como la vida, la salud. En el artículo 45, se establece que se protege la vida desde la concepción, expresando que: "Las 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...".

En el numeral 10 del artículo 66 se reconocen los derechos de libertad de los ciudadanos, y dentro de ello la libertad de elegir en relación con su vida reproductiva: "Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantas hijas e hijos tener." (2008).

Si se analiza el contenido de este artículo puede entenderse que en algunos casos existen parejas que no pueden tener hijos de manera natural y deben utilizar las técnicas de reproducción asistida esto implicaría que no solo se debiera legislar sobre la concepción natural, sino también sobre las restantes formas de reproducción existentes.

En realidad, cuando se analizan algunos de los preceptos establecidos en la Constitución pueden identificarse algunos aspectos que en su esencia se contradicen con la maternidad subrogada, como sucede con el artículo 45 del Capítulo 3, donde se expresa:

Art. 45.- Las 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.... a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

Es evidente que en un caso de maternidad subrogada este derecho del niño a crecer dentro de una estructura familiar, con una identidad que proviene de sus progenitores, pudiese no ser garantizado en el supuesto de que al momento una madre sustituta se niegue a entregar al niño que ha llevado en su vientre y del cual es la madre que gesta más no necesariamente la madre genética pues puede ser otra mujer quien haya prestado un óvulo para el proceso. Puede afirmarse entonces que existe en la normativa ecuatoriana una falta de concordancia entre las normas establecidas y los fines de la maternidad subrogada.

También se reconocen en la Constitución los derechos de la familia y la filiación, respecto a los cuales en el artículo 69 numeral 6 y 7 se plantea que para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.
7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción

del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

Este criterio presente en el anterior articulado garantiza normativamente que no haya un trato diferente para los hijos con dependencia si son o no nacidos dentro del matrimonio, lo que pudiera amparar los derechos de los nacidos producto a la realización de técnicas de reproducción asistida. También la Constitución en su artículo 11, numeral 3 refrenda los derechos reproductivos de los ciudadanos, de conjunto con la posibilidad de que ante una obstrucción a su ejercicio puedan ser legalmente reclamados. Con esto se incluyen estos derechos dentro de los Derechos Humanos, lo que se aviene con los diferentes tratados que a nivel internacional exigen su cumplimiento.

Gracias al pleno ejercicio de estos derechos sexuales y reproductivos una de sus consecuencias puede estar dada en el nacimiento de un nuevo individuo. Desde el Código Civil del 2005, en su artículo 60 se estableció que:

Art. 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás.

Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo.

Según este articulado la existencia legal se inicia con el nacimiento, presumiéndose que si este no se produce no existe, lo que ciertamente pudiera ser objetado desde el punto de vista no sólo ético sino también legal. En la normativa ecuatoriana actual sería considerada como madre la mujer de cuyo parto nació un niño vivo. La aceptación de la maternidad subrogada de ser impugnada jurídicamente por la mujer cuyo material genético dio origen al embarazo puede dar lugar a un conflicto entre filiación e identidad.

Sería deseable que en la legislación no se refiriera como únicos métodos para que se establezca el vínculo jurídico de filiación a la reproducción natural y la adopción. La incorporación de las técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta que actualmente es una práctica cada vez más extendida, es otra de los posibles resultados en la concepción de una persona, haciéndose necesario que se determinen las variantes necesarias para que esta conozca su origen e identidad.

Realizando un análisis de las dificultades en torno a un contrato de vientre de alquiler en Ecuador, Mazón (2016), enfatiza la importancia de que se realicen las modificaciones al Código Civil para que las mujeres que alquilan su vientre, lo hagan bajo un contrato que no permita su indefensión en términos de salud durante el embarazo. Los autores del presente trabajo opinan que las reformas legales para garantizar los derechos de las partes en los procesos de maternidad subrogada deben ser integrales, dado que no solo es ignorado el derecho a la salud. Se precisan reformas estructurales profundas desde una mayor participación del Estado como ente regulatorio.

En el Código de la Niñez y la Adolescencia como sucede en los instrumentos antes analizados solo pueden encontrarse algunas referencias factibles de asociar como sustentos legales a la maternidad subrogada, entre los cuales su reconocimiento del derecho a la vida en el artículo 20, es decisivo:

Art. 20.- Derecho a la vida. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.

A diferencia del Código Civil en este instrumento se reconoce al niño como sujeto de derechos antes de su nacimiento, con lo cual se estaría negando por completo la posibilidad del desarrollo de un proceso de maternidad subrogada. Tan drástico pronunciamiento limita por completo las

posibilidades de descendencia para las parejas que no pueden tener un proceso natural de reproducción. Aunque se preserva el derecho del niño, se infringen los derechos reproductivos de otras personas, lo que también constituye una contradicción en las normas vigentes.

Tal como sucede con el Código Civil, también hay una preocupación por la filiación lo que se recoge en su artículo 22

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.

En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.

El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida.

El cuarto instrumento legal que se analiza es la Ley de Salud, en la cual se presentan dos contenidos fundamentales que guardan alguna relación con la maternidad subrogada: el derecho a tener hijos y el deber de desarrollar una maternidad responsable. Ambos conceptos se desarrollan a través de los siguientes artículos:

Art. 20.- Las políticas y programas de salud sexual y salud reproductiva garantizarán el acceso de hombres y mujeres, incluidos adolescentes, a acciones y servicios de salud que aseguren la equidad de género, con enfoque pluricultural, y contribuirán a erradicar conductas de riesgo, violencia, estigmatización y explotación de la sexualidad.

Art. 23.- Los programas y servicios de planificación familiar, garantizarán el derecho de hombres y mujeres para decidir de manera libre, voluntaria, responsable, autónoma, sin coerción, violencia ni discriminación sobre el número de hijos que puedan procrear, mantener y educar, en igualdad de condiciones, sin necesidad de consentimiento de terceras personas; así como a acceder a la información necesaria para ello.

Pese a que la maternidad bajo cualquier forma en que se lleve a cabo es un problema que atañe al sector sanitario, no es posible encontrar en el Código de Salud referencias a los procesos de maternidad asistida.

Los elementos descritos en los instrumentos legales consultados, permiten afirmar que a pesar de que la maternidad subrogada es una práctica que en la actualidad se emplea cada vez con más frecuencia en las parejas que no pueden tener hijos de forma natural, la legislación vigente, no se ocupa de su tratamiento. A partir de la ignorancia legal de este asunto, aquellos que necesitan recurrir a su utilización deben hacerlo de manera ilegal y posiblemente con mayores riesgos para su salud y en consecuencia para el ejercicio de sus derechos, ocasionando que la población que requiera hacer uso de este método no pueda hacerlo de una manera legal y correcta, lo que hace necesaria una transformación de las leyes actuales.

Conclusiones

La maternidad subrogada ha devenido como una práctica reproductiva que es utilizada para cumplir los deseos de tener descendencia de personas que mediante formas naturales no lo pueden lograr. Pese a que se reconoce que es una práctica activa de reproducción en el país, en la actualidad

dentro de la legislación ecuatoriana no existe una figura jurídica que se encargue de su regulación, del establecimiento de las obligaciones de las partes participantes ni el contrato que entre estas pudiera efectuarse para garantizar la validez de los acuerdos establecidos.

En la legislación ecuatoriana se observa como tendencia una mirada tradicional a la maternidad, la cual se considera principalmente ligada al parto, desconociendo los casos en que mediante técnicas de reproducción asistida una mujer pueda gestar un hijo cuyos genes pertenezcan a otra. Los vacíos legales existentes en la normativa que se halla vigente en Ecuador pueden conducir a que quienes necesitan recurrir al uso de la maternidad subrogada lo hagan de manera ilegal y con mayores riesgos para su salud y en consecuencia para el ejercicio de sus derechos.

Todos estos elementos indican que se hace necesaria una transformación de las leyes actuales que al propio tiempo que eviten las peligrosas prácticas clandestinas, tomen también en cuenta la realidad de muchas parejas que desean disfrutar de la posibilidad de ser padres, estableciendo los criterios legales que puedan regular estas prácticas y sus posibles consecuencias. Para que se produzca una transformación de la normativa jurídica regulatoria de la maternidad subrogada cualquier reforma legal debe ser enfocada con una integralidad que atienda en un sentido amplio los derechos fundamentales de todas las partes implicadas y promuevan profundos cambios estructurales desde una mayor participación del Estado como ente regulatorio

Referencias Bibliográficas:

- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República de Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional
- Avilés, M. J. (2015). *La maternidad subrogada en la legislación comparada, su posible aplicación en Ecuador*. Tesis de Grado. Universidad del Azuay
- Aznar, J. (15 de abril de 2017). Maternidad subrogada. Visión actual. En Maternidad subrogada. Visión actual: <https://www.observatoriobioetica.org/2017/04/maternidadsubrogada-vision-actual/18937>
- Barrantes, K. y Cubero, M. F. (2014). La maternidad como un constructo social determinante en el rol de la feminidad. *Wimb lu, Rev. electrónica de estudiantes* 9(1): 29-42
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/wimblu/article/view/15248/14545>
- Borrajó, E. (2015). La "maternidad subrogada" ¿una técnica de reproducción asistida más? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Año IX, Número 14,
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7180152>
- Brena, I. (s/a). Maternidad subrogada. Enciclopedia de Bio Derecho y Bio ética.
<https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/203>
- Congreso Nacional (2002). Código de la niñez y la adolescencia.
<https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Congreso Nacional (2006). Ley Orgánica de la Salud. (Codificación 2015).
<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/LEY-ORG%C3%81NICA-DE-SALUD4.pdf>
- Congregación para la doctrina de la fe, Instrucción Donum Vitae. Sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación, Roma.
http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_1_9870222_respect-for-human-life_sp.html
- García, C. (2019). *La tipificación del delito 'vientre de alquiler' en el Código Orgánico Integral Penal*. Tesis de Grado. Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos-INEC, (2016) Registro Estadístico de Nacidos Vivos y Defunciones 2016.
https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Poblacion_y_Demografia/Nacimientos_Defunciones/2016/Presentacion_Nacimientos_y_Defunciones_2016.pdf
- López, A. (2016). *Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable?* Tesis de Grado en Enfermería. Universidad de Cantabria.
<https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/8933>
- Mancero, M. V. (2019). *La Maternidad Subrogada desde la perspectiva del Interés Superior y los Derechos Filiativos Involucrados*. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- Massé, M. C. (2018). Reproducción asistida en la historia: la experiencia ética de ser padres. *Revista Iberoamericana de Bioética*, nro. 06, p. 2.13
<https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/8079/7995>
- Mazón, J. A.. (2016). *Ausencia de regulaciones legales en los contratos del vientre de alquiler*. Tesis de Grado. Universidad Central del Ecuador
- Mendoza, Y., Santibáñez, M., Rivero, C., A., Hernández, J. G. y Yap, K. Maternidad subrogada y su impacto en el tema de la infertilidad. *Aten Fam.*;26(4):158-162.
<http://dx.doi.org/10.22201/facmed.14058871p.2019.4.70791>
- Naciones Unidas (1994). Informe de la Conferencia Internacional sobre población y Desarrollo de El Cairo https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf
- Orbea, B. A. (2012). *Derechos contenidos en la maternidad subrogada gestacional*. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Pacheco, V. M. y García, A. (2018). Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>
- Perazzo, G. y Gargiulo, L. (2009) L. Informe Warnock: Revisión y Reflexión a los 25 años de su publicación. *Vida y Ética*; 10(1): 9-25
- Rosales, V. E. (2018). La maternidad subrogada: Propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador. *Law Review*, Vol. 5, nro 1, p. 17, doi:10.18272/lr.v5i1.1221
- Viteri, M. M. (2019). *Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar
- Valdez, C. C (2017) El acceso a algunas técnicas de reproducción asistida: Crónica de una vida anunciada. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, pp.31-4