



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

*La maternidad subrogada o vientres de alquiler: Necesidad de su
incorporación en la legislación ecuatoriana.*

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los
Tribunales de Justicia de la República.

Autora:

Carolina Elizabeth Salamea Ortuño.

Director:

Dr. Olmedo Piedra Iglesias.

**Cuenca, Ecuador
2016**

DEDICATORIA

El presente trabajo va dedicado a mis padres Iván y Sonia que desde siempre me apoyaron para cumplir mis sueños, nunca me han negado nada y cada día luchan arduamente para verme convertida en una profesional, para esas dos excelentes personas que la vida me dio y que cada día me enseñan a ser una persona mejor, una mujer luchadora ante todas las adversidades de la vida. Es una dedicación especial para mis padres queridos que siempre han confiado en mí y que a lo largo de la vida universitaria me supieron apoyar y guiar y a pesar de algunas caídas durante el camino ellos estuvieron ahí para levantarme y darme ánimos para seguir adelante.

AGRADECIMIENTOS

Mi principal agradecimiento es a Dios ya que por él he podido avanzar hasta donde estoy y él es el que guía mi camino, al Divino Niño Jesús que me acompañó desde el inicio de la carrera y me ha acompañado hasta la culminación de este trabajo y sé que seguirá guiándome durante mi vida profesional.

A mis padres que han puesto toda su confianza en mí, a mi padre Iván que me enseña cada día a ser una persona humilde y llena de valores, a mi mami Sonia que me enseña cada día a ser una mujer valiente y que durante este largo camino nunca me dejó sola y siempre me apoyó en todo lo que pudo y en lo que no también, la que se sufrió conmigo en los malos momentos pero de igual manera en los buenos sonrió siempre a mi lado, a ellos que son lo más importante en mi vida es mi mayor agradecimiento.

A mis hermanos Andrea y Mateo que han estado conmigo en todo momento dándome ánimos para que siga adelante y no decaiga en el camino.

A mis mejores amigos y amigas que me enseñaron el verdadero sentido de la amistad al demostrarme su apoyo y cariño durante todo este trayecto.

Un especial agradecimiento a mi director de tesis Dr. Olmedo Piedra, que no solo fue mi director si no mi profesor durante dos años, en los cuales supo transmitirme sus conocimientos para poder encaminarme a ser una excelente profesional. Su experiencia y enseñanzas han sido pilar fundamental durante todo este tiempo así como también para la culminación del presente trabajo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
RESUMEN.....	v
ABSTRACT.....	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	3
1.La maternidad subrogada: figura jurídica en construcción en la legislación ecuatoriana	3
1.1 Historia de la maternidad subrogada.	3
1.2. Conceptualización de la subrogación de vientre	7
1.2.1 Técnicas de reproducción humana asistida	8
1.2.2 Formas de subrogación de vientre.....	9
1.3. Intervinientes en la subrogación de vientre	10
CAPÍTULO II	16
2.Bioética y Fertilidad.....	16
2.1 Principios básicos de Bioética aplicada a la Fertilidad.	17
2.2 Consideraciones bioéticas en la Reproducción Asistida.	21
2.3 Análisis religioso.....	27
2.4 Conclusiones respecto de la Bioética con relación a la reproducción asistida.	29
2.4.1 Gama de posibilidades de la maternidad subrogada: las varias combinaciones del uso de espermatozoides del marido y/o óvulos de la mujer.	29
2.4.2 Donación de espermatozoides y de óvulos.	30
2.4.3 Personas solteras o parejas del mismo sexo que desean someterse a tratamientos de reproducción asistida.	32
2.4.4 Parejas que han optado por tratamientos de reproducción asistida y se separan.	33
2.4.5 La religión y los tratamientos de reproducción asistida.	34
CAPÍTULO III.....	36
3.Relación parento-filial en el Ecuador.....	36
3.1 Filiación.....	38
3.1.1 La filiación en el Ecuador: generalidades y su posible aplicación en la maternidad subrogada.	38
Análisis del artículo 24 del Código Civil ecuatoriano.	42

3.1.2 Maternidad	46
La Maternidad en el Ecuador.	49
3.1.3 Paternidad	51
3.2 Propuesta de la posible solución para el reconocimiento de la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.	53
3.2.1 Estado civil de las personas que optan por la maternidad subrogada y el consentimiento informado.	55
3.2.2 Situación de las mujeres intervinientes en la maternidad subrogada:.....	56
3.2.3 Situación de los hombres intervinientes en la maternidad subrogada:.....	60
3.2.4 Situación de los donadores de gametos:.....	62
CAPÍTULO IV	65
4.La maternidad subrogada y la figura del contrato civil y la adopción.	65
4.1 Contratos civiles en el Ecuador: Elementos de validez, requisitos de existencia y clases de contratos con mira a una adecuación a la maternidad subrogada.	66
4.3 Posibles cláusulas a ser consideradas dentro del contrato de maternidad subrogada. ...	83
4.4 Maternidad subrogada y adopción.	85
5. CONCLUSIONES	90
6. RECOMENDACIONES	91
7. BIBLIOGRAFÍA	92

RESUMEN

El presente trabajo investigativo tiene como objetivo demostrar la necesidad de la incorporación dentro de la legislación ecuatoriana a la técnica de maternidad subrogada ya que esta técnica de reproducción humana asistida es cada vez más utilizada por parejas que no pueden concebir de manera natural. Pero es importante recalcar que se opta por esta técnica cuando a la mujer se le ha retirado el útero o cuando este no es viable para poder llevar a cabo un embarazo.

La particularidad que distingue a esta técnica de reproducción asistida de las otras es la intervención de una mujer denominada subrogante la misma que va a llevar en su vientre el embrión fecundado con gametos de la pareja interesada denominada pareja comitente. Al darse la intervención de una tercera persona podría presentarse una serie de inconvenientes, pero los principales son dos el hecho de la declaración de paternidad y maternidad procedente de esta técnica y por otra parte la necesidad del reconocimiento del contrato de la maternidad subrogada, por lo cual estos aspectos serán analizados de manera minuciosa en el desarrollo del trabajo investigativo.

Palabras claves: Maternidad, Filiación, Contrato, Propuesta, Validez.

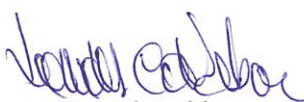
ABSTRACT

This research paper aims to demonstrate the need to incorporate the surrogacy procedure into the Ecuadorian legislation, since this method of assisted human reproduction is increasingly used by couples who cannot conceive in a natural way. Nevertheless, it is important to emphasize that this method is chosen when the woman has undergone hysterectomy or when it is not viable to carry out a pregnancy.

The particularity that distinguishes this assisted reproductive method from the others is the intervention of a woman called surrogate, who will carry in her womb the embryo fertilized with gametes of the interested couple called intended parents. The intervention of a third person could present a number of disadvantages; however, the main two are the declaration of paternity and maternity from this method, and on the other hand the need for the surrogacy contract recognition. Consequently, these aspects will be analyzed in detail throughout the development of this research work.

Keywords: Maternity, Parentage, Contract, Proposal, Validity




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

La infertilidad de las personas no es un problema reciente ha estado presente desde los principios de la humanidad en donde era considerada como causal de divorcio en el caso de las parejas casadas o daba la posibilidad de otorgar al varón una mujer que pueda darle herederos para que estos niños sean criados como propios de la pareja o simplemente se daba el matrimonio con la mujer que si podía engendrar; frente a estas situaciones y con los avances tecnológicos se da la posibilidad de las técnicas de reproducción humana asistida reconocidas ya hace varios años. Es así que mediante estas técnicas se brinda esperanzas a las personas que no pueden concebir de manera natural.

Las técnicas más reconocidas son la fertilización in vitro y la inseminación artificial en las cuales se cuenta con los gametos femeninos y masculinos de la pareja, o por lo menos de uno de ellos, para la fecundación en un laboratorio y de manera posterior introducir el embrión al útero de la mujer de la pareja “infértil” y se produzca el embarazo. Pero ahora se ha dado reconocimiento también a la técnica de maternidad subrogada la misma que pasa por el proceso antes mencionado para la fecundación del embrión pero con la particularidad que el embarazo se desarrolla en el vientre de una mujer ajena a la de la pareja, que está obligada solamente a llevar acabo el embarazo sin tener relaciones sexuales con el marido.

Esta técnica ha ido tomando fuerza en países como India, Rusia, Ucrania y Estados Unidos donde es reconocida ya sea de manera gratuita es decir la madre subrogante se presta para el proceso sin recibir remuneración monetaria a cambio o de manera onerosa donde las madres subrogantes “ponen precio” a su participación en este proceso. Hay países como Alemania, Francia y España que prohíben esta práctica dentro de su legislación por no encontrarla adecuada. Por otra parte también hay países como Brasil, Israel, Australia, Canadá y Gran

Bretaña que reconocen esta técnica pero estableciendo particularidades para la misma, considero que el Ecuador debería integrar este último grupo de países.

Lo que nos compete dentro de este tema es abordar el ámbito jurídico presente en esta técnica como es el caso de la determinación de filiación de los hijos nacidos bajo esta modalidad, ya que se presenta contrariedad por la noción de nuestro Código respecto a la maternidad y paternidad, porque la primera se le reconoce a la mujer que da a luz y la segunda depende del elemento genético. Lo que se busca con esta técnica no solo responde al ámbito biológico que los hijos nazcan con los genes de sus padres sino además también se pretende que la paternidad y maternidad de la pareja comitente sea declarada legalmente ante el hijo nacido por esta técnica para poder contraer los deberes y obligaciones pertinentes por lo cual es preciso reconocer la filiación bajo esta modalidad.

Es por ello que para evitar estos inconvenientes se torna necesaria la celebración del contrato de maternidad subrogada, el mismo que debe contar con la voluntad de las partes y en el cual se establezca de manera concisa las obligaciones de cada una de ellas. Este contrato debe ser analizado por la autoridad competente para que declare la validez del mismo además de autorizar el procedimiento por encontrar idóneos a los participantes.

Partiendo de estos supuestos es que en líneas posteriores se conocerá un poco más de la técnica de maternidad subrogada, como su historia y aspectos relevantes dentro de la misma, se plantearán los problemas más comunes dentro de esta técnica para de manera posterior dar posibles soluciones en cuanto al tema de filiación y el contrato de maternidad subrogada para que con las propuestas establecidas se contemple la posibilidad de reconocimiento de esta técnica dentro del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO I

1. La maternidad subrogada: figura jurídica en construcción en la legislación ecuatoriana

1.1 Historia de la maternidad subrogada.

La subrogación de vientre está presente en la humanidad desde épocas antiguas de manera inconsciente se dio nacimiento a esta figura, la misma que por algún tiempo se siguió empleando con la inconsciencia que comenzó pero que con el paso de los años fue tomando un camino diferente hasta llegar a la actualidad. Para comprender mejor esta evolución a continuación se hará una breve reseña histórica:

La maternidad subrogada tiene su inicio en el Antiguo Testamento hace más de dos mil años antes de Cristo, época en la cual se considera que tuvo lugar el primer caso de subrogación de vientre el mismo que se presenta cuando Sarai esposa de Abraham, mujer que era infértil, optó por ofrecer a su esposo a la esclava Agar para que ellos pudieran concebir un hijo. Como resultado de este ofrecimiento Agar dio a luz a un niño que llevó el nombre de Israel, el cual fue tomado como hijo propio por Sarai, pero 14 años después de este nacimiento ocurrió el milagro de que Sarai pudo concebir, ya que quedó embarazada de su marido y dio a luz a un niño al cual lo llamaron Isaac.

Dentro de este mismo libro bíblico se conoce otro caso similar al anterior; es el de Bilhá sierva de Raquel, que fue ofrecida por esta última a su esposo Jacob para que pudieran engendrar ya que ella no podía hacerlo debido a su infertilidad; Bilhá concibió un hijo con Jacob, pero se repitió la situación del primer caso, pues después de un tiempo de esta concepción Raquel quedó embarazada de su esposo.

Posteriormente en Mesopotamia se abre la posibilidad de la subrogación de vientre; basándose en el Código de Hammurabi, en el mismo que mencionaba: *“la mujer estéril que quiera tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón”*, se podía hablar entonces de una “consolidación legal” en cuanto a la subrogación, debido a que el Código de Hammurabi pretendía que en este tema se busque garantías sociales para las subrogantes.

En Egipto esta práctica era muy usual ya que los faraones deseaban tener herederos varones, presentándose casos de que las esposas solo podían concebir hijas mujeres, aquellos optaban por las concubinas que algunas de las veces concebían hijos varones los mismos que se convertirían en los futuros faraones, y eran criados como hijos propios del faraón y su esposa.

Con el paso de los años la subrogación también fue empleada en las Antiguas Grecia y Roma, tal como es el caso del rey de Galicia, Deyatoro al igual que los anteriores casos su esposa Estratónica era infértil y ella escogió a Electra para que concibiera hijos con su marido, los hijos concebidos de esta unión fueron criados por la pareja como si fueran sus propios hijos.

En Europa así como en China, Corea y Japón también se daba esta práctica, ya que en algunos de los casos los reyes mantenían relaciones con sus concubinas para tener hijos varones o por el caso más frecuente la infertilidad de sus esposas y por ende la imposibilidad de concebir.

Al ser esta práctica utilizada por algún tiempo, fue en el año de 1880, después de que la necesidad de las parejas de tener hijos se volvió más frecuente, cuando el científico Walter Haupe realizó una transferencia de embrión, dando como resultado la primera *“subrogación de vientre con uso de técnicas de reproducción humana asistida”*. Desde entonces, en cuanto

respecta a la reproducción humana asistida, empieza a ser utilizada la inseminación artificial a partir de los años 20 del siglo XX; así como también se dió lugar a la primera fertilización in vitro que fue realizada en el año de 1944 y que después de varios años produjo algunos nacimientos bajo esta modalidad.

En el año de 1976 el abogado estadounidense Noel Keane propuso el término “maternidad subrogada”, éste fue el creador de la primera agencia que ofrecía programas de maternidad subrogada. A manera de que el tiempo transcurría y las necesidades cambiaban se ofrecieron más programas de subrogación a las parejas que así lo desearan, mejorando los parámetros de este método, ya que el programa al que se sometían dichas parejas desde entonces incluía pruebas médicas y documentación legal que debían ser practicadas de forma previa al tratamiento.

En Estados Unidos en abril del año 1986 se dio el primer caso de maternidad subrogada de este país, en el cual se utilizó el óvulo y el semen de la pareja contratante. Esta situación se vio necesaria ya que a la esposa le habían extirpado el útero; este primer caso dio como resultado el nacimiento de una niña y el abogado Keane fue quien intervino dentro del mismo para exigir primordialmente la confidencialidad.

Un año después en octubre de 1987 se da en Sudáfrica el primer caso de maternidad subrogada con la ayuda de un miembro del núcleo familiar, ocurre cuando una pareja de esposos mantiene el deseo de tener más hijos pero esto se ve imposibilitado ya que después del primer embarazo a la mujer se le retiró el útero, por lo cual decidieron optar por la subrogación de vientre, pero estaban conscientes que al decidirse por esta práctica se encontraban expuestos al riesgo de que la mujer subrogante que ellos eligieran podría quedarse con el niño al finalizar el embarazo, siendo así que la madre de la esposa se ofreció a gestar, dando como resultado trillizos bajo la modalidad de subrogación de vientre, en este caso a la subrogante se le consideró como madre de los niños, teniendo esta que renunciar a

la patria potestad de los mismos y pudiendo así la pareja de esposos adoptar a sus “propios hijos”.

Dentro de esta práctica se han conocido casos en los que las “madres de alquiler” una vez concluido el embarazo se han negado a entregar al niño a los padres contratantes, como es el caso que tuvo lugar en New Jersey en el año de 1988 y que se denominó Baby M, esto ocurre a consecuencia de que la madre subrogante decide quedarse con el niño que había gestado para la pareja contratante. El Tribunal Supremo de esta Ciudad reconoció como madre genética a la madre subrogante pero otorgó la custodia a los contratantes con derecho a visita de la primera.

El caso relativamente más reciente que fue conocido a nivel mundial, se dio por una de las circunstancias que se pueden presentar dentro de la subrogación de vientre, cuando la pareja contratante no desea conservar al niño que se concibió por presentarse situaciones contrarias a su agrado como son el sexo del bebe, defectos físicos, entre otras; tal como es el caso de Gammy, que tuvo lugar en Tailandia y se dio a conocer en el año de 2014; trata sobre un nacimiento de gemelos bajo la modalidad de subrogación de vientre, en este nacimiento Gammy uno de los niños presentó un cuadro de síndrome de Down, pero su hermana no presentaba esta condición por lo cual la pareja contratante decidió solamente quedarse con la niña que estaba “sana”.

Con esta breve reseña podemos conocer el “origen” de esta técnica y como ha sido considerada en la época que se desarrollaba, presentándose cambios con el pasar de los años hasta llegar a la actualidad en donde se ha tornado muy diferente a la forma como inicio la misma, pese a los problemas que se han podido observar en la aplicación de la misma no ha restado credibilidad para que las parejas sigan considerando esta opción, por lo cual es importante tratar esta técnica respecto a la época actual.

1.2. Conceptualización de la subrogación de vientre

Para adentrarnos al tema que trata el presente trabajo investigativo es necesario conocer el concepto de la subrogación de vientre, pero para ello es importante previamente tomar en cuenta algunos factores que están presentes dentro de este método:

- Las partes intervinientes principales son la pareja contratante y la subrogante, esta última es quien lleva al niño en su vientre durante toda la duración del embarazo.
- El embrión implantado a la subrogante puede ser resultado de la unión de: material genético netamente de la pareja contratante; o por la unión del óvulo de la subrogante y el espermatozoide del esposo o con el espermatozoide de una tercera persona anónima; y cuando el material genético (óvulo y espermatozoide) a ser portado provenga de individuos ajenos a las partes intervinientes.
- La subrogación puede ser remunerada, es decir la subrogante puede recibir una cantidad de dinero pactada con la pareja a cambio de llevar al hijo de estos en su vientre, o puede darse el caso en que este proceso no implique valor alguno de dinero en el transcurso del mismo.

Una vez establecidas estas generalidades podemos reproducir algunos de los conceptos ya existentes sobre subrogación de vientre, entre estos tenemos el que nos da Gómez Sánchez (1994), quien sostiene que: “Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al 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 del recién nacido en favor de otra mujer que figurara como madre de éste.” (Gómez Sánchez, 1994, pág. 136)

Por otra parte también tomaremos en cuenta el concepto que se obtiene del Informe Warnock que nos dice: “Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre

un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”. (Lamm, Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientre de alquiler)

Partiendo de las generalidades y añadiéndole los conceptos antes descritos me he permitido establecer mi propio concepto de maternidad subrogada plasmada de la siguiente manera: es el método mediante el cual concurre la voluntad de dos partes para que una de ellas lleve en su vientre el resultado de la unión de material genético ajeno o propio durante todo el periodo de la gestación, una vez transcurrido este tiempo el producto de la concepción deberá ser entregado a la parte contraria, la misma que a cambio reconocerá un valor económico en algunos casos, o en otros no deberá hacerlo, según como se haya establecido entre las partes.

Basándonos en esta conceptualización podemos entender lo que a breves rasgos engloba la subrogación de vientre, pero en líneas posteriores profundizaremos más el tema para poder tener un conocimiento más específico.

1.2.1 Técnicas de reproducción humana asistida

Para iniciar con este tema tomaremos en cuenta el concepto emitido por Martha Araiza (2009): “El término tecnología de reproducción asistida describe a una serie de técnicas médicas y de laboratorio utilizadas para lograr el embarazo en las parejas estériles cuando no es posible corregir la causa de fondo” (Araiza, 2009, pág. 462)

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRA) son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para la generación de un embarazo. Estas técnicas son utilizadas cuando se presentan cuadros de infertilidad en una pareja que desea tener hijos y que han sido

sometidos a tratamientos médicos de toda índole, así como quirúrgicos y de los mismos no se ha obtenido el resultado deseado.

Estas técnicas podemos clasificarlas en dos: las técnicas de reproducción humana asistida de baja complejidad y, las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad:

a) TRA de baja complejidad: Son el conjunto de técnicas en las cuales se logra la fecundación dentro del vientre de la mujer que va desde la estimulación ovárica, el coito programado y hasta la inseminación artificial.

b) TRA de alta complejidad: Son aquellos procedimientos que implican la manipulación técnica de ovocitos para lograr la fecundación en el laboratorio y que implica la Fecundación in Vitro y la inyección intracitoplasmática de un espermatozoide en el ovocito.

1.2.2 Formas de subrogación de vientre

Teniendo claro lo relativo a las técnicas de reproducción humana asistida podemos centrarnos en conocer las formas de subrogación de vientre como las siguientes:

a) Subrogación tradicional: Es el procedimiento mediante el cual se logra la gestación con la transferencia de los espermatozoides del varón solicitante de los servicios para fecundar al óvulo de la subrogante. En este caso la subrogante, a más de poner su vientre para la gestación aporta con el óvulo. Este es el primer procedimiento realizado de subrogación de vientre que se conoce sin embargo tiene muchos riesgos, especialmente de carácter psicológico ya que la relación genética entre la subrogante y el bebé en su vientre crea lazos afectivos que luego resultan difíciles de separar y que la constituye en madre del niño.

b) Subrogación carrier: Es la técnica de reproducción asistida mediante la cual se le trasfiere al vientre de la subrogante un embrión previamente fecundado en laboratorio con el óvulo y el espermatozoide de la pareja solicitante de los servicios.

c) **Subrogación con óvulo donado y esperma del padre:** Es el mismo procedimiento que implica la subrogación carrier pero con un óvulo donado fecundado con el espermatozoide del hombre solicitante de los servicios que puede o no tener pareja. En este caso la subrogante no pone su óvulo ya los óvulos que se usan dentro de este procedimiento son provenientes de una donante anónima.

d) **Subrogación con óvulo de la madre y esperma donado:** Mediante técnicas de reproducción asistida de alta complejidad se fecunda el óvulo de la mujer solicitante del servicio con espermatozoide de un donante, generalmente anónimo, para que el embrión que resulte de esta unión sea transferido al vientre de la mujer subrogante. La madre del bebé puede o no tener pareja la cual puede o no ser varón.

e) **Subrogación con embrión adoptado:** Es el procedimiento por el cual se transfiere al vientre de la subrogante un embrión fecundado en laboratorio sin el uso de gametos de los solicitantes. Este proceso se lleva a cabo cuando por razones clínicas no se puede contar con los gametos de ninguno de los solicitantes o cuando él o la solicitante solo no puede aportar sus gametos por ello dentro de esta modalidad se cuenta con gametos donados.

1.3. Intervinientes en la subrogación de vientre

A simple vista dentro de la subrogación de vientre parecería que las partes intervinientes solo serían dos, la pareja contratante y la persona que prestará su vientre para la gestación del niño, pero hay que tener presente que se puede dar la participación indirecta de algunos intervinientes como es el caso del esposo o hijo/os de la subrogante en el caso que esta los tenga y también la colaboración que se debe tener en esta técnica de los profesionales de salud que deben asistir con sus conocimientos y recomendaciones a las partes principales que participan de esta técnica. Es por ello que en líneas posteriores se establecerá dos grupos de intervinientes con mención individualizada de cada uno de ellos:

- **Intervinientes primarios:**

Pareja solicitante y/o persona solicitante.

Mujer subrogante.

- **Intervinientes secundarios:**

Esposo de la subrogante. (En el caso que los tenga)

Hijos de la subrogante. (En el caso que los tenga)

Profesionales de la salud. (Médicos, psicólogos, biólogos)

Abogados.

Pareja y/o persona solicitante: Las personas que están incluidas dentro de este grupo son aquellas que por algunas razones clínicas, psicológicas o sociales se ven en la necesidad de optar por la subrogación de vientre. Entre las razones clínicas tenemos cardiopatías, presión arterial alta, insuficiencia renal, trastornos uterinos; entre las condiciones psicológicas tenemos estrés post traumático, depresión severa o el síndrome de infertilidad de origen desconocido; y por último entre las razones sociales están las preferencias sexuales como la homosexualidad, las madres de avanzada edad o padres solos.

Para que esta técnica tenga éxito es importante informarle previamente a la pareja todo lo que implica la misma, es necesario también realizar una valoración del estado mental tanto de la mujer como del hombre para comprobar la idoneidad de participar dentro del proceso; como otro factor importante también encontramos que esta pareja sea estable ya que el proceso de espera es algo extenso, es importante además revisar el historial tanto personal como reproductivo de cada uno de ellos.

Este tratamiento es recomendable para personas con gran solvencia económica, ya que el mismo es de un alto valor económico, por ello también se debe hacer un análisis socio-económico a la pareja para que ésta no desista en ningún momento del tratamiento así como también al momento que nazca el niño éste cuente con un hogar estable económicamente.

Si se trata de una sola persona que opta por esta técnica, se debe considerar los mismos parámetros antes mencionados, ya que se debe hacer un análisis económico-social y psicológico en este caso debería ser más riguroso ya que es solo una persona la que va a afrontar con todas las circunstancias y consecuencias que esta técnica exige.

Mujer subrogante: Desde mi punto de vista a la persona que se le debe poner más énfasis en los exámenes de idoneidad es a la subrogante, ya que en la pareja contratante está claro respecto del por qué tomaron esta decisión, pero en el caso de la subrogante la situación de cada una varía, puede darse por ayudar a una persona que no puede concebir o simplemente por el rédito económico que esto implica.

En este caso pueden presentarse dos posibilidades: una mujer que ya haya tenido hijos y tenga conocimiento de todo el proceso del embarazo y lo que este implica, o las mujeres que aún no tienen hijos y no saben lo que puede ocurrir durante el embarazo.

Por ello también se debe informar claramente a las personas que decidan ser subrogantes, más allá de sus motivos, todo lo que implica su participación dentro del tratamiento ya que al finalizar el embarazo la madre subrogante se verá en la obligación de entregar al niño, que mantuvo durante este tiempo en su vientre, a la pareja con la cual contrató o puede encontrarse también en la situación que por cualquier motivo la pareja contratante desista de este procedimiento.

Por todo lo antes expuesto es importante que a esta parte también se le haga una valoración (psicológica) que demuestre que está en condiciones para ser partícipe de esta técnica y que pueda afrontar las circunstancias antes descritas. Además también de igual manera se debe realizar valoraciones sociales y económicas, y en el caso de que esta persona cuente con esposo o hijos esta valoración debería extenderse a estos.

Esposo de la subrogante: No siempre la subrogante cuenta con una pareja, ya que las mujeres que deciden participar dentro de este proceso pueden ser mujeres solteras o personas

que estén casadas. En el caso de las personas solteras lo importante es que ella dé su consentimiento informado sobre el tema y que se le realice las valoraciones antes mencionadas, pero en el segundo caso interviene una persona más que es el esposo de la subrogante, en este último caso es necesaria la evaluación de la pareja de la subrogante, ya que ésta por algunos meses va a tener que lidiar con situaciones que son propias del embarazo, entonces en este caso se debe considerar si la pareja tiene la condición de apoyo a la subrogante y de conocer todo lo que implica que su esposa haya tomado esta decisión, ya que en su vientre acogerá a un niño que es de personas extrañas.

Hijos de la subrogante: Como se explicó en líneas anteriores hay casos de mujeres que antes de subrogar su vientre tienen hijos propios, en este caso también es muy importante que se haga una valoración psicológica a los mismos, ya que la mujer durante el tiempo que dure el proceso va a convivir en su hogar con su familia, la cual tiene que sobrellevar las circunstancias que este estado implica.

Principalmente se debe valorar si los hijos están en condiciones de asimilar una situación como ésta y todos los cambios que dentro del hogar se generen por la misma, y se deberá analizar a posteriori de las consecuencias que quedarán una vez culminada la concepción, es decir que el niño al nacer va a ser desprendido de este hogar para formar parte de uno totalmente diferente.

Profesionales de la salud (Médicos, psicólogos, biólogos): En cuanto a los profesionales de la salud los tres que he considerado con mayor participación dentro de este proceso son los biólogos, médicos y psicólogos. Lo recomendable sería que estos formen parte de un solo lugar especializado en el tema ya que es importante que el trabajo que cada uno realiza de acuerdo a su rama vaya relacionado con el trabajo del otro profesional, de acuerdo a lo que a cada uno lo ocupa.

La primera intervención se da por parte del biólogo, el mismo que da inicio al proceso, ya que es el encargado de realizar la fecundación del óvulo con el espermatozoide, sin importar si son gametos propios de los intervinientes o de donadores, siempre y cuando este material genético cuente con la aprobación de la pareja o persona que optó por esta técnica. Es trabajo del biólogo saber que óvulo escoger también que espermatozoide, ya que de esto va a depender que pueda llevarse adelante y que se obtenga como resultado una fecundación sana, satisfaciendo así la necesidad principal de esta técnica.

Continuando con el proceso los médicos tienen una gran responsabilidad desde el primer momento que una pareja muestra interés por esta técnica, ya que éste es el profesional encargado de dar toda la información concerniente a la subrogación de vientre y sus implicaciones, para que de esta manera la pareja pueda tomar una decisión y que sea informada en su totalidad, dando como resultado la aprobación que se requiere y consecuentemente permitiendo el inicio de la misma. Los médicos juegan un rol muy importante desde que se da inicio al proceso hasta que este termina, siendo él quien debe velar por la salud y bienestar de la mujer subrogada así como del niño que está por nacer.

El factor que motiva a que algunas parejas opten por este método es la esterilidad, es por ello que la participación del psicólogo es incluso necesaria antes de iniciar con el proceso, ya que éste debe orientar a la pareja en cuanto a la esterilidad, de ahí afrontar los problemas que esta conlleva, como son la ansiedad, el estrés la depresión, entre otros. Es necesario que el psicólogo tenga controlado estos problemas para que la pareja estéril pueda dar inicio a la subrogación de vientre, es decir, éste profesional debería establecer si una pareja es apta o no para entrar al proceso y afrontar todas las circunstancias que esta podría conllevar durante el periodo del embarazo como al final del mismo. Por otra parte el psicólogo también debe tener contacto con la mujer subrogante, ya que ésta a lo largo del embarazo puede presentar algunos trastornos y al finalizar el mismo también puede estar sometida a ello. Como se habló

en líneas anteriores el rol del psicólogo se extiende también al esposo y a los hijos de la mujer subrogada en el caso de que esta los tenga, es por lo tanto que la intervención de este profesional es muy importante dentro de esta práctica ya que este podrá establecer si las personas que participan dentro del proceso son aptas para poder asimilar las implicaciones de esta técnica.

Abogados: El papel que desempeña el abogado en este tema es muy importante, ya que parecería un tema netamente médico, pero no es del todo así porque este profesional tiene que estar presente desde el inicio del proceso, incluso su presencia se puede alargar hasta después de finalizado el mismo.

Uno de los problemas que debe afrontar el abogado es en la etapa posterior de todo el proceso, es decir cuando este culmina con el nacimiento de él o la niño/a ya que uno de los posibles problemas se presentaría al darse un incumplimiento por una de las partes, ya sea de la pareja que por cualquier motivo no desee conservar al niño o la mujer subrogante después de dar al luz al niño/a puede contemplar la posibilidad de conservarlo. Entonces es aquí donde interviene el abogado para informar de manera previa las implicaciones legales de esta técnica por lo cual sería indispensable el reconocimiento de esta técnica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para que cuente con leyes que le asistan.

CAPÍTULO II

2. Bioética y Fertilidad

La bioética es una disciplina relativamente nueva ya que tiene sus inicios en los años setenta cuando el bioquímico Van Rensselaer Potter introduce la palabra Bioética. Potter publicó un libro y un artículo donde plasmaba la necesidad de crear una disciplina en la cual se consoliden la biología, la medicina y la ecología con el estudio de los valores. Al decir que esta disciplina es nueva no se está dejando de lado que siempre ha existido una ética médica, la misma que posee una antigüedad similar que de la medicina racional, pero es importante tener en cuenta que estas dos disciplinas guardan algunas similitudes pero no se deben confundir entre ellas.

La Bioética toma fuerza principalmente en Estados Unidos desde donde empezó a promoverse, extendiéndose fuera de este territorio y llegando a los demás países obteniendo acogida por profesionales e instituciones.

Es importante recordar que la Bioética fue introducida principalmente para precautelar que las investigaciones que se realicen con seres humanos tengan principios éticos trazados y que dichas investigaciones estén siempre apegadas a estos, reuniendo así los dos factores más importantes que son el conocimiento biológico y los valores humanos.

Durante su tiempo de existencia la bioética no solo ha logrado avances en lo que respecta a la investigación con seres humanos, sino también ha contribuido en una forma significativa en la toma de decisiones médicas, así como también ha dado un gran aporte en lo referente a problemas relacionados con la vida.

Para comprender mejor de lo que se trata esta disciplina me permito citar el concepto de bioética más aceptado por los profesionales de la salud, el mismo que nos dice lo siguiente:

“Es el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la atención a la salud, examinando esta conducta a la luz de los valores y de los principios morales”, concepto establecido por la Encyclopedia of Bioethics. (Sánchez, 2014, pág. 3)

Obteniendo una idea general en cuanto a bioética se trata, después de esta breve introducción, en el presente capítulo se desarrollará de manera más específica la presencia de la bioética en lo que respecta a tratamientos de infertilidad, conociendo los principios de esta disciplina y enfocándolos en el tema que nos compete, así como también conociendo dilemas en cuanto a estos tratamientos, se desarrollará lo relativo a los pensamientos de distintas religiones sobre este tema y como último punto se establecerá conclusiones sobre temas relevantes.

2.1 Principios básicos de Bioética aplicada a la Fertilidad.

Los principios de la Bioética fueron establecidos en el año de 1974 por la National Commission mediante el Informe Belmont, en este informe solo se contaba con tres principios establecidos y eran aplicados solamente en lo que respecta a temas de investigación, pero en el año de 1979 la aplicación de los principios se amplía y estos empiezan a regir también para las decisiones clínicas por ello se da el aumento de un principio, teniendo como resultado a los cuatro grandes principios de la Bioética:

1. Autonomía
2. Beneficencia
3. No Maleficencia
4. Justicia

Autonomía: Al hablar de autonomía principalmente nos estamos enfocando en los derechos de los pacientes, así como el respeto de la libertad y de elección que gozan estos. Esta libertad no debe ser obstaculizada, por el contrario se debe prestar las facilidades

pertinentes para que pueda ser ejercida, y en cuanto a las elecciones nos referimos a la posibilidad que tienen los pacientes para aceptar o rechazar el tratamiento que ellos consideren.

Dentro de este principio la parte fundamental es el consentimiento informado, ya que es importante que los pacientes tengan conocimiento en cuanto a riesgos, beneficios y alternativas, incluso ellos gozan del derecho de optar por no tratarse ya que frente a esta exposición de opciones el paciente va a poder tomar la decisión que más conveniente sea para sus intereses sin que exista alguna presión o falta de información.

Un factor importante dentro del principio de autonomía es la capacidad de decisión propia de la cual gozan las personas, capacidad que en casos específicos puede verse impedida por algunas circunstancias como la edad, enfermedades o estado vegetativo en las cuales los pacientes no puedan emplear dicha capacidad.

En lo que respecta al tema de infertilidad es importante constatar la presencia del principio de autonomía en cuanto a la voluntad de los participantes en dichos tratamientos, asegurándose de esta manera que ninguna persona esté actuando bajo presión de otra y que esté en uso de su capacidad de decisión.

Por otra parte también es necesario en este tema hacer referencia a las personas que subrogan su vientre o donan gametos, ya que se podría hablar de algún tipo de “coerción” en el momento que estas personas recibieran un incentivo inapropiado con la cual el principio de autonomía se vería quebrantado.

Beneficencia: Este principio se refiere a la obligación que tienen los profesionales de la salud de actuar en beneficio del paciente promoviendo de esta manera los intereses del mismo.

Algunas personas sostienen que este principio se trata de la intervención únicamente del médico sin tomar en cuenta la opinión del paciente, pero para otros este principio significa una relación entre el paciente y el médico en cuanto a toma de decisiones se trata.

En mi opinión personal veo más acertada la segunda posición ya que el médico está en la obligación de informar sobre lo más adecuado para una persona y tomar en cuenta su opinión y cuando este no pueda darla por sí mismo tener presente lo que sus familiares opinen, este caso sería cuando haya la posibilidad de consultar al paciente, ya que si el médico se encuentra en una emergencia tiene que decidir por sí mismo basándose en sus conocimientos y siempre buscando lo mejor para sus pacientes.

Al hacer alusión a la palabra beneficio podemos establecer dos tipos de beneficios, en primer lugar hablamos de beneficio subjetivo cuando por parte de los pacientes para un decisión son tomadas en cuenta sus experiencias y valores, por otra parte tenemos el beneficio objetivo el mismo que abarca todo lo que es “bueno” para las personas.

En lo que respecta a las elecciones realizadas por los pacientes se sostiene que la autonomía predomina sobre los beneficios ya que se pueden presentar casos en los cuales las personas antes de encontrarse en alguna situación que no puedan expresarse por si mismo hayan tomado decisiones en cuanto al tratamiento que desean someterse. Es así que tenemos por una parte a los defensores de la autonomía que sostienen que estas decisiones deben ser respetadas y cumplidas, pero por otro lado en contra de esta postura se sostiene que los beneficios presentes de una persona deben prevalecer sobre indicaciones anteriores.

Cuando hablamos de materia reproductiva no es muy usual que se hayan establecido indicaciones previas a los tratamientos; pero excepcionalmente se pueden presentar casos en donde una persona decide almacenar gametos y ha dejado indicaciones para el uso de los mismos, pero por otra parte esta persona pudo no haber dejado indicación alguna es aquí entonces donde se hace presente lo que se denomina el juicio sustitutivo, el mismo que es

cuando los sustitutos de la persona antes mencionada no han recibido indicaciones previas por parte de esta por ello deben tomar una decisión basándose en los intereses conocidos por ellos de la persona en cuestión.

No Maleficencia: Este principio hace referencia a no producir daños intencionadamente; es por ello que ocupa un lugar importante dentro de la bioética ya que lleva implícito el respeto de la integridad del ser humano.

El principio de no maleficencia en el tema de infertilidad está presente en lo que respecta a la transferencia de embriones (cantidad), ya que algunas personas sostienen la idea que al transferir mayor cantidad de embriones la posibilidad de un embarazo es más probable; pero esta cantidad puede ser peligrosa tanto como para la mujer embarazada como para el niño que está por nacer. Por ello se deben tomar las precauciones del caso e informar previamente a las persona sobre esta complicación.

Justicia: Cuando nos referimos al principio de justicia hablamos de aquella distribución de recursos, beneficios y cargas que debe ser realizada de manera equitativa para todos los miembros de la sociedad por parte del Estado.

En el caso de la salud, es un derecho que poseemos todas las personas y al cual debemos acceder sin ninguna restricción; es por ello que el Estado debe velar porque este derecho no sea vulnerado y presentar todas las facilidades para que sea ejercido de manera eficiente e igualitaria para todos los ciudadanos.

Lo que busca el principio de justicia es que la sociedad cuente con todos los medios para poder satisfacer aquellas necesidades básicas comunes.

Al hablar del principio de justicia en lo que respecta a la infertilidad surge una discusión en cuanto a la distribución de recursos en estos casos particulares, ya que por una parte se sostiene que la capacidad de reproducción es un bien básico del ser humano y por otra parte

refutando este pensamiento se sostiene que los recursos sociales no deben ser utilizados en este ámbito.

Es innegable que el tema de reproducción está reconocido en algunas normativas pero no se ha conocido hasta el momento que algún Estado haya optado por invertir recursos en prácticas de reproducción asistida.

Una vez conocidas las generalidades de estos principios podemos darnos cuenta que es de suma importancia contar con la presencia de estos en los tratamientos de reproducción asistida, en nuestro caso el de maternidad subrogada, ya que son aplicables a todos los ámbitos de la medicina sin ser la excepción el tema que nos compete en el presente trabajo.

2.2 Consideraciones bioéticas en la Reproducción Asistida.

En cuanto a reproducción asistida se trata, es un tema aún no reconocido en algunas legislaciones a nivel mundial, pero esto no impide que haya referencias sobre la misma, tal es el caso de Estados Unidos que cuenta con una ley que reconoce algunos aspectos de interés que conllevan inmersos el tema de reproducción asistida, así como artículos que han sido publicados por la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, los mismos que serán tomados en cuenta solamente los más relevantes que tratan sobre reproducción asistida.

Ley uniforme de paternidad:

Uno de los países que ha dado mayor tratamiento en cuanto al tema de infertilidad y las posibilidades para que las parejas puedan tener hijos, es Estados Unidos ya que este país cuenta con la ley denominada UNIFORM PARENTAGE ACT (la ley uniforme de paternidad), la misma que cuenta con algunas generalidades de interés y que ayudan a evitar conflictos posteriores a los tratamientos por los cuales se desee optar. Es por ello que a continuación se establecen los aspectos más importantes contemplados en esta ley en lo que respecta al tema de reproducción asistida.

Esta ley hace referencia a la relación existente tanto entre madre e hijo; así como padre e hijo; estableciéndolas de la siguiente manera:

Relación entre madre e hijo.- Según esta ley la relación puede ser determinada:

- Cuando una mujer ha dado a luz.
- Fallos judiciales que determinen la maternidad.
- En los casos de los vientres de alquiler, es necesario tomar en cuenta que el acuerdo realizado haya sido admitido por la ley y de esa manera mediante adjudicación legal confirmar que la mujer “contratante” es madre de un niño nacido de una madre de alquiler.

- Adopción del niño.

- Prueba de ADN.

Relación entre padre e hijo.- Según esta ley la relación puede ser determinada por:

- Reconocimiento voluntario por parte del hombre.
- Paternidad presunta conforme a la ley.
- Fallos judiciales que determinen la paternidad.
- Adopción del niño
- En el caso de reproducción asistida es necesario el consentimiento del hombre o una adjudicación legal en la cual se confirme que este es padre de un niño nacido de una madre de alquiler.

- Prueba de ADN

La ley uniforme de paternidad con el paso de los años tuvo algunos cambios, ya que en el año de 1973 se protegía el anonimato de los donantes, pero es en el año 2002 cuando se eliminó la posibilidad de esta protección. Para este cambio se tomó en cuenta dos aspectos que son esenciales, en primer lugar los intereses del donante en cuanto a la confidencialidad que esté busca y por otra parte tenemos el interés del niño de conocer su historia clínica; tuvo más consideración el segundo aspecto para poder llegar a la eliminación del anonimato.

Esta ley también hace referencia al tema de la donación de gametos, estableciendo una distinción entre padres y donantes; los donantes de gametos no son reconocidos como padres legales por ello es importante que dentro de este proceso se cuente obligatoriamente con un médico especializado ya que este certificará que la persona que donó sus gametos es únicamente el padre biológico del niño por el mismo hecho de la donación, la ausencia de este profesional acarrearía la posibilidad de que el padre legal del niño podría llegar a ser el donante de los gametos por no realizar la certificación antes mencionada.

Continuando con el tema de donación puede presentarse una controversia, la misma que se origina cuando una pareja se ha separado antes de utilizar los embriones, y una de las partes desea utilizar los mismos pero la otra parte se niega a dicha utilización, es importante en esta circunstancia que las clínicas especializadas prevean esta situación aclarándola con los pacientes antes de iniciar con el procedimiento.

Informes y declaraciones del Comité de Ética de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva:

El Comité de Ética es un organismo que forma parte de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, el mismo que se encarga de considerar todas las cuestiones éticas respecto a problemas que se presenten en cuanto a salud reproductiva y medicina que afecten tanto a la Sociedad Americana, a los pacientes y profesionales de la salud. Las soluciones emitidas por este Comité deben ser aprobadas por el Consejo de Administración de la Sociedad Americana para que sean publicadas posteriormente. Es así que a continuación expondré algunas observaciones en cuanto a reproducción asistida se trata, emitidas por el Comité de Ética:

- En el año de 2003, se abre la posibilidad para que familiares de las personas interesadas puedan ser partícipes de un procedimiento de reproducción asistida, mediante la

donación de gametos por parte de estos o como madres de alquiler, esto es posible siempre y cuando tengan información previa.

- En el año 2007 el Comité hace referencia a la donación de óvulos; sosteniendo que es necesario tomar en cuenta algunos aspectos importantes en lo que respecta a este tema como la inversión del tiempo, los inconvenientes, el malestar que podría ocasionar asociado a los controles, la estimulación ovárica y la recuperación de óvulos. Estos parámetros son importantes para establecer el valor adecuado a la recompensa económica que tendría dicha donación.

Tanto para la donación de óvulos como para la donación de espermatozoides es esencial que los donantes se hayan informado previamente en algunos aspectos como en cuanto a implicaciones médicas, los gastos que serán cubiertos y cuáles no e implicaciones legales y emocionales.

- El Comité establece algunos derechos y responsabilidades de las partes que intervienen en la reproducción asistida.

Receptores: Es derecho de los receptores previo al tratamiento tener la información suficiente del mismo para poder otorgar el consentimiento informado, así como también es necesario que tengan un cuidado médico adecuado.

Una de las grandes responsabilidades por la parte receptora es mostrar transparencia en lo que respecta a su historial clínico, así como previamente deben dar a conocer cuáles son los planes de crianza para el niño que está por nacer.

En lo que respecta a la parte receptora y las clínicas especializadas en estos tratamientos, es importante que esta última evite los incentivos excesivos así como también las discriminaciones.

Madres de alquiler: En cuanto a estas personas pueden presentarse algunos inconvenientes, como que la mujer que presta su vientre no desea continuar con el embarazo

o que una vez que haya dado a luz desee conservar al niño; es por ello que se establecen algunas recomendaciones para que las clínicas eviten dichas circunstancias.

Principalmente estas clínicas deben procurar que estas personas estén informadas previamente y que de ahí se derive su consentimiento para poder ser seleccionadas; se sugiere también que las clínicas incluyan políticas en las cuales se evite la participación de mujeres que no hayan tenido un embarazo previo ya que estas desconocerían las implicaciones de este procedimiento y por último sería recomendable evitar las madres de alquiler tradicionales (proceso en el cual la mujer que presta su vientre es la misma que proporciona los óvulos).

Es por lo antes expuesto que se han establecido los siguientes derechos y responsabilidades para las mujeres que deciden participar como madres de alquiler:

Derechos: consentimiento informado, prevención de explotación, ayuda psicológica para una mejor orientación, asesoramiento y cuidado médico.

Responsabilidades: Información fehaciente en cuanto a su historia clínica con las actualizaciones pertinentes, seguir de manera obligatoria las políticas establecidas por la clínica y no incumplir las indicaciones que se han establecido para un correcto embarazo.

- En lo que respecta a las clínicas, estas tienen la posibilidad de negarse a prestar los servicios de vientre de alquiler, pero para que esta negativa ocurra es necesario una razón justificada; y una razón puede ser que no tengan seguridad en cuanto a la capacidad de los padres para criar a un hijo, por eso es recomendable realizar exámenes individualizados. Es de suma importancia que las clínicas establezcan políticas en donde se contemple la imposibilidad de poder acceder al programa cuando se detecte dicha incapacidad.

La negación de prestación de servicios también puede darse por algunas razones de conciencia, morales o éticas de acuerdo a sus convicciones. El ejemplo más claro donde se encuentra esta negativa es cuando personas del mismo sexo, madres o padres solteros desean

acceder a estos tratamientos, pero por cuestiones éticas por parte del médico este se niega a prestar dicho servicio por la situación de las personas.

- Dentro de este tratamiento nos encontramos con dos grandes inconvenientes, uno de ellos se presenta cuando las personas que optan por acceder a este tratamiento solicitan la transferencia de una gran cantidad de embriones, sosteniendo la idea que gracias a dicha transferencia la posibilidad de embarazo aumentaría; esto puede traer complicaciones tanto a la mujer embarazada como a la criatura es por ello que por parte de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva se ha limitado esta transferencia y la cantidad de embriones a transmitir serán establecidos de acuerdo a la edad de la mujer, pronósticos y resultados que provengan de tratamientos anteriores.

Los embarazos múltiples es otro de los dilemas con los que nos podemos encontrar, estos embarazos también ponen en riesgo la vida de la madre como de las criaturas que están por nacer, es por ello que frente a esta problemática una posible solución sería la reducción embrionaria, ya que de esta forma se estaría reduciendo el número de fetos, pero este método no es del todo seguro ya que podría traer consigo la pérdida de todos los fetos, por ello la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva considera que no es recomendable que este sea incluido en los tratamientos de reproducción asistida.

- El Comité de Ética de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, hace una recomendación en cuanto a los embarazos en mujeres menopaúsicas ya que sostiene que es preferible que no se lleven a cabo por los riesgos que existen por la avanzada edad de las mujeres; pero abre la posibilidad que se realicen exámenes individuales ya que los riesgos pueden variar.

2.3 Análisis religioso

Alrededor del mundo existen varios tipos de religiones y cada una tiene diferentes creencias, pensamientos, etc. El tema de reproducción asistida está presente en todos los países, es por ello que a continuación se hará un análisis de algunas cuestiones relativas a la reproducción asistida pero desde el punto de vista de las religiones más importantes.

Estatus del embrión: En cuanto a la religión católica, ortodoxa y bautista del sur, mantienen la idea de que en el momento mismo de la unión del espermatozoide con el óvulo el embrión adquiere estatus moral.

En el islam por su parte se cree que dos semanas de realizada la unión del espermatozoide con el óvulo recién ahí el embrión adquiere estatus moral.

Donación de gametos: El uso de gametos donados está prohibido en el islam sunita; en cambio los chiítas islámicos aceptan la utilización tanto de óvulos como de embriones.

La legalidad de la donación esta presente en Irán, pero lo que está prohibido es usar los gametos de uno de los esposos que ha fallecido. En este país se abre la posibilidad de un “matrimonio temporal” entre el marido y la mujer donante, para que así pueda hacerse efectivo la donación, pero esta posibilidad de un matrimonio temporal no se puede dar en el caso de que el marido sea infértil y se necesite la donación de espermatozoides, ya que en este país está prohibido que una mujer este casada con varios hombres (poliandria).

En el judaísmo está permitido la reducción embrionaria así como se permite también la reproducción post mortem.

La donación de gametos como la reducción embrionaria está prohibida en el islam suní, la reducción embrionaria está permitida solamente cuando la vida de la mujer embarazada está en peligro.

Madre de Alquiler: El concepto que guardan las religiones sobre este tema es muy variado, ya que en algunas hay aceptación y en otras en cambio está prohibida esta técnica.

Un problema que se presenta en esta técnica es que algunas parejas que aún no han contraído matrimonio desean acceder a esta, es ahí entonces cuando algunas religiones discrepan con esta falta de unión y prohíben dicho acceso y solo está permitido cuando las personas están casadas.

La base principal de todas las religiones es la fe, es por ello que para algunas de ellas la fe está determinada por los padres, en el caso del cristianismo sostiene que la fe proviene de los padres de crianza; en cambio el judaísmo mantiene la idea de que la fe del niño que está por nacer se determina por la fe de la madre gestacional.

Es por esta razón de fe que en el judaísmo la madre del niño es la madre de alquiler por ser la portadora gestacional y en este caso los padres de crianza deberían adoptar a la criatura.

En el islam están prohibidas las madres de alquiler.

Fertilización In Vitro: El islam permite esta técnica pero con algunas variaciones a las cuales deben acogerse las personas que desean optar por ella.

La fertilización in vitro está prohibida en el catolicismo debido a que la creencia que sostienen que la persona comienza desde el momento de la concepción.

Los cristianos evangélicos rechazan la fertilización in vitro cuando involucra la creación de embriones sobrantes.

Reproducción Asistida: En el judaísmo todas las formas de reproducción asistida son permitidas siempre y cuando se use el material genético del marido y de la mujer; todas las formas de reproducción asistida que no involucren un acto conyugal son consideradas inmorales ya que esta religión sostiene que los hijos deben ser concebidos desde la unión marital; solamente está permitida la transferencia intrauterina de gametos cuando estos son

propios de la pareja y son colocados en las trompas de Falopio. No se permite ninguna técnica de reproducción asistida fuera de la unión entre el marido y la mujer.

En el islam los tratamientos de fertilidad son aceptados.

2.4 Conclusiones respecto de la Bioética con relación a la reproducción asistida.

En líneas anteriores se trataron temas de gran importancia respecto a Bioética que están presentes en las técnicas de reproducción asistida, pero algunos de estos son muy discutibles por ello es necesario establecer conclusiones respecto de dichos aspectos relevantes, por lo cual posteriormente estableceré algunas generalidades tratando así de determinar las problemáticas que puedan presentarse para posteriormente proporcionar una posible solución. Siendo así podemos enumerar de la siguiente manera a estos temas:

2.4.1 Gama de posibilidades de la maternidad subrogada: las varias combinaciones del uso de espermatozoides del marido y/o óvulos de la mujer.

En esta técnica encontramos dos posibilidades para que se lleve a cabo la subrogación, la primera consiste en la unión de los gametos tanto del hombre como de la mujer de la pareja solicitante; y la segunda comprende el uso solamente de uno de los dos gametos de la pareja para unirlo con un gameto de una tercera persona. Partiendo de lo antes descrito podemos encontrar las siguientes formas de subrogación:

- Contamos con la posibilidad de que se use el espermatozoide del hombre de la pareja solicitante para que este sea transferido al útero de la mujer subrogante, la misma que no solo presta su vientre si no también dona su óvulo para que se dé lugar a la fecundación. Este procedimiento se conoce como subrogación tradicional.

- Por otra parte también tenemos la subrogación carrier, en la que se utiliza un embrión fecundado previamente en un laboratorio con los gametos de la pareja solicitante, el mismo que es transferido al vientre de la mujer subrogante.

- Se puede también dar la posibilidad que por parte de una tercera persona se dé la donación de un óvulo (no es de la mujer de la pareja solicitante, ni de la mujer subrogante), el mismo que será fecundando en un laboratorio con el espermatozoide del hombre de la pareja, teniendo como resultado el embrión que será implantado en el vientre de la mujer subrogante.

- Como última posibilidad dentro de este punto tenemos la fecundación que se produce por la unión del óvulo de la mujer solicitante con el espermatozoide donado (de una tercera persona), este embrión como en el caso anterior de igual manera va a ser transferido al vientre de la mujer subrogante.

En todos los casos antes expuestos es importante y necesario que se cuente con el consentimiento informado de las partes intervinientes, es entonces desde este punto que se da inicio al tratamiento, ya que con el consentimiento se puede establecer el contrato el mismo que deberá contener quienes intervienen y las obligaciones de cada una de las partes, además también es indispensable que se haga constar en este contrato el valor monetario a ser reconocido en el caso de que así se haya pactado y también se debe precisar que aspectos van a ser reconocidos monetariamente y cuáles no.

2.4.2 Donación de espermatozoides y de óvulos.

Esta posibilidad se da cuando no se puede contar con los gametos ya sea por parte de una de las personas de la pareja o por los dos integrantes de la misma, es por ello que se recurre a la donación de gametos para poder lograr la fecundación.

La petición de donación de gametos se puede dar por algunas razones una de estas pueden ser por padecer de una enfermedad que no les permita producir sus propios gametos, así como también por evitar que se transfiera al niño que está por nacer algún tipo de trastorno genético o simplemente por el hecho de no contar con pareja o por ser una pareja del mismo sexo.

Los donantes pueden ser personas conocidas y designadas por un centro especializado o escogidas de manera individual por la pareja interesada, por ello en este punto es recomendable que las personas opten por la primera opción antes descrita por la seguridad de estas de contar con personas idóneas.

Existe una gran interrogante en cuanto si se debe comunicar o no a los hijos la forma en que fueron fecundados, en este tema hay que analizar dos posturas, la primera en cuanto a los donadores ya que siempre van a preferir el anonimato debido a que estos no buscan paternidad o maternidad sino simplemente lo hacen por razones humanitarias o monetarias, pero por otra parte tenemos el derecho de las personas a conocer su origen biológico. Es por ello que la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva recomienda que como última instancia se considere esta posibilidad.

Es por todo lo antes expuesto que podemos concluir los siguientes puntos:

- Tanto donadores como receptores deben entregar información clara en cuanto a su historia clínica, pruebas de no poseer enfermedades de transmisión sexual, exámenes físicos y evaluaciones de posibles riesgos genéticos para que de esta manera tener seguridad de contar con embriones viables.
- Es necesario que los donantes y receptores elaboren acuerdos legales que traten algunos puntos como el tema relativo al anonimato ya que lo que la Sociedad nos presenta es solo una recomendación, en este caso debería establecerse entre las partes la imposibilidad de reclamar paternidad o maternidad por cualquiera de ellas. Es importante también que se

establezca la modalidad de esta posibilidad es decir que conste si es a título gratuito u oneroso.

- Y en lo que respecta al ámbito psicológico es importante que donantes y receptores se sometan a una preparación emocional previa para esta experiencia, ya que podríamos decir que es una creación de una familia con la intervención de un tercero.

2.4.3 Personas solteras o parejas del mismo sexo que desean someterse a tratamientos de reproducción asistida.

Este tema es muy controversial, ya que para dar un trato adecuado al mismo y poderlo entender depende de las convicciones y pensamientos que cada persona guarde sobre este. Es un tema de mucha discusión por ello trataré de manera breve y basándome en fuentes netamente investigativas.

Relativo a este tema la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva es muy clara, ya que ha establecido tres aspectos básicos a ser tomados en cuenta: el primero trata del interés reproductivo de las personas solteras, homosexuales y lesbianas; el segundo es relativo al bienestar de los hijos y el tercero es la autonomía profesional combinada con la legislación vigente, estableciendo así un límite a la no discriminación.

En cuanto a lo antes expuesto podemos decir que la Sociedad sostiene que respecto al primer aspecto las personas que no estén casadas o que tengan una pareja del mismo sexo no están exentas de participar de este tratamiento, es más se establece que las peticiones provenientes de estas personas deben ser tomadas en cuenta ya que de no ser así se estaría incurriendo en discriminación.

Mediante estudios realizados se ha demostrado que la calidad de solteros o de poseer una pareja del mismo sexo por parte de los padres no ha influenciado en la forma de desarrollo, adaptación y bienestar del niño que crece dentro de esta “familia”, ya que incluso para

algunas personas no se encuentra una gran diferencia en la crianza de los hijos de las familias antes mencionadas y de los hijos criados en una familia conformada por padre y madre.

Pero para mi forma de pensar la conclusión en este tema se reduce al tercer aspecto antes mencionado, ya que depende netamente de la voluntad del profesional tratar a una persona bajo estas circunstancias.

Mediante investigaciones se ha podido encontrar a profesionales que solamente acceden a tratar a personas de estado civil solteras pero sin posibilidad de dar tratamiento a personas con parejas del mismo sexo, es por ello que este tema nos limita a un campo de actuación ya que no se puede obligar a una persona a proceder en contra de su moral y sus pensamientos, pero también es importante recordar que nadie puede ser discriminado por su orientación sexual. Este tema al ser muy poco aceptado dentro de nuestra sociedad se ve mucha dificultad para que los homosexuales y lesbianas tengan algunos derechos que no se les han otorgado a pesar de su ardua lucha para conseguirlos, pero dentro del tema que nos compete como se estableció con anterioridad estas personas están a la expectativa de poder encontrar un médico que decida tratarlos.

2.4.4 Parejas que han optado por tratamientos de reproducción asistida y se separan.

Se pueden presentar casos en que parejas que hayan optado por este tratamiento se separen antes que se consuma por completo el mismo.

Este caso es muy importante tratar dentro de estas técnicas, ya que el hecho que una pareja haya optado por alguna de ellas no es seguridad de que estas van a continuar juntas durante todo el proceso.

Si la técnica, cualquiera que sea, no se inició aún no habría problema alguno en que se dé la separación de la pareja. Pero el problema radica cuando el embrión ya ha sido fecundando

o implantado en la mujer, en cualquiera de los dos casos se debe continuar con el tratamiento ya que se trata de la vida de una tercera persona que no puede ser interrumpida por la separación de la pareja que de manera previa otorgaron su consentimiento para el inicio del tratamiento manifestando sus voluntades de participar en el mismo, y que además fueron informados por los médicos especialistas sobre todas las implicaciones que este tratamiento acarrea. La situación del infante se debe determinar mediante el procedimiento que se sigue en el caso de los hijos concebidos de manera natural, si la pareja no tiene vínculo matrimonial de igual manera se debe dar el tratamiento antes mencionado y basarse en el elementos genético y en el caso de ausencia de este se debe tener presente el elemento volitivo que dio inicio a cualquiera de las técnicas para determinar la maternidad o paternidad. Este tema será abordado con mayor amplitud en el siguiente capítulo.

2.4.5 La religión y los tratamientos de reproducción asistida.

En lo que respecta a religión estamos también frente a un tema ampliamente discutible ya que cada persona tendrá su posición de acuerdo con sus creencias que deben respetarse, por ello tampoco se dará un trato profundo al mismo.

Relativo a este tema pudimos darnos cuenta que cada religión mantiene sus opiniones sobre los tratamientos de infertilidad siguiendo la línea de su propia fe, estableciendo así lo que está permitido y lo que no dentro de sus creencias.

En el caso de que se opte por establecer una norma que contemple lo relativo a las técnicas de reproducción asistida, esta debe ser de un contenido netamente jurídico mas no debe intervenir aspectos religiosos.

En este caso queda a la libre elección de las personas que aspecto pesa más sobre ellas, si el deseo de tener hijos o su religión tomando en cuenta lo que esta permite o no, ya que

podemos encontrarnos casos en que las personas son muy apegadas a su religión y siempre optan por hacer lo que esta manda, pero por otra parte y sin intención de desobedecer su fe, más se siguen los instintos para tomar decisiones.

CAPÍTULO III

3. Relación parento-filial en el Ecuador

El desarrollo de las personas depende en cuanto de las figuras paternas con las que se vinculen o encuentren apego, es por ello que la declaración de paternidad o maternidad se vuelve necesaria entre dos personas.

La figura jurídica que da lugar a la declaración de la paternidad o maternidad es la filiación, la misma que ha sido considerada desde el inicio de los tiempos como el nexo jurídico que une a los ascendientes con sus descendientes otorgando derechos y obligaciones de los unos con los otros, por lo cual esta figura es reconocida en las legislaciones de todos los países así como en instrumentos internacionales debido a la importancia que tiene no solamente en el aspecto biológico sino también jurídico.

La noción que se mantiene de la filiación hasta hace pocos años, consiste en que la madre de una persona es aquella que ha dado a luz a la misma y el padre aquella persona que ha aportado con su material genético. Esta noción se rige únicamente a los aspectos biológicos y genéticos ya que son los únicos que ayudan a determinar quién es el padre y madre de una persona.

En cuanto a este tema en nuestro país nuestro ordenamiento jurídico comparte esta noción y es la que se ha mantenido en vigencia en la actualidad. Basándonos en esta regla general podemos darnos cuenta que solo es aplicable en los casos de reproducción natural, es decir que se da por la relación sexual entre dos personas que son declarados padre y madre respectivamente, pero que ocurre con las nuevas posibilidades que nos brinda la ciencia hoy en día donde las personas que no pueden procrear por sí mismas optan por técnicas de reproducción asistida las mismas que no están reconocidas dentro del ordenamiento jurídico como forma de establecimiento de filiación.

Hay varias técnicas de reproducción asistida pero en la que pretenderemos centrarnos es en la de la maternidad subrogada, la misma que no está reconocida ni prohibida en nuestro ordenamiento, pero que se la práctica cada vez más por personas que buscan tener descendencia. En esta técnica se debe tener presente el aspecto que la diferencia de las demás y es referente al hecho que el alumbramiento es llevado a cabo por una tercera persona conocida como mujer subrogada la misma que es la que presta su vientre para llevar en el por el periodo del embarazo al “hijo” de otras personas ya sea con los gametos de las personas en mención o de donantes. Al haber la participación de varias personas dentro de esta técnica se vuelve algo improbable poder determinar la maternidad a favor de la mujer que no alumbró al niño, la misma que es la que busca por todos los medios ser madre de una persona y que por las nociones antes nombradas esta no podría ostentar esta calidad y mucho menos aun si no se utilizan sus óvulos para la fecundación ya que no se estaría cumpliendo ni el aspecto biológico ni genético. En el caso del varón no habría problema alguno en cuanto a la declaración de la paternidad ya que si este aportó su esperma sería considerado como el padre de esta criatura, pero el inconveniente se presenta cuando se cuenta con la presencia de un donador que incluso da la posibilidad al primero de impugnar la paternidad en el caso que así lo deseara.

Es por todo lo antes expuesto que en el presente capítulo es necesario hacer referencia a este tema, por lo cual dentro del mismo iniciaré haciendo mención a lo vigente en la actualidad dentro de algunos ordenamientos jurídicos nacionales respecto de filiación, maternidad y paternidad intentando de esta manera adecuar la maternidad subrogada a estas normas, pero desde ya con lo mencionado se puede notar la necesidad de una reforma donde consten cambios a favor de la misma es por ello que de manera posterior se establecerá generalidades que nos ayudarán a comprender esta necesidad de incorporación de esta técnica dentro de nuestro ordenamiento y por ello se establecerán propuestas con posibles soluciones

a los problemas antes mencionados intentando así que puedan ser reconocidos dentro de la norma ecuatoriana.

3.1 Filiación

3.1.1 La filiación en el Ecuador: generalidades y su posible aplicación en la maternidad subrogada.

La palabra filiación proviene del latín “filius” que significa hijo y por lo cual se hace alusión a la relación existente entre padres e hijos.

El concepto de esta figura jurídica es general, es así que la mayoría de autores concuerdan al momento de emitirlos, por ello solamente he considerado los siguientes conceptos de filiación:

Cabanellas (1979) sostiene que la filiación es “... la procedencia de los hijos respecto a los padres y la descendencia de padres a hijos. También, la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores.” (Cabanellas G. , Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1979, pág. 377)

En cambio Somarriva (1931) sostiene que “la filiación es el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o madre de la otra” (Somarriva, 1931, pág. 19)

A más de los conceptos jurídicos antes descritos es necesario también tener en cuenta un concepto de filiación netamente biológico:

“la filiación es una relación de sangre entre el hijo y sus progenitores; cuestión está relacionada directamente con el comienzo de existencia de las personas y su causa inmediata: la fecundación.” (Romo)

Después de conocer estos conceptos y haber investigado algunos más, puedo concluir que la mayoría de autores referente a este tema tienen presente el siguiente aforismo “*Mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant*”, ya que mantienen la idea de que siempre se conocerá quien es la madre de una persona por el simple hecho del parto y en cuanto a la paternidad esta es una presunción.

Podemos decir que esta noción se basa en una filiación natural debido a que lo que define el nexo jurídico existente entre ascendientes con descendientes son los elementos biológicos y genéticos por ello muchos países, dentro de estos el nuestro, aún conservan esta noción en sus legislaciones.

En el caso de las técnicas de reproducción asistida no siempre se puede determinar la filiación basándonos en los elementos antes indicados, ya que como se ha mencionado en líneas anteriores en estas técnicas se puede contar con la intervención de donadores de gametos y en el caso de la maternidad subrogada incluso se da la participación de otra mujer que da a luz al niño; es por ello que en estas situaciones no coincidiría la maternidad y paternidad genética/biológica con la legal en una sola persona, tal como se mantenía en el derecho clásico de familia.

Frente a esta falta de concordancia y debido al incremento del uso de técnicas de reproducción asistida se ha tornado conveniente dentro de la doctrina considerar un nuevo tipo de filiación procedente de estas técnicas, en la cual se volvería primordial el elemento volitivo de las personas para dar inicio a un tratamiento, debido a esta posibilidad se ha dado varios debates entre doctrinarios ya que para algunos este elemento que lleva inmerso aspectos afectivos es mucho más importante que los elementos biológico y genético.

Para comprender un poco más este tema se vuelve necesario distinguir los dos sistemas de filiación existentes dentro de la doctrina, pudiendo así conocer cada una de las posiciones antes mencionadas:

Sistema Realista:

Sobre este sistema Rivero Hernández (1991) sostiene lo siguiente: “Es aquel que reconociendo que la filiación jurídica no es la mera relación biológica, habilita mecanismos jurídicos que permitan llegar a ella, al menos en vía judicial, y facilita la investigación de la (verdadera) paternidad y/o maternidad, positiva y negativamente, con toda clase de pruebas.” (Rivero Hernández, 1991, pág. 451)

Este sistema se basa en el principio de verdad biológica, el mismo que mantiene la idea de la reproducción natural, es decir que la única manera en que se puede llegar a dar la fecundación es a través de la relación sexual entre el hombre y la mujer que como consecuencia produce el embarazo y acto posterior el parto.

Es por esta circunstancia que dentro de este sistema se designa como madre a la mujer que alumbró y padre quien ha fecundado a la mujer a través del coito, este sistema mantiene la noción de que la sangre, los cromosomas y los genes son los determinantes de la maternidad y paternidad.

Para las personas que siguen este sistema se atribuye en un mismo rol la realidad fisiológica de ser progenitor con la realidad jurídica de ser formalmente padre.

Sistema formalista:

Magaldi (2004) respecto a este sistema establece lo siguiente: “Sobrevalora otros elementos y valores (la paz familiar, la seguridad jurídica) y establece unos esquemas formales de determinación de la filiación, dificultando luego la prueba de la verdadera relación biológica cuando hay serias dudas de que la jurídico-formal coincida con ellas. En este último prima el elemento voluntarista de aceptación o asunción de la filiación.” (Magaldi, 2004, pág. 31)

El elemento más importante de este sistema es la voluntad, que dentro del tema que nos atañe estaríamos hablando de la voluntad procreacional que proviene de las personas interesadas de concebir un hijo mediante estas técnicas.

Los autores que defienden este sistema mantienen la idea de que las personas que optan por esta técnica son aquellas que deben ser reconocidas como padre o madre legal, debido a que sin la intención de ellos por procrear el embarazo ni siquiera llegaría a realizarse, y también porque estas personas son las que buscan contraer deberes y obligaciones con el niño que está por nacer. Incluso se mantiene la idea de que tanto los donadores como la madre subrogante intervienen en este embarazo por razones humanitarias o económicas, mas no por el interés propio de tener descendencia.

Los defensores de este sistema sostienen la idea de que cuando haya una disputa entre los elementos biológico y volitivo el que debe preponderar es este último en los casos de reproducción asistida, ya que la filiación no solamente se originaría por la relación genética que puedan tener las personas con sus descendientes, sino se debería tener más en cuenta la voluntad de las personas que desean ser padres.

Después de conocer un poco de estos dos sistemas y enfocándonos en nuestro ordenamiento jurídico podemos decir que este se fundamenta en el sistema realista en el cual prima el principio de la verdad biológica para poder establecer la filiación entre padres e hijos.

En nuestros códigos no se cuenta con una definición exacta de filiación donde se rija a este sistema, pero podemos deducir por el contenido de los cuerpos normativos existentes en nuestro país que son importantes los elementos biológico y genético, tal como podemos apreciar a continuación: al hablar del primer elemento nos encontramos con lo que establece el artículo 261 del Código Civil que nos dice: “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose

falsedad del parto...”; al darse esta posibilidad de impugnación por alegar un parto simulado, fingido o falso este artículo nos deja claro que la única mujer que puede adquirir la calidad de madre es aquella que dio a luz al niño; en cuanto al elemento genético se presenta la posibilidad de practicar el examen de ADN para establecer la filiación entre dos personas y consecuentemente la paternidad o maternidad, estos temas serán tratados con mayor amplitud en líneas posteriores.

Análisis del artículo 24 del Código Civil ecuatoriano.

Teniendo un poco más claro el tema de filiación respecto a nuestro ordenamiento jurídico se vuelve necesario hacer mención al artículo 24 del Código Civil que nos expresa las formas en que se establece la filiación:

Art. 24.- Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;

b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,

c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

Como podemos observar cada literal antes citado contiene un tipo de filiación, las mismas que son las que rigen hasta el momento en el Código Civil ecuatoriano, es por ello que en líneas posteriores en cada una de ellas realizare una breve introducción respecto de las mismas para de manera posterior encaminar un análisis en cuanto al tema de maternidad subrogada para así intentar encasillar esta técnica en alguna de estas clases con el fin de determinar cuál de ellas sería la adecuada para poder establecer la filiación en los casos de maternidad subrogada.

Literal a: En este punto estamos hablando de una filiación matrimonial la misma que “es el vínculo de parentesco consanguíneo que existe entre el hijo y su madre y su padre, quienes son esposos entre sí” (López, 2008)

En esta clase de filiación se debe contar con cuatro elementos indispensables: “el matrimonio de los padres (presupuesto de este tipo de filiación); la maternidad (vínculo del hijo con la madre); la paternidad (vínculo del hijo con su padre); y la concepción del hijo dentro del matrimonio de los padres (la época de la concepción de aquel –o al menos alguna porción de la misma- debe corresponder a un periodo que los padres eran esposos entre sí).” (López, 2008)

El primer elemento que es el matrimonio de los padres la única prueba fehaciente es el acta de matrimonio; respecto al elemento de maternidad como ya se mencionó con antelación se comprueba por el resultado del parto; en cuanto a la paternidad el padre es el esposo de la mujer que dio a luz; y como último elemento tenemos el de la concepción del hijo dentro del matrimonio que en nuestro Código Civil encontramos contemplado en el artículo 233, el mismo que establece que si el niño nace después de ciento ochenta días siguientes al matrimonio este se considera concebido en él ya que se tiene como base el respeto de las dos principales obligaciones de la fidelidad y el deber de cohabitación. Pero el esposo está en la posibilidad de no reconocer al hijo como suyo siempre y cuando durante el tiempo antes mencionado este no haya tenido posibilidad de acceso a la mujer, esta presunción debe ser demostrada por el esposo.

Todo lo antes dicho se ha tomado en cuenta de acuerdo a la legislación que rige en la actualidad en nuestro país, pero que ocurre en la maternidad subrogada, por ello realizaré un análisis nuevamente de cada uno de los elementos pero encaminados a esta técnica.

Las personas que pueden optar por esta técnica, la mayoría son parejas que han contraído matrimonio previamente y lidian con problemas de infertilidad, por ello podemos decir que en este caso si se estaría cumpliendo con el primer requisito del acta de matrimonio.

Relativo a la maternidad y paternidad en esta técnica se encuentran dos posibles problemas:

- En cuanto a maternidad: El parto es efectuado por una mujer extraña a la pareja denominada madre subrogante la misma que de acuerdo a nuestro ordenamiento sería reconocida como madre del niño, situación está que generaría inconvenientes ya que por una parte y apartada por la ley la madre subrogante podría quedarse con el niño e incumplir el contrato, o por este mismo amparo las personas que la contrataron pueden deslindarse del tema alegando que no tienen relación alguna con el menor.

- En lo que a paternidad respecta: Al ser una presunción, en esta técnica la posibilidad para impugnarla por parte del varón sería mucho más amplia por el hecho de que no se usen sus espermatozoides ya que en ocasiones en esta técnica se puede contar con gametos masculinos donados, e incluso esta donación abriría la posibilidad de demandas de alimentos hacia los donadores.

En cuanto al último elemento y como se nombró en líneas anteriores de acuerdo al artículo 233 del Código Civil se podría pensar que es aplicable también para los hijos concebidos dentro del matrimonio de una pareja que ha optado por la maternidad subrogada, ya que en este artículo nada nos dice de la forma de concepción solamente hace hincapié en el tiempo del nacimiento después del matrimonio, el mismo que puede ser cumplido por parte de la pareja interesada.

Después de estas observaciones podemos constatar que en la técnica de maternidad subrogada no se puede hablar de filiación matrimonial ya que no cumple con uno de los elementos importantes de esta clase relativo a la maternidad y paternidad por la noción que

mantiene nuestro Código y que ya fue mencionada en líneas anteriores, además tampoco se cumpliría con el último elemento ya que debemos recordar que nuestro ordenamiento no reconoce a la concepción mediante maternidad subrogada por lo cual el artículo 233 del Código Civil no podría ser adecuado para esta situación.

Literal b: Como se observa en la descripción se trata de la filiación por reconocimiento voluntario, la misma que está comprendida por un acto jurídico mediante el cual una persona de manera libre manifiesta la voluntad de reconocerse como madre o padre de otra, este reconocimiento se efectúa cuando los hijos han sido procreados por parejas que no están unidas por vínculo matrimonial.

En el caso de la maternidad subrogada sería inadmisibles pensar que esta técnica pueda ser empleada por una pareja en la cual alguno de sus integrantes tenga un vínculo matrimonial con una tercera persona, ya que el objetivo de esta técnica es poder solucionar problemas de infertilidad en personas que no pueden concebir por sí mismas mas no busca ser una causante de adulterio.

En este literal se encuentra presente como una de sus características esenciales el elemento volitivo de las personas para el reconocimiento, por lo cual podríamos pensar que sería el más idóneo para el establecimiento de la filiación en el caso de la maternidad subrogada basándonos en el sistema formalista, pero como se ha venido haciendo referencia hasta el momento en el presente capítulo mientras no se encuentre regulada esta técnica en nuestro ordenamiento jurídico no va a haber norma aplicable para estos casos.

Literal c: Como última clase tenemos a la filiación por declaración judicial, acción que es solicitada por los hijos concebidos fuera del matrimonio y que no han sido reconocidos por sus padres de manera voluntaria tal como lo establece el artículo 252 del Código Civil “El que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir que el juez lo declare hijo de determinados padre o madre”.

En el caso de la maternidad subrogada el hijo concebido mediante esta técnica se encontraría amparado por este literal para presentar esta acción ante sus padres biológicos y genéticos, que en este caso serían la mujer subrogante es decir la que dio a luz y la persona que donó sus gametos en el caso que se haya contado con la presencia del mismo; como se ha venido mencionando en líneas anteriores esta posibilidad si está contemplada en nuestra legislación, pero que ocurriría con las personas que contrataron esta técnica con el deseo de convertirse en padres.

Otra posibilidad que podría llegar a presentarse es que el niño nacido por esta técnica busque la declaración de paternidad o maternidad por parte de los contratantes pero esta acción no llegaría a prosperar de ninguna manera porque la mujer no es la que dio a luz al niño y en el caso del padre no podría darse esta declaración cuando se cuente con material genético masculino donado.

Este literal es aplicable en el primer supuesto, pero no estaría satisfaciendo lo que se pretende buscar con la declaración de filiación en maternidad subrogada ya que el supuesto que nos interesa es el segundo pero no es procedente.

Como se pudo apreciar en el análisis previo de los tres literales, se pretendió adecuar la norma vigente al tema de maternidad subrogada específicamente a lo relativo al establecimiento de filiación de acuerdo a las clases existentes en el Código Civil, es innegable que no hay clase alguna que se adecue a esta técnica ya que como se ha venido sosteniendo no hay el reconocimiento de esta figura en nuestro ordenamiento, por ello nace la necesidad de pretender el aumento de una nueva clase de filiación.

3.1.2 Maternidad

La maternidad desde siempre ha sido apreciada como la cualidad de la cual gozan las mujeres para alumbrar y criar a los hijos producto del alumbramiento, pero madre no solo

implica un hecho natural sino también lleva inmerso el aspecto afectivo que para algunas personas es incluso más importante que el hecho biológico. Esta cualidad ha sido considerada de diferentes posturas con el paso de los años, es por ello que en líneas posteriores realizaré una breve reseña histórica de la forma como ha sido reconocida la maternidad:

En Esparta se tomaba al matrimonio como una prueba para demostrar la fertilidad de la mujer mediante la concepción, si no llegaba a concebir este matrimonio se anulaba quedando la mujer en la posibilidad de volver a contraer nupcias y así poder probar su fertilidad. En este régimen las mujeres eran consideradas como productoras de niños.

En Roma la esterilidad consistía en una causa de divorcio, situación que casi siempre era atribuida a la mujer; en esta misma época mediante la legislación de Augusto se buscaba incentivar la procreación mediante dos formas: la primera era impulsando a que las mujeres después de un divorcio o de la muerte de su marido puedan volver a casarse para la procreación de la mayor cantidad de hijos; la segunda forma era otorgando un cierto grado de libertad a la mujer en cuanto a tutela se trata si esta concebía más de tres hijos; dentro de esta época se consideraba mujer romana por excelencia aquella que ha contraído nupcias solo por una vez pero que ha engendrado varios hijos.

En Grecia la maternidad tendía más al aspecto económico, ya que la cantidad que una mujer podía heredar dependía de cuantos hijos tenía, dándole la posibilidad de que esta cantidad económica aumente.

En el Código Napoleónico la única forma de maternidad considerada era la maternidad legítima la misma que se le atribuye a la mujer casada, y generaba el derecho de ser mantenidos por el padre-esposo, pero en el caso de las madres solteras o niños abandonados estos quedaban desprotegidos totalmente.

En los siglos XVII y XIX debido al descuido de la labor doméstica por parte de la mujer, ya sea por las largas horas de trabajo o por alguna otra circunstancia esta encargaba la crianza

de sus hijos a otras personas, perdiéndose la importancia de la maternidad dentro de la cultura, situación que se vio obligada a enfrentar un cambio ya que lo que se buscaba era que las madres críen a sus propios hijos. Esta situación generó una serie de pensamientos y uno de ellos tenemos lo mantenido por Rosseau que consideraba que el lazo afectivo de la madre con sus hijos es un aspecto muy importante que incluso podría llegar a regenerar el Estado. Pese a las diferentes posturas respecto al tema se llegó a un solo pensamiento: que la mujer debe preocuparse por sus hijos sin descuidar el ámbito doméstico, tornando diferente el pensamiento de maternidad y considerándola como una fuente generadora de respeto y derechos.

Pero es en el siglo XX que se trata de dar un cambio al tema de la maternidad, disminuyendo las horas de trabajo a las mujeres, evitando los trabajos duros y concediendo los permisos necesarios para la maternidad. Desde esta época los estados empiezan a interesarse un poco más por los derechos de las mujeres y los hijos; y los movimientos feministas consiguen derechos y obligaciones igualitarias para hombres y mujeres después de una ardua lucha para conseguirlos, así de esta manera se puede considerar a la maternidad como una opción femenina y ya no una obligación cultural.

Con estos indicios es que la actualidad se pretende precautelar los derechos de las mujeres así como también de sus hijos, por ello los mismos están reconocidos en legislaciones internacionales como la nacional estableciendo la seguridad de un desarrollo integro tanto físico como psicológico evitando abusos a mujeres embarazadas así como a los menores de edad. Se reconoce la libertad personal y sexual como un derecho de las personas por ello las mujeres deciden cuando ser madres y cuantos hijos tener, de igual manera podemos decir que dentro de estas libertades se está reconociendo la forma en la que se pueda llegar a ser madre siempre y cuando esta forma no contrarié el orden público u otro derecho consagrado en los cuerpos legislativos.

La Maternidad en el Ecuador.

Después de conocer la maternidad de manera general es indispensable centrarnos en este tema pero respecto a nuestro país y a su legislación.

Dentro de la legislación nacional no contamos con un concepto específico de madre o de maternidad, es por ello que se torna indispensable tomar en cuenta algunos conceptos externos, entre los cuales tenemos el que establece la Real Academia de la Lengua Española sobre maternidad que nos dice: “es el estado o cualidad de madre” y en cuanto a madre esta misma institución sostiene que es la “mujer o animal hembra que ha concebido”; por otra parte también tenemos el concepto del diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas (2006) sobre maternidad sostiene que es la: “Condición de madre. Estado natural o jurídico de la madre” (Cabanellas G., Diccionario Jurídico, 2006, pág. 313)

Después de estos conceptos podemos concluir que madre es aquella mujer que ha concebido a una persona y por lo cual goza de la vivencia de la maternidad, la misma que lleva implícito derechos y obligaciones para con sus hijos.

Contando ya con un concepto de madre podemos centrarnos específicamente en la legislación vigente en nuestro país respecto a maternidad o madre, por ello tomaremos en cuenta algunos artículos de cuerpos normativos nacionales que nos ayudarán a entender la noción de madre que se mantiene en la legislación.

Por una parte abordaremos lo contenido en el Código Civil, en su artículo 60 establece: “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás...”; a más del mencionado artículo también es importante recordar lo que se dijo en líneas anteriores respecto del artículo 261 del mismo cuerpo legal: “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...”, en conclusión a los dos artículos mencionados podemos observar que la legislación no establece un concepto específico para madre o para maternidad, sino que se centra únicamente en el alumbramiento y de ahí se desprende el hecho de la maternidad; es decir como regla general se sostiene que madre es aquella mujer que ha dado a luz.

La regla general antes mencionada se puede constatar también en otro cuerpo normativo como lo es en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, cuando en su artículo 28 hace referencia a la inscripción de una persona estableciendo como medio de prueba del nacimiento el informe estadístico de nacido vivo, que debe ser emitido por el profesional de salud que atendió el parto, consecuentemente el artículo 36 del Código de la Niñez y Adolescencia nos da a conocer un poco más sobre dicho informe: “En la certificación de nacido vivo, que deberá ser emitida bajo la responsabilidad del centro o institución de salud pública o privada que atendió el nacimiento, constará la identificación dactilar de la madre y la identificación plantar del niño o niña recién nacido o nacida ...”, como podemos darnos cuenta el informe debe ser emitido de forma inmediata al parto es decir que este hecho natural es el que establece quien es la madre de una persona para posteriormente poder ser inscrito en el Registro Civil.

Después de estas nociones podemos decir que el aspecto biológico es aquel que determina la maternidad de una mujer, pero que ocurre con la posibilidad que contempla el Código de la Niñez y Adolescencia de practicar la prueba de ADN para determinar la maternidad o paternidad. En estos casos estaría primando el elemento genético (la aportación del óvulo) el mismo que define la filiación entre dos personas y consecuentemente la maternidad; de esta situación podríamos decir que surge la incógnita de que si esta norma esta en conflicto con las demás que consideran el elemento biológico, para mi punto de vista esta prueba solamente aporta más fuerza a la regla general antes planteada ya que se concibe la noción de que la

mujer que alumbró es la misma que ha aportado el óvulo para la fecundación y por ello esta es la que goza de la maternidad legal.

Con las normas plasmadas en líneas anteriores podemos corroborar la idea con la que se inició el presente capítulo, que el elemento más importante para determinar la maternidad es el hecho del parto (elemento biológico) y conjuntamente con este el material genético aportado (elemento genético), dentro de nuestra legislación no se admite otra forma de maternidad más que de la mujer que da a luz al niño es decir el elemento biológico. No podemos negar que dentro de la legislación está contemplada la figura de la adopción pero esta es totalmente diferente a la técnica que se ha venido mencionando durante el presente trabajo investigativo, tema que será abordado en el capítulo siguiente.

Por todo lo antes expuesto puedo decir que es notorio la necesidad de una reforma a la ley en donde se pueda reconocer a la maternidad en sus diferentes formas, dando así la oportunidad para que las mujeres que no puedan tener hijos no solamente tengan seguridad en el ámbito médico con las nuevas técnicas de reproducción asistida, si no que una vez efectuado el nacimiento de una persona mediante esta forma también tengan la misma seguridad de estar amparadas por las normas del país.

3.1.3 Paternidad

En lo que a paternidad respecta podemos sostener que al pasar de los años el rol que desempeñaba el padre tanto en la sociedad como dentro del núcleo familiar ha ido sufriendo algunos cambios, acoplándose estos a la época en los que se desarrollan.

Hace varios años atrás en el Derecho Romano se mantenía el concepto de que todos los miembros de la familia debían estar al sometimiento de la autoridad del paterfamilias, el mismo que no significa padre de familia sino tiene el concepto de cabeza libre es decir no está sometido a potestas; por su parte el filiusfamilia o hijo de familia no mantenía el

concepto de procreado sino más bien de sometido a un pater. En esta sociedad se otorgaba algunos poderes al pater, no solamente en lo que se refería a bienes sino incluso relativo a la vida de su esposa, hijos y esclavos es por ello que la figura del padre era considerada como estricta y en muchos de los casos arbitral.

Pero este concepto con el paso de los años va tomando una perspectiva diferente ya que el rol del padre se empieza a presentar como una persona menos rigurosa y más comprometida con su familia y su hogar en el aspecto emocional.

Después de este preámbulo de la idea de padre en el ámbito social es conveniente traer a colación un concepto de paternidad netamente jurídico, es por ello que tomaré el concepto de Suárez R. que no dice (1999): “La paternidad implica el vínculo jurídico existente entre padre e hijo, derivado de la relación biológica que ha tenido como antecedente la generación, ello no supone que haya siempre coincidencia entre la relación jurídica y la relación biológica porque la primera solo es procedente en cuanto sea demostrable, mientras que la segunda es un hecho natural” (Suárez Franco, 1999, pág. 16); este concepto nos ayuda a reforzar la idea que se mantuvo al inicio del capítulo, sobre la presunción de la paternidad, ya que como se mencionó en líneas anteriores esta puede ser impugnada.

En la paternidad referente a maternidad subrogada se presentan dos principales inconvenientes: el primero relativo al hombre perteneciente a la pareja que opta por esta técnica ya que como se ha mencionado en líneas anteriores para la fecundación se puede contar con gametos de donadores, en este caso se estaría abriendo la posibilidad para que la paternidad pueda ser impugnada por el esposo por no contar con su material genético; la segunda posibilidad es que se intente establecer una demanda de paternidad a la persona que donó su espermatozoides, pero en esta circunstancia debemos preguntarnos que ocurre con el anonimato del cual deben gozar estas personas dentro del proceso.

Es por los inconvenientes antes expuestos que esta figura también debe ser reformada dentro de nuestra legislación pero con orientación a las técnicas de reproducción asistida para que de esta manera los hombres que opten por esta técnica no intenten desistir de los deberes y obligaciones derivadas de la misma.

3.2 Propuesta de la posible solución para el reconocimiento de la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De acuerdo a lo previamente establecido pudimos darnos cuenta que dentro de nuestro ordenamiento jurídico no contamos con normas que regulen el tema de técnicas de reproducción asistida mucho menos lo que respecta a maternidad subrogada, es por ello que la información establecida nos servirá como base para comenzar a direccionar el tema de filiación, maternidad y paternidad en cuanto a vientre subrogado, intentando así buscar posibles soluciones para los problemas y necesidades en cuanto a este tema, ya que es importante recordar que el derecho está sujeto a cambios de acuerdo a las necesidades que se presenten en el tiempo en que se aplican sus normas.

Para poder iniciar con el planteamiento de las posibles soluciones es importante dejar de lado los conceptos de filiación mencionados en el inicio de este capítulo para tener presente un concepto más acorde a la situación actual, por lo cual he tomado en cuenta el concepto de filiación sostenido por Eleonora Lamm (2008) que nos dice: “Es 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” (Lamm, El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, 2008, pág. 16)

Una vez adoptado este concepto para mi punto de vista personal la primera reforma que se debe realizar para que pueda dar lugar a las demás es relativo al artículo 24 del Código Civil,

en el mismo que se debería aumentar un literal donde se reconozca el establecimiento de filiación por la voluntad procreacional que reconocería todas las técnicas de reproducción asistida, presentándose el artículo de la siguiente manera:

Art. 24.- Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;

b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,

c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

d) Por haber accedido los padres voluntariamente a técnicas de reproducción humana asistida.

De esta propuesta podemos partir para poder aspirar a que se realice algunas reformas más, entre ellas estaría el reconocimiento de un título dentro del Código donde se haga mención exclusivamente a aspectos relacionados con la maternidad subrogada.

En primer lugar es importante que el Código reconozca un concepto de maternidad subrogada para lo cual tomare en cuenta el concepto establecido por mi persona en el primer capítulo: “Es el método mediante el cual concurre la voluntad de dos partes para que una de ellas lleve en su vientre el resultado de la unión de material genético ajeno o propio durante todo el periodo de la gestación, una vez transcurrido este tiempo el producto de la concepción deberá ser entregado a la parte contraria, la misma que a cambio reconocerá un valor económico en algunos casos, o en otros no deberá hacerlo, según como se haya establecido entre las partes”

Posterior al concepto es necesario que se establezca parámetros a ser tomados en cuenta para poder optar por esta técnica, entre los cuales deben constar los siguientes:

- En casos de maternidad subrogada se reconoce el sistema formalista que se basa en la voluntad de las personas.
- La mayoría de edad es un requisito indispensable entre los intervinientes en la técnica.
- Podrán acceder a la técnica cuando se demuestre la imposibilidad de concebir de la mujer pero solamente cuando se trate de aspectos de salud que la imposibilitan para ello y sea certificado por un médico especialista.
- El embrión a ser implantado debe ser producto de la unión del ovulo y espermatozoides de los integrantes de la pareja. (De igual manera se tratará lo referente a los donadores en líneas posteriores por la posibilidad de participación que esta técnica admite de los mismos.)
- Se preferirá como candidatas idóneas para mujer subrogada a mujeres que ya hayan tenido un embarazo previo y con un perfil aprobado por un médico especialista.

A más de estos parámetros es importante hacer mención de manera individualizada a algunos aspectos un poco más relevantes dentro de la técnica:

3.2.1 Estado civil de las personas que optan por la maternidad subrogada y el consentimiento informado.

Como se señaló en el capítulo anterior las personas que pueden acceder a esta técnica pueden ser de estado civil casado, soltero o incluso parejas del mismo sexo.

Basándome en mi opinión personal solamente considero oportuno la participación de personas casadas, ya que como se mencionó en el capítulo anterior permitir el acceso al tratamiento a personas solteras ya sea hombre o mujer corresponde netamente a la decisión del profesional de la salud que desee tratar o no a estas personas, de igual manera en el caso de las parejas homosexuales es un tema muy discutible que debe ser tratado de manera muy amplia y sobrepasa el objetivo del presente trabajo.

Las parejas que opten por esta técnica tienen que cumplir con un requisito indispensable, ya que de manera previa al inicio de la misma se debe obligatoriamente contar con el consentimiento informado de los participantes el mismo que debe ser de manera escrita y debe contar con la firma de cada uno de ellos. El consentimiento informado consiste en el entendimiento total de los beneficios y riesgos del tratamiento al cual pretenden someterse previa explicación del médico especialista, por lo cual mediante su firma establecen la voluntad de someterse al mismo.

Además del consentimiento informado yo creo que es importante que se establezca como requisito indispensable la elaboración de un contrato el cual contenga todas las especificaciones jurídicas que implica el sometimiento a esta técnica, este tema será tratado con mayor amplitud en el siguiente capítulo.

Propuesta:

Reconocer el acceso a la técnica a parejas que mantengan vínculo matrimonial por lo menos de dos años, tiempo en el cual han agotado todas las posibilidades para la procreación.

También se vuelve necesario que se realice un estudio social como psicológico a las personas interesadas en participar en esta técnica.

El consentimiento informado está reconocido en la Ley Orgánica de Salud y en el Código de Ética Médica del Ecuador pero no exclusivamente para los casos de maternidad subrogada, es por ello que la propuesta es que se dé el reconocimiento del mismo pero encaminado a la maternidad subrogada en cuanto a la obligatoriedad de contar con este para poder dar inicio a esta práctica.

3.2.2 Situación de las mujeres intervinientes en la maternidad subrogada:

A continuación se establecerá la denominación para cada una de las mujeres que intervienen dentro de la técnica:

- Se denomina comitente a la mujer que mediante su voluntad de tener un hijo da la iniciativa para que se lleve a cabo el embarazo, la misma que puede o no aportar su óvulo para que se lleve a cabo la fecundación.

- Por otro lado tenemos a la mujer denominada donadora que aporta solamente con su óvulo para la fecundación.

- Y por último aquella que va a llevar a cabo el embarazo, denominada subrogante la misma que puede o no aportar su óvulo.

He hecho mención a las tres mujeres participantes dentro de la maternidad subrogada de acuerdo a la forma como está reconocida la maternidad subrogada en general, ya que a mi punto de vista no sería viable la donación de gametos dentro de esta técnica porque el objetivo de la misma debería ser tener hijos que lleven los genes de los comitentes.

En cuanto a las mujeres participantes dentro de la técnica, el principal problema que se da es la disputa de la maternidad ya que la mujer subrogante por ser esta la que alumbra está amparada por la ley y puede reclamar la maternidad de la criatura incluso hasta por los lazos que se han creado durante el tiempo del embarazo; la comitente por ser la persona que dio inicio a la técnica con su voluntad lo que busca principalmente es conservar al niño y por último la mujer donadora por su material genético estaría en la posibilidad de reclamar la maternidad; es por ello que frente a estos sucesos como posible solución será factible que dentro de nuestro país se consideren los siguientes criterios que han sido elaborados por juristas de Estados Unidos para determinar la maternidad legal en la gestación subrogada:

I. La teoría de la intención: Para esta teoría el elemento determinante de la relación jurídica entre padres e hijos es el volitivo, dejando de lado así la noción que se mantenía que la madre es la mujer que da a luz.

Esta teoría mantiene la noción de que la madre legal es la mujer conocida como la madre comitente (commissioning mother) ya que lo que se debe tener en cuenta es la voluntad por

procrear y adquirir todos los deberes y obligaciones respecto a los hijos; puesto que se puede concluir que si esta persona no exteriorizaría dicha intención para optar por la técnica de maternidad subrogada la criatura ni siquiera existiría.

La teoría de la intención fue elaborada en el estado de California en 1993 a raíz del caso *Jhonson vs Calvert*, en el cual la pareja de esposos Calvert habían fecundado un embrión con sus gametos para transferirlo al vientre de la subrogante, quien llevaría a cabo el embarazo. La disputa se presentó entre la mujer subrogante y la comitente, las mismas que tenían argumentos válidos para reclamar la maternidad, la primera por el hecho del parto y la segunda por el uso de su material genético, frente a esta situación la Corte optó por tomar en cuenta la voluntad de la mujer gestante ya que sin su intención no se hubiera llevado a cabo la subrogación, es así que la declaró la madre legal.

De igual manera esta teoría fue utilizada en 1998 en otra disputa de maternidad en la cual se contaba con gametos donados y se presentó el caso que ni la mujer contratante ni la mujer subrogante querían hacerse cargo del niño, entonces se tomó en cuenta la voluntad de la primera y así se declaró madre legal a esta.

II. La teoría de la contribución genética: Se da mayor importancia al elemento genético, ya que para los que defienden esta teoría manifiestan que dicho elemento define la identidad de la persona.

Cuando se presente una pugna sobre la declaración de maternidad, según esta teoría se debe declarar como madre a la comitente que aportó sus óvulos más no a la mujer que llevo a cabo la gestación.

Pero en esta teoría se presentaría un problema cuando se cuente con material genético de una tercera persona (que en ocasiones es anónima) que dona su óvulo para llevar a cabo la gestación, es así que dentro de esta teoría se ha llegado a la conclusión que debe limitarse a

ser aplicada en pugnas existentes entre la mujer que lleva acabo la gestación y la mujer que aporta su óvulo la misma que debe ser la mujer comitente.

III. La teoría de preferencia de madre gestante: Esta teoría es la que se ha venido empleando desde hace varios años y es por ello que en la actualidad algunas legislaciones siguen manteniendo esta noción y dentro de ellas está presente la legislación ecuatoriana.

En esta teoría se toma en cuenta los aspectos fisiológicos como psicológicos que generan ese lazo entre la madre y el hijo por el lapso de los nueve meses del embarazo, por ello incluso se sostiene que este aspecto es más importante que el componente genético, siendo así que la madre legal sería la que alumbra al niño.

IV. La teoría sobre el mejor interés del menor: Lo que prima en esta teoría es el bienestar del niño incluso más que los elementos genéticos y de la gestación; ya que lo que se busca es un buen ambiente de desarrollo físico como psíquico para el menor. En este caso se debe realizar un análisis de quien puede otorgar un mejor hogar para el niño no solo en un aspecto familiar sino también en el ámbito económico buscando de esta manera una estabilidad familiar para el menor.

Podríamos decir que todas las teorías se reúnen en la voluntad procreacional de las personas; en el caso de la contribución genética por el mismo hecho de querer tener un hijo la mujer accede a la donación del óvulo por parte de la subrogante o de una persona anónima en esta posibilidad no se han presentado casos que las donadoras demanden la maternidad; y en la teoría del mejor interés del menor igual va apegado a la voluntad de las personas ya que si estas buscan por todos los medios posibles llegar a tener un hijo es porque están dispuestos a ello y en las posibilidades para su manutención y todos los deberes que implicaría.

Propuesta:

Teniendo presente estos criterios y lo que se mencionó con anterioridad a mi punto de vista personal a más de reconocer el sistema formalista se debe abrir la posibilidad a

reconocer el rol de cada una de las mujeres participantes que fue ya mencionado, además también la teoría de la intención para que esta pueda ser aplicable en los casos de maternidad subrogada conjuntamente con el sistema formalista.

Lo que se busca con el reconocimiento de esta teoría es que la mujer comitente sea declarada como madre legal de la criatura que nace bajo esta técnica, ya que si esta posibilidad consta dentro de la legislación se brinda seguridad a las mujeres comitentes de que se le otorgue la maternidad el momento de optar por esta técnica y de tener fundamentos legales que las respalden en el caso de afrontar una demanda, esta teoría también brinda seguridad a las mujeres subrogantes en el caso de que la pareja contratante decida desistir del tratamiento puesto que algunas pueden desear conservar al niño y otras no, por lo cual con dicho reconocimiento se pretende evitar las dos situaciones mencionadas.

3.2.3 Situación de los hombres intervinientes en la maternidad subrogada:

La participación de los hombres intervinientes dentro de esta técnica puede darse de la siguiente manera:

- Se cuenta con el material genético del hombre, perteneciente a la pareja interesada en la técnica, para la fecundación con el óvulo (de la comitente o de una donante) y posterior gestación de la subrogada.
- Uso del material genético de un donador para la fecundación con el óvulo (de la comitente o de una donante) y posterior gestación de la subrogante.

En el primer caso planteado no habría dificultad alguna ya que se está contando con el material genético del hombre de la pareja interesada en esta técnica y este será declarado como el padre de la criatura.

Pero el problema se presenta en el segundo caso por haber presencia de un donador por lo cual se vuelve necesario diferenciar los conceptos de padre y progenitor, es así que tomaremos en cuenta el pensamiento que sostiene Francisco Lledó (1988) sobre la

importancia de esta distinción: “Aquel que, ex voluntate, asume dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta, de aquél otro que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídica de filiación con el ser que nazca fruto de la donación de gametos (esperma u óvulo).” (Lledo Yagüe, 1988, pág. 52)

Sería indispensable que dentro del elemento de la paternidad se reconozca la diferencia entre padre y progenitor para poder establecer los roles de cada uno de ellos dentro de la técnica de maternidad subrogada.

Otro problema mencionado con antelación en cuanto a paternidad se trata, es respecto de la posibilidad de impugnación por el hecho de contar con gametos masculinos donados ya que la legislación vigente ampara esta posibilidad cuando el hombre no ha tenido acceso físico a la mujer; es por ello que para pretender cambiar la idea que se mantiene considero adecuado conocer lo que Sambrizzi (2004) sostiene sobre esta posibilidad: “Uno de los escollos que presenta la doctrina que admite la posibilidad de la impugnación de la paternidad por parte del esposo lo constituye a nuestro juicio, la inmoralidad, que resulta de la conducta de quien a pesar de haber dado libremente su consentimiento para la fecundación con gametos de un tercero, luego de haberse ella producido, se vuelve atrás y asume una posición distinta, violando el principio de la buena fe-lealtad, que el derecho no puede desatender”. (Sambrizzi, 2004, pág. 95)

Propuesta:

Por las posibilidades antes presentadas se pretende que dentro de la legislación en cuanto a paternidad dentro de la maternidad subrogada se reconozca dos nuevos conceptos a distinguir cuando se cuente con donación de gametos, como se menciono es importante diferenciar entre padre y progenitor por ello sería de vital ayuda que estos estén reconocidos tomándolos de la siguiente manera: se denomina paternidad voluntaria cuando un individuo reconoce la

participación de su esposa en una técnica de reproducción asistida con esperma de otra persona y por otro lado se denomina progenitor a la persona que únicamente contribuye con el esperma para la fecundación.

Este reconocimiento además favorecería también para contemplar dentro de la normativa la imposibilidad de impugnar la paternidad en el caso de que el hombre haya otorgado su consentimiento para la participación en la maternidad subrogada con los gametos masculinos de otra persona, por ello sería importante que este consentimiento conste por escrito en un contrato previo al inicio de la técnica. Esta imposibilidad sería solamente factible en la situación antes planteada.

3.2.4 Situación de los donadores de gametos:

Como último punto es necesario tratar la situación respecto de los donadores de gametos. En el capítulo anterior del presente trabajo investigativo se sostuvo algunas generalidades en cuanto a la donación de gametos así como también se expuso la idea que mantiene la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, que en última instancia se debe decir a los hijos la forma de fecundación e incluso desde un punto de vista psicológico sostienen que la pareja contratante y donadores no deben perder contacto de llegarse a presentar esta situación. Pero desde una perspectiva jurídica que es el tema que nos atañe debemos analizar esta situación con mayor amplitud ya que en el aspecto legal estaría inmerso más derechos y obligaciones es por ello que en este punto se va a hacer referencia al anonimato de los donadores por la situación jurídica en la que podrían encontrarse.

En cuanto al anonimato Alkorta (2003) sostiene: “El anonimato de 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.” (Alkorta Idiakez, 2003, pág. 35). Partiendo de este pensamiento es importante recordar que desde mucho tiempo atrás el anonimato ha sido considerado como pieza fundamental por los bancos de gametos que instauraron esta

práctica para poder encontrar personas que se presten a donar, la única situación bajo este supuesto que se contemplaría para que puedan revelar la identidad de estas personas sería cuando sea de suma urgencia contar con dicha información para poder tratar una enfermedad del niño producto de la donación.

Hemos plasmado la idea general del anonimato, pero por ser un tema muy debatido podemos encontrarnos con argumentos en contra y a favor:

- A favor: En esta posición se toma en cuenta tres puntos de vista el psicológico, médico y jurídico.

En el primero se mantiene la idea de que el anonimato ayudaría a fortalecer la relación de los padres con el hijo, evitando relación alguna de este último con el donante para que no se presenten remordimientos de conciencia. En el aspecto médico se hace referencia netamente al secreto profesional es decir los profesionales de salud deberán guardar en reserva los documentos que revelen la identidad del donante. Y en lo que respecta al punto de vista jurídico se debe tomar en cuenta dos aspectos: por una parte el anonimato evitaría que el donante ejecute una acción de paternidad o maternidad, y por otra parte se debe tomar en cuenta el derecho a la intimidad del donante evitando de esta manera que otras personas conozcan el empleo de sus aptitudes genéticas.

- En contra: Rivero Hernández sostiene que el niño debe conocer su origen biológico, pero este autor hace énfasis que este conocimiento no otorga ninguna relación jurídica entre el donante y el hijo puesto que este no podrá hacer ninguna reclamación de maternidad o paternidad así como tampoco exigir los derechos que estos implican.

En este tema debemos recordar los conceptos establecidos en líneas anteriores respecto a paternidad y maternidad, ya que es importante diferenciar entre las personas que aportan los gametos y de aquellos que desean adquirir derechos y obligaciones con los hijos.

No se puede dejar de lado la realidad de que los donadores no buscan ser madre o padre de un niño o que incluso sería algo ilógico pensar que estas personas cada que se use sus gametos enfrenten una demanda de paternidad o maternidad, frente a esta posibilidad se dejaría de contar con personas que se presten a ser donadoras y se disminuirá aún más las posibilidades de engendrar para las personas que padecen de esterilidad bajo cualquier técnica de reproducción asistida con intervención de donadores. Si se revela la identidad de los donadores se podría llegar a presentar demandas de paternidad y maternidad, en estos casos se estaría llegando a perder el sentido de la donación así como el fin de la técnica de maternidad subrogada.

Propuesta:

Estimo que dentro de la legislación ecuatoriana cuando se regule el tema se debería reconocer el anonimato en cuanto a donación se trata, por parte de los centros que mantengan los datos de identidad de los mismos, lo único que se puede dar a conocer en el caso que así sea requerido es información general más no la identidad del donante y solo en situaciones excepcionales que comprometan la vida y la salud del hijo puede ser revelada la identidad de los donantes, pero con las precauciones debidas.

Con las propuestas presentadas se pretende establecer posibles soluciones a los problemas de índole legal más comunes dentro de la maternidad subrogada, demostrando la necesidad de que esta técnica sea reconocida dentro de la legislación ecuatoriana. A más de ello con estos precedentes se nos facilita el desarrollo del siguiente capítulo el mismo que constará todo lo relativo al tema del contrato previo a la técnica.

CAPÍTULO IV

4. La maternidad subrogada y la figura del contrato civil y la adopción.

Es muy común que entre dos o más personas se pretenda contraer obligaciones, las mismas que consisten en dar, hacer o no hacer, y que se encuentran materializadas en los contratos que constituyen una seguridad jurídica para las partes por regirse a lo que la ley establece, además también porque en el contenido de estos queda plasmada de forma clara las obligaciones de las partes contratantes.

Podemos decir que la voluntad de las partes es la base para la celebración de los contratos es por ello que dentro de la legislación ecuatoriana se da el reconocimiento de varios tipos de contratos siempre que estos no sean contrarios a la ley y no estén prohibidos por esta.

Al hablar de maternidad subrogada traemos a colación el pensamiento que se ha mantenido durante el desarrollo del presente trabajo investigativo, la falta de regulación de esta figura que se viene practicando cada vez con más frecuencia. Al optar por esta técnica las personas que intervienen en la misma en el mejor de los casos pueden solamente contar con un documento firmado por ambas partes denominado consentimiento informado que contiene información netamente sobre aspectos médicos relativos al tratamiento, pero que ocurre con los aspectos legales que deben ser considerados dentro de esta técnica.

En el capítulo anterior se estableció los inconvenientes que pueden presentarse dentro de la técnica de maternidad subrogada, como lo son la disputa de la maternidad y la retractación de las partes de cumplir lo prometido, es por ello que se puede observar la necesidad de que medie entre las partes un contrato previo donde se deje constancia clara de las obligaciones de cada una de ellas y que una vez firmado por las mismas se vuelva obligatorio para ambas.

Es por lo antes expuesto que se debe tener presente la posibilidad de reconocer el contrato de maternidad subrogada dentro de nuestra legislación, es por ello que en líneas posteriores

se pretenderá demostrar que la maternidad subrogada cumple con los elementos y requisitos de validez de los contratos, así como también se nombrarán las clases de contratos sobre los cuales puede recaer esta técnica.

Además de ello como último punto se hace referencia a la figura de la adopción que muchas veces es confundida con la técnica de maternidad subrogada, por lo cual se hará una breve referencia a estas dos figuras.

4.1 Contratos civiles en el Ecuador: Elementos de validez, requisitos de existencia y clases de contratos con mira a una adecuación a la maternidad subrogada.

La palabra contrato proviene etimológicamente del latín contractus que significa contraer, unir, pacto, acuerdo.

Dentro de este tema es importante tener presente algunos conceptos de contrato, para lo cual he considerado los siguientes:

“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.” (López Díaz, 2006, pág. 254)

“El contrato es el resultado del acuerdo de voluntades, en base a la autonomía de la voluntad ajustada a la ley, que genera obligaciones, por lo tanto la voluntad de las partes a su vez constituye fuente de las obligaciones contractuales.” (Cevallos Vásquez, 2005, pág. 53)

Artículo 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas. (Código Civil ecuatoriano). En esta definición es importante realizar dos observaciones: la primera referente a la distinción que se debe hacer de las palabras contrato y convención ya que la convención es el género y el contrato la especie. En la convención se da la concurrencia de voluntades para tratar sobre un aspecto cualquiera sin necesidad que surjan obligaciones, en cambio el contrato es un acuerdo entre dos o más partes que crea, modifica o

extingue obligaciones. La segunda observación es referente a la enumeración que el nombrado artículo realiza de las fuentes de las obligaciones, por lo cual es importante tener presente que el contrato es el que genera las obligaciones y estas consisten en dar, hacer o no hacer.

Podemos decir entonces que se puede dar el contrato de maternidad subrogada ya que cumpliría con los requisitos que se han mencionado en los conceptos previamente establecidos debido a que se da la concurrencia de voluntades de las partes para participar dentro de esta técnica y consecuentemente contraer obligaciones recíprocas entre ellas, las mismas que consistirían por parte de la mujer subrogante el prestar su útero para la gestación del embrión de la pareja comitente y de manera posterior realizar la entrega del infante producto de dicha gestación y la obligación por parte de la pareja comitente sería entregar la cantidad de dinero pactada para esta técnica.

Pero el inconveniente se presenta por lo que se ha venido mencionado en el desarrollo de este trabajo investigativo, que la figura de maternidad subrogada no está regulada en nuestra legislación mucho menos el contrato que puede celebrarse para esta técnica. Es por ello que nombraremos los requisitos para la validez y existencia de los contratos en general que están contemplados en nuestra legislación para intentar demostrar de esta manera que el contrato de maternidad subrogada cumpliría con todos ellos y sería válido el reconocimiento del contrato para esta figura.

Para esta proposición iniciaré haciendo referencia a los elementos de validez de los contratos, que se encuentran regulados en el artículo 1460 del Código Civil:

Art. 1460.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales...

Es necesario recalcar que en el artículo precedente se usa la palabra “cosa” para hacer alusión a los elementos que integran la figura contractual, los mismos que han sido reconocidos en tres categorías:

1) Elementos de la esencia o esenciales: Son aquellos que su presencia es indispensable en el contrato, ya que sin estos el contrato no surte efecto alguno o en el mejor de los casos puede derivar en otro distinto.

2) Elementos de la naturaleza de los contratos: Son aquellos que se aplican al contrato aunque las partes nada digan sobre ello.

3) Elementos accidentales: Su fundamento se encuentra en la autonomía de la voluntad, ya que son agregados por medio de cláusulas o modalidades especiales que responden al interés de las partes.

En el caso de la maternidad subrogada estos elementos estarían presentes de la siguiente manera: cuanto a los primeros van a ser desarrollados de manera individual en líneas posteriores para pretender demostrar que dentro de este contrato se cuenta con la capacidad y el consentimiento de las partes, así como también con un objeto y una causa; en cuanto a los segundos es importante que la técnica de la maternidad subrogada sea reconocida en la legislación y en el caso que este supuesto se llegue a dar un elemento natural sería que la madre subrogante durante el embarazo no pacte con una pareja diferente la entrega del niño cuando este nazca y el último elemento hace referencia a las cláusulas que pueden generar las partes en mira a sus intereses, por lo cual en líneas posteriores se establecerán las posibles cláusulas que puede contener un contrato de maternidad subrogada.

Continuando con este análisis haremos referencia a los requisitos para la existencia de los contratos, para lo cual es pertinente iniciar con el comentario de Larrea Holguin (2004) sobre este tema, sosteniendo el autor lo siguiente:

“Las condiciones o requisitos legales para que nazca una obligación por actos o contratos, dependen tanto del sujeto (o sujetos), como del objeto. A las partes que intervienen se exige que sean capaces y que su consentimiento sea libre, no viciado (por error, fuerza o dolo); el objeto ha de ser lícito. En cuanto a la causa jurídica del acto o contrato, se encuentra en cierto modo tanto en el sujeto como en el objeto; la causa es principalmente objetiva: depende de la naturaleza misma del acto o contrato; pero la intención subjetiva puede desvirtuar la causa, si bien no basta la mera intención, ni se tiene en cuenta las simples motivaciones, intereses o sentimientos subjetivos.” (Larrea Holguin, 2004, pág. 33)

Este comentario del mencionado autor surge a raíz del análisis del artículo 1461 del Código Civil ya que dentro del mismo podemos encontrar la enumeración de los requisitos de existencia que son la capacidad, el consentimiento, el objeto y causa lícita. Teniendo claro estos requisitos a continuación es necesario analizar cada uno de ellos pero enfocándonos en el contrato de maternidad subrogada:

a. Capacidad:

El artículo 1461 del Código Civil en su inciso final nos brinda un concepto de capacidad y nos dice: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”

Entonces partiendo de este concepto podemos detallar que la capacidad es la aptitud de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones.

La capacidad cuenta con dos clases que son la capacidad de hecho o de ejercicio y la capacidad de derecho o de goce.

- **Capacidad de goce:** Es un atributo de todo individuo desde el momento que es considerado persona que le habilita para ser titular de derechos y obligaciones.
- **Capacidad de hecho:** Es la aptitud para ejercitar derechos y contraer obligaciones en forma personal. Como regla general se sostiene que toda persona es capaz pero como

excepción tenemos tres tipos de incapacidades: incapacidad absoluta, incapacidad relativa y las incapacidades particulares o prohibiciones. La incapacidad absoluta hace referencia a los dementes, impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, no pueden ser parte de un contrato ya que sus actos producen nulidad absoluta; la incapacidad relativa por su parte comprende a las personas jurídicas, interdictos y a los menores adultos, los mismos que deben actuar representados o autorizados por otra persona y las incapacidades particulares son más bien prohibiciones ya que estas son limitaciones al actuar de ciertas personas que son capaces pero que la ley impide que celebren ciertos actos, al no existir una forma genérica que identifique estas incapacidades varían de acuerdo a cada situación.

Para el caso de maternidad subrogada para mi punto de vista las personas que se encuentren dentro de las incapacidades antes mencionadas se verían en la imposibilidad de participar de esta técnica, ya que debemos recordar que por la complejidad de la misma implica responsabilidades muy grandes que no podrían ser asimiladas por las personas antes mencionadas. No se puede concebir la idea de que una persona jurídica pretenda participar de esta técnica, con esto no se deja de lado la posibilidad que el representante lo haga pero a título personal, en el caso de un interdicto debemos remontarnos a la teoría del mejor interés del menor en la cual se busca no solamente una estabilidad emocional sino que también es importante una estabilidad económica que este caso no sería posible, de igual manera se debe tener presente la edad necesaria para poder acceder a la técnica por ello es importante la participación directa de cada uno de los intervinientes para que se pueda comprobar la idoneidad de acceso. En el caso de las incapacidades particulares dentro de la maternidad subrogada una prohibición podría ser que la madre subrogante participe en un segundo proceso de maternidad subrogada evitando así que esta técnica se vuelva un negocio para las mujeres que prestan su vientre. Por lo antes expuesto para poder celebrar un contrato de

maternidad subrogada las dos partes tienen que ser plenamente capaces para dicha celebración por los derechos y obligaciones que acarrea el uso de esta técnica.

b. Consentimiento:

“Se define al consentimiento como el *concursum voluntatum*, el acuerdo de dos voluntades. En efecto este acuerdo constituye el contrato y origina la obligación (contrato unilateral) o las obligaciones (contrato sinalagmático).” (Colin, 2004, pág. 91)

Dentro de este punto es indispensable recordar lo mencionado sobre el consentimiento informado el mismo que es un documento que contiene toda la información relativa al ámbito médico que los pacientes deben firmar previo a un tratamiento. Con este documento se está expresando ya la voluntad de las partes, pero para mí pensar plasmar el consentimiento además en un contrato estaría dando más fuerza a la voluntad ya que se estaría conociendo los aspectos legales correspondientes a la adquisición de obligaciones de cada una de las partes, por lo cual se podría considerar a este requisito como aquel que perfecciona el contrato de maternidad subrogada

Vicios del consentimiento: Dentro de los vicios del consentimiento tenemos el error, fuerza y dolo.

Error: “El error es una representación falsa e inexacta de la realidad, consiste en creer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero.” (Colin, 2004, pág. 96)

Podemos decir entonces que el error opera cuando una persona tiene una perspectiva diferente a la realidad y por lo cual presta su consentimiento para celebrar un contrato.

Entre los tipos de errores tenemos el error de derecho que hace referencia en cuanto al conocimiento de la ley, pero el mismo no vicia el consentimiento; el error de hecho se lo reconoce en los artículos 1469, 1470 y 1471 del Código Civil los mismos que establecen que puede existir el error sobre la especie e identidad de la cosa, calidad de la cosa y sobre la persona.

En cuanto al error de hecho relativo a la especie e identidad estaríamos frente a la posibilidad que la madre subrogante para celebrar el contrato da su consentimiento entendiendo por maternidad subrogada la donación de su óvulo pero no el uso de su vientre. En cuanto al error sobre calidad en este caso estaríamos frente al supuesto de que el útero de la subrogante no esté en óptimas condiciones para llevar adelante un embarazo y el cual ha sido desconocido por la pareja contratante por lo cual estarían en la posibilidad de alegar error en la calidad. Respecto de la última posibilidad el Código establece que vicia el consentimiento cuando la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato, este supuesto estaría presente en el caso de donación de gametos cuando la pareja ha considerado ciertas características como el color de piel, de cabello, de ojos entre otras del donador para solicitar sus gametos, entonces la pareja está en la posibilidad de alegar error de hecho sobre la persona cuando el embrión implantado a la mujer subrogante sea con gametos de personas diferentes a las que la pareja eligió; otra posibilidad también sería cuando el embrión de la pareja contratante es implantado a una mujer diferente a la que ellos eligieron y aceptaron por cumplir con los parámetros que la pareja buscaba como puede ser referente a características físicas o condiciones psicológicas.

Dentro de este vicio del consentimiento es importante tener presente que al hablar de maternidad subrogada hay una vida de por medio, por lo cual al alegar alguno de los errores antes mencionados las cosas no podrían volver a su estado inicial o realizar la restitución a cada una a las partes, ya que si se empieza con el proceso de la técnica el desarrollo del embarazo comenzará y con este la vida de una persona.

Fuerza: “Es la coacción física o moral ejercida en un individuo para determinarle a celebrar un acto.” (Colin, 2004, pág. 102)

Para que la fuerza vicie el consentimiento debe ser injusta, actual, grave y determinante: es injusta cuando la intimidación ejercida sea contraria a la ley y el derecho; para que vicie el

consentimiento debe ser efectuado la amenaza en hechos presentes y no alegar la misma para hechos pasados o futuros; es grave cuando produzca una impresión fuerte en una persona de sano juicio que la llene de temor alterando de esta manera su voluntad y es determinante porque debe tener como propósito que se obtenga el consentimiento de otra persona por la fuerza utilizada.

En maternidad subrogada se puede presentar estos casos cuando las parejas por su desesperación por concebir emplean amenazas en personas que ellos saben que son vulnerables a aceptar mediante intimidación, por lo cual las víctimas de dicho supuesto pueden alegar este particular para solicitar la nulidad del contrato. O en un caso muy extremo se puede presentar en esta técnica la fuerza física cuando mediante agresiones la pareja consigue que una mujer participe como madre subrogante dentro del proceso.

Dolo: “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” (Cabanellas G. , 2006, pág. 172)

Es importante tener presente lo que establece el artículo 1474 del Código Civil en su primer inciso: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado...”. Este artículo establece las dos condiciones necesarias para que el dolo vicie el consentimiento.

Como regla general se mantiene la idea que en los contratos se actúa de buena fe, en este caso el dolo sería considerado como el actuar de mala fe, es por ello que la parte que lo alega es la que tiene que probar la existencia del dolo.

En el caso de la maternidad subrogada yo considero que este vicio no se presentaría con frecuencia ya que no encuentro razones lógicas como en los casos anteriores para poder hablar de la presencia del mismo.

c. Objeto:

“El objeto del contrato está constituido por las obligaciones que nacen de él” (Parraguez Ruiz, 2000, pág. 71)

En cuanto al objeto tomaremos en cuenta algunos artículos contemplados en el Código Civil, comenzando con el artículo 1476 de este cuerpo normativo:

Art. 1476.- Toda declaración de 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.

Dentro de este cuerpo normativo en el artículo 1477 establece los requisitos del objeto. Reconoce que son objeto las cosas que existen así como las que se espera que existan con el requisito de que estas sean comerciables y estén determinadas. De igual manera sostiene que el objeto puede ser un hecho que es necesario que sea moral y físicamente posible, pero la imposibilidad de este objeto se da cuando es contrario a la naturaleza y va en contra de las buenas costumbres y el orden público.

El artículo 1478 hace referencia al objeto ilícito que se da cuando contraviene al Derecho Público ecuatoriano.

En cuanto a maternidad subrogada no podemos encasillarla en el primer supuesto del artículo 1477 ya que uno de los requisitos es que sea un objeto comerciable y debemos tener presente que con este trabajo investigativo se está buscando que no se vulneren los derechos de los intervinientes así como de la criatura, por lo cual no se comparte la idea de que esta práctica se vuelva un negociado por personas que lo ven como “dinero fácil” tal es el caso de las mujeres en la India que optan por participar como subrogantes solamente por el rédito económico.

Yo considero que el objeto de este contrato sería un hecho, esto es el usar el útero de una mujer para procrear, para mi punto de vista no es contrario a la naturaleza ya que el embrión

únicamente está siendo fecundando en un laboratorio para ser transferido al vientre de la mujer subrogante mediante una técnica de reproducción asistida las mismas que son de conocimiento público e incluso apoyadas y aceptadas, contrario sería que al embrión se le realicen alteraciones para considerarlo contrario a la naturaleza. Tampoco considero que sea contrario a las buenas costumbres ya que con el paso de los años y el avance de la tecnología las personas debemos estar prestas a aceptar estas nuevas posibilidades siempre y cuando no afecten la vida de una persona, pero este es un tema meramente subjetivo.

Para que el objeto de este contrato no contraríe el Derecho Público es indispensable que esta figura sea reconocida dentro del ordenamiento jurídico en el cual se establezca como único objeto del contrato de maternidad subrogada el servicio de la mujer subrogante que presta su útero para llevar a cabo el embarazo y que esta prestación contenga un fin altruista que otorgue gratuidad al contrato.

d. Causa:

“Siempre que una persona se obliga lo hace en vista de un fin inmediato, directo, que la determina a establecer la obligación; este fin se llama causa” (Colin, 2004, pág. 111)

Artículo 1483.- ...Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

La causa del contrato de maternidad subrogada sería el de dar vida a una nueva persona mediante el uso del útero de la mujer subrogante, de esta manera tratando de dar solución a la infertilidad de la pareja comitente que no puede tener hijos por medios naturales pero que buscan tenerlos con sus genes propios por lo cual optan por esta técnica.

Dentro de este punto también nos vemos en la situación del requisito anterior referente a las buenas costumbres y el orden público, me mantengo en la posición antes planteada donde juzgar estas situaciones depende únicamente de las nociones morales que guarde cada persona.

Después de analizar todos estos requisitos podemos concluir entonces que es necesario la capacidad plena de las personas para poder participar en la técnica de maternidad subrogada, así como el consentimiento de ambas partes que no se encuentre viciado por ninguna de las posibilidades antes previstas y en el caso del objeto y la causa se tiene planteado claramente cuáles serían, para hablar de ilicitud de estos requisitos dependería únicamente del pensamiento que se tenga sobre que se considera dentro de las buenas costumbres y el orden público ya que este puede variar dependiendo de cada persona y su pensamiento.

Una vez analizados los elementos y requisitos de validez de los contratos, para poder continuar con el desarrollo del presente capítulo podemos decir que la maternidad subrogada cumple con los requisitos antes establecidos, es por ello que a continuación se puede proceder a intentar establecer la naturaleza jurídica del contrato de maternidad de acuerdo a las clases de contratos existentes dentro de la legislación:

Contratos Nominados e Innominados:

“Son contratos nominados aquellos que están regulados en los Códigos de Comercio o Civil, o en otras leyes; y los innominados son aquellos que carecen de una regulación legal o por medio de normas de derecho positivo, tengan o no una denominación específica” (Cevallos Vásquez, 2005, pág. 26)

Ecuador es uno de los países que aún no ha legislado lo referente a técnicas de reproducción asistida mucho menos lo relativo a maternidad subrogada, es por esta situación que en la ley hay la ausencia de un nombre específico para este tipo de contratos por lo cual considero que sería un contrato innominado.

Este tipo de contrato se basa en la libertad de contratación así como en la autonomía de la voluntad de las partes, permitiéndoles de esta forma a las partes contratantes llegar a todos los acuerdos que consideren necesarios pero con la limitación de respetar y cumplir las disposiciones comunes a los contratos típicos.

Es por ello que este tipo de contrato se acomoda a la técnica de maternidad subrogada permitiéndonos generar un tipo de contrato previo al tratamiento para poder ofrecer seguridades jurídicas a las partes.

Contratos Principales y Accesorios:

Artículo 1458 del Código Civil: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”

En el caso de maternidad subrogada el hecho de que se necesite contar con el consentimiento previo otorgado por las clínicas de fertilidad en este caso, no lo convierte en un contrato accesorio, ya que como se ha mencionado en líneas anteriores este consentimiento solamente es un documento en el cual se puede verificar el entendimiento total del tratamiento a efectuarse por parte de los intervinientes. Es por ello que este contrato sería principal ya que subsiste de forma autónoma sin que medie la necesidad de otro.

Contratos Unilaterales y Bilaterales:

De acuerdo al número de las partes que se obligan los contratos pueden ser unilaterales o bilaterales, para conocer la diferencia de estos contratos tomaremos en cuenta el concepto de Víctor Cevallos (2005) que otorga a cada uno de ellos: “Contratos unilaterales, son aquellos en los que se genera obligaciones solamente para una de las partes, sin reciprocidad de la otra u otras; y los contratos bilaterales, son aquellos en los que las partes negociales o contratantes asumen derechos y obligaciones. Se conocen también como sinalagmáticos, pues dicha expresión griega, significa o tiene la connotación de obligatorio para una y otra parte” (Cevallos Vásquez, 2005, pág. 96 y 97)

En el artículo 1455 del Código Civil también encontramos un concepto referente a estos contratos: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.”

Al hablar de unilateralidad no podemos confundir el acto unilateral con el contrato unilateral, ya que el primero solamente representa la voluntad de una persona y en el segundo se da la concurrencia de un acuerdo de voluntades, que en el caso que nos compete efectivamente se da el acuerdo solamente que la una parte está consciente que es la única que se va obligar.

En el caso de maternidad subrogada se podría dar la posibilidad de los dos contratos en mención ya que sería unilateral cuando la mujer subrogante actúa de manera altruista, sin esperar recompensa a cambio de llevar a cabo la gestación y entregar al niño una vez nazca, pudiendo así incluso hablar de gratuidad. Son posibles estos casos cuando se da la participación de algún pariente o amigo cercano a la pareja.

Y también podría ser bilateral ya que tenemos muy clara las obligaciones de cada una de las partes, por un lado la mujer subrogante tiene que llevar a cabo el embarazo y una vez culminado el mismo entregar al niño a la pareja comitente la misma que tiene como obligación reconocer a esta mujer el valor monetario pactado, podríamos decir entonces que se generan obligaciones recíprocas entre las partes.

Contratos Gratuitos y Onerosos:

“En los contratos gratuitos una parte solamente está llamada a tener una ventaja, un enriquecimiento, o recibir un servicio o un bien sin costo suyo. Hay, pues, contrato gratuito, cuando se destina a mejorar la situación de una de las partes, sin una ventaja para la otra parte; y cuando ambas partes sacan alguna utilidad del cumplimiento del contrato, entonces es oneroso: a cada una le cuesta algo el recibir su provecho.” (Larrea Holguin, 2004, pág. 18)

Art. 1456 Código Civil: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

Dentro de este punto es importante tener presente lo que algunas legislaciones de otros países consideran respecto de la maternidad subrogada, es en cuanto al reconocimiento de la gratuidad dentro de esta práctica, es decir se prohíbe que la mujer reciba una cantidad económica a cambio de participar en esta técnica.

Los contratos de maternidad subrogada no serían contratos onerosos por excelencia ya que debemos recordar que en esta clase de contratos cada una de las partes recibe de la otra algo con valor de carácter patrimonial o valorable económicamente y en el caso que nos atañe no estamos hablando de un bien y el valor económico solamente es recibido por una de las partes mientras que la otra realiza un sacrificio psicológico y físico por llevar adelante el embarazo.

Para mi punto de vista depende de las partes si el contrato es gratuito u oneroso, ya que si la participación de la mujer subrogante es altruista no recibiría nada a cambio, pero también se presenta la posibilidad de que entre las partes intervinientes se haya pactado un valor el mismo que sería una retribución mas no una remuneración, ya que se encuentra factible que la pareja comitente solamente reconozca gastos médicos, de nutrición y todo lo que implique un buen desarrollo del embarazo. Pero el valor pactado y lo que este reconozca sería exclusivamente establecido por las partes.

Contratos Reales, Solemnes y Consensuales:

“Cuando las leyes no exigen ninguna solemnidad especial, las partes pueden libremente escoger la forma que deseen, para expresar el consentimiento y eventualmente, para probarlo. Estos contratos se llaman simplemente consensuales, ya que se perfeccionan por el consentimiento de las partes, libremente manifestado y sin que la ley exija más al respecto. Cuando, por el contrario, el derecho exige ciertas formas o solemnidades para la validez del contrato, entonces éste se llama y es solemne y los contratos reales solamente se perfeccionan mediante la entrega de una cosa.” (Larrea Holguin, 2004, pág. 26)

En el caso de maternidad subrogada no podríamos hablar de un contrato real ya que dentro de esta técnica está presente la vida de una persona que está por nacer.

Para que este contrato pueda ser denominado solemne es necesario que dentro de nuestra legislación se reconozca la figura de la maternidad subrogada y dentro de este reconocimiento se establezcan formalidades para el acceso a la misma, de esta manera también se estaría evitando abusos dentro de esta técnica y otorgaría seguridad jurídica a los participantes. Además también sería indispensable que las solemnidades que se le reconozcan sean previamente analizadas por autoridad competente.

Podemos decir entonces que el contrato de maternidad subrogada es consensual ya que las partes emiten su consentimiento de manera voluntaria para acceder al mismo, en donde incluso se tiene un precedente que es el ya nombrado consentimiento informado.

4.2 Validez y nulidad de los contratos de maternidad subrogada en doctrina:

Encontramos dos posturas respecto a los contratos de maternidad subrogada ya que algunos autores comparten la idea de nulidad del mismo por no cumplir con los requisitos para la validez de estos, pero para otros autores la validez de este contrato es posible por las circunstancias que se presentarán a continuación.

Comenzando por la nulidad algunos autores coinciden en que no se cumpliría con dos de los requisitos indispensables para la validez de los contratos que son el objeto y la causa lícita ya que estos consideran que la maternidad subrogada es contraria a las buenas costumbres, al orden público y al Derecho Público por lo cual este contrato sería nulo.

Respecto a esta concepción tomaremos en cuenta lo que dice Lacruz Berdejo: “El derecho objetivamente no puede aceptar su licitud y legitimidad porque repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las concretas relaciones personales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma, y que entiende que sería un

lesivo atentado a su dignidad ser tratado como un objeto o mercancía, cual si se tratase de algo de interés.” (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 165)

Esta noción coincide con lo que contempla nuestra legislación en el artículo 1698 del Código Civil en donde se reconoce las causales de nulidad: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita... son nulidades absolutas...”

Por otra parte intentando demostrar la validez de estos contratos podemos tomar en cuenta una de las más grandes referencias para poder considerar la legitimación del mismo, es el caso que ya fue mencionado en el capítulo anterior denominado caso Jhonson vs. Calvert que tuvo lugar en California en el año de 1993.

En este caso hubo una disputa por la maternidad entre la madre subrogante y la comitente, y que tuvo como resultado la declaración de maternidad legal a la mujer comitente ya que esta tuvo la intención para que se inicie el embarazo. La Corte para llegar a esta resolución analizó el contrato de maternidad subrogada celebrado entre estas dos partes y buscó dar licitud al mismo tomando en cuenta las siguientes consideraciones: no dio lugar a que se establezca la renuncia de derechos como objeto del contrato sino que estos consideraron como el objeto el alquiler del útero para poder engendrar; como segundo punto se consideró que el pago realizado a la mujer subrogante correspondía al “servicio” de esta al someterse al proceso del embarazo y todo lo que este acarrea mas no a la supuesta renuncia de derechos; y por último mantuvieron la noción de que no es contrario al orden público porque no se presentó circunstancias de coerción sobre la mujer o se demostró que se haya dado un aprovechamiento de la pareja por ser una persona vulnerable.

Es entonces que a raíz de este pronunciamiento se contempla la posibilidad de la validez de los contratos de maternidad subrogada siempre que se cuente con parámetros como los considerados por la Corte de California y además también este es un tema que queda a discreción de los jueces que llegarían a conocer de estos casos.

Frente a estas dos situaciones yo considero que el contrato de maternidad subrogada debe ser reconocido dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pero como se dijo con anterioridad reconociéndole particularidades a ser cumplidas, es lógico que esta situación de validez queda a discreción de los legisladores que serían los encargados de reconocer a esta figura bajo las posibles propuestas establecidas en el capítulo anterior y conjuntamente dar un reconocimiento al contrato para acceder a la misma. En el caso de que no haya reconocimiento en norma expresa, estas situaciones quedan a apreciación de los jueces que guiados por su sana crítica determinarán la validez o nulidad de este contrato tal como sucedió en el Estado de California, pero en este caso si sería necesario que se dé el reconocimiento legal de los criterios elaborados por juristas estadounidenses para la determinación de la maternidad legal.

Para concluir este tema es importante tener en cuenta los incisos 10 y 16 del artículo 66 de nuestra Constitución que dicen lo siguiente:

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

16. El derecho a la libertad de contratación.

Podemos decir que la Constitución al reconocer el derecho a tomar decisiones libres sobre la vida reproductiva está dando lugar a que las personas opten por todas las opciones de concebir que hoy en día se presentan y entre una de estas se encuentra la maternidad subrogada, al otorgar este derecho conjuntamente podemos decir que estamos en la misma libertad de contratar tal como se menciona en el inciso 16, tampoco se hace una limitación a la contratación y por lo cual podemos decir que el contrato de maternidad subrogada puede ser reconocido dentro de nuestro país.

Además en cuanto a nulidad se refiere si esta es declarada una vez iniciada la técnica de maternidad subrogada no podemos concebir la idea que las cosas vuelvan al estado en el que

estaban al principio, ya que estamos hablando de la vida de un ser que está por nacer y que el embarazo está en proceso, es por ello que se hace énfasis en la importancia de que se reconozca a esta figura dentro de la legislación para que de esta manera la autoridad competente revise que el contrato que se pretende celebrar cumpla con todos los requisitos de validez para la existencia de este, evitando de esta forma que se pueda alegar por alguna de las partes la nulidad del contrato.

4.3 Posibles cláusulas a ser consideradas dentro del contrato de maternidad subrogada.

Una vez tratada la validez de los contratos de maternidad subrogada y manteniendo esta postura podemos proceder a establecer posibles cláusulas que deberían constar dentro de estos contratos.

En cuanto a los exámenes psicológicos y médicos no pueden constar dentro de las cláusulas porque se supone que estos se deben realizar de manera previa a las personas intervinientes por las clínicas especializadas en técnicas de reproducción asistida, las mismas que deben contar con dichos especialistas que informen la idoneidad de dichas personas, con esto no se quiere decir que estos exámenes no sean necesarios pero serán tomados en cuenta los realizados por estas clínicas. Dejando claro este particular entonces podemos establecer las cláusulas que para mi parecer son las más necesarias:

1. Imposibilidad de retracción: La mujer gestante no podrá iniciar ninguna acción en mira de buscar la declaración de maternidad a su favor, y por parte de los comitentes estos no pueden rechazar al niño bajo ningún concepto.

2. La mujer gestante deberá acudir a todas las citas médicas necesarias para un correcto embarazo, debiendo de manera posterior seguir todas las indicaciones realizadas por el médico. Las consultas como los gastos referente al parto ya sea natural o por cesárea serán reconocidos por la pareja comitente.

3. La mujer subrogante se compromete a llevar una vida sana, fuera de vicios, y a alertar de manera inmediata a la pareja comitente de alguna anomalía para que pueda ser atendida en la brevedad posible.

4. El embarazo no podrá ser interrumpido ni por la mujer subrogante ni por la pareja comitente.

5. Una vez conocidos los riesgos posteriores que pueda traer consigo el embarazo, previa explicación del médico, la mujer subrogante se compromete a asumir los mismos sin solicitar indemnización a cambio.

6. Anomalías, sexo, discapacidades o cualquier otra circunstancia no puede ser alegada por la pareja comitente para no hacerse cargo del niño.

7. No puede ser revelada la identidad de la pareja comitente por parte de la mujer subrogante ni viceversa, el anonimato se mantendrá por las dos partes e incluso deber ser solicitado por las mismas a la clínica donde se llevó a cabo el proceso.

8. La pareja deberá además reconocer los valores concernientes a alimentos adecuados para la mujer subrogante necesarios para su estado y a reconocer los valores referentes a la transportación de la misma en virtud de acudir a los chequeos médicos.

9. La compensación económica debe ser clara en cuanto al monto de la misma y que aspectos va a reconocer, el valor debe encontrarse dentro de los parámetros sugeridos.

10. En el supuesto de un aborto espontáneo o la muerte del infante al momento el nacer, la pareja comitente de igual manera deberá reconocer el valor pactado a la mujer subrogante.

11. Los comitentes deberán dejar una autorización expresa a la clínica, donde se llevó a cabo el tratamiento, otorgándoles la potestad de dar en adopción al embrión en el caso de la muerte de ambos comitentes siempre y cuando este no haya sido implantado aún en la mujer subrogante. De igual manera se debe establecer que la situación del hijo que está por nacer

será resuelta como si se tratara de hijos concebidos de manera natural en el caso de que ambos comitentes fallecieran cuando el embarazo ya haya iniciado.

12. En el caso de separación de los comitentes la situación del menor se resolverá como si se tratara de los hijos concebidos de manera natural.

13. Los comitentes deben otorgar a la madre subrogante un seguro de vida que podrá hacerse válido en el caso de la muerte de esta, dentro de este mismo contrato la mujer gestante establecerá cuales serían los beneficiarios en el caso de llegar a suceder este acontecimiento.

14. Si la madre subrogante tiene hijos o esposo, están en la obligación de acudir a exámenes psicológicos para comprobar la idoneidad del núcleo familiar donde se desarrollará el embarazo.

15. En el supuesto que la madre subrogante haya tenido hijos de manera previa al tratamiento los beneficiarios del seguro de vida serán estos los mismos que recibirán el valor pactado en el contrato.

En el caso de contrariar estas obligaciones se podría hablar de una sanción penal ya que la mujer manifestó de manera previa su voluntad de participar en la técnica y además tuvo conocimiento claro de las implicaciones que esta conlleva; y lo más importante es el hecho de que tiene conciencia que está en juego la vida de un nuevo ser humano. Si la pareja comitente no cumple con estas cláusulas la subrogante tendrá derecho a demandar el reconocimiento de los valores pactados.

4.4 Maternidad subrogada y adopción.

“En la adopción existe una “historia” previa, ha mediado un abandono, un desarraigo, y el vínculo surge con posterioridad a todo esto. En la filiación derivada de las TRA, no se presenta esta “historia” previa, el vínculo surge en el instante en que se da comienzo a una

nueva vida (...) Dicho de otra manera, en la adopción antes de ella el niño ya existe y tiene un pasado. En las TRA no hay un pasado, la existencia de ese niño es una consecuencia de una voluntad que así lo quiso.” (Lamm, 2008)

He visto conveniente comenzar este acápite con el pensamiento de Eleonara Lamm, que para mi punto de vista nos da una clara diferenciación que se debe tener presente entre la adopción y las técnicas de reproducción asistida, la autora lo hace de una manera muy concreta y dejando clara esta diferencia.

Muchas veces estas dos figuras pueden llegarse a confundir por el hecho que en la maternidad subrogada se cuenta con una madre subrogante que da luz al niño, pero como se manifestó con anterioridad la diferencia radica en que en esta técnica lo que se pretende es que el niño llegue a existir como producto de la unión de gametos de la pareja comitente; mientras que en la adopción el niño ya existe y tiene “padres biológicos y genéticos” diferentes a los que pretenden adoptar.

La principal razón por la cual algunas personas optan por la maternidad subrogada en lugar de la adopción es porque buscan tener descendencia con sus mismos genes y al enfrentar una imposibilidad de gestación adoptan las nuevas técnicas que la ciencia les ha brindado. Además también podemos decir que el trámite de la adopción es un poco extenso y en el cual se debe cumplir con algunos requisitos para la idoneidad de adoptar, con esto no quiero decir que en la técnica de maternidad subrogada no se deba cumplir con requisitos previos pero por tratarse de una nueva vida que está por nacer los requisitos obligatorios son más en el aspecto médico para un correcto desarrollo del embarazo.

Hemos dejado claro que estas dos figuras no pueden confundirse ni asimilarse entre sí, pero para mi punto de vista en la forma que la adopción está contenida en el Código de la Niñez y Adolescencia es una base muy importante para poder proponer ideas semejantes a algunos artículos constantes dentro del título denominado Adopción dentro del cuerpo legal

en mención, ya que serían de gran utilidad para la regulación que se busca de la técnica de maternidad subrogada en nuestra legislación. Es por ello que a continuación haré una breve referencia a los artículos que he considerado válidos para el tema de maternidad subrogada encaminando una propuesta para esta técnica:

- En el artículo 153 se hace mención a los principios de la adopción, de los cuales algunos pueden ser considerados para la maternidad subrogada con las debidas modificaciones:

1. Se recurrirá a la técnica de maternidad subrogada cuando se haya agotado todas las posibilidades por concebir de manera natural y las otras técnicas de reproducción asistida.

2. Podrán acceder a esta técnica parejas heterosexuales constituidas legalmente.

3. En el caso de contar con donadores, se reconoce el anonimato de los mismos y la identidad de estos no podrá ser revelada si no en circunstancias excepcionales.

4. Los candidatos a participar de esta técnica deberán ser personas idóneas calificadas así por la entidad competente.

5. La pareja comitente como la madre subrogante y la familia de esta última en el caso que la tenga, deberán recibir una preparación psicológica adecuada antes del inicio del proceso, durante y después del embarazo.

- El artículo 155 hace referencia a los beneficios económicos indebidos, ya que establece la prohibición de los mismos como consecuencia de la adopción.

En el caso de la maternidad subrogada el valor a ser pactado para esta técnica depende netamente de las partes intervinientes y la libertad de estas para llegar a un acuerdo sobre el valor.

- En el artículo 159 se hace referencia a los requisitos de los adoptantes, en el caso de la maternidad subrogada se debería hablar de la pareja comitente así como de la mujer subrogante y dichos requisitos serían:

1. Tanto la pareja comitente como la madre subrogante deben estar domiciliados en el Ecuador.

2. Ser legalmente capaces.

3. Ser mayores de 25 años.

4. La pareja debe estar legalmente constituida por lo menos dos años.

5. Gozar de salud física y mental adecuada para poder asumir las consecuencias que implican esta técnica.

6. La pareja comitente debe contar con recursos económicos indispensables para garantizar el bienestar de la madre subrogante durante el embarazo así como de la criatura cuando esta nazca.

7. No registrar antecedentes penales por delitos sancionados con penas de reclusión.

- El artículo 161 hace referencia a los consentimientos necesarios, en el caso de la maternidad subrogada los consentimientos con los que se debe contar son con el de la madre subrogante y la pareja comitente, tal como se mencionó en el acápite anterior.

- El artículo 162 hace referencia al asesoramiento que se debe prestar a las personas que participarán en la adopción a través de la Unidad Técnica de Adopciones del Ministerio de Bienestar Social, para mi punto de vista se debería crear una Unidad nueva que pueda atender los casos de maternidad subrogada o en el caso que se opte por otorgar esta facultad a la Unidad mencionada las personas que conformen la misma deben ser muy conocedores del tema ya que es indispensable que se cuente con la intervención de la misma dentro de los casos de maternidad subrogada.

- En cuanto a la fase administrativa que podría darse en la técnica de maternidad subrogada, debería contarse con algunos parámetros establecidos para la adopción, como por ejemplo en el caso de los miembros del Comité pertinente tengan conocimientos psicológicos, legales o médicos en niñez y adolescencia para que de esta manera puedan

acreditar o no la idoneidad tanto de la pareja comitente como de la mujer subrogante para su participación dentro de esta técnica, tomando en cuenta el informe previamente elaborado por la clínica que llevara a cabo el proceso.

Con todo lo antes expuesto se pretendería que dentro del Código de la Niñez y Adolescencia también se haga un reconocimiento a la técnica de la maternidad subrogada con todos las ideas establecidas, ya que para mi punto de vista sería viable que esta sea aprobada de manera previa a su inicio por un juez el mismo que se serviría de la entidad antes mencionada para comprobar la idoneidad de las personas que pretenden participar en esta técnica, lógicamente tiene que ser un trámite no muy extenso para que se pueda dar inicio al tratamiento y también porque con esto más se buscaría la idoneidad y evitar problemas legales posteriores.

5. CONCLUSIONES

- Hay un vacío legal dentro de la legislación ecuatoriana no solamente en lo referente a maternidad subrogada sino incluso a las técnicas de reproducción asistida, es verdad que dentro de la Constitución se reconoce la libertad sexual pero no hay norma expresa que reconozca a las técnicas de reproducción asistida en ninguna de sus modalidades.
- Los Códigos que están vigentes en el Ecuador han sido reformado de manera reciente por decirlo así, pero para mi punto de vista no se acomodan a las necesidades actuales que se presentan. En el país se ha dejado muy de lado considerar proyectos de ley en cuanto a temas de familia y de aspectos médicos que necesitan una regulación dentro de nuestro país.
- En lo que respecta a filiación nuestro Código Civil aún conserva esa noción tradicionalista de otorgar la maternidad a la mujer que haya dado a luz, noción que ha sido considerada desde épocas antiguas donde solamente se concebía que la maternidad biológica y genética recae en una sola mujer, pero en la actualidad el concepto tradicionalista de madre sufre una disgregación ya que la maternidad puede recaer en algunas mujeres dependiendo de la participación de la misma para el nacimiento del niño por lo cual se da la necesidad que esta nueva situación pueda ser considerada dentro de esta norma.
- En cuanto a la paternidad no se presenta mayor problema ya que para la determinación de este se ha basado siempre en el elemento genético y en la maternidad subrogada dependerá del mismo elemento, solamente se debería hacer la distinción de progenitor y padre en el caso de donación de espermatozoides.
- Al no ser reconocida la maternidad subrogada ni prohibida, se está dando más a menudo el uso de esta técnica con “clandestinidad” por así decirlo, pero no es una práctica mala, viciosa, inmoral o deshonesto para que tenga que estarse practicando de esta manera. Los centros especializados prevén que se cumpla con sus políticas internas que están conforme con la ley, pero esta clandestinidad se da al no poseer normas jurídicas que la regulen por lo cual no siempre son de conocimiento público estos casos.

6. RECOMENDACIONES

- Como recomendación principal considero que el Ecuador debe ampliar sus perspectivas en algunos temas de derecho y en el que nos compete de maternidad subrogada. Es verdad que la mayoría de países que aceptan esta técnica son del viejo continente así como de Estados Unidos y tenemos diferente forma de legislar, pero eso no deja de lado que países latinoamericanos hayan decidido iniciar tratar este tema como lo son Brasil, Colombia, Argentina entre otros. Por lo cual si el Ecuador decide legislar este tema puede tomar como referencia estas legislaciones ya existentes para poder establecer una norma que llegue a abarcar todas las circunstancias que puedan presentarse ya que la forma de aplicación de la técnica y los problemas legales que se presentan en la misma en todos los países siempre son los mismos.
- La maternidad subrogada al ser un tema de Derecho de Familia necesita un trato urgente dentro de nuestra legislación ya que esta técnica lleva inmerso algunos derechos como son el de la vida, el de la identidad, de la libertad sexual y que no pueden ser vulnerables a violaciones por no contar con norma expresa que lo ampare.
- Es indispensable que se regule esta técnica para prever situaciones como la explotación a mujeres para que participen como madres subrogantes, que este técnica se vuelva una comercialización de niños aprovechándose de la desesperación de otras personas, que las cantidades a ser reconocidas dentro de esta técnica sean exorbitantes. Debemos recordar que esta técnica tiene como objetivo otorgar esperanza a las personas que no pueden tener hijos pero esto no puede colocarlos en una situación de vulneración para que pretendan aprovecharse de ellos en el aspecto económico ni tampoco los coloca a estas personas en una posición para que ellos puedan aprovecharse de la situación de las personas y obligar o no reconocer de manera digna la participación de la madre subrogante.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Alkorta Idiakez, I. (2003). *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*. Navarra: Thomson Arazandi.
- Araiza, M. E. (2009). *Williams Ginecología, Departament of Obstretics and Gynecology University of Texas Medical Center at Dallas*. México DF: McGraw-Hill Interamericana S.A.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bernad, R. (s.f.). *Efesctos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Obtenido de https://books.google.com.ec/books?id=Vlj7o1mQu5EC&pg=PA29&dq=formas+de+s+ubrogacion+de+vientre&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=formas%20de%20subrogacion%20de%20vientre&f=false
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico*.
- Castán, J. (1985). *Derecho de familia -Relaciones paterno-filiales y tutelares*. Madrid: Reus.
- Cevallos Vásquez, V. (2005). *Contratos civiles y mercantiles. Tomo I*. Quito: Editoria Jurídica.
- Chiapero, S. (2012). *Maternidad subrogada*. Buenos Aires: Astrea.
- Ciccone, L. (s.f.). *Bioética: Historia. Principios. Cuestiones*.
- Coello, H. (1990). *Derecho civil y organización de la familia*. Cuenca: Fondo de cultura ecuatoriana.
- Colin, A. (2004). *Derecho Civil. Obligaciones Volumen 1*. México D.F: Editorial Jurídica Universitaria S.A.
- Corporación de estudios y publicaciones (2005): *Código Civil Ecuatoriano*. Quito: Editorial Talleres de la corporación de estudios y publicaciones
- Corporación de estudios y publicaciones (2010): *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Editorial Talleres de la corporación de estudios y publicaciones
- Félix, A. (2001). *Contratos*. Buenos Aires: La Rocca.
- Gafo, J. (s.f.). *Procreación humana asistida. Problemas técnicos, éticos y legales*. Obtenido de https://books.google.com.ec/books?id=GeHXNYywc88C&pg=PA147&dq=maternidad+subrogada&hl=es&sa=X&sqi=2&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false
- Gerazo, B. (2007). *Consentimiento informado para procedimientos, intervenciones y tratamientos en salud*. Bogotá: ECOE.
- Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.

- Lacruz Berdejo, J. L. (2008). *Elementos de Derecho civil*.
- Lamm, E. (2008). Obtenido de <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/11381/1/DEA%20Eleonora%20Lamm.pdf>
- Lamm, E. (2008). *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Larrea Holguín. (1979). *Derecho civil del Ecuador: filiación, estado civil y alimentos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Larrea Holguín, J. (2004). *Derecho Civil del Ecuador. Las obligaciones. Volumen XI*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Lledo Yagüe, F. (1988). *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*. Madrid: Editorial Trivium.
- López Díaz, E. (2006). *Iniciación al derecho*. Madrid: Delta publicaciones.
- López, F. (2008). *Derecho de Familia. Tomo II*. Obtenido de https://books.google.com.ec/books?id=t6jqMm5I6BMC&pg=PA309&dq=filiacion+matrimonial&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=filiacion%20matrimonial&f=false
- Magaldi, N. (2004). *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*. Madrid: Marcial Pons.
- Marrades, A. (2002). *Luces y sombras del derecho a la maternidad*. Obtenido de <https://books.google.com.ec/books?id=UXzDVQJ9IHEC&pg=PA23&lpq=PA23&dq=concepto+de+maternidad&source=bl&ots=tDIO-OQcnP&sig=bhVir55g8jnw0jzMecI5vKcKMD0&hl=es&sa=X&sqi=2&ved=0ahUKEwjJqYS-5-vNAhVBLB4KHx6JAe4Q6AEIRzAH#v=onepage&q=concepto%20de%20maternidad&f=false>
- Marulanda, P. (1979). *Filiación natural*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Medicine, A. S. (2013). Las cuestiones éticas, legales y religiosas en los tratamientos de infertilidad.
- Meza, B. (1979). *Manual del derecho de familia*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Olave, O. (2000). *Obligaciones y contratos civiles: nociones*. México: Bnaca y Comercio.
- Parraguez Ruiz, L. (2000). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*. Quito: Univesidad Técnica Particular de Loja.
- Pérez, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproudcción asistida*. Madrid: Fundación Beneficencia et Peritia.
- Reino, I. W. (s.f.). En E. Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions.

- Ripert, G., & Boulanger, j. (1988). *Tratado de derecho civil, según el tratado de Planiol : de las personas (1a. parte)*. Buenos Aires: La ley.
- Rivero Hernández, F. (1991). *Comentario del Código Civil*. Madrid: Centro de publicaciones .
- Romo, O. (s.f.). *Medicina Legal. Elementos de Ciencias Forenses*. Obtenido de https://books.google.com.ec/books?id=hb-nNb1JMRUC&pg=PA179&dq=concepto+juridico+de+maternidad&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=concepto%20juridico%20de%20maternidad&f=false
- Sambrizzi, E. (2004). *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires: El derecho.
- Sánchez, M. Á. (2014). *Curso introductorio de bioética para profesionales de salud*.
- Somarriva, M. (1931). *La filiación*. Santiago de Chile: El Esfuerzo.
- Stiglitz, R. (1990). *Contratos; teoría general*. Buenos Aires: Depalma.
- Suárez Franco, R. (1999). *Derecho de Familia Tomo II*. Bogotá.
- Waignmaster, A. (2002). *Maternidad Subrogada. Derechos del Niño*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.