



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESCUELA DE DERECHO

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA
LEGISLACIÓN COMPARADA, SU POSIBLE
APLICACIÓN EN EL ECUADOR

Trabajo de grado previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales de la Republica

AUTOR:

María José Avilés Padilla

DIRECTOR:

Ab. Juan Carlos Cordero Barzallo

Cuenca-Ecuador

2015

DEDICATORIA.

A Dios, a mis padres que me han dado su apoyo en todo momento, a mi familia que ha sido un pilar fundamental en la consecución de este logro.

AGRADECIMIENTOS

Mi más profundo agradecimiento al Ab. Juan Carlos Cordero Barzallo por su apoyo incondicional en la realización de este trabajo de grado, de igual manera a quiénes formaron parte de mi vida universitaria, a mis amigos, al personal docente y administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay.

Gracias

Índice de Contenidos

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
Índice de Contenidos.....	4
RESUMEN.....	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	10
GENERALIDADES	10
1.1. INFERTILIDAD	11
1.2. ESTERILIDAD.	12
1.3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	13
1.3.1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA)	15
1.3.1.1. Etapas	15
1.3.1.2. Tipos	16
1.3.2. LA FECUNDACIÓN IN VITRO (FV).....	16
1.3.2.1. Etapas	17
1.3.2.2. Tipos	18
1.4. DIFERENCIAS ENTRE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN IN VITRO	20
1.5. DE LOS DONANTES DE ÓVULOS O ESPERMA.	21
1.5.1. Anonimato.....	22
1.6. MATERNIDAD- GENERALIDADES.....	25
1.6.1. MATERNIDAD SUBROGADA	26
1.6.1.1. Tipos de Maternidad dentro de la maternidad subrogada.....	30
1.6.2. TEORÍAS RESPECTO A LA MATERNIDAD LEGAL	31
CAPÍTULO II	35
2.1. LA MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA - NORMAS PERTINENTES.....	35
2.1.1. Constitución de la República del Ecuador	36
2.1.2. Código Civil Ecuatoriano.	38
2.1.3. Código de la Niñez y Adolescencia.....	43
2.1.4. Código de Ética Médica.	45
2.1.6. Ley Orgánica de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células. ..	47

2.2. POSIBILIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR Y LA VALIDEZ DE UN ACUERDO DE ESTA NATURALEZA EN NUESTRO ORDENAMIENTO.....	48
2.2.1. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.....	50
2.2.1.1. DEFINICIÓN DE CONTRATO.....	52
2.2.1.1.1. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS.....	54
2.2.1.1.1.1. Capacidad.....	55
2.2.1.1.1.2. Consentimiento.....	57
2.2.1.1.1.3. Objeto.....	61
2.2.1.1.1.4. La Causa.....	64
2.2.1.1.2. NULIDAD DEL CONTRATO.....	65
CAPÍTULO III.....	67
LEGISLACIÓN SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA EN ALGUNOS PAÍSES.....	67
3.1. ESPAÑA.....	67
3.2. ESTADOS UNIDOS.....	73
3.2.1 California.....	74
3.2.2. New Jersey.....	77
3.3. ARGENTINA.....	80
3.4. COLOMBIA.....	84
CONCLUSIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93

RESUMEN

El presente trabajo es un estudio jurídico de la maternidad subrogada y las nuevas tendencias en la legislación comparada, para esto se revisan el concepto de las técnicas de reproducción asistida, diferencias entre la inseminación artificial y fecundación in vitro, de los donantes de óvulos o espermatozoides, la maternidad subrogada y las teorías respecto a la maternidad legal.

Dentro del segundo capítulo se analiza, la maternidad en la legislación ecuatoriana y el reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, la posibilidad de la maternidad subrogada en el Ecuador y la validez de un acuerdo de esta naturaleza en nuestro ordenamiento siendo fundamental estudiar el contrato.

Finalmente se analiza el tema de la maternidad subrogada desde la óptica de las legislaciones española, argentina, colombiana y norteamericana.

Las técnicas de reproducción asistida, representan un avance dentro del campo de la medicina y estas deben ir a la par con la normativa jurídica, a fin de obtener seguridad jurídica frente a estas tendencias sociales

**TOPIC: SURROGATE MOTHERHOOD UNDER THE COMPARATIVE LAW,
AND ITS POTENTIAL APPLICATION IN ECUADOR**

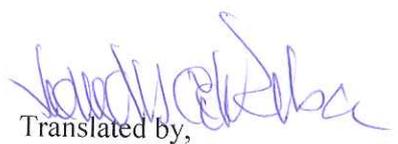
ABSTRACT

This work is a legal study of surrogacy and the new trends in comparative law. In order to conduct this study, we reviewed the concept of assisted reproduction techniques, differences between artificial insemination and in-vitro fertilization, egg or sperm donors, surrogate motherhood, and theories regarding legal maternity.

In the second chapter, we analyze maternity under the Ecuadorian law, as well as the recognition of assisted human reproduction techniques, the possibility of surrogacy in Ecuador, and the validity of this type of agreement in our regulations, becoming essential to study the contract. Finally, we analyzed the issue of surrogate motherhood from the perspective of the Spanish, Argentina, Colombian and North American laws.

Assisted reproduction techniques represent a breakthrough in the field of medicine, and these must go hand in hand with the legal regulations in order to obtain legal certainty in regard to these social trends.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

Los avances dentro de la ciencia y la tecnología permiten actualmente a quienes se encuentran frente a la esterilidad o infertilidad, facilitar el embarazo gracias las técnicas de reproducción humana asistida, dentro las cuales se contemplan a la inseminación artificial (IA) y fecundación in vitro (FIV).

Precisamente debido a la fecundación in vitro, nacen conceptos como la maternidad subrogada que no es más que un acuerdo de voluntades, en el cual una mujer durante nueve meses lleva en su vientre a un niño, y por otro lado esta aquella persona que recibirá al niño una vez cumplido el tiempo de gestación, generalmente a cambio de una compensación económica y excepcionalmente se lo hace de forma altruista. Esta es una figura suplementaria a la adopción, ya que permite ser padres de un niño con genes de la pareja e incluso es un proceso que toma menor tiempo en relación a la adopción.

Hay que tener presente que nuestro Código Civil tiene una posición tradicional respecto a la maternidad ya que se atribuye la calidad de madre por el hecho del parto, entonces bajo el supuesto de una maternidad subrogada se presume en nuestro ordenamiento legalmente que madre es quien da a luz. Mientras que en la maternidad subrogada fundada en un acuerdo de voluntades, se puede tener como madre bien sea a la mujer que propuso esta práctica (madre comitente), a la que llevo el proceso de gestación (madre gestante) o aquella que apporto con su gameto (madre genética). Lo que modificaría el aforismo jurídico “*mater semper certa est.*”.

El tema de la maternidad subrogada no ha sido reglado en Ecuador, sin embargo es tratado y debatido jurídicamente en otros países, en donde incluso las partes a fin de asegurar el cumplimiento de lo acordado hacen constar su voluntad en un contrato.

Ciertamente, al existir un vacío jurídico en nuestro ordenamiento en lo que refiere a la maternidad subrogada y de pretenderse hacer valer un contrato de esta naturaleza, surge la necesidad de revisar los elementos del contrato, a fin de determinar si es aplicable o si tiene validez de acuerdo a nuestra normativa.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

El proceso de concepción de una persona inicia cuando se aporta un gameto masculino y un gameto femenino, a fin de lograr que un espermatozoide fecunde un ovulo en las trompas de falopio y posteriormente el embrión se implante en el útero de la mujer logrando un embarazo, con el propósito que luego de nueve meses ocurra el nacimiento de un nuevo ser. La procreación es uno de los fines dentro de la vida de las personas, sin embargo no es el único. Se puede decir que toda persona es fértil como regla general, pero el anhelo de convertirse en padres puede verse frustrado por causas ajenas a su voluntad, debido a factores físicos o genéticos. Los avances dentro de la medicina ofrecen la oportunidad a quienes se encuentran impedidos de ser padres lograrlo, desarrollando ciertas técnicas que ayudarían a concebir un niño.

Es necesario referirnos cuando estamos ante la dificultad de procrear a dos términos fundamentales dentro de esta tesis , esterilidad o infertilidad, dos conceptos que suelen ser relacionados como sinónimos tal como se lo hace en el Diccionario Real de la Lengua Española (2001) “*Incapacidad del macho para fecundar*” e “*Incapacidad de la hembra para concebir*”, proporcionando una definición incompleta.

Asimismo hay que recalcar que estos términos varían de acuerdo a la literatura, en la española la esterilidad es la dificultad para lograr un embarazo y la infertilidad cuando el embarazo no se puede llevar a término, en tanto que, la literatura inglesa establece una esterilidad e infertilidad irreversible cuando no se puede practicar ningún tratamiento y a la infertilidad cuando puede ser tratada de manera reversible. Por ello, es necesario precisar cuando hablamos de esterilidad e infertilidad ya que existen algunas consideraciones desde el punto de vista de la medicina que permiten a la hora de

presentarse un conflicto de maternidad subrogada, comprender las circunstancias que llevaron a las partes a optar por esta técnica de reproducción humana asistida, pues el derecho no puede ser ajeno a los avances en ciencia médica y más aún frente a este procedimiento que suele ser llevado de manera secreta.

De los casos que llegan a las clínicas en Ecuador, particularmente a la Clínica Sandoval se establece que la tasa de infertilidad conyugal en Ecuador es de un 15%. En cuanto a si esta es más frecuente en el hombre o la mujer, según los datos proporcionados; en la región sierra el 37% se da en el hombre y un 63% en la mujer, en tanto que en la región costa el 41% de los casos de infertilidad se da en el hombre y el 59% en la mujer. Estos datos podrían variar debido a que muchas parejas no reconocen el problema y no acuden a especialistas en el tema.

1.1.INFERTILIDAD

El Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2010) establece a la infertilidad como una *“Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.”*

Se distinguen dos tipos:

- *“Infertilidad Primaria: La pareja consigue la gestación, pero el embarazo no llega a término.*
- *Infertilidad Secundaria: Tras haber logrado un embarazo y parto, la pareja no consigue otro embarazo a término” Iglesias Cortina; Radakoff, Diana. (2009)*

pág.45

Es decir, la infertilidad está relacionada con la imposibilidad de concebir en un lapso de tiempo determinado, pudiendo en una primera fase, no completarse el embarazo a consecuencia de abortos sucesivos; y en una segunda tras haber ya concebido, resulta imposible lograr otro embarazo.

Según la Organización Mundial de la Salud y la Sociedad Europea de Reproducción y Embriología Humana, se debe considerar como tiempo razonable para lograr la concepción, de uno a dos años mínimo, sin dejar de lado aspectos de la pareja y antecedentes que los rodeen.

1.2.ESTERILIDAD.

Según Botella Llusía, Jose; Clavero Núñez, José A. (1993) “*Llamamos esterilidad a la incapacidad para la reproducción, tanto en el varón como en la hembra.*” (pág.987)

Se distinguen dos tipos

- “*Esterilidad primaria: Ausencia de fertilidad desde el inicio de las relaciones sexuales*”, nunca ha habido gestación (ni aborto).
- *Esterilidad secundaria: A partir de un embarazo previo, si transcurren uno o dos años (según el criterio) y no logra un nuevo embarazo*”. Matronas Del Servicio Vasco de Salud, (2006) pág. 74

Por lo tanto la esterilidad no permite conseguir un embarazo. Es primaria cuando no existe posibilidad de fecundar y secundaria cuando luego de una gestación previa, tras un periodo de mantener relaciones sexuales sin métodos anticonceptivos no se logra la concepción. Al igual que en la infertilidad los especialistas recomiendan que se debe realizar un estudio para determinar la esterilidad luego de un año o dos de intentar concebir.

La Organización Mundial de la Salud trata a la infertilidad y esterilidad como enfermedades del sistema reproductivo que pueden presentarse en la mujer como en el hombre, por lo tanto dependiendo de su grado se pueden aplicar distintos tratamientos médicos con el fin de obtener un embarazo mediante la reproducción asistida y sus distintas técnicas.

1.3.TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Es necesario referirse a varias definiciones para una mayor comprensión del tema, entre estas podríamos definir a las técnicas de reproducción asistida como:

“Conjunto de técnicas y de tratamientos médicos o quirúrgicos destinados a conseguir un embarazo en los casos en que por vías naturales no es posible debido a problemas de infertilidad. Entre las técnicas más habituales destaca la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la inducción a la ovulación.”

Medical Dictionary, (2011): Técnicas de Reproducción Asistida.

“Se denominan Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) a todas aquellas técnicas mediante las cuales se trata de aproximar en forma artificial a las gametas femenina (óvulos) y masculina (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Estas técnicas suelen utilizarse cuando los tratamientos médicos o quirúrgicos no están indicados o no han sido exitosos.” Nascentis,

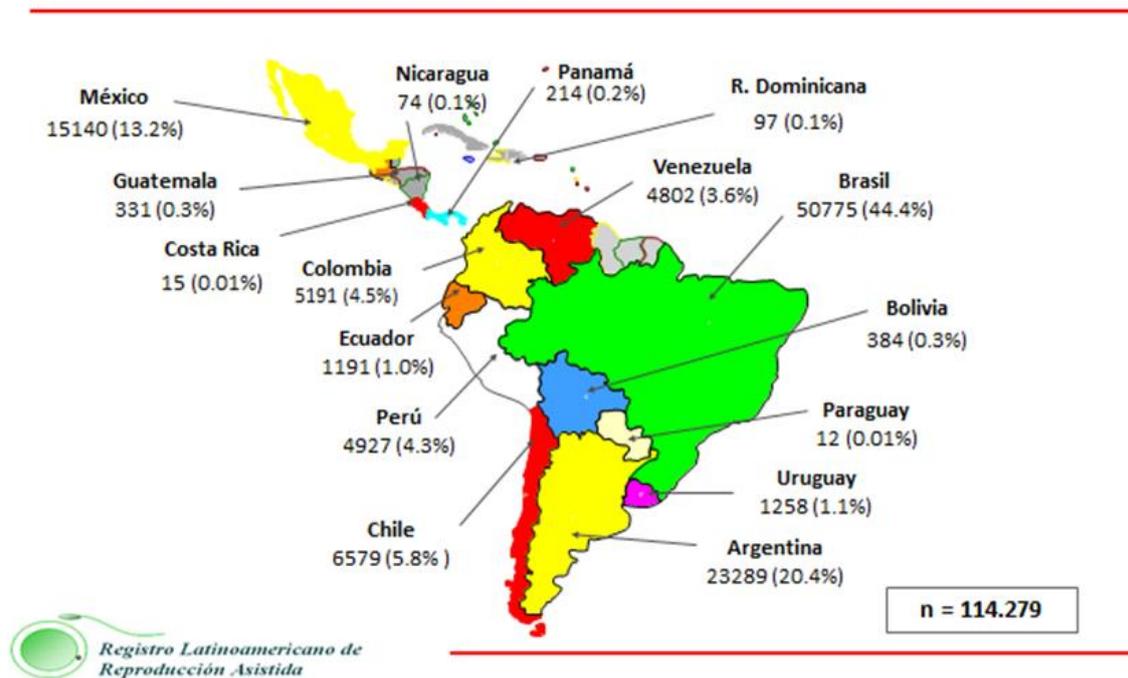
Especialistas en Fertilidad: Técnicas de Reproducción Asistida

De estas definiciones se concluye que, las técnicas de reproducción asistida son el conjunto de métodos médicos, conducidos a facilitar la descendencia de una persona cuando no ha sido posible por medios naturales. Es necesario decir, que no se trata de una reproducción artificial, a pesar de existir la manipulación de gametos, ya que no se

reemplaza por elementos artificiales o no biológicos al organismo femenino o masculino durante la fecundación de un ser con características únicas.

Según datos de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RLA), el número de nacidos por técnicas de reproducción asistida desde 1990 a 2011 gracias a registros facilitados por 145 centros que se encuentran acreditados por esta institución científica es de 114.279 niños, Brasil es el país que reporta mayor uso de estas técnicas de reproducción con un 44.4 %, mientras que en Ecuador alcanza un 1%.

Número de niños nacidos por país RLA, 1990-2011



Entre las técnicas médicas Se distinguen dos grandes grupos, la inseminación artificial (IA) y la fecundación in vitro (FIV), dentro de las cuales existen varias modalidades o tipos.

1.3.1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA)

Consiste en tomar el semen e introducirlo en el cuello uterino de la mujer, con ayuda de un instrumento artificial ya sea una cánula, jeringa o cualquier otro dispositivo a fin de favorecer la fecundación, también se la define como *“la intervención médica para depositar el semen en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero o matriz”* P. Barri, en Junquera de Estafani, Rafael, (1998) pág. 25-3.

La inseminación artificial se aplica tanto en casos de infertilidad masculina como femenina, con el propósito de aproximar al ovulo con el espermatozoide e inducir al embarazo, sin necesidad de mantener una relación sexual. Se realiza cuando los espermatozoides no pueden atravesar el cuello uterino, por problemas de ovulación, esterilidad de causa desconocida, baja cantidad de espermatozoides, cuando la mujer no cuenta con una pareja masculina, entre otras. Es una técnica que se realiza dentro del cuerpo de la mujer.

1.3.1.1. Etapas

El proceso conlleva tres etapas

- **Estimulación de la ovulación**, a través de medicación a fin de que los ovarios puedan producir varios ovocitos.
- **Recolección y preparación (tratamiento) del semen**, con el propósito de tomar los espermatozoides con mayor movilidad y capacitarlo en el laboratorio unas horas antes de la inseminación, para mejorar su calidad.
- **Inseminación Artificial**, en la cual no es preciso colocar anestesia ya que no es un procedimiento doloroso, se introduce el semen en el útero de la mujer, mediante un dispositivo, debiendo la mujer permanecer en reposo unos minutos.

1.3.1.2. Tipos

Para Romo Pizarro, Osvaldo (2000) “*existen dos grandes tipos de inseminación artificial radicalmente diferentes en la problemática que emplean; ellos son: a) Inseminación Artificial con semen del marido (IAM) b) Inseminación Artificial con semen de tercero donante (IAD)*” (pág. 115)

Inseminación Artificial Homologa

Es aquella en donde se realiza la inseminación con el semen del cónyuge, se suele realizar cuando hay impotencia del varón, vaginismo en la mujer, baja movilidad en los espermatozoides, etc. En este caso de inseminación puede surgir la opción de congelar el semen del cónyuge cuando éste se someta a un tratamiento médico-quirúrgico, en donde pueda existir un riesgo en su fertilidad.

Inseminación Artificial Heteróloga

Esta se realiza con semen de un donante, generalmente se utiliza cuando existen motivos irreversibles en el varón como azoospermia (ausencia de espermatozoides en el semen, por razones genéticas, hormonales o debido a radiación), enfermedades contagiosas o cuando la mujer no tiene una pareja masculina y desea ser madre.

1.3.2. LA FECUNDACIÓN IN VITRO (FV)

Junquera de Estafani, Rafael, (1998)

“consiste en tomar los gametos masculinos y femeninos aisladamente, procediendo con posterioridad a realizar la fecundación en el laboratorio para su ulterior transferencia al útero” (pág. 33)

Sanz, Jaime, (2002)

“se obtiene en el laboratorio y en una placa de cultivo cuando el ovulo y el esperma no pueden encontrarse por el mecanismo natural” (pág. 25).

Entonces la fecundación in vitro se realiza dentro de un laboratorio, siendo una técnica que requiere de la manipulación en una placa de cultivo, en la que se lleva a cabo el encuentro del ovulo y el espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer, para posteriormente implantarlo en su útero o en el de una tercera persona.

Esta técnica se ejecuta cuando existe esterilidad masculina o femenina, en casos de endometriosis (existencia de tejido endometrial fuera de la cavidad uterina), malformaciones uterinas, esterilidad de causa desconocida, baja movilidad en los espermatozoides o ya sea porque las técnicas empleadas anteriormente no tuvieron éxito.

Se presentan también en personas que siendo totalmente capaces para concebir, por razones de orden personal no desean llevar el proceso de gestación y buscan a una tercera persona para que desarrolle el embarazo.

1.3.2.1.Etapas

- **Estimulación de la producción de óvulos**, a través de medicación, a fin de obtener ovocitos de buena calidad.
- **Toma de los ovocitos cuando están maduros**, se realiza con la ayuda de una ecografía vaginal a fin de facilitar la observación y extraer los ovocitos de los folículos ováricos, se aplica a la paciente anestesia local.

- **Fertilización en el laboratorio**, se toman los ovocitos y el semen capacitado, los cuales se unen por varias horas en una incubadora a fin de lograr la fertilización y obtener varios embriones.
- **Transferencia de embriones**, en esta etapa la observación a fin de determinar los embriones de mejor calidad, para que se genere la fecundación puede tardar de dos a cinco días, se descartan los más débiles y pueden obtenerse varios embriones. Para evitar embarazos múltiples, se implanta un solo embrión en el útero de la mujer que deberá permanecer en reposo para alcanzar el embarazo.

En el proceso, se presenta la posibilidad de congelar los embriones restantes (preservarlos) de manera que si no da resultado la primera transferencia ya no es necesario reiniciar todas las etapas, o si esta dio resultado, se puede tener un hijo nuevamente por esta técnica.

1.3.2.2. Tipos

Cervantes Villalta, Edgar (2011) *“Se puede hablar de dos tipos de fecundación in vitro: a) Fecundación homologa b) Fecundación Heteróloga”* (pág. 16-17)

Fecundación in Vitro Homologa

Es la fecundación que se realiza con óvulos y semen de la pareja, en casos de obstrucción o daños en las trompas de Falopio y cuando no hay suficiente cantidad de espermatozoides para una inseminación artificial, la transferencia se realiza al útero de la mujer.

- **Fecundación con óvulos propios y semen propio**: puede ocurrir que la mujer no cuente con un útero funcional, pero sus ovarios funcionan, en este caso sus

óvulos y el semen de la pareja, pueden ser depositados en el de útero de una tercera persona.

Fecundación In Vitro Heteróloga

La fecundación se realiza con el ovulo o semen de donantes, también uno de los gametos puede ser de algún miembro de la pareja, se presentan varias posibilidades:

- **Fecundación in vitro con óvulos de donante y semen de la pareja**, se realiza cuando los ovarios no producen óvulos o éstos son de baja calidad, siendo la mujer incapaz de gestar, la transferencia se realiza en el útero de una tercera persona.
- **Fecundación in vitro con óvulos de donante y semen de donante**, cuando existe esterilidad en ambos miembros e incapacidad de gestar, la transferencia se realiza en el útero de una tercera persona.
- **Fecundación in vitro con óvulos propios y semen de donante**, se emplea cuando la inseminación artificial no ha dado resultado con el semen de la pareja. También cuando la madre siendo fértil, es decir está en capacidad de producir óvulos pero no puede gestar, la transferencia del embrión se realiza en el útero de una tercera persona que desarrolla el proceso de gestación.
Se practica además cuando la mujer quiere ser madre soltera, ya que no cuenta con una pareja estable o cuando la inseminación artificial no ha tenido éxito.

Son precisamente estas posibilidades las que dan lugar a lo que se conoce como maternidad subrogada, cuyas implicaciones jurídicas constituyen el tema central de esta tesis y que serán analizadas más adelante.

1.4.DIFERENCIAS ENTRE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN IN VITRO

Si bien ambas son técnicas de reproducción asistida, tienen características que las diferencian entre ellas:

- **En cuanto a la fecundación:**

En la inseminación artificial se realiza la fecundación dentro del cuerpo de la mujer ya que se deposita el semen con ayuda de un dispositivo médico, debiendo darse el embarazo de manera natural.

La fecundación in vitro se realiza fuera del cuerpo de la mujer, esta técnica se practica dentro de un laboratorio con ayuda de una placa de cultivo en donde el ovulo y el espermatozoide se fecundan, para luego transferir el embrión al útero.

- **Por su complejidad:**

La fecundación in vitro es de mayor complejidad ya que deben extraerse los óvulos de la mujer y fecundarlos en el laboratorio. En la inseminación artificial solamente se debe estimular la ovulación en la mujer para la fecundación.

- **Probabilidad:**

Las probabilidades de conseguir un embarazo frente a casos de esterilidad prolongada son más altas con la fecundación in vitro. En tanto que la inseminación artificial se recomienda cuando los pronósticos son más alentadores, en casos donde la búsqueda por ser padres no ha sido prolongada.

- **Costos:**

En Ecuador el costo por un tratamiento de inseminación artificial suele ser \$500 dólares, siendo más accesible en relación a un tratamiento de fecundación in vitro, que dependiendo de su complejidad es de \$4000 a \$5000 dólares.

1.5.DE LOS DONANTES DE ÓVULOS O ESPERMA.

Como se trató anteriormente, tanto la inseminación artificial y la fecundación in vitro pueden realizarse con gametos o embriones que procedan de la pareja o de una tercera persona a la cual se le conoce con el nombre de dador o donante. Para determinar quién puede ser un donante, se aplican los mismos criterios de valoración en ambas técnicas de reproducción asistida, que permiten constatar que se cumplan con ciertos requisitos.

.Según Junquera de Estafani, Rafael, (1998)

“... recurrir a un varón ajeno a la pareja conocido como dador o donante, del que normalmente se exige que cumpla unas determinadas condiciones entre las que suelen encontrarse estas: a) voluntariedad; b) mayoría de edad (sin sobrepasar los treinta años); c) ser informado del destino del semen; d) colaborar con el historial que realice el andrólogo no ocultando ningún dato; e) tener clara conciencia de que no tendrá ningún derecho ni obligación sobre el niño concebido con su semen; f) guardar parecido con el varón de la pareja; g) permanecer en el anonimato para evitar posibles problemas; h) someterse a un estudio andrológico completo.”(pág.38)

Cumplir con estas exigencias, no hacen más que garantizar que el proceso se llevara de manera óptima para lograr el embarazo. En cuanto a la una mujer que dona sus óvulos, se aplican los mismos requerimientos que se enumeraron anteriormente, con sus

respetivas excepciones. Cabe mencionar que todos aquellos que participen del proceso ya sea como donantes o usuarios tienen derecho a ser informados.

Generalmente la donación de gametos se la realiza existiendo de por medio el compromiso de una compensación económica y excepcionalmente de manera altruista, por lo que, en estricto sentido jurídico emplear el término “donación” cuando hay convenio entre las partes de tipo oneroso resultase errado, estaríamos frente a un acuerdo de voluntades, cuyas implicaciones de tipo legal serán analizadas posteriormente.

1.5.1. Anonimato

Cuando una persona proporciona sus gametos existen dos posibilidades, que se conserve o no su identidad, así mismo los médicos que son parte del proceso, deben guardar discreción respecto de los donantes y contar con un registro en donde se encuentren todos los datos de quienes intervinieron.

Alkorta Idiákez, I. (2003) en Líger Aldás, Diego Paúl. *Propuesta para la regulación jurídica de la maternidad subrogada a través de las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador* (2013).

“El anonimato del donante es, pues, una costumbre proveniente de la praxis médica que acabó imponiéndose en el resto de los ámbitos y en la propia administración sanitaria”.

Dentro de las donaciones de gametos se mantienen como pauta el anonimato de los donantes, sin embargo esta práctica puede verse afectada por razones de orden personal cuando un individuo concebido con la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida quiere conocer sus orígenes o por razones de orden legal, seguridad sanitaria y

por la intención de evitar un riesgo en la salud del individuo, surge la necesidad de remitirse a la identidad del donante, atentando su derecho al anonimato. Sin embargo, el anonimato del donante tiene sustento no únicamente en la práctica médica, pues en nuestro ordenamiento legal encontramos algunas normas al respecto.

La Constitución Política de Ecuador en su artículo 66 numeral 20 reconoce “*El derecho a la intimidad personal y familiar.*” (2008)

En el artículo 362 ratifica la privacidad a mantener el secreto sobre una determinada situación

“...Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes...” (2008).

El Artículo 66 del Código de Ética Médica de Ecuador establece el deber a guardar reserva respecto a un procedimiento médico

“El secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la responsabilidad del profesional y la dignidad de la ciencia médica, exigen el secreto. Los médicos tienen el deber de conservar en secreto todo cuanto observen, escuchen o descubran en el ejercicio de profesión” Código de Ética Médica de Ecuador, capítulo IX del secreto profesional, artículo 66, (1992),

Así mismo, el Art 4 de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente señala

“Todo paciente tiene derecho a que la consulta, examen, diagnóstico, discusión, tratamiento y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento

médico a aplicársele, tenga el carácter de confidencial.” Ley de Derechos y Amparo del Paciente de Ecuador, capítulo II, artículo 4, (1995).

Frente al anonimato existen posiciones a favor y en contra. El hecho de mantener el anonimato dentro de un procedimiento que conlleva una técnica de reproducción asistida, ofrece seguridad a quienes recurren a esta práctica, a los donantes y al sujeto concebido, ya que le permiten desarrollarse dentro de un núcleo familiar determinado y sus relaciones no serían complejas.

Por otro lado, el derecho que tiene una persona a conocer sus orígenes, no debe verse afectado por esta técnica, ya que no debe existir ocultamiento sobre sus antecedentes biológicos, más si la persona que fue concebida desea conocerlos. Precisamente el derecho que tiene un individuo a conocer su origen, guarda relación con el derecho a la identidad que se encuentra reconocido y garantizado en los derechos de libertad, el artículo 66 numeral 28 de la Constitución Política del Ecuador establece:

“El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.” (2008).

Este derecho a la identidad, va más allá de conocer la identidad genética en un individuo ya que además le permite desarrollar su personalidad pues es un derecho inherente a la persona humana. Cabe mencionar, que existe la posibilidad de que quién es concebido por una técnica de reproducción asistida, haga valer su derecho a la identidad acudiendo a los tribunales con el propósito de reclamar su verdadera filiación, por lo que no es

apropiado referirse a un anonimato absoluto cuando un individuo proporciona sus gametos.

El declarar procedente o no la acción que podría asistir a un sujeto concebido a través de estas técnicas de reproducción humana asistida, queda a criterio del juez que tenga conocimiento de la causa, debiendo motivar su resolución. De negarse el derecho a la persona a conocer sobre su origen, se podría recurrir a una Acción Constitucional de hábeas data contemplada en la Constitución Política del Ecuador en su artículo 92

“Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.”(2008).

Quedando como siempre a criterio del juez el conceder o no la acción.

1.6.MATERNIDAD- GENERALIDADES

Como resultado del avance de la tecnología, surgen nuevas técnicas a fin de facilitar la concepción, por lo que ya no se mantiene un concepto tradicional de maternidad. El principio de derecho romano *“Mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant “* que establece la maternidad por el hecho del parto y a su vez la paternidad por el matrimonio, sería ineficaz frente a la inseminación artificial o fecundación in vitro, ya que estas técnicas de reproducción asistida, conllevan la participación incluso de terceras personas que ayudaran a la concepción, pudiendo no reunirse la calidad de madre genética y biológica en una sola persona, así como el padre

por el hecho del matrimonio no se reputaría como tal. Por ello es necesario revisar los diferentes sentidos de la palabra maternidad desde un punto de vista gramatical, biológico y jurídico.

En sentido gramatical de acuerdo a el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, (2001) la maternidad es "*Estado o cualidad de madre*", y la palabra madre es "*Hembra que ha parido*". Desde esta perspectiva, una mujer puede ser madre ya sea por adopción o por su naturaleza misma. De otro lado la maternidad es biológica cuando la mujer desarrolla el proceso de gestación con su propio ovulo y por ultimo según el diccionario jurídico de Cabanellas de Torres, Guillermo (2006) la maternidad es la "*Condición de madre. Estado natural o jurídico de la madre.*"(pág.313).

Es decir, la maternidad puede ser entendida como un vínculo natural o jurídico, a partir del cual se determina la correspondiente filiación, que bien puede ser atribuida por condición biológica en una mujer o por ley mediante una resolución judicial como el caso de la adopción.

1.6.1. MATERNIDAD SUBROGADA

En párrafos anteriores nos referimos a las distintas técnicas de reproducción asistida, como son la inseminación artificial y la fecundación in vitro, las cuales vendrían a resolver problemas asociados a la infertilidad y dificultad de llevar un embarazo a término. Sin embargo, se puede presentar dentro de estos procedimientos el hecho de que la mujer no pueda llevar el proceso de gestación y alumbramiento por sí misma, viéndose en la necesidad de recurrir a una tercera persona. Cuando estamos frente a esta situación hablamos de una maternidad subrogada.

Varios han sido quienes han tratado sobre la maternidad subrogado, entre los principales autores tenemos a:

Gómez Sánchez, Y. (1994):

“Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste”
(pág. 136).

Mainar, Rafael Bernard, (2000)

“Debe repararse en la generosa pluralidad de terminología con la que se denominado a esta figura: maternidad subrogada, maternidad por sustitución, gestación de sustitución, maternidad de sustitución, madre de alquiler, madre portadora o, incluso, alquiler de úteros. Entendemos por maternidad subrogada a la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como a madre propia” (pág. 106)

Según Pérez Monge, Marina es:

“como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino).” (pag.259)

En la maternidad subrogada es necesario que concurren varios elementos para determinar su existencia siendo estos:

- **La presencia de una mujer que propone el pacto.**

- **Una mujer que desarrolle el proceso de gestación,**
- **Consentimiento de la madre comitente y gestante.**
- **Debe hacerse la entrega de quien nazca como resultado de la aplicación de una técnica de reproducción asistida.**
- **Presupone la renuncia de los derechos que la madre gestante tenga sobre el nacido.**
- **Puede haber de por medio una compensación económica o realizarse de manera altruista.**

A la maternidad subrogada, se la conoce por distintos nombres como se mencionó anteriormente es una figura que sustituye a la adopción.

Es necesario revisar que se entiende por subrogación:

El diccionario de la Real Academia Española (2001) establece a la palabra subrogado como *"sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona"*

Desde el punto de vista jurídico la subrogación, es una forma de transmitir las obligaciones como es en el caso en donde se sustituye un acreedor por otro con el fin de extinguir un pago.

La subrogación en la maternidad, supone la sustitución de una mujer por otra en donde la maternidad previamente determinada por el parto, se ve afectada por un acuerdo de voluntades.

Causas que dan origen a la maternidad subrogada

El optar por una maternidad subrogada puede deberse a diferentes circunstancias entre ellas podemos encontrar varios presupuestos según Mainar, Rafael Bernard, (2000).

- **Tanto la mujer con el hombre son fértiles, sin embargo la mujer carece de útero o no puede llevar el embarazo hasta el final.** En este caso, ambos aportan sus gametos a fin de llevar a cabo la fecundación in vitro en una tercera persona que presta su útero, teniendo esta que entregar al bebe cuando nazca. Cuando nos encontramos en esta situación, hablamos de una maternidad y paternidad genética por parte de quienes aportan los gametos y una maternidad gestativa de la persona que presta su útero.
- **Se procede a la inseminación artificial, ya que el hombre es fértil y la mujer no,** pues sus óvulos como útero no funcionan. Dentro de esta variante, el ovulo que se aporta bien puede ser de la mujer que llevara el embarazo prestando su útero o de una donante. La paternidad será genética,
- **Cuando se acude a donantes tanto de óvulos como espermatozoides,** al mismo tiempo se busca una tercera persona que presta su útero para luego entregar el niño a la pareja.

Los motivos por la que una pareja acude a estas prácticas pueden ser varios, generalmente quien es la madre subrogante, lo hace por factores físicos o razones de orden personal, ya sea si existe infertilidad o esterilidad o cuando simplemente la motiva criterios personales, como por ejemplo mantener o conservar su figura. La mujer que presta su útero, se ve movida sobre todo por el aspecto económico, sin embargo no se puede descartar que este procedimiento se pueda realizar de manera altruista.

En Ecuador un vientre de alquiler se ofrece desde los \$4.000 hasta \$10.000 dólares, fuera de los gastos médicos que implique el tratamiento, alcanzado hasta un valor de \$15.000 dólares, siendo un valor relativamente bajo en relación a otros países como Estados Unidos en donde se oferta un vientre hasta en \$100.000 dólares. “Vientres de

alquiler en el Ecuador (1ra parte)". *La Televisión*. Gabriela Lozada. Ecuador. 22 de agosto 2010. Televisión.

1.6.1.1. Tipos de Maternidad dentro de la maternidad subrogada

Es importante mencionar que se distinguen varios tipos de maternidad dentro de la maternidad subrogada, según el grado de participación de las partes esta puede ser:

- **Maternidad genética:** Recae sobre aquella mujer que aporta el material genético (óvulo).
- **Maternidad gestativa:** Se le atribuye a la mujer que gesta al niño durante los nueve meses que dura el embarazo, no es madre genética del niño que nace.
- **Maternidad biológica:** Es aquella que abarca las dos anteriores, es decir aportando el óvulo y desarrollando el proceso de gestación.
- **Maternidad legal o jurídica:** Aquella que la ley reconoce como tal.

De lo escrito anteriormente se puede establecer que en la maternidad subrogada pueden intervenir varias personas; la madre comitente siendo aquella que acuerda y propone llevar a cabo este procedimiento quien además puede aportar o no con su óvulo, la madre gestante que alojara al niño durante nueve meses surgiendo la posibilidad de que esta sea también la madre biológica y por último la madre genética, que aporta el ovulo o material genético, contemplándose además dentro de esta maternidad el supuesto de acudir a un banco de donación de gametos.

La posibilidad de que intervengan varias mujeres en el nacimiento de un niño, trastoca la noción tradicional de maternidad que se atribuye por el parto según la normativa ecuatoriana, por esto, se debe identificar plenamente el papel de cada mujer dentro de esta práctica, ya que de suscitarse un conflicto en cuanto a la filiación del niño o en lo

que refiere a la validez de un contrato de maternidad subrogada que se pretenda ejecutar dentro de nuestra legislación, el determinar si se trata de una maternidad genética, gestativa o biológica, así como los elementos y circunstancias que intervinieron en este acuerdo de voluntades, ayudaría a resolver el problema, más si nos encontramos ante la usencia de norma, pues este tipo de maternidad es una práctica que se realiza frecuentemente en nuestro medio de manera reservada.

1.6.2. TEORÍAS RESPECTO A LA MATERNIDAD LEGAL

Cabe mencionar que existe jurisprudencia norteamericana que pretenden establecer la maternidad legal siendo necesario revisar estas hipótesis o teorías.

- **Teoría sobre la intención (Intent-based theory)**

Líger Aldás, Diego Paúl (2013)

”... es por hoy la más discutida por destruir el principio de que madre es la que da a luz y de que la madre siempre es cierta; y toma al elemento volitivo como el parámetro directo para establecer el vínculo jurídico entre los padres e hijos. Entonces, la Maternidad Legal recaerá sobre aquella mujer que posea la intención de procrear y de criar la criatura, denominada “madre comitente” (commissioning mother).”(pág.77)

Esta teoría da un interés primordial a la intención o voluntad de la madre que acuerda y propone llevar a cabo el nacimiento del niño, desplazando así a la madre que aporta el material genético o aquella que lleva el proceso de gestación, es decir si la madre comitente no tuviese el ánimo o voluntad definida por Cabanellas de Torres, Guillermo (2006) como la *“Potencia o facultad de alma que lleva a obrar o a abstenerse.”*, no habría causa para que se lleve un procedimiento de maternidad subrogada. Por lo tanto

debería atribuirse como madre legal a la madre comitente, ya que independientemente de la validez o invalidez de un contrato de gestación las partes consintieron en el mismo.

- **Teoría de contribución genética (Genetic Contribution theory)**

Líger Aldás, Diego Paúl (2013)

“Esta perspectiva considera que la maternidad jurídica le corresponde a aquella mujer que aportó su gameto femenino para la fecundación y posterior formación del embrión; existiendo así preferencia por el elemento genético, el cual según sus defensores, es el que define la identidad de la persona. Además, se señala que en caso de maternidad subrogada en donde existe una pugna por saber quién es la madre; se le deberá atribuir esta calidad a la comitente que aportó su óvulo sobre la sustituta, que solo participó con la gestación.” (pág.79)

El aspecto genético sería el componente determinante de la maternidad legal, ya que de realizarse una prueba de ADN la mujer que aportó el óvulo sería la madre biológica, sin embargo, en el caso de haberse dado una donación de óvulos, la madre podría no ser determinada en razón de su anonimato dejando la teoría este supuesto de lado.

Sin embargo, es clara al establecer que ante la disputa de maternidad entre la madre gestante y la madre que aporta su óvulo, prevalecen los derechos de la madre genética sobre el niño.

- **Teoría de la preferencia de la madre gestante (Gestational Mother preference theory)**

Líger Aldás, Diego Paúl (2013)

“Antes del surgimiento y la evolución de las TRA, la teoría de la preferencia de la madre gestante fue la única concebida en ese entonces para determinar la maternidad legal y ante la falta de regulación jurídica de estos procedimientos médicos de procreación, reza aún en la mayoría de los sistemas jurídicos civiles y de familia de la mayoría de países que continúan considerándola como la única e inobjetable. Este es el caso de nuestro Código civil que no ha llegado a plantearse este conflicto, en el cual sólo es madre la que da a luz, en otras palabras, la mujer que ha gestado al niño durante aproximadamente 9 meses.”(pág.80)

La madre gestante por el hecho del parto se considera como madre legal. Teniendo mayor relevancia el hecho de que la mujer por nueve meses lleva a un niño en su vientre y estaría involucrada tanto física como psíquicamente con este, dejando de lado la posibilidad de que la madre genética como la comitente ejerzan derechos sobre el niño.

- **Teoría sobre el mejor interés del menor (The best interest of the child theory)**

Según Larkey (2003)

“Esta teoría se basa en el bienestar del niño independientemente de la genética y gestación. Toma en consideración factores como la facultad que tienen las personas involucradas para proveer al niño, tanto en el ámbito psicológico, como en el físico. Este estándar le da amplia discreción al Tribunal, que puede tomar en consideración factores como educación, manutención, la felicidad, entre otros. El Tribunal lo que busca es lograr justicia para la criatura.”

Larkey, A. M. (2003), en Líger Aldás, Diego Paúl (2013) (pág.81)

En esta teoría lo indispensable para adquirir la maternidad legal, son las condiciones tanto psicológicas como económicas de quienes se encuentran disputando la maternidad, analizando su entorno a fin de determinar un ambiente idóneo de desarrollo para el niño, se coloca en primer plano al interés del menor respecto de la madre comitente, genética o gestante.

Cabe decir, que precisamente la maternidad subrogada se funda en un acuerdo de voluntades, en el cual la mujer que gesta renuncia a la maternidad que la ley le proporciona, es decir a la maternidad legal. La madre que propuso llevar este procedimiento deberá obtener la calidad de madre del niño a través de un reconocimiento legal.

La normativa ecuatoriana claramente atribuye la calidad de madre biológica y legal en una misma persona, ya que se establece la maternidad por el hecho del alumbramiento, conservándose una posición tradicional respecto a la concepción y filiación. La maternidad subrogada ofrece la posibilidad de convertirse en padres a quien por algún impedimento no pueden serlo de manera natural, sin embargo estos avances dentro de la ciencia médica merecen ser objeto de protección dentro de un ordenamiento legal, puesto que esta práctica es cada vez más usual.

El derecho debe proteger y velar los intereses de quienes se encuentran involucrados dentro de estos procedimientos y adaptarse de acuerdo a los nuevos requerimientos de la sociedad, debe ponderarse los derechos del menor quien es el sujeto principal dentro de estas técnicas por lo que, es necesario revisar estos conceptos a fin de que concuerden con la realidad actual.

CAPÍTULO II

2.1.LA MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA - NORMAS PERTINENTES

En inicio la maternidad y paternidad se encontraban plenamente identificadas por el hecho del matrimonio tal como se consagra en los principios de derecho romano “*pater is est quem nuptiae demonstrant*,” en el cual se entiende que el hijo nacido dentro del matrimonio tiene como padre al marido y “*mater semper certa est*” que establece la maternidad por el hecho del parto. Sin embargo, el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, así como las nuevas realidades sociales traen consigo una serie de modificaciones dentro de los conceptos tradicionales como en el caso de la maternidad y filiación.

Cabe mencionar que nuestro ordenamiento contempla y reconoce los derechos reproductivos, los cuales no necesariamente deben interpretarse en su sentido literal, ya que estos encierran otros aspectos, tal como se estableció en el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo que se realizó en el Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, en su párrafo 7.3

“...los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y

el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.”

Se podría decir que los derechos reproductivos se encuentran inmersos dentro de los derechos humanos, los cuales son reconocidos por los diferentes Estados ya sea en instrumentos internacionales o en su propio marco legal. Esto permite a los individuos, el cuidar de su salud sexual y reproductiva a través de derechos que efectivicen el acceso a la información y medios necesarios para ello.

Desde este punto de vista, un individuo en virtud de sus derechos reproductivos bien puede hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, entre estas la maternidad subrogada, la cual permite a quien no puede tener descendencia de manea natural lograrlo, convirtiéndose las técnicas de reproducción asistida en una manifestación del derecho a procrear. Sin embargo, la procreación a través de las técnicas de reproducción asistida se ve limitada por cuestiones de orden público, lo cual será analizado en puntos posteriores.

2.1.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador es la norma fundamental dentro del territorio ecuatoriano, en esta se establece y reconocen los derechos de los ecuatorianos al vivir en un Estado democrático. En lo que refiere a nuestro interés, la reproducción humana es ampliamente protegida dentro de algunos derechos, como la vida, salud, familia y otros bajo los principios de igualdad y libertad.

En el artículo 45, claramente se establece que se protege la vida desde la concepción.

“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 relación a los derechos de libertad el artículo 66 numeral 10 señala:

“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).

De la lectura de este artículo, se puede desprender la posibilidad de que todas las personas puedan decidir de manera libre y voluntaria acerca de su vida reproductiva. Tomando en consideración esto, debemos tener en cuenta que existen mujeres que debido a distintas circunstancias no pueden procrear y por ende en los casos en los cuales deciden formar una familia se ven obligadas a recurrir a las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, por lo que en este aspecto cuando hablamos de libertad se dejaría abierta la posibilidad de que no nos limitemos simplemente a la concepción natural, sino que se pueda extender a todas las formas de reproducción existentes.

En cuanto a la familia y filiación el artículo 69 numeral 6 y 7 respectivamente dicen

“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 derecho está relacionado con el principio de igualdad que conlleva la no discriminación. Se garantiza que no existirá trato diferenciado entre los hijos que sean

concebidos en el matrimonio o fuera de él, aquellos que ostenten esta calidad por declaración judicial o en casos de adopción. Los hijos procreados por técnicas de reproducción asistida también se encontrarían amparados, teniendo los mismos derechos y deberes que los hijos concebidos naturalmente.

Ciertamente, la Constitución reconoce como parte de los Derechos Humanos a los derechos sexuales y reproductivos, que incluso están contemplados en instrumentos internacionales. Estos derechos, según la misma Constitución en su artículo 11 numeral 3 son de directa e inmediata aplicación, lo que no hace más que garantizar el derecho que tiene un individuo a acceder, ejercer y exigir el respeto de sus derechos reproductivos y en caso de ser estos violentados, denunciar a quien obstruya su ejercicio.

2.1.2. Código Civil Ecuatoriano.

Como resultado, del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos que posee un individuo, puede surgir un nuevo ser, siendo necesario referirse al punto de la existencia legal de una persona, así nuestro Código Civil en su artículo 60 establece que:

“El nacimiento de una persona fija su existencia legal, desde que se separa completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputa no haber existido jamás.”(2005).

Entonces la existencia legal de una persona se encuentra suspendida hasta que se efectúe el nacimiento y separación completa del vientre materno, si muere antes se entenderá que no ha existido.

Dentro de la obra de Larrea Holguín. *“Derecho Civil. Primera Parte. Personas”* hay quienes sostienen, que es necesario que exista el corte del cordón umbilical para la separación completa del vientre materno, de lo contrario no habría tal. Por otro lado, quienes defienden que el corte del cordón umbilical no es necesario, fundan su criterio en que solo basta, que el cuerpo del niño salga del seno materno independientemente de que se encuentre unido a la madre por el cordón umbilical, ya que este es un nexo que no pertenece ni al cuerpo de la madre ni al del niño, y de necesitarse el corte, los padres dejarían a su voluntad el principio de existencia de las personas.

El criterio que acoge nuestra legislación, en cuanto a la separación completa de la criatura del vientre de su madre se resuelve con el artículo 130 de la Ley de Registro Civil:

“Se entenderá por nacimiento vivo a la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre prescindiendo de la duración del embarazo, de un producto de la concepción que, después de tal separación, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, haya o no haya sido cortado el cordón umbilical y esté o no unido a la placenta; cada producto de tal alumbramiento se considerará nacido vivo.”

Por lo tanto, el corte del cordón umbilical es irrelevante para que un niño tenga existencia legal, siendo necesario únicamente que nazca con vida. Cabe mencionar que tal como establece Guillermo Borda en su *Manual de Derecho Civil Parte General* encontramos dos teorías importantes acerca de la existencia de una persona, estas son la teoría de la viabilidad y vitalidad:

- **Teoría de la viabilidad**, se requiere que nazca una criatura viable, es decir que pueda mantenerse con vida. El fundamento de esta teoría se basa en un pronóstico en el cual el recién nacido debe vivir veinte y cuatro horas después del nacimiento.
- **Teoría de la vitalidad**, en esta teoría se mantiene la posición de que un niño para ser considerado persona basta que nazca vivo, se funda en un hecho y no en un pronóstico, por lo tanto quienes siguen esta teoría critican la teoría de la viabilidad puesto que un niño bien puede vivir por veinte y cuatro horas y no ser viable.

El Código Civil ecuatoriano hasta 1989, acogía la teoría de la viabilidad exigiendo que la criatura viva veinte y cuatro horas por lo menos desde que fue separada de su madre. Actualmente basta con el nacimiento, se presume que el niño nace con vida y quien alegue lo contrario debe probarlo.

En cuanto a la maternidad, nuestro código civil mantiene una posición tradicional, así el artículo 261 del Código Civil establece:

“La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falsedad de parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero.”(2005)

El artículo nos exige que la mujer haya dado a luz un niño y que se haya evidenciado el parto, a fin de que el niño tenga por madre a la mujer que lo alumbró. Sin embargo existe una presunción de hecho, la misma que puede ser impugnada al probar que el fruto de ese nacimiento no es la persona a quien se atribuye como hijo o así mismo, demostrando la falsedad del parto..

De acuerdo a nuestra normativa, se establecería la maternidad legal por el hecho del parto a la madre gestante. Sin embargo, en caso de aceptarse la maternidad subrogada surgiría la posibilidad de que la madre que apporto material genético, pueda impugnar esta maternidad, probando que el niño concebido por esta técnica de reproducción humana asistida, no es genéticamente hijo de quien la ley presume como madre.

Por otro lado, es evidente que a consecuencia del nacimiento de una persona se genera la institución jurídica de la filiación ya que todo individuo tiene un padre y una madre, existiendo en este sentido una relación directa con el derecho a la identidad del cual gozan todas las personas, el mismo que permite conocer a cerca de sus orígenes en caso de ser requerido.

Hasta el año de 1970 nuestro Código Civil y la doctrina establecían la existencia de hijos legítimos, ilegítimos y adoptivos, tomando como referencia al matrimonio ya que los concebidos dentro de este eran considerados hijos legítimos y los concebidos extramatrimonialmente eran considerados como ilegítimos. Actualmente ya no existe tal distinción entre los hijos, teniendo consecuentemente los mismos derechos y obligaciones.

El artículo 24 del Código Civil ecuatoriano sobre la filiación dice “*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.*”(2005).

Es decir, la filiación se presume en el primer literal; por el hijo nacer dentro del matrimonio; por el matrimonio que aunque ha sido declarado nulo al existir algún impedimento dirimente, esta declaratoria de nulidad no invalida los efectos que se producen respecto de los hijos en cuanto a la filiación y finalmente por la unión de hecho estable y monogámica que ha sido reconocida.

En tanto el segundo literal, se refiere a un reconocimiento que hace la madre o padre de manera voluntaria sobre el niño, cuando no hay un nexo entre estos. El tercer literal, establece la filiación cuando se recurre a instancias judiciales solicitando tal reconocimiento o en el caso de adopción.

Desde este punto de vista, no existiría conflicto en cuanto a la filiación de los hijos biológicos y adoptivos. Sin embargo, nuestra legislación nada dice acerca de la filiación de aquellos niños que son concebidos a través de las técnicas de reproducción asistida. Nuestro Código Civil, podría contemplar a las técnicas de reproducción asistida como un cuarto modo de establecer la filiación, ya que en la ejecución de estos procedimientos, en algunas situaciones, no siempre coincide el elemento genético de la madre y del padre con el del niño que nace, tampoco es correcto asimilar este hecho a una adopción.

Lamn, Eleonora. (2008), define a la filiación como:

“La relación jurídica determinada por la procreación (y la adopción) o por las técnicas de reproducción asistida que se genera entre los progenitores y/o padres y sus hijos” (pág. 16).

Por lo tanto, no se debería considerar a la reproducción de forma natural y a la adopción como único método para establecer el vínculo jurídico de la filiación, sino también a las técnicas de reproducción asistida, siendo una definición que encierra todas las posibilidades que se presentan cuando una persona es concebida y es necesario determinar su procedencia a consecuencia de su derecho a conocer su identidad y orígenes.

2.1.3. Código de la Niñez y Adolescencia.

El Código de la Niñez y Adolescencia tiene como finalidad procurar el desarrollo y protección integral de los niños y adolescentes dentro de la sociedad observando particularmente el principio del interés superior de la niñez y adolescencia. Algunas normas en relación a la maternidad y a las técnicas de reproducción asistida, se encuentran en los siguientes artículos:

El artículo 20 de este cuerpo legal, establece el 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.” (2003).

Al ser el Código de la Niñez y Adolescencia más contemporáneo en relación al Código Civil, en este protege a los niños desde su concepción, considerando a quien aún no ha nacido como un sujeto de derechos. El citado artículo, prohíbe las manipulaciones

médicas y genéticas, por lo tanto, al involucrarse en las técnicas de reproducción asistida la manipulación de gametos, estas no podría efectuarse de acuerdo a esta norma.

Si vamos a la intención del legislador, el propósito de la norma es la protección integral de la vida del menor, pretendiendo que los avances dentro de la ciencia médica no atenten contra la persona, rebasando sus propios límites y que estos se ajusten a principios éticos que respeten los derechos humanos. Hoy en día, podemos constatar como la genética ayuda a prevenir enfermedades detectándolas tempranamente, brindando una mejor calidad de vida a quienes la padecen. El objetivo de las técnicas de reproducción asistida, es precisamente ayudar a quienes tienen problemas de fertilidad, las cuales si son practicadas con apego a la ética y procedimientos médicos adecuados, no tienen por qué afectar al niño concebido.

Por otro lado, el artículo 21, en relación a los progenitores dice:

“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.”(2010).

Es el derecho que tiene una persona a conocer sus orígenes, el cual fue tema de análisis en el capítulo anterior. A modo de conclusión, una persona concebida a través de las distintas técnicas de reproducción asistida, en las cuales implique la donación de gametos, puede investigar su filiación ya que incluso se encuentra respaldada Constitucionalmente, lo cual nos permite decir que no existe un anonimato absoluto. Este derecho va más allá de una verdad biológica, pues le permite a quien fue concebido por estas técnicas fortalecer su identidad.

2.1.4. Código de Ética Médica.

El Código de Ética Médica, es un instrumento ético-jurídico que tiene como fin, regular el comportamiento del médico para un correcto ejercicio de su profesión, manteniendo una conducta proba frente a sus pacientes procurando ser fiel a sus principios e ideales , en el ejercicio de sus actividades.

En relación al derecho que tienen los sujetos a formar una familia, en el capítulo XVIII de este cuerpo legal, se reconoce a las técnicas de reproducción asistida como procedimientos aplicables, cuando la concepción no se consiga por medios naturales.

En cuanto a la inseminación artificial el artículo 107 establece:

”La inseminación artificial, solo la realizarán los médicos especialistas, previo consentimiento mutuo de los cónyuges, y en los casos de esterilidad o impotencia del varón comprobados científicamente.”(1992)

Sobre la fecundación in vitro, el artículo 109 señala:

“La fecundación in vitro será realizada por médicos especialistas en institutos o centros de investigación autorizados, previo el consentimiento de los cónyuges y ante el fracaso comprobado y total de los procedimientos naturales.”(1992)

De los artículos citados, se colige que tanto en la inseminación artificial como en la fecundación in vitro, se requiere el consentimiento previo de ambos cónyuges, es decir, se permite hacer uso de estas técnicas a quienes se encuentren unidos por el vínculo del matrimonio, o la unión de hecho estable y monogámica que ha sido reconocida legalmente, ya que esta genera los mismos efectos que el matrimonio. Sin embargo, se limitaría el derecho a procrear, a quienes no cuenten con una pareja estable, según el Código de Ética Médica.

Cabe recalcar que solamente los médicos especialistas de centros médicos autorizados, pueden llevar a cabo estos procedimientos, una vez que se compruebe a través de exámenes médicos la dificultad para conseguir el embarazo. En Ecuador los únicos centros autorizados por La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED), que es una institución científica y educacional en relación a estas técnicas, son el instituto de Medicina Reproductiva y Ginecología BioGEPa de la ciudad de Cuenca, en Quito CERHVALENCIA CIA LTDA y la Unidad de Fertilidad y Esterilidad CONCEBIR y por último en Guayaquil INNAIFEST Centro Nacional de Reproducción Asistida y la Unidad de Fertilidad del Hospital Alcívar.

El reconocimiento que se hace a las técnicas de reproducción humana asistida en este cuerpo legal, permitiría la posibilidad de la maternidad subrogada dentro de matrimonios y uniones de hecho reconocidas por la ley, ya que como se mencionó en líneas anteriores, es un procedimiento que se deriva de la fecundación in vitro, sin embargo la licitud o ilicitud de la maternidad subrogada será analizada posteriormente.

2.1.5. Código de Salud

Este Código, garantiza y efectiviza la aplicación de los derechos de salud que se encuentran reconocidos en los artículos 32 y 66 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador, a través de políticas que regulan la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

En lo que se refiere a la maternidad, dentro de este cuerpo legal se reconoce el derecho a procrear, a decidir cuantos hijos tener e incluso contempla la adopción claramente en el artículo 89.

“El Estado Garantiza a las mujeres la libre opción a la maternidad, así como el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos e hijas que puedan procrear, adoptar, mantener y educar.” (2012).

El artículo 93 dispone:

“La Autoridad Sanitaria Nacional, conjuntamente con los integrantes del Sistema Nacional de Salud, fomentará y promoverá la planificación familiar, la maternidad y paternidad responsable como condición necesaria para hacer efectivo el derecho a decidir sobre la sexualidad y la reproducción en igualdad de condiciones y oportunidades.”(2012)

Si bien dentro de este Código se promueve la maternidad responsable, no se encuentra normado lo referente a las técnicas de reproducción asistida, siendo un tema que debería recogerse en la legislación vigente, por cuanto en la actualidad existen variedades de métodos que facilitan la concepción sin que nuestra normativa permita el tema que nos ocupa como es la maternidad subrogada, ocasionando que la población que requiera hacer uso de este método no pueda hacerlo de una manera legal y correcta, lo que conlleva a la necesidad de reformar la Ley actual.

2.1.6. Ley Orgánica de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células.

Esta ley tiene por objeto, normar las prácticas médicas relacionadas con el trasplante de órganos, la obtención y utilización de componentes anatómicos humanos, con el propósito de velar por los derechos de quienes son donantes y receptores. Su aplicación es de carácter obligatorio para todo el Sistema Nacional de Salud en temas que se refieren al proceso de donación y trasplantes.

En relación a las células sexuales, comprendidas como tal óvulos y espermatozoides se establece lo siguiente en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células:

“Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a los casos de sangre humana, sus componentes diferenciados, espermatozoides y óvulos. Las actividades médicas en las que se empleen estos elementos o partes del cuerpo humano, se regularán por las disposiciones internacionales, leyes de salud, y más cuerpos legales.”(2011)

Por lo tanto, esta ley no regula lo referente a las técnicas de reproducción asistida particularmente sobre el manejo de las células sexuales, existiendo incluso la necesidad de recurrir a la legislación de otros Estados que tratan esta problemática, lo cual será abordado en el tercer capítulo de la presente investigación.

2.2.POSIBILIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR Y LA VALIDEZ DE UN ACUERDO DE ESTA NATURALEZA EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

En el capítulo anterior se trató sobre las técnicas de reproducción asistida como respuesta a los problemas para concebir por medios naturales. Dentro de estas técnicas de reproducción, se encuentra la maternidad subrogada, la cual se presenta cuando una mujer que desea ser madre, no puede desarrollar el proceso de gestación y busca una tercera persona para hacerlo. Esta es una práctica cada día más habitual dentro de nuestro país, pese a que no exista protección jurídica para quienes acuden a ella, ya que no se ha desarrollado de manera clara una normativa que encierre aspectos en relación a este tipo de maternidad. Si bien en el Código de Ética Médica se reconoce a las técnicas de reproducción asistida, no se brinda la importancia que amerita a este tema así como

no se establecen sus alcances, dejando a criterio de los médicos la práctica de estos procedimientos mientras no exista una norma expresa.

En un intento por regular la maternidad subrogada, en el periodo de 1998 al 2000 se presentó la propuesta del Proyecto de Ley de la Familia quedando su trámite en primer debate, este contemplaba en su sección séptima el establecimiento de la filiación en los casos de reproducción asistida y permitía la maternidad subrogada en su artículo 169 al establecer:

”Los pactos que tengan por objeto el que una mujer lleve un embrión hasta su nacimiento para el beneficio de un matrimonio o unión de hecho, no darán acción contra la portadora para reclamar el cumplimiento de lo convenido, por lo que la maternidad quedara atribuida en favor de la mujer que dio a luz. Pero si luego del nacimiento esta última cumpliere lo estipulado, se establecerá la maternidad y paternidad de los beneficiarios del pacto.”

Entonces la maternidad se otorgaba a la madre subrogante o gestante por el hecho del parto. Surge la posibilidad de desistir de lo pactado hasta después del nacimiento, pero no después de que se consintiera en lo acordado entre las partes y se entregue al niño, ya que en esta situación se otorga la calidad de madre legal, a la madre comitente o subrogada.

Se establecían dos supuestos:

- El desistimiento de lo pactado, no otorga la facultad de exigir el cumplimiento a quienes se ven afectados.
- El cumplimiento de lo acordado, conlleva la renuncia de los derechos que la madre gestante tiene sobre el niño.

De haberse aprobado este Proyecto de Ley de la Familia, concordaría con nuestro Código Civil actual en lo que refiere a que la maternidad se atribuye por el hecho del parto. Sin embargo la norma del artículo 169 del mencionado proyecto iba más allá, ya que permitía ejecutar un acuerdo de maternidad subrogada, siempre que la madre gestante renuncie voluntariamente a su maternidad y entregue al niño a la madre comitente. La implantación de este Proyecto de Ley de la Familia claramente se adaptaba a los requerimientos actuales de la sociedad, pues ofrecía una respuesta a quienes hacen uso de este tipo de acuerdos.

Si bien sabemos que actualmente dentro de nuestra legislación no existe una figura jurídica que venga a regular el tema de la maternidad subrogada, en caso de que se implemente la misma en nuestro ordenamiento jurídico, estaríamos frente a un acuerdo de voluntades entre la madre gestante y la madre comitente. Es por esto, necesario revisar las fuentes de las obligaciones ya que el hablar de la maternidad subrogada supondría la existencia de un contrato, cuyo estudio resulta importante con el propósito de determinar la validez de un acuerdo de maternidad subrogada dentro de la legislación ecuatoriana, puesto que el mismo debería tener varias modificaciones con respecto a sus elementos para que pueda ser válido, específicamente cuando hablamos del objeto y la causa, las mismas que no serían lícitas tal como lo analizaremos posteriormente.

2.2.1. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Antes de referirnos al contrato, debemos mencionar que las obligaciones tienen como fuente la ley, los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos. Es decir la fuente es la causa o de donde se generan las obligaciones, que bien pueden originarse de un acuerdo de voluntades o simplemente por cumplir lo que se ha pactado.

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1453 establece:

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”(2005)

Para el caso que nos ocupa, una obligación nace de un contrato o convención, en donde la autonomía de la voluntad está vinculada a la ley; así como también son fuentes de obligaciones un cuasicontrato entendido como un hecho voluntario unilateral que genera obligaciones como en la aceptación de una herencia; un delito desde la óptica del resarcimiento de daños; un cuasidelito que es la conducta ilícita donde un sujeto obra negligentemente causando daño a otro y la ley que es fuente de las obligaciones por el hecho de su inobservancia.

Como sabemos, la ley, los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos no son la única fuente de las obligaciones, autores como Guillermo Borda consideran también al enriquecimiento sin causa y al ejercicio abusivo de derechos subjetivos como fuente:

- **El enriquecimiento sin causa** es fuente de las obligaciones, cuando al incrementarse el patrimonio de un sujeto, causa al mismo tiempo un perjuicio o detrimento en el patrimonio de otro sujeto, sin causa legítima. Obligándose a quién se benefició del enriquecimiento, a restablecer todo lo conseguido.
- **El ejercicio abusivo de derechos subjetivos**, por la aplicación de la teoría objetiva, hay que resarcir los daños causados. Esta figura no entraña la comisión de un acto ilícito ni por dolo ni por culpa, se refiere a que el ejercicio abusivo de

los derechos subjetivos que bien puede o no beneficiar a su titular, si es causa de perjuicios a terceros, produce la obligación de resarcirlos.

En cuanto a la maternidad subrogada, esta se funda precisamente en el acuerdo de voluntades, el cual puede crear, modificar y extinguir obligaciones, basándose en la autonomía de la voluntad. Respecto a la autonomía de la voluntad Planiol, Marcelo; Ripert, Jorge (1946) dicen:

“Generalmente se expresa la noción de la libertad individual por el adagio “es permitido todo aquello que no está prohibido”. En el campo del derecho esa libertad reviste un carácter más preciso y más estricto, bajo la designación del principio de autonomía de la voluntad.”

Así esta libertad para obligarse no es absoluta, está limitada al orden público propio de cada país, existiendo ciertas restricciones para contratar ya que la sociedad no puede ser indiferente hacia los fines que pretenden los contratantes. De esta manera obligatoriamente un contrato de maternidad subrogada debe ser analizado desde el ordenamiento del Estado en donde se pretende ejecutar, a fin de determinar a su validez o invalidez.

2.2.1.1.DEFINICIÓN DE CONTRATO

Es una de las principales fuentes de las obligaciones, existen varias definiciones acerca del mismo entre ellas:

El Diccionario Real de la Lengua Española (2001) define al contrato como:

“(Del lat. contractus).1. m. Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. 2.m. Documento que recoge las condiciones de este convenio.”

Se refiere al contrato como el acuerdo entre las personas y al documento que contiene el mismo. El contrato proviene de contractus que significa unir, estrechar, entrelazar, es decir denota un acuerdo de dos o más personas que se obligan respecto a determinada materia o cosa.

Para Savigny, en Cabanellas, Guillermo (pág. 92)

“Es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas”

López Díaz, Elvira:

“El contrato es un negocio jurídico bilateral que produce obligaciones entre las dos partes que lo realizan, las cuales consienten recíprocamente en la creación, modificación, o extinción de una relación jurídica patrimonial entre ellas.”

(pág. 254)

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1454 lo define como:

“Contrato o convención es una acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”(2005).

Sin embargo nuestro Código nos está proporcionando una definición de lo que es la obligación, pues un contrato es un acuerdo de voluntades que tienen por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones, así mismo señala como sinónimo al contrato (que es la especie) y convención (que es el género). Si bien ambos actos se fundan en un acuerdo de voluntades, se considera como un contrato a aquellas obligaciones que la ley atribuye la calidad de ser exigibles. Cabe mencionar que no toda convención es contrato, pero todo contrato es convención.

Como requisito de los contratos entonces tenemos, el hecho de que concurren dos o más voluntades y que este acuerdo cree obligaciones.

Según Lema Añón, C.

“Desde el punto de vista legal, la maternidad subrogada generalmente se define como el acto que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso, mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de una pareja que figuraría como padres de este.”
(1999).

Como podemos ver, en el caso de la maternidad subrogada sería necesario que concurren tanto la madre comitente como la madre gestante, la misma que prestara su vientre con el fin de gestar a un niño y a su vez renunciaría a todos los derechos sobre el recién nacido, cediéndole los mismos a los padres que han contratado su vientre. Hay que recordar que este acuerdo de voluntades se encontraría supeditado a una serie de requisitos para su validez y existencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a los que haremos referencia en líneas posteriores.

2.2.1.1.1. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

En doctrina se distinguen tres tipos de elementos de los contratos.

- a) **Elementos esenciales**, aquellos que necesariamente deben estar presentes dentro de un contrato ya que la falta de estos impide la existencia del mismo. Entre estos están el consentimiento, objeto lícito y causa lícita.
- b) **Elementos naturales**, son aquellos que acompañan a los contratos y pueden ser excluidos por las partes, sin que el contrato deje de ser tal, por ejemplo la cláusula resolutoria tácita que está siempre inmersa en los contratos.

- c) **Elementos accidentales**, aquellos que pueden ser colocados por las partes en el contrato en ejercicio de su voluntad, observando el orden público entre ellas la condición, plazo y modo.

Nuestro Código Civil en su artículo 1460 concuerda con la doctrina al establecer

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”(2005)

2.2.1.1.1.1.Capacidad

La capacidad es la aptitud que permite ejercer derechos y contraer obligaciones a un individuo. Para que un contrato tenga plena validez es necesario que este sea acordado por una persona plenamente capaz, así es necesario distinguir entre los tipos de capacidad.

- a) **Capacidad adquisitiva**, de goce o derecho es un atributo de la personalidad para contraer derechos, esta se atribuye desde que un individuo es considerado persona.
- b) **Capacidad de ejercicio o de obrar**, es la aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones una persona por sí misma. Como regla general toda persona es capaz, a excepción de aquellas que la ley declara incapaces, pueden ser:

- **Incapaces absolutos** son los dementes, los impúberes, los sordos mudos que no puedan darse a entender por escrito, sus actos acarrearán nulidad absoluta no produciendo efecto alguno.
- **Incapaces relativos**, son aquellas personas que no pueden celebrar actos por sí mismos y deben actuar representados. Sin embargo sus actos producen nulidad relativa y pueden ser válidos en ciertos casos determinados por la ley. Son incapaces relativos los púberes, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas.
- **Prohibiciones** son más bien ciertas limitaciones a personas que siendo totalmente capaces no pueden celebrar ciertos actos como un juez en un remate por haber contraposición de intereses.

El artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano establece como requisitos de la capacidad, para que una persona se obligue con otra:

1. *Que sea legalmente capaz;*
2. *Que se consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;*
3. *Que recaiga sobre un objeto lícito; y,*
4. *Que tenga una causa lícita.*

Entonces para que un contrato sea válido es necesario que sea suscrito por una persona capaz a fin de que este surta efecto, en principio el contrato de maternidad subrogada sería válido si es celebrado por dos personas plenamente capaces obligándose por sí mismas y no por un tercero. Sin embargo es necesario analizar otros elementos a fin de determinar la validez de este tipo de contrato.

2.2.1.1.1.2.Consentimiento

Según López Díaz, Elvira *“El consentimiento es un presupuesto lógico del contrato que no puede faltar, se basa en la voluntad de la persona, voluntad de querer negociar, de querer obligarse, de querer vincularse a través de su propia conducta. El acuerdo de las voluntades de las partes da lugar al consentimiento.”* (pág. 262)

Consentimiento proviene de las voces griegas cum y sentiré (sentir juntos), desde luego este debe ser manifestado por las partes que intervienen y ambas coincidir en sus voluntades. La falta de consentimiento debe ser alegada en juicio, sujeta a prueba, y de demostrarse la falta de consentimiento existiría nulidad del contrato.

Dentro de un contrato de maternidad subrogada el consentimiento se presentaría en el momento en que la madre comitente propone a la madre subrogante el hecho de que esta “preste” su útero a fin de concebir un niño, debiendo esta correr con todos los gastos que se presenten alrededor del embarazo, extendiendo además las posibilidad de que esta oferta que hace la madre comitente valla acompañada de una compensación económica o se la realice de manera altruista.

De otro lado la madre subrogante se compromete a someterse al tratamiento médico ya sea este la inseminación artificial o fecundación in vitro, a desarrollar el embarazo y posteriormente a entregar al niño. Si ambas partes concuerdan habría consentimiento, sin embargo es necesario analizar otros aspectos que intervienen en el consentimiento a fin de que se perfeccione el contrato.

Vicios del consentimiento.- Dentro de un contrato es primordial que el consentimiento sea voluntario y que no se genere por error, fuerza o dolo. Así para López Díaz, Elvira

“Para que el consentimiento sea válido y eficaz se tienen que prestar de forma libre y consiente, es decir no tienen que adolecer de vicios...” (pág. 264).

Cabe decir que no todos los vicios del consentimiento traen consigo la nulidad del acto o contrato pues en el caso del error de derecho, este no vicia el consentimiento. El Código Civil ecuatoriano en su art 1467 establece los vicios del consentimiento.

- **El error**

Cabanellas de Torres, Guillermo *“Más particularmente, en Derecho se entiende por error el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo.”*(pag.190).

Es decir, el error es el concepto equivocado de lo que se tiene por realidad, consecuentemente lleva a la persona que celebra el contrato, a prestar su consentimiento fundada en una falsa apreciación de las cosas. No todo error vicia el consentimiento siendo necesario precisar la diferencia entre error de hecho y de derecho.

El error de derecho se refiere al conocimiento de la ley, al existir una presunción legal de que la ley se entiende conocida por todos y su ignorancia no excusa a persona alguna, entonces este error no vicia el consentimiento tal como se establece en el artículo 1468 del Código Civil ecuatoriano. En tanto que el error de hecho es aquel que desnaturaliza la esencia del contrato, ya sea en la clase de contrato, la identidad del bien materia del contrato, la sustancia de la cosa contratada, la calidad de la cosa, y sobre la persona. Este tipo de error vicia el consentimiento.

- a) **Error de hecho sobre la especie del acto y la identidad de la cosa**, existen varias clases de contratos y puede suscitarse que una de las partes preste su consentimiento celebrando un contrato distinto del que es verdaderamente.
- b) **Error de hecho sobre las calidades de la cosa**, el artículo 1470 del Código Civil ecuatoriano dice *“El error de hecho vicia así mismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree...”* (2005).
- c) **Error de hecho sobre la persona**, según el artículo 1471 del Código Civil ecuatoriano, se produce cuando hay error en la identidad de la persona, si bien este tipo de error no vicia el consentimiento, puede hacerlo cuando la persona es la causa principal del contrato.

- **Fuerza o Violencia**

Claro Solar, Luis dice *“El constreñimiento moral es una acción ejercida sobre la voluntad por medio de amenazas, es decir, de un temor inspirado con cierto fin.”*(pág.193)

Una persona presta su consentimiento de manera coaccionada, generando que exprese su voluntad respecto a un fin determinado o que se le impida hacerlo.

El artículo 1472 del Código Civil ecuatoriano en relación a la fuerza establece

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

Es decir la fuerza como tal no viciaría el consentimiento, sino el efecto que esta produzca, debido al temor o miedo que cause en una persona de sano juicio, observando ciertas características que llevarían a alterar su voluntad.

Para que la fuerza vicie el consentimiento tiene que cumplir ciertas particularidades debe ser:

- a) **Actual**, la persona no puede alegar que su consentimiento este viciado debido a amenazas relativas a hechos pasados así como respecto a hechos futuros lejanos, quedando estos a apreciación del juez.
- b) **Injusta**, cuando la persona obtiene el consentimiento de otra valiéndose de medios contrarios a la ley y el derecho.
- c) **Grave**, cuando es capaz de producir un justo temor en la persona, sin embargo la gravedad queda a criterio del juez, a fin de determinar si esta fue suficiente para viciar la voluntad.
- d) **Determinante**, La fuerza debe tener como propósito obtener el consentimiento de la persona, fruto de la cual celebra un determinado contrato.

Cabe recordar que la fuerza puede ser física cuando se emplean medios materiales para afectar la voluntad y moral cuando se lo hace a través de amenazas o coacciones.

- **Dolo**

Cabanellas de Torres, Guillermo define al dolo como:

“Voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena.”(pág. 172)

Una persona infiere en el consentimiento de otra valiéndose de engaños, sin los cuales no hubiese conseguido el consentimiento de esta. Nuestro Código Civil en su artículo 1474, es claro al establecer que el dolo no vicia el consentimiento sino es obra de una de las partes y claramente sin este no se hubiese contratado.

Lo que se intenta con el dolo es mostrar una ventaja al contratante con el fin de que este consienta y preste su voluntad, sin embargo esta ventaja no existe.

2.2.1.1.1.3.Objeto.

El artículo 1476 del Código Civil ecuatoriano establece:

“Toda declaración de la voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.” (2005)

Entonces el objeto puede consistir en:

- a) Dar alguna cosa, o pagar una cantidad de dinero
- b) Hacer, otorgar un instrumento o construir una obra material
- c) No hacer, consiste en abstenerse de una conducta determinada.

Recordemos que el contrato tiene por objeto crear, modificar, transferir, extinguir derechos o generar obligaciones. Al formarse un acuerdo de voluntades las partes someten su conducta al contrato, el contrato como tal debe tener un objeto.

La falta de un objeto impide que el contrato se forme. López Díaz, Elvira define al objeto como *“El objeto es la materia sobre la que el contenido del contrato recae.”*(pág. 267).

El artículo 1477 y 1478 de nuestro Código Civil ecuatoriano, establece los requisitos que debe cumplir el objeto del contrato y se señala:

- Que el objeto puede consistir ya sea en una cosa o bien tanto presente o que se espera que exista en el futuro
- Las cosas deben ser comerciales, determinadas o al menos determinables.
- Si el objeto es un hecho que este sea física y moralmente posible.
- El objeto debe ser lícito.

De existir un contrato de maternidad subrogada, se entendería que el “objeto” por el cual se están obligando las partes es el niño, puesto que la razón que llevaría a la celebración de este tipo de contrato es el hecho de que una mujer que no puede desarrollar el proceso de gestación por sí misma, busque a una tercera persona que a su vez pone a disposición su útero para la ejecución de dicho acto.

Un objeto es lícito cuando:

- a) El objeto no contraviene al orden público.

Es necesario referirse al orden público y las buenas costumbres según Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel:

“Podría, en forma aproximada, definirse al orden público como el conjunto de principios morales, religiosos, políticos, sociales y económicos sobre los que reposa, en un momento histórico dado, la organización de una sociedad y le permite a esta desenvolverse correcta y adecuadamente.”(pág. 211).

El orden público entonces no es estático, varía de acuerdo al tiempo y las necesidades de una sociedad determinada, cabe decir que las buenas costumbres se encuentran inmersas dentro del orden público, siendo estas la conducta moralmente aceptada por

una sociedad. El orden público y las buenas costumbres surgen como necesidad de limitar la autonomía de la voluntad pretendiendo establecer una conducta general de los individuos frente a una situación jurídica. La maternidad subrogada desde la óptica del derecho ecuatoriano sería contraria al orden público y las buenas costumbres ya que una mujer a cambio de una compensación económica entregaría a un niño que gestó durante nueve meses a otra persona, por ende se estaría poniendo precio a la vida de una persona. Cabe mencionar, que el contrato de maternidad subrogada desde otras legislaciones es plenamente aplicable, tema que será abordado en el siguiente capítulo.

b) El objeto debe estar dentro del comercio.

Hay cosas que por su naturaleza no son comerciables como el aire y por su destino los bienes nacionales de uso público ya que no pueden ser enajenados.

Como dice Claro Solar, Luis

“No debe confundirse la comerciabilidad de la cosa con la licitud. Las cosas no son en mismas ilícitas o inmorales; solo el uso, el empleo que de ellas se haga puede ser ilícito o inmoral; pues son los actos y los fines perseguidos los que pueden ser ilícitos e inmorales”. (pag.257)

Frente a un posible contrato de maternidad subrogada, habría objeto ilícito ya que se estaría tratando a un niño como un objeto que se encuentra dentro del comercio, mas no como una persona que goza de derechos, además cabe recalcar que generalmente este tipo de acuerdos suelen ir acompañados de una compensación económica.

Respecto a la dignidad Caló, Emanuele (2000) dice:

“A través del principio de dignidad se considera a las personas como sujetos morales autónomos, seres únicos e irrepetibles, portadores de dignidad y no de

precio. En ese sentido la dignidad se constituye en un valor interno, intrínseco y constitutivo de la especie humana, apunta a sustraer a los seres humanos del campo de los objetos de comercio.”

Por ende y en razón a lo analizado, resulta fácil concluir que dentro de un contrato de maternidad subrogada el objeto sería ilícito.

2.2.1.1.1.4. La Causa

Dentro de un contrato pueden ser varios los motivos que llevaron a contratar a las partes. En el contrato de maternidad subrogada pueden existir varias causas, como el hecho de que la madre comitente lo haga por satisfacer su deseo de ser madre, por razones médicas, entre otras y desde la posición de la madre subrogada lo que le llevo a celebrar el contrato podría ser a la falta de dinero o su altruismo.

El artículo 1483 del Código Civil ecuatoriano respecto a la causa dice:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesario expresarla... Se entiende por causa el motivo que induce a la celebración del acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.” (2005).

La causa es lo que justifica el acuerdo de voluntades, es lo que motiva a las partes a celebrar un contrato, sin embargo con el fin de limitar la autonomía de la voluntad en razón del orden público la causa debe ser lícita es decir no contraria al derecho y real para evitar contratos simulados.

En la maternidad subrogada la causa de la madre comitente es tener un hijo y de la madre subrogada obtener un beneficio económico o una satisfacción personal. En razón

del orden público y las buenas costumbres, la causa de un contrato de maternidad subrogada es ilícita en la legislación ecuatoriana.

2.2.1.1.2. NULIDAD DEL CONTRATO

El artículo 1697 del Código Civil ecuatoriano dice que un contrato es nulo cuando le falta algún requisito que la ley establece para que este sea válido, así mismo la nulidad puede ser absoluta o relativa.

Cuando la norma habla de nulidad, se refiere a la absoluta y esta se produce:

- a) Cuando hay objeto o causa ilícita.
- b) Cuando se omitan formalidades.
- c) La incapacidad absoluta de las partes.
- d) Por actos que la ley prohíba, salvo que la ley designe otro efecto distinto.

Según lo que hemos analizado, en base al estudio de todos los elementos que intervienen dentro del contrato que son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa, un posible contrato de maternidad subrogada no sería válido desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana, esto en razón de que su objeto y causa serían ilícitos al contravenir el orden público y las buenas costumbres como ya se trató en líneas anteriores. Es importante mencionar que si bien existe el reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida dentro de nuestro sistema jurídico, no se ha regulado lo referente a la maternidad subrogada que es un resultado de la aplicación de estas, dejando la práctica y uso de la misma a la voluntad de las partes.

El hecho de que este tipo de contratos no se encuentren contemplados dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no ha impedido que se hayan suscitado varios casos de manera clandestina tomando en consideración, los riesgos que implica la falta de control en la

aplicación de las técnicas de reproducción asistida cuando no son empleadas por quienes se encuentran capacitados para hacerlo.

Así mismo, la falta de normativa en relación a los contratos de maternidad subrogada no permite su exigibilidad de acuerdo al ordenamiento jurídico ecuatoriano, puesto que no podríamos hablar de un contrato debido a la ausencia de sus elementos constitutivos por lo tanto no se generan derechos y obligaciones atribuibles a las partes.

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA EN ALGUNOS PAÍSES

3.1.ESPAÑA.

El avance en el campo de la medicina trae consigo algunos conflictos en la sociedad los cuales no pueden ser ajenos al derecho, pues a través de este, se pretende regular la conducta de los individuos frente a estas situaciones, con el fin de limitar ciertas libertades que pueden perjudicar a una colectividad como resultado de vivir en un Estado determinado.

Es así que España no es indiferente en cuanto a los avances médicos, específicamente a la reproducción asistida por lo que en 1988 promulga por primera vez una ley que regulaba las técnicas de reproducción humana asistida (Ley 35 del 22 de noviembre de 1988) dentro de la cual se contemplan a estas técnicas no solamente con una solución a problemas de esterilidad, ya que la manipulación de gametos a través de la fecundación in vitro involucra también la investigación experimental, originado la posibilidad de modificar al ser humano y atentar contra sus propios derechos, lo que no se podía dejar a criterio de quienes realizaban estas técnicas.

Esta ley se promulga con el fin de normar lo referente a la inseminación artificial, fecundación in vitro, centros y establecimientos autorizados, el uso de estas técnicas para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, admitir la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos en determinadas situaciones.

Sin embargo esta ley tiene una reforma en el año 2003 (Ley 45 del 21 de noviembre de 2003), en donde se trata lo referente al destino de preembriones supernumerarios, ya

que en la Ley 35 de 1988 no se establecía un número de óvulos fecundables, lo que origina que los preembriones obtenidos sean superiores a los implantados, de tal manera que los preembriones sobrantes debían ser crioconservados por cinco años. El resultado de estas técnicas afectaba a los bancos que conservaban los preembriones ya que estaban saturados, por lo que se dispuso con esta reforma que estos preembriones puedan tener fines investigativos bajo restricciones y que el número de óvulos fecundados posteriormente no supere a tres.

A pesar de esta reforma, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida incidió en implementar algunos cambios dentro de esta ley, a fin de que se adapte a la realidad de aquel entonces, por lo que se promulgó una nueva ley en el 2006 (Ley 14 del 26 de mayo de 2006) misma que se encuentra vigente hasta la actualidad.

La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, contempla a estos procedimientos como una posibilidad de tratamiento a la esterilidad y además como un medio alternativo de procreación.

Concretamente en lo que refiere a la maternidad subrogada el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su numeral 1 establece:

“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.” (2006).

Es decir existe prohibición expresa sobre esta práctica, ya sea esta de manera altruista o a cambio de una compensación económica. En caso de haber un acuerdo de voluntades en cuanto a la gestación de un niño, no existiría un medio legal para reclamar el cumplimiento dentro de la legislación española, ya que dicho contrato es nulo, pues adolecería de objeto y causa ilícita por ser inmoral y contrario a las buenas costumbres.

Sin embargo, de suscitarse este acuerdo la misma Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su artículo 10 numeral 2 dice:

“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. (2006).

La norma española acoge el criterio de que la maternidad se establece por el hecho del parto, por lo tanto la madre gestante no podría renunciar a sus derechos a fin de ceder su maternidad y a su vez, la madre biológica no gestante que aporta con su ovulo en la formación del nuevo ser, no podría reclamar su maternidad en virtud de este criterio.

En lo que respecta a la paternidad el numeral 3 del mismo artículo señala:

“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.” (2006).

La norma prevé el hecho de que el padre que aporta material genético pueda reclamar su paternidad observando las reglas de filiación que se encuentran en el Código Civil Español. Surgen varios supuestos:

- a) **El padre comitente que aporta el material genético y la mujer gestante que es soltera.** En este caso se establece una filiación no matrimonial de mujer soltera y hombre soltero o casado.
- b) **El padre comitente que aporta material genético pero la mujer gestante está casada.** En el derecho español hay de por medio la presunción de que los hijos nacidos en el matrimonio, antes de trescientos días siguientes a la disolución o separación legal de los cónyuges, son del marido según el artículo 116 del Código Civil español, frente a esta situación el padre biológico podrá impugnar la paternidad probando que el niño es suyo.

La legislación española es clara al momento de establecer la filiación de una persona que es concebida bajo el supuesto de una maternidad subrogada. Se otorga una posibilidad amplia al padre comitente de reclamar su paternidad, no sucediendo lo mismo con la madre comitente que aporta material genético ya que el artículo 10 numeral 2 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida otorga la calidad de madre por el hecho del parto, es decir a la madre gestante.

Cabe mencionar que si bien la maternidad subrogada está prohibida en la legislación española, esta se podría entender afectada por una resolución del 18 de Febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en cuanto al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, pues se trastocaba lo establecido en el artículo 10 de Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, sin embargo esta resolución queda sin efecto. Es necesario referirnos al caso el cual provoco dicha resolución.

Dos hombres españoles, casados entre sí desde el 2005 en la ciudad de Valencia en España, tras algunos intentos de adopción internacional y al pensar que en España no se les otorgaría el certificado de idoneidad para adoptar, deciden ir a California con el propósito de someterse a esa legislación y contratar a una mujer que gesticione un niño con su material genético.

El 24 de octubre de 2008, nacen dos niños en San Diego, a través de una técnica de reproducción asistida. Al someterse a la legislación de California, las autoridades judiciales de ese país declaran a estos niños como hijos naturales de los dos hombres españoles, no se hace mención al modo en que fueron gestados los niños, no se sabe si la madre gestante aportó o no sus óvulos, ni cuál de estos hombres aportó el material genético, constando únicamente una doble paternidad en el Registro Civil y en la

certificación registral californiana, que es presentada para la posterior inscripción en el Registro Civil consular español de Los Ángeles.

Mediante auto del 10 de noviembre de 2008, el encargado del Registro Civil consular español, niega la inscripción de estos certificados de nacimiento en virtud del artículo 10 de Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ya que esta declara como nulo el contrato de gestación por sustitución y además establece como madre del niño a la madre gestante. Acogiendo el criterio de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida se podía inscribir solo la paternidad de uno de los padres y luego el otro ser declarado como tal a través de la adopción, lo cual fue rechazado por ambos padres en virtud del tiempo que tomaba la adopción y por temores en cuanto a si unos de los cónyuges moría, ya que al constar como padre uno de los dos, la familia podía limitar los derechos del otro cónyuge sobre el niño. Por estos motivos, interponen un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español y el encargado del Registro Civil Consular remite el expediente para su resolución.

La Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió aceptar la inscripción de los menores en el Registro Civil español con su doble paternidad, bajo los siguientes criterios:

- Establece que el conflicto no se refiere al derecho aplicable en cuanto a la filiación, sino en cuanto a una sentencia extranjera que se pretende ejecutar en España, por lo que no se deben observar las normas de derecho sustantivo español, sino las normas de acuerdo al Derecho Internacional Privado español.

Se observa el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil que dice “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o*

notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales". A criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cuanto a la autenticidad del documento y su contenido, no es necesario que estas decisiones sean sea idénticas a las que hubiese tomado la autoridad española, solo basta que la autoridad que lo certifica realice funciones equivalentes a la española, en lo que refiere a este caso constatar el nacimiento y la filiación.

- La decisión de California al otorgar una doble paternidad no afectaría el orden público internacional español, ya que en España se permite el matrimonio igualitario y la adopción a parejas del mismo sexo. Al no permitirse la filiación a personas del mismo sexo habría discriminación.
- El artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño de Nueva York en 1989 que establece el interés superior del menor, exige que éstos queden al cuidado de quienes han dado su consentimiento para ser padres. Se alega el derecho de los menores a una identidad única, es decir a una filiación reconocida en todos los países.
- Los contratos de gestación por sustitución son nulos ante la legislación española, además la filiación de quienes nacen por esta técnica se encuentra determinada por el parto. Sin embargo, este precepto no es aplicable para este caso ya que no se trata de determinar la filiación de los menores, al contrario se busca establecer si esta filiación ya determinada por autoridades californianas puede ser inscrita en el registro Civil español, tampoco se busca hacer valer el cumplimiento de un contrato de gestación por sustitución. La inscripción de los certificados californianos en el Registro Civil español, tienen efectos jurídicos de acuerdo a

leyes españolas, por lo tanto cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de esta inscripción, por lo que la certificación registral extranjera no tiene efecto de cosa juzgada.

La sentencia es recurrida por el Ministerio Fiscal y el 15 de septiembre de 2010 el Juzgado de Primera instancia de Valencia revoca la decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por ser contraria a la legislación española en lo referente al artículo 10 numeral 1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, al pretender la gestación por sustitución.

Luego de este precedente, con la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se permite en el Registro Civil español, la inscripción de los niños que hayan nacido en países en donde se permita la gestación por subrogación con condición de que uno de los progenitores sea español.

3.2.ESTADOS UNIDOS.

Estados Unidos se encuentra formado por varios Estados independientes, en donde cada uno cuenta con sus propias legislaciones. A consecuencia de esta autonomía, puede cada Estado normar en cuanto a una situación determinada. Cabe mencionar que el sistema norteamericano se basa en normas de derecho escrito, es decir todas aquellas leyes que se originan en el Congreso y un derecho común, llamado (common law) que se origina de los fallos judiciales.

En lo que refiere a la maternidad subrogada, no hay una norma en general que regule la situación. Algunos Estados aceptan este tipo de acuerdos expresamente como California, otros lo hacen de manera parcial ya que es necesario que el acuerdo no sea a cambio de una compensación económica siendo el caso de New Jersey y otros lo prohíben como Arizona.

3.2.1 California.

El Estado de California en ejercicio de sus facultades permite la maternidad subrogada, teniendo este tipo de acuerdos pleno valor entre las partes además de ser reconocido por el Estado ya que en caso de incumplimiento, pueden ser ejecutados coercitivamente.

Los padres comitentes es decir aquellos que proponen el acuerdo de una gestación por subrogación y que pueden o no aportar con su material genético, son los verdaderos padres de quien nace a través de esta técnica, otorgándoles a estos la filiación del niño. La legislación de California establece la filiación por la voluntad de tener hijos y no por el hecho del parto, es decir la mujer que alumbró no es considerada la madre del niño, esta es una práctica totalmente lícita dentro de este Estado.

Existe un referente importante en el año de 1993 que llevó a el Estado de California a normar en cuanto a la maternidad subrogada, este es el caso *Johnson v. Calvert* al cual nos referiremos.

Crispina está casada con Mark Calvert y en el año de 1984 se ve obligada a someterse a una histerectomía, sin embargo sus ovarios estaban en condición de producir óvulos. Bajo el deseo de ser padres ambos deciden buscar a una mujer que gestara un niño.

En 1989, Anna Johnson se entera de esta situación. Posteriormente el 15 de Enero del mismo año Mark, Crispina y Anna Johnson celebran un contrato en donde Anna a través de la fecundación in vitro albergaría a un embrión resultante del esperma y ovulo de la pareja, el mismo que sería implantado en Anna.

Entre los puntos del acuerdo, Anna Johnson debía renunciar a todos sus derechos como madre y una vez que nazca el niño este sería llevado al hogar de los Calvert, a cambio se pagaría a Anna diez mil dólares en cuotas, siendo la última pagada seis semanas

luego del nacimiento del niño. Mark y Crispina Calvert también estaban obligados a pagar por un seguro sobre la vida de Anna de doscientos mil dólares.

El 19 de enero de 1990 se implanta el embrión en el cuerpo de Anna Johnson y en menos de un mes se realiza un ultrasonido que confirmaría que Anna estaba embarazada. Luego de algún tiempo las relaciones entre los padres comitentes y Anna se ven afectadas debido a que Mark Calvert se entera de que Anna había tenido algunos abortos y partos en donde el niño había nacido muerto, lo cual no fue revelado por Anna.

Por otro lado Anna Johnson consideraba que los Calvert no habían cumplido con el seguro de vida que se acordó y que durante los dolores prematuros de parto en el mes de Junio no fue apoyada por ellos. En Julio Anna exige a los Calvert por medio de una carta, que se le pague el saldo de lo que habían acordado o de lo contrario se rehusaría en entregar al niño.

Mark y Crispina Calvert, solicitan mediante una acción legal que se les declare como padres legales del niño que estaba por nacer. Anna Johnson también interpone una acción legal en la que solicitaba que se la declare como madre del niño.

Ambos casos fueron unificados, ya que desde la normativa de California la maternidad legal se atribuye por el parto o pruebas genéticas. Ambas partes estuvieron de acuerdo en la designación de un guardián independiente ad litem a los fines del proceso.

El niño nace el 19 de Septiembre de 1990. Se practicaron pruebas de sangre a fin de determinar si Anna Johnson era la madre del niño, con lo que se descartó que ella fuese la madre genética.

El Tribunal que llevaba el caso dispuso que el niño permanezca temporalmente con los Calvert, bajo el régimen de visitas por parte de Anna Johnson, lo cual las partes aceptaron.

En Octubre de 1990, las partes acordaron en que los Calvert eran los padres genéticos del niño. Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el Juez de Primera Instancia resolvió que los Calvert eran los padres genéticos, biológicos y naturales, siendo el contrato totalmente exigible y además dio por terminado el régimen de visitas de Anna Johnson.

Anna Johnson interpone un recurso de apelación sobre la decisión del Juez de Primera Instancia, la Corte Suprema del Estado de California ratifica la decisión.

El criterio de la Corte Suprema de California para ratificar la sentencia de Primera Instancia, se funda en que la maternidad subrogada no es contraria al orden público por varias razones:

- Los pagos hechos a consecuencia del contrato, tenían como fin compensar los servicios de gestar al niño y alumbrar, antes que a la renuncia de los derechos como madre.
- En el contrato cabe la posibilidad de aborto ya que no está prohibido por lo que madre gestante no se somete a una obligación.
- No se considera al niño como mercancía.
- Si se niega el contrato, este impide que la mujer gestante pueda tener un beneficio económico de la manera que ella desee.
- El interés del niño no se afecta, ya que los intereses de los padres comitentes son coincidentes.

- La maternidad no se establece por el parto ni genéticamente, sino por la intención expresa de los padres ya que si estos no hubiesen tenido la intención de procrear recurriendo a una mujer que geste el niño, este jamás hubiese existido.

Esta sentencia sirve de precedente ya que de ahí en adelante algunos Estados toman el criterio de la intención (*commissioning mother*) a fin de determinar la maternidad legal cuando se encuentran ante un acuerdo de maternidad subrogada.

3.2.2. New Jersey.

Uno de los casos más relevantes dentro de Estados Unidos es el del año 1988 conocido como “Baby M” que se suscita en New Jersey.

Los esposos Elizabeth y William Stern, querían ser padres sin embargo Elizabeth tenía esclerosis múltiple y si quedaba embarazada era riesgoso para su salud.

El 6 de Febrero de 1985 Mary Beth de 29 años de edad, casada con Richard Whitehead firman un contrato de subrogación con William Stern.

En el contrato elaborado por el Centro de Infertilidad de Nueva York, se acordó que mediante inseminación artificial usando el espermatozoide de William Stern, la señora Whitehead quedaría embarazada, debiendo esta renunciar a sus derechos como madre a fin de que la señora Stern pueda adoptar al niño. De otro lado Richard Whitehead debía realizar los actos necesarios para desvirtuar su presunción de paternidad, facilitando de esta manera la custodia de William Stern.

Así mismo William Stern debía pagar la suma de veinte y cinco mil dólares al Centro de Infertilidad, de los cuales la señora Whitehead recibiría diez mil dólares como

compensación por sus servicios, cinco mil dólares estarían destinados a costos médicos y seguros de la señora Whitehead y el saldo iría a favor del Centro.

El 27 de Marzo de 1986, nace una niña a consecuencia del contrato de subrogación. La señora Whitehead no acepta los diez mil dólares como compensación a sus servicios ya que deseaba conservar a la niña, pero el 30 de Marzo la entrega a los Stern. Días después la señora Whitehead pide a los Stern que le permitan tener a la niña por una semana más a lo que accedieron.

Sin embargo resultaba claro que la señora Whitehead quería permanecer con la niña, por lo que el señor Stern solicitó ante un Tribunal de Familias el cumplimiento del contrato de subrogación en donde se le otorgó la custodia temporal de la niña. Para entonces el señor Whitehead había huido con la niña y posteriormente se encontraría con la señora Whitehead evitando ejecutar lo dispuesto por el Tribunal de Familias durante tres meses.

La niña fue localizada en Florida y puesta bajo custodia temporal de los Stern en New Jersey, con derecho a visita de la señora Whitehead de manera limitada.

Durante el juicio, el señor Stern solicitó el cumplimiento del contrato de subrogación. Se recibieron testimonios que confirmaban la esclerosis múltiple de Elizabeth y sobre la pretendida custodia de la niña, a fin de establecer lo más conveniente a la menor. El Tribunal de Instancia resolvió la validez del contrato de subrogación disponiendo que se extingan todos los derechos de los Whitehead y se permita la adopción de la señora Stern.

La sentencia fue apelada por los Whitehead al considerar que el contrato de subrogación era inválido por ser contrario al orden público, ya que no permitía que la niña tenga los cuidados de su madre y padre biológicos, se consideraba que se privaba a la madre de

derechos constitucionales como es el derecho a permanecer con su hijo y se solicita que se le otorgue la custodia preferente con derecho a visitas del señor Stern en razón del mejor interés de la menor.

Además se insiste, en que el criterio a fin de determinar el mejor interés de la menor se base en entregar la niña a la madre, salvo que esta no sea capaz, a lo cual el Tribunal declaro que la señora Whitehead era capaz ya que era una buena madre para sus hijos mayores.

Finalmente el Tribunal Supremo ante el cual se apela la sentencia, resuelve declarar que el contrato de subrogación es inválido por estar en oposición a las leyes vigentes y ser contrario al orden público de New Jersey por lo siguiente:

- El contrato de subrogación busca obtener la adopción de un niño de manera privada. Si bien se establece que el pago se realiza por los servicios prestados de la señora Whitehead, claramente se trata del pago por una adopción. La adopción está permitida en New Jersey, pero al haber de por medio una compensación económica se vuelve ilegal.
- Si se equipara el contrato de subrogación a la adopción, el consentimiento irrevocable con el cual madre natural se compromete a entregar al niño se presta incluso antes de la concepción. Cabe mencionar que este tipo de consentimiento no puede ser ejecutado ya que solo después del nacimiento, la madre puede consentir en ello y además debe ser asistida por un abogado, siendo la entrega del niño totalmente revocable.
- Si bien la custodia debe determinarse en razón del mejor interés del menor, el contrato de subrogación determina la custodia incluso antes de que nazca el niño, siendo contrario a las leyes de New Jersey.

- Se garantiza que los padres naturales criaran a sus hijos, el contrato de subrogación establece la separación de la madre natural.
- Se establece que los derechos de los padres son iguales sin embargo el contrato de subrogación realza el derecho del padre y destruye el derecho de la madre.

New Jersey acoge el criterio sobre el mejor interés del menor (*the best interest of the child*), por estos motivos se establece en la sentencia como padre natural al señor Stern concediéndole la custodia de la menor, se restituyen los derechos maternos de Mary Beth Whitehead, además se solicita que el Tribunal Inferior regule un régimen de visitas de la madre natural.

En este Estado se reconocen los contratos de maternidad subrogada en tanto no medie una compensación económica, la mujer gestante no se encuentre obligada y no se exija a la mujer a entregar al niño luego de que este nazca basándose en un consentimiento prestado antes de la concepción.

3.3. ARGENTINA.

La legislación argentina guarda una posición tradicional frente a la maternidad, ya que esta se otorga por el parto o a través de la adopción. Sin embargo frente a las técnicas de reproducción humana asistida y su uso cada vez más frecuente entre la población de Argentina surge la necesidad de normar su aplicación.

En el 2011 la Ley 14.208 de Fertilización Asistida de Buenos Aires, era la única que regulaba algún aspecto, contemplando una cobertura social a estos tratamientos y limitando el beneficio a quienes tengan infertilidad por ser considerada una enfermedad.

El 5 de Junio de 2013 se promulga la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente

Asistida, con el propósito de que las personas en ejercicio de su derecho a la dignidad, libertad, e igualdad pueda acceder a estas técnicas a fin de conseguir un embarazo. Esta ley contempla técnicas de alta y baja complejidad, entendidas de baja complejidad la inseminación artificial y de alta complejidad la fecundación in vitro, ambas pueden ser realizadas con o sin donación de gametos o embriones y se establece que pueden hacer uso de estos procedimientos todas aquellas personas mayores de edad sin distinción de su orientación sexual o estado civil. Dentro de esta ley no se encuentra tratado el tema de la gestación por subrogación existiendo un vacío legal al respecto ya que no se la prohíbe o permite.

Cabe que mencionar que el 23 de febrero de 2011, se propuso la reforma del Código Civil argentino a fin de actualizarlo de acuerdo a las nuevas necesidades, dentro estas se contempla a la gestación por subrogación siendo necesario referirse a este proyecto.

El Proyecto de Reforma al Código Civil argentino en su artículo 558 establece a las técnicas de reproducción asistida como fuente de la filiación. Es decir la adopción y el parto no son la única manera de atribuir la maternidad o paternidad.

En el Capítulo 2, se hace referencia a las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. El artículo 560 establece que el consentimiento de quienes se someten a estas técnicas debe ser libre e informado, incluso cabe la posibilidad de desistir hasta antes de que se produzca la concepción o implantación del embrión en la mujer.

El artículo 561 habla de una voluntad procreacional, es decir que los niños que nazcan por una técnica de reproducción asistida, tendrán como padres a quienes tuvieron la intención o voluntad de consentir en la técnica, independientemente de si estos aportan o no los gametos.

En cuanto a la gestación por sustitución al ser una técnica de reproducción humanada asistida compleja, el artículo 562 exige algunos requisitos que no se contemplan en otras técnicas, como es el contar con una autorización judicial con el propósito de que el médico pueda realizar este procedimiento una vez que:

- **Haya evaluado física y síquicamente a la mujer gestante.**
- **Constata que los comitentes no pueden concebir o llevar a término un embarazo.**
- **Que uno de los comitentes aporte su gameto.**
- **No exista una compensación económica de por medio a la madre gestante, esto no implica gastos médicos durante el embarazo.**
- **La mujer gestante no realice una subrogación por más de dos veces.**
- **La gestante no aporte sus óvulos.**
- **La gestante tenga al menos un hijo propio.**

Cumplidos estos requisitos y con el consentimiento de los comitentes que demuestra su voluntad procreacional se determina a su favor la filiación del niño que nazca como resultado de esta técnica de reproducción humana asistida.

El Proyecto de Reforma al Código Civil argentino se encuentra actualmente en discusión por lo tanto no ha sido promulgado. Pese a esta situación el proyecto ha servido de antecedente al contribuir al criterio de los jueces que permitieron la inscripción de nacimiento a los padres comitentes de una niña que nació por gestación subrogada, hecho al que haremos mención.

Una pareja argentina contrae matrimonio en Noviembre de 2006. Con el propósito de cumplir con uno de los fines del matrimonio como es la procreación, la mujer durante su búsqueda por ser padres consigue quedar embarazada por dos ocasiones sin poder

llevar a término sus embarazos. En el 2010 encontrándose en el sexto mes de gestación y en su segundo intento por ser madre pierde al niño, siendo necesario que se le practique una intervención que por su complejidad concluye con la extirpación de su útero, con lo cual no podría quedar embarazada.

Ante esta situación se buscó la posibilidad de una gestación por subrogación en el exterior, que por sus costos se descartó. Es así que una amiga de los esposos quien es madre de dos hijos mayores de edad, se ofrece voluntariamente en ayudar gestando a un niño de la pareja previo tratamiento psicológico de los comitentes y de la madre gestante. Posteriormente a través de la fecundación in vitro se obtiene un embrión que se implanta en la mujer gestante consiguiendo el embarazo y dando como resultado el nacimiento de una niña el 19 de Abril de 2012.

A fin de ser reconocidos como padres ya que aportaron con su material genético, los esposos argentinos demandan la inscripción de nacimiento de la niña nacida al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86.

El criterio favorable de la jueza, con el cual dispone la inscripción de nacimiento a los padres comitentes de la niña nacida por gestación subrogada se basa en lo siguiente:

- El elemento que determina la filiación en la gestación por subrogación es la voluntad procreacional, es decir la intención de ser padres con su material genético.
- Si bien se tiene como principio legal en la legislación argentina que madre es la que da a luz, entonces se atribuiría la maternidad a la madre gestante. Sin embargo su voluntad no es la de adquirir derechos y obligaciones sobre el niño, por lo tanto esta voluntad en la madre gestante se encuentra ausente.

- En Argentina no está prohibida o permitida la gestación por subrogación. El Proyecto de Reforma al Código Civil, contempla a este procedimiento como una fuente de filiación tomando en cuenta la voluntad procreacional y se utiliza este de referente para la decisión.
- En algunas situaciones la procreación no se puede llevar por medios naturales, lo que obliga a reconocer la construcción de parentesco que no se funda en bases biológicas pero si basados en una voluntad procreacional.
- Bajo el principio del interés superior del niño, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño y buscando lo mejor para el desarrollo de la menor se acepta la petición.

Como vemos en Argentina no se encuentra regulada actualmente la gestación por subrogación. La aprobación del Proyecto de Reforma al Código Civil argentino llenaría este vacío jurídico ya que propone normas que se adaptan a la realidad social del país. Mientras tanto la inscripción de la menor, sienta un precedente judicial que ayudara a resolver casos futuros ante la ausencia de una norma.

3.4. COLOMBIA.

Respecto a la maternidad el artículo 335 del Código Civil colombiano establece que *“La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero...”* Entonces la maternidad se atribuye por el hecho del parto, solamente puede ser desvirtuada cuando la madre no ha sido quien alumbró al niño o cuando el pretendido como hijo no sea producto del parto.

Por su parte la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 numeral 6 dice *“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o*

con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.” En este artículo se reconoce a las técnicas de reproducción asistida y por lo tanto se puede hacer usos de estas con el fin de procrear. Sin embargo no al no existir una ley específica que norme las técnicas de reproducción asistida, la maternidad subrogada no se encuentra prohibida ni permitida en la legislación colombiana existiendo un vacío legal en cuanto al tema por ausencia de norma.

La práctica de la maternidad subrogada en Colombia es frecuente y como mencionamos anteriormente al no haber una norma legal al respecto, esta se realiza de manera clandestina y solamente algunos casos llegan al conocimiento de la justicia colombiana con el fin de dar una solución a quien acude a ella, uno de los casos es el siguiente:

El señor Salomón de nacionalidad colombiana y Raquel de nacionalidad dominicana, residentes en Estados Unidos, casados entre sí durante catorce años deseaban tener un hijo. Ante su deseo acuden a un centro de fertilización llamado Fecundar ubicado Colombia y a través de su director conocen a la señora Sarai de nacionalidad colombiana quien accede a realizarse una fecundación in vitro con material genético de los esposos y en entregar al niño. Sin embargo el tratamiento no dio resultados dando por terminado lo acordado.

El señor Salomón viaja a Colombia ya que siguió en contacto telefónico con la señora Sarai y durante su estadía mantuvieron una relación. Luego de un tiempo el señor Salomón pide a Sarai que se realice un tratamiento de fertilización con sus propios óvulos, a cambio le promete que el niño que nazca como resultado del tratamiento fuese criado por los dos y ella gozaría de una buena posición económica, a lo cual accede.

El señor Salomón y Sarai, se presentan en el Centro Medico IMBANACO de Cali como un matrimonio que no podía concebir y a través de una fecundación in vitro la señora

Sarai queda embarazada de mellizos y el 21 de Marzo de 2006 nacen Samuel y David, quienes son registrados con los apellidos de la madre en un inicio y posteriormente el padre los reconoce como sus hijos, ya que no fue avisado a tiempo del parto y no pudo llegar oportunamente al país. El señor Salomón alega que durante los cinco meses de gestación enviaba mensualmente ciento cuarenta y nueve mil pesos, para la manutención de la señora Sarai pues había de por medio el acuerdo de entregar a los niños cuando nazcan pero la señora Sarai se arrepintió de entregarlos en Noviembre de 2005.

El 20 de Marzo de 2006, los niños son puestos en custodia de la tía paterna de la madre ya que se encontraban viviendo bajo situaciones que afectaban a la salud de los menores según el Instituto de Bienestar Familiar de Yumbo. Posteriormente el señor Salomón presenta el 19 de Noviembre de 2007 una demanda de permiso de salida del país en el Juzgado Décimo de la Familia de Cali en contra de la madre, para que los niños puedan residir en Estados Unidos, siendo aceptada la petición el 29 de Agosto de 2008. El juez baso su decisión en que:

- Existió un contrato verbal en donde Sarai alquilaba su vientre permitiendo la fecundación in vitro con su óvulo y el semen del contratante debiendo entregar los niños a la pareja.
- Se desconoció los derechos del padre al no permitirle en un inicio el registro de los niños con su apellido.
- Las condiciones económicas del padre brindarían a los niños mejores oportunidades.
- El padre al buscar la concepción de los niños tiene mayor derecho que la madre.

- Por último se dispone que la madre mantenga contacto con los menores y que se le proporcione la dirección de la residencia, el teléfono y se le permitan visitas.

Frente a esta situación la señora Sarai presenta una acción de tutela contra la sentencia del Juzgado Décimo de Familia de Cali, al considerar que no se reconoció el derecho de sus hijos a tener una familia y a no ser separados de ella según el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, así mismo se desconoció el derecho a la igualdad y aplicación de los tratados internacionales en lo que refiere a los derechos de los niños. Además considera que el Juez no puede sostener que se trataba de un contrato de gestación, pues no existió tal y además este no está contemplado en la legislación de colombiana.

La acción de tutela fue concedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia. Se estableció que el Juez de Familia había fundado su decisión en elementos que no se encontraban dentro del derecho colombiano como es un contrato de gestación por subrogación, siendo una norma que es imposible cumplir y además el Juez se había alejado de los elementos probatorios. Se ordenó revocar el fallo y expedir una nueva sentencia en el término de quince días.

No se cumple con el término y cuando el Juez es notificado por una providencia de desacato, revoca la sentencia y dicta una nueva en donde no se concede el permiso de salida de los menores, se mantiene el criterio de que la madre no cuenta con las condiciones necesarias para el cuidado de los niños de acuerdo a las pruebas presentas y se enfatiza sobre la posible validez del contrato de maternidad subrogada. Esta sentencia no es del conocimiento del Tribunal Superior.

El Tribunal Superior sanciono al Juez y ordenó nuevamente que se expida una nueva sentencia. En esta tercera sentencia se niegan nuevamente el permiso de salida de los

menores y reitera que los niños se encuentran en mejor situación con el padre. Ante esto el señor Salomón interpuso una acción de tutela por violar el debido proceso, concediéndosele la tutela y dando origen a una cuarta sentencia del Juez Décimo de Familia.

Finalmente la última sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil el 4 de Noviembre de 2009, dando lugar a lo alegado por la señora Sarai resolviendo el caso en base a lo siguiente:

- En el ordenamiento jurídico de Colombia no hay una norma expresa que permita o prohíba la gestación por subrogación, sin embargo en la Constitución Política en el artículo 42 numeral 6 se establece que *“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”* La doctrina establece que este tipo de convenio sería válido siempre que se cumplan con ciertos requisitos, siendo tales que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir, que los gametos no sean aportados por la gestante, que los motivos de la gestante no sean económicos sino altruistas, que la gestante sea mayor de edad y tenga hijos, que se realicen valoraciones médicas y psicológicas antes y después del embarazo, una vez implantado el embrión y previo consentimiento informado la mujer no puede retractarse de entregar al niño, la mujer solo puede interrumpir el embarazo por razones médicas, etc..

En este caso, no se trata de una maternidad subrogada ya que la señora Sarai es la madre biológica de los niños pues aportó con sus óvulos en la fecundación in vitro, y en el supuesto caso de tratarse de un contrato de subrogación, la señora Sarai había anunciado su voluntad de quedarse con los niños a pesar de no existir un acuerdo.

- El juez se anticipa en establecer una incapacidad moral, afectiva y económica de la madre, impidiéndole ejercer sus derechos en virtud del interés superior de los menores, a no estar separados de su madre y vivir bajo su cuidado.
- Al considerar el Juez que la madre tiene menos derecho sobre sus hijos que el padre, por haber consentido en un inicio en gestar a un niño para el señor Salomón y su esposa a cambio de una compensación económica sin obtener resultados, no inhabilita a la madre para exigir sus derechos y tampoco al padre quien conocía de la situación económica de la madre. Sin embargo el juez no se percata de que la madre bajo su situación económica, realiza esfuerzos para recuperar a sus hijos.
- El Juez de Familia no acoge el informe de una trabajadora social en donde se concluye que los niños no deben ser separados de su madre biológica ya que habría una ruptura de vínculos afectivos y además no se garantiza el retorno de los menores al país.
- En virtud de que la custodia de la madre fue retirada por el Instituto de Bienestar Familiar de Yumbo y encontrándose aún en proceso en el Juzgado Promiscuo Municipal de Vijes, con el propósito de garantizar el contacto de los hijos con la madre, el padre deberá traer a los niños a Colombia mínimo tres veces al año hasta que se decidan definitivamente los procesos de custodia y cuidado en las instancias anteriores. En caso de enfermedad de los niños, el padre debe cubrir los gastos y respaldar con documentación a la señora Sarai para que pueda viajar a Estados Unidos.
- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá asegurar el cumplimiento de las medidas de protección, sin perjuicio de las funciones de vigilancia

superior y se dispone que se deje sin efecto la sentencia del 29 de Agosto de 2008 del juzgado Décimo de Familia de Cali.

En el presente caso si bien en un inicio se acordó la gestación por subrogación tras el consentimiento de las partes, este no pudo efectuarse debido a que la fecundación in vitro no dio resultados y se pretendió hacer valer el acuerdo tomando una situación posterior. La Corte de Colombia es clara al resolver el conflicto haciendo primar el derecho de los menores a desarrollarse dentro de un núcleo familiar y al no ejecutar un supuesto contrato de maternidad subrogada ya que no cumplía con los requisitos que se exigen en la doctrina. Este caso sirve de referente mientras se promulguen normas que presten seguridad jurídica a la hora de celebrarse este tipo de acuerdos en Colombia.

De lo dicho, claramente la legislación comparada no es uniforme en cuanto al tema de la maternidad subrogada, si bien algunos países han desarrollado una normativa que permita resolver una situación determinada en caso de suscitarse un conflicto sobre este tipo de maternidad, en la mayoría de Estados existe un vacío jurídico en cuanto a la procedencia y legalidad de este tipo de acuerdos lo cual es propio de la legislación ecuatoriana, creando la necesidad de establecer o desarrollar un criterio legal a fin de evitar arbitrariedades por parte de los sujetos que intervengan un convenio de esta naturaleza.

CONCLUSIONES

- La maternidad subrogada es una figura mediante la cual una mujer entrega una criatura que ha gestado en su vientre a otra que quiere ser madre, ya sea de forma onerosa o gratuita.
- Existen situaciones en las cuales se ve afectado el proceso natural de la procreación ya sea por la esterilidad o infertilidad, consideradas como enfermedades del sistema reproductivo. Siendo posible en estos casos hacer uso de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida entre ellas la inseminación artificial y la fecundación in vitro, que dan origen a la figura de la maternidad subrogada.
- La maternidad subrogada se puede desarrollar con óvulos o espermatozoides propios de la pareja o a su vez acudir a donantes. Generalmente cuando se acude a donantes se presume el anonimato, sin embargo este no es absoluto por el derecho que tiene quien es concebido a través de una técnica de reproducción asistida a conocer sus orígenes, el cual incluso podría ser exigido a través de una acción constitucional.
- El Código Civil Ecuatoriano guarda una posición tradicional respecto a la maternidad ya que esta se atribuye por el hecho del parto, al hablar de la maternidad subrogada se rompe este principio ya que en este caso puede no coincidir el elemento genético de la madre que alumbró con el de el niño, siendo claramente una causal para impugnar la maternidad por parte de la madre comitente.
- La figura de la maternidad subrogada desde la óptica del Código Civil Ecuatoriano, no es aplicable, debido a que los elementos de este tipo de acuerdo

no concuerdan con la licitud que exige nuestro ordenamiento para ser exigible jurídicamente.

- Las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran reconocidas dentro de los derechos sexuales y reproductivos de las personas ya sea en instrumentos internacionales así como dentro de la Constitución Política del Ecuador; sin embargo es importante regular lo referente a la maternidad subrogada, ya que no podemos ser ajenos ante la realidad por la que muchas parejas pasan, pues al hacer uso de estas técnicas se les brindaría una oportunidad para ser padres dentro de los límites que debería poner la legislación ecuatoriana, evitando las practicas clandestinas que se han venido dando con respecto al tema, teniendo de este modo un control más amplio por parte del Estado, el cual actuaría como fiscalizador y garante de los derechos de quienes intervienen en este tipo de acuerdos.
- El tomar de ejemplo a legislaciones que son permisivas y totalmente contrarias a la maternidad subrogada nos sirve de sustento para desarrollar una normativa en cuanto a esta problemática.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL: *TRATADO DE DERECHO CIVIL: PARTES PRELIMINAR Y GENERAL*. EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE. (1998)
- BERNAD MAINAR, RAFAEL: *EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA*. UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO, CARACAS (2000). OBTENIDO DE:
http://books.google.es/books?id=vlj7o1mqu5ec&hl=es&source=gbs_navlinks_s
- BERNAL CAMARGO, DIANA ROCÍO. *TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, MATERNIDAD SUBROGADA Y DERECHO DE FAMILIA*. REVISTA REPUBLICANA NO 6. CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REPUBLICANA. OBTENIDO DE:
<http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/06/1-TECNICAS-DE-DIANA.pdf>
- BORDA, GUILLERMO; *MANUAL DE DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL*. EDITORIAL PERROT. ARGENTINA BUENOS AIRES (1996).
- CALÓ, EMANUELE: *BIOÉTICA, NUEVOS DERECHOS Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD*. EDITORIAL LA ROCCA. BUENOS AIRES. (2000)
- CENTRO DE BIOÉTICA, PERSONA Y FAMILIA: *LAS ABUSIVAS CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS DE ALQUILER DE VIENTRE EN INDIA*. (2012). OBTENIDO DE:
<http://centrodebioetica.org/2012/07/las-abusivas-clausulas-de-los-contratos-de-alquiler-de-ventre-en-india/>

- CERVANTES VILLALTA, EDGAR. *DERECHO DE FAMILIA*. COSTA RICA, HEREDIA, CIUDAD JUDICIAL DE SAN JOAQUÍN DE FLORES (2011). OBTENIDO DE:
http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/descargas/revista_de_familia.pdf
- CLARO SOLAR, LUIS: *EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO VOLUMEN V*. EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE.
- CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA DEL ECUADOR. ACUERDO MINISTERIAL 14660-A. REGISTRO OFICIAL 5 DE 17 DE AGOSTO DE 1992. OBTENIDO DE:
http://www.saluddealtura.com/fileadmin/fotografias/archivos/Codigo_de_etica_medica.pdf
- COELLO GARCÍA, HERNAN: *TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO*. TEXTOS UNIVERSITARIOS. (2006)
- COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DE LA MUJER, EL NIÑO, LA JUVENTUD Y LA FAMILIA. PROYECTO DE LEY DE LA FAMILIA ECUATORIANO. (1998-2000). OBTENIDO DE:
http://apps.asambleanacional.gob.ec/proleg/publico/navegar/navegar_documento.asp?codigo=21-504&path=/proyectos/1998-2000/p2&hojas=93&tipo=PRO&defWidth=856&serial=506&numero=92
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991. OBTENIDO DE:
<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucioncolombia.pdf>
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: *CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO*. EDITORIAL TALLERES DE LA CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. QUITO ECUADOR. (2005).

- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: *CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA*. EDITORIAL TALLERES DE LA CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. QUITO ECUADOR. (2010).
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*. EDITORIAL TALLERES DE LA CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. QUITO, ECUADOR. (2008).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *SENTENCIA T-968/09*. OBTENIDO DE:
http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-968-09.htm#_ftnref99
- DECRETO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1958 POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL. OBTENIDO DE:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1958-18486>
- DICCIONARIO JURÍDICO DE CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO, (2006)
- DICCIONARIO REAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2001) OBTENIDO DE: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>
- GLOSARIO DE TERMINOLOGÍA EN TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA). VERSIÓN REVISADA Y PREPARADA POR EL INTERNATIONAL COMMITTEE FOR MONITORING ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (ICMART) Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), (2010). OBTENIDO DE:
http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/

- GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA. *EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA*. MADRID: MARCIAL PONS (1994). OBTENIDO DE:
<http://online.lexnova.es/servicesLXOL/visordoc?signatura=DCC7C185C2341073A1BB3D9856951D886B034B80F2B79770E6E52BCEBC8F9FD0>
<http://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-02-ley-de-creaci%C3%B3n.pdf>
HTTP://WWW.WHO.INT/REPRODUCTIVEHEALTH/PUBLICATIONS/INFERTILITY/ART_TERMINOLOGY_ES.PDF
- IGLESIAS CORTINA; RADAKOFF, DIANA: *UN GRAN SÍ A LA VIDA*. SANTA MARÍA. 2009 PÁG.45
- JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER; *LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO*. EDITORIAL REUS. ESPAÑA. 2012. OBTENIDO DE:
<http://books.google.com.ec/books?id=7XWKAqAAQBAJ&pg=PA206&dq=Jaime+Vidal+Martinez+maternidad+subrogada&hl=es&sa=X&ei=g6-XU66bCrO-sQSkwYHIDg&ved=0CBkQ6AEwAA#v=onepage&q=Jaime%20Vidal%20Martinez%20maternidad%20subrogada&f=false>
- JOSÉ BOTELLA LLUSIÁ ; JOSÉ A. CLAVERO NÚÑEZ : *TRATADO DE GINECOLOGÍA*, EDICIONES DÍAZ DE SANTOS, 1993 (PAG 987)
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, RAFAEL; DE LA TORRE DÍAZ FRANCISCO JAVIER: *LA REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA. UN ESTUDIO DESDE EL DERECHO Y DESDE LA MORAL CIENCIAS DE LA SALUD*. EDITORIAL UNED, 2013

- LAMM, ELEONORA: *EL ELEMENTO VOLITIVO COMO DETERMINANTE DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA*. BARCELONA, UNIVERSIDAD DE BARCELONA. (2008).
- LARREA HOLGUÍN, JUAN: *DERECHO CIVIL. PRIMERA PARTE. PERSONAS*. CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. QUITO, (1995).
- LEONSEGUI GUILLOT, ROSA ADELA. *LA MATERNIDAD PORTADORA, SUSTITUTA, SUBROGADA O DE ENCARGO*. BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO NÚM. 7. 1994 OBTENIDO DE:
<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:bfd-1994-7-f4d6ac07&dsID=pdf>
- LEY 14/2006 DE 26 DE MAYO SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. OBTENIDO DE:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>
- LEY DE DERECHOS Y AMPARO DEL PACIENTE DE ECUADOR, (1995). OBTENIDO DE:
<http://www.superley.ec/superley/Legislacion/DERECHO%20SOCIAL/Ley%20de%20Derechos%20y%20Amparo%20del%20Paciente.htm>
- LEY ORGÁNICA DE DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS. (2011) OBTENIDO DE:
http://issuu.com/direccion.comunicacion/docs/tomo_23_web
- LEY DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN. (2013). OBTENIDO DE:
<http://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-02-ley-de-creaci%C3%B3n.pdf>

- LÍGER ALDÁS, DIEGO PAÚL. *PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA A TRAVÉS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ECUADOR*. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR SEDE IBARRA (2013).
OBTENIDO DE:
<http://dspace.pucesi.edu.ec/bitstream/11010/291/2/t72875.pdf>
- LÓPEZ DÍAZ, ELVIRA: *INICIACIÓN AL DERECHO*. DELTA PUBLICACIONES. MADRID, ESPAÑA. (2006)
- MARÍN VÉLEZ, GUSTAVO ADOLFO. *EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN COLOMBIA*. UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN, (2005). OBTENIDO DE:
<http://books.google.com.ec/books?id=iLEy58F2EXkC&pg=PA183&dq=maternidad+subrogada+en+estados+unidos&hl=es&sa=X&ei=bk20U5uPLfS0sQSa4GQAg&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q=maternidad%20subrogada%20en%20estados%20unidos&f=false>
- *MATRONAS DEL SERVICIO VASCO DE SALUD*, EDITORIAL MAD. S. L, 2006. (PAG 74)
- MEDICAL DICTIONARY: *TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA*. (2011). OBTENIDO DE:
http://www.esacademic.com/dic.nsf/es_mediclopedia/58114/t%c3%a9cnicas
- MEDINA, GRACIELA. *MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN - PRINCIPALES CLÁUSULAS CONTRACTUALES Y SOLUCIONES EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA Y NORTEAMERICANA*. OBTENIDO DE:
<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Maternidad-por-sustitucion2.pdf>

- MORALES ÁLVAREZ, JORGE: *TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*. PUDELECO EDITORES S.A. QUITO. (1995)
- NASCENTIS, ESPECIALISTAS EN FERTILIDAD: *TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA*. OBTENIDO DE http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida
- P. BARRI, *ASPECTOS MÉDICOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN REPRODUCCIÓN HUMANA*, PAG 25-3, EN JUNQUERA DE ESTAFANI, RAFAEL, 1998
- PÉREZ MONGE, MARINA. *LA FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA*. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES. FUNDACIÓN BENEFICENCIA ET PERITIA. (2002)
- PLANIOL, MARCEL; RIPERT, JORGE. *TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS*. (1946)
- *PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL*. BUENOS AIRES, ARGENTINA. 2012. OBTENIDO DE: <http://www.infoleg.gov.ar/wp-content/uploads/2013/11/8842012.pdf>
- REAL DECRETO DE 24 DE JULIO DE 1889 POR EL QUE SE PUBLICA EL CÓDIGO CIVIL. OBTENIDO DE : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DEL 18 DE FEBRERO DE 2009. OBTENIDO DE: http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200903/10/sociedad/20090310elpepusoc_1_Pes_PDF.pdf

- ROMO PIZARRO, OSVALDO. *MEDICINA LEGAL: ELEMENTOS DE CIENCIAS FORENSES*, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE. (2000).

OBTENIDO DE:

<http://books.google.es/books?id=hb-nnb1jmruc&pg=pa114&dq=tipos+de+inseminacion+artificial&hl=es&sa=x&ei=lfstuuqkgunhsat35ygobw&ved=0cewq6aewa#v=onepage&q=tipos%20de%20inseminacion%20artificial&f=false>

- SÁENZ, JAIME. *FECUNDACIÓN ASISTIDA. IDEAS ESTRUCTURALES PARA LA REGULACIÓN DE LOS MÉTODOS DE PROCREACIÓN ASISTIDA*. EDICIONES JURÍDICAS GUSTAVO IBÁÑEZ, BOGOTÁ (2002)

- SILVA RUIZ, PEDRO F. *BABY M Y EL CONTRATO DE MATERNIDAD, SUBROGADA, SUSTITUTA O SUPLENTE*. UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO. BOLETÍN N° 1.447 DE 25 DE FEBRERO DE 1.987

- SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA. *NNODGMBMS/INSCRIPCION DE NACIMIENTO EXPEDIENTE 38316/2012*.

BUENOS AIRES, ARGENTINA. OBTENIDO DE:

<http://www.infojus.gob.ar/juzgado-nacional-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires--inscripcion-nacimiento-fa13020016-2013-06-18/123456789-610-0203-1ots-eupmocsollaf>