



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE**

**FACULTAD DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y ECONÓMICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE GRADO**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**TEMA:**

**EL CONTRATO DE SUBROGACIÓN MATERNA COMO GARANTÍA DEL  
DERECHO A LA VIDA, A LA PROCREACIÓN, A FUNDAR UNA FAMILIA  
EN EL ECUADOR**

**AUTORA:**

**ANA GEOVANNA MORENO ARROYO**

**DIRECTOR:**

**HUGO NAVARRO VILLACÍS**

**IBARRA-2022**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**



# UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

## BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

### AUTORIZACIÓN DE USO Y PUBLICACIÓN A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

#### 1. IDENTIFICACIÓN DE LA OBRA

En cumplimiento del Art. 144 de la Ley de Educación Superior, hago la entrega del presente trabajo a la Universidad Técnica del Norte para que sea publicado en el Repositorio Digital Institucional, para lo cual pongo a disposición la siguiente información:

DATOS DE CONTACTO			
<b>CÉDULA DE IDENTIDAD:</b>	100509169-7		
<b>APELLIDOS Y NOMBRES:</b>	MORENO ARROYO ANA GEOVANNA		
<b>DIRECCIÓN:</b>	ILUMÁN BAJO CALLE IMBABURA ENTRE VELASCO IBARRA		
<b>EMAIL:</b>	<a href="mailto:agmorenoa@utn.edu.ec">agmorenoa@utn.edu.ec</a>		
<b>TELÉFONO FIJO:</b>	2946261	<b>TELÉFONO MÓVIL:</b>	0998229674

DATOS DE LA OBRA	
<b>TÍTULO:</b>	EL CONTRATO DE SUBROGACIÓN MATERNA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA VIDA, A LA PROCREACIÓN, A FUNDAR UNA FAMILIA EN EL ECUADOR
<b>AUTOR:</b>	MORENO ARROYO ANA GEOVANNA
<b>FECHA: DD/MM/AAAA</b>	22/10/2022
SOLO PARA TRABAJOS DE GRADO	
<b>PROGRAMA:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> <b>PREGRADO</b> <input type="checkbox"/> <b>POSGRADO</b>
<b>TITULO POR EL QUE OPTA:</b>	ABOGADA DE LA REPUBLICA
<b>ASESOR /DIRECTOR:</b>	DR. HUGO NAVARRO VILLACIS

## 2. CONSTANCIAS

El autor manifiesta que la obra objeto de la presente autorización es original y se la desarrolló, sin violar derechos de autor de terceros, por lo tanto, la obra es original y que es el titular de los derechos patrimoniales, por lo que asume la responsabilidad sobre el contenido de la misma y saldrá en defensa de la Universidad en caso de reclamación por parte de terceros.

Ibarra, a los 22 días del mes de octubre de 2022.

**AUTOR:**



**MORENO ARROYO ANA GEOVANNA**

## CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

En mi calidad de tutor de trabajo de titulación presentado por la estudiante ANA GEOVANNA MORENO ARROYO, para optar por el título de ABOGADA DE LA REPÚBLICA, cuyo título es “El contrato de subrogación materna como garantía del derecho a la vida, a la procreación y a fundar una familia en Ecuador”, doy fe de que, de acuerdo al análisis del sistema Urkund, dicho trabajo reúne los requisitos para ser sometidos a presentación y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.

Ibarra, 22 de septiembre del 2022



Hugo Navarro Villacís

**TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

## **AGRADECIMIENTO**

En esta ocasión me gustaría agradecer, en primer lugar, a la Universidad Técnica del Norte por darme la oportunidad de iniciar y culminar mi carrera logrando de esa manera cumplir mi sueño de ser una profesional.

En segundo lugar, agradecer a cada uno de mis maestros que me brindaron de su conocimiento y sobre todo de su apoyo en este camino universitario.

A mi madre, que me apoyó y me ayudó en todo momento, a mis hermanos, sobrinos y amigos que estuvieron conmigo siempre.

## **DEDICATORIA**

Mi dedicatoria va dirigida en primer lugar a mi padre, Marcelo Moreno que me acompañó y me apoyó de todas las maneras posibles en mi primer año de estudios para luego hacerlo en el cielo desde donde me guía y me cuida.

A mi madre Blanca Arroyo que fue mi motor y mi apoyo incondicional en la vida y en todo este proceso universitario, quien me aconsejó y no dejó que desfalleciera en este camino.

A mis hermanos, sobrinos, amigos y demás familiares que estuvieron en todo momento junto a mí, aconsejándome y apoyándome.

A todos muchas gracias.

## INDICE

AGRADECIMIENTO.....	1
DEDICATORIA .....	6
RESUMEN 10	
ABSTRACT.....	11
INTRODUCCIÓN .....	12
Justificación de la Investigación. ....	13
Objetivos 14	
Objetivo General: .....	14
Objetivos Específicos:.....	14
Pregunta de Investigación .....	14
CAPITULO I: Marco Teórico.....	15
1.1.    Antecedentes Históricos de la Fertilidad y la Reproducción Humana .....	15
1.1.1.    Antecedentes no científicos de la Reproducción Humana. ....	15
1.1.2.    Antecedentes científicos de la Reproducción Humana Asistida .....	16
1.2.    Bioética y la Reproducción Humana Asistida.....	17
1.2.1.    Principios Fundamentales de la Bioética.....	18
1.3.    Antecedentes de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	18
1.3.1.    Tipos de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.....	19
1.3.1.1.    Fecundación In Vitro.....	19
1.3.1.1.1.    Primer Caso de Fertilización Humana en el Mundo .....	20
1.3.1.1.2.    Antecedentes Históricos en el Ecuador sobre el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas con el Método de Fecundación In Vitro.....	20
1.4.    Conceptualización de la Maternidad y la Maternidad Subrogada.....	21
1.4.1.    Maternidad .....	21
1.4.1.1.    Definición de maternidad .....	21
1.4.1.1.1.    La Maternidad en el Ecuador conforme al Código Civil Ecuatoriano .....	21
1.4.2.    Subrogación materna.....	22
1.4.2.1.    Subrogación.....	22
1.4.2.2.    Antecedentes Históricos de la Maternidad Subrogada.....	22
1.4.2.3.    Denominaciones de la Maternidad Subrogada. ....	23
1.4.2.3.1.    Clases de Maternidad subrogada.....	23
1.5.    Países Latinoamericanos que reconocen a la Subrogación Materna en su ordenamiento Jurídico .....	25
1.5.1.    Subrogación Materna en México .....	25
1.5.2.    Subrogación Materna en Argentina.....	26

1.6.	Realidad en Ecuador acerca de la Subrogación Materna .....	27
1.6.1.	Proyecto de Reforma de Código Orgánico de Salud Pública del Ecuador “24 de agosto del 2020” (Segundo Intento de Regular la Subrogación Materna en Ecuador) .....	27
1.7.	Análisis Jurídico de la Normativa Internacional y Nacional sobre la subrogación materna. ....	32
1.7.1.	Normativa Internacional que regula la procreación como Derechos Humanos Fundamentales.....	32
1.7.1.1.	Como derecho individual .....	32
1.7.1.2.	Como derecho a la salud .....	32
1.7.1.3.	Como derecho de fundar una Familia .....	33
1.7.2.	Normativa Nacional Positiva vigente sobre el ejercicio de los derechos Individuales de reproducción y familia.....	33
1.7.2.1.	Constitución de la República del Ecuador .....	33
1.7.2.2.	Código Orgánico de la Salud de Ecuador Actual.....	34
1.7.2.3.	Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador .....	35
1.8.	Fundamentos Jurídicos y Doctrinarios para la Subrogación Materna.....	36
1.8.1.	Paternidad y relación jurídica.....	36
1.8.2.	Nuevas concepciones sobre la paternidad y maternidad .....	36
1.8.3.	Familia, Parentesco y Paternidad en la Evolución Social .....	37
1.8.4.	La Familia Complementada con Técnicas de Reproducción Humana Asistidas ....	41
1.9.	Problemáticas Jurídicas de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida específicamente Subrogación Materna.....	42
1.9.1.	Filiación.....	42
1.9.1.1.	Tipos de Filiación.....	43
a)	Filiación por Naturaleza .....	43
b)	Filiación Adoptiva.....	43
c)	Filiación Pro creacional.....	43
1.9.2.	Posible Riesgo de Comercialización Humana con la Subrogación Materna.....	43
1.9.3.	Derechos Implicados: A la Intimidad, A procrear, A la vida y A la Identidad .....	44
1.9.3.1.	Derecho a la intimidad .....	44
1.9.3.2.	Derecho a Procrear .....	44
1.9.3.3.	Derecho a la vida.....	45
1.9.3.4.	Derecho a la identidad.....	46
1.10.	Alcances Jurídicos sobre la Subrogación Materna.....	47
1.10.1.	Regulación de la Subrogación Materna como TRHA.....	47
1.10.2.	Contrato de Subrogación Materna en el Ecuador.....	48
1.10.2.1.	Objetivo del Contrato de Subrogación Materna.....	48

1.10.2.2.	Contrato de Subrogación Materna.....	48
1.10.2.3.	Características del Posible Contrato de Maternidad Subrogada.....	49
1.10.2.4.	Requisitos de validez del Contrato de Maternidad Subrogada.....	49
1.10.2.5.	Fundamentación jurídica del Contrato de subrogación materna .....	50
CAPITULO II: Metodología de la Investigación.....		52
2.1.	Tipo de Estudio .....	52
2.2.	Método de la Investigación .....	52
2.3.	Fuentes y técnicas para la obtención, análisis y verificación de los datos de la investigación. 52	
2.3.1.	Documentación Jurídica.....	52
2.3.2.	Casos que son objeto de investigación .....	53
3.2.2.1.	Casos Internacionales.....	53
3.2.2.2.	Caso Nacional. ....	55
3.1.	Resultados obtenidos en la investigación.....	57
3.2.	Logro de los objetivos planteados .....	60
3.3.	Proporcionar Respuesta a la Pregunta Planteada .....	62
3.4.	Delimitaciones de la Investigación .....	63
Delimitación Espacial .....		63
Delimitación Temporal .....		63
Delimitación del Contenido .....		63
Delimitación del Universo .....		64
CAPITULO IV .....		66
4.1.	CONCLUSIONES .....	66
4.2.	RECOMENDACIONES .....	68
Bibliografía		69
ANEXO 1		73
PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY.....		73
ANEXO 2		81
PROPUESTA DE CONTRATO DE SUBROGACIÓN MATERNA .....		81

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación se realizó con la finalidad de develar la necesidad que existe de tener un cuerpo legal que regule la subrogación materna y de ese modo permitir que quienes usen esta técnica puedan defender sus derechos a través de un contrato, mismo que garantizará los derechos tanto de las partes como del niño que va a nacer.

Por otra parte, la gestación subrogada se puede considerar una opción para quienes no pueden concebir de forma natural a través de una gestante subrogada en el Ecuador, debido a que en otros países del mundo existen personas que son infértiles por diversas causas y tienen esa oportunidad dentro de un marco legal, permitiéndoles realizar un convenio con una mujer que sirva de incubadora para el crecimiento y desarrollo del feto y desprendiéndose de todos los derechos de madre luego del nacimiento del niño o niña.

El presente trabajo se realizó bajo un paradigma cualitativo, con un tipo de investigación documental, aplicando las técnicas de recolección de información a través del análisis de documentos, resúmenes, citas y aspectos legales para llegar a supuestos sobre las cuestiones planteadas que dan lugar a la Subrogación en Ecuador y su regulación dando la oportunidad de instituir una nueva perspectiva acerca de la paternidad y maternidad a quien lo requiera y cumpla con los requisitos establecidos: por otro lado, se realizó una encuesta a la ciudadanía para demostrar la aceptación popular que permita crear un nuevo cuerpo legal que regule la gestación subrogada..

Por último, se propuso un anteproyecto de ley, y un convenio de subrogación materna que ayude a garantizar los derechos de las partes involucradas.

**Palabras Clave:** Maternidad Subrogada, Derechos Constitucionales, Regulación de la Subrogación Materna, Proyecto de Ley, Anteproyecto de Ley y Contrato de Subrogación materna.

## **ABSTRACT**

The present research work was carried out with the purpose of revealing the need that exists to have a legal body that regulates maternal surrogacy and thus allow those who use this technique to defend their rights through a contract, which will guarantee the rights of both the parties and the child to be born.

On the other hand, surrogacy can be considered an option for those who cannot conceive naturally through a surrogate mother in Ecuador, because in other countries of the world there are people who are infertile for various reasons and have that opportunity within a legal framework, allowing them to make an agreement with a woman who serves as an incubator for the growth and development of the fetus and giving up all the rights of the mother after the birth of the child.

The present work was carried out under a qualitative paradigm, with a type of documentary research, applying information collection techniques through the analysis of documents, summaries, citations and legal aspects to arrive at assumptions about the issues raised that give rise to the Surrogacy in Ecuador and its regulation giving the opportunity to institute a new perspective on fatherhood and motherhood to those who require it and meet the established requirements: on the other hand, a survey was carried out among citizens to demonstrate popular acceptance that allows creating a new legal body that regulates surrogacy.

Finally, a bill was proposed, and a maternal surrogacy agreement that helps guarantee the rights of the parties involved.

**Keywords:** Surrogate Motherhood, Constitutional Rights, Regulation of Maternal Surrogacy, Draft Law, Preliminary Draft Law and Maternal Surrogacy Contract.

## INTRODUCCIÓN

### Antecedentes

La tecnología de la reproducción humana surgió por la necesidad de crear una familia, si bien es cierto, años atrás la mejor opción era adoptar a niños sin padres, existían y existen trámites demasiado extensos con un sin número de requisitos que imposibilitan a los ecuatorianos a cumplir con este fin, es por ello que muchas personas han optado por buscar otros métodos alternativos como es la subrogación materna para solucionar dicha problemática, Es importante señalar que el derecho a adoptar en el Ecuador es limitado, ya que no todos pueden hacerlo, excluyendo totalmente a las parejas LGBTI-Q.

Cabe destacar que no solo las parejas heterosexuales deberían gozar de la formación de una familia y el crecimiento de la misma al procrear un hijo, sino también aquellas pareja del mismo sexo que por razones biológicas les imposibilita tener hijos, es por ello, que cuando se habla de maternidad subrogada se está rompiendo un paradigma social, cultural y en parte religioso ya que se trata de la subrogación de un vientre con la finalidad de dar a luz a un ser que puede o no tener rasgos genéticos de la gestante, en vista que se puede ocupar el útero solamente para la implantación de un ovulo fecundado, es decir que los gametos no le pertenecen a la gestante.

Vale la pena aclarar, que la gestación subrogada nació a través de la “Tecnología de Reproducción Humana Asistida” precisamente “Fecundación in vitro”. La "fecundación in vitro" consiste en conservar en el laboratorio los embriones de la pareja que desea tener un hijo, y luego implantarlos en el útero de la madre sustituta.

En la actualidad, en el Ecuador, la reproducción asistida y la subrogación son prácticas no reguladas que conducen a violaciones de los derechos humanos de los padres, especialmente de los niños que son inseminados por estos métodos, en ausencia de regulación y control gubernamental.

### **Justificación de la Investigación.**

Una pareja que desee tener un hijo debe contar con las condiciones biológicas óptimas para que haya una fecundación en el momento del acto sexual, sin embargo, hay factores genéticos y médicos que pueden impedir el embarazo por lo que optar por la Reproducción Humana Asistida sería una opción favorable para la concepción. En este contexto, se propone desarrollar un Anteproyecto de Ley, el cual permita regular la Subrogación Materna y por consecuencia precautelar el derecho a la vida, a la procreación y a fundar una familia.

Hoy en día se ha podido evidenciar que existen casos de personas que realizan acuerdos de formas clandestinas y alquilan vientres de mujeres de bajos recursos económicos, pero la gran mayoría de estas madres que prestan sus vientres crean vínculos con el feto que llevan dentro así como sentimientos de culpa, lo que conlleva a que sea imposible desprenderse del niño, es por eso que este trabajo propone realizar un Anteproyecto de Ley sobre la subrogación materna, el cual puede ser enviado al legislativo y sea tomado en cuenta para futuros debates sobre este tema, permitiendo la regularización de esta práctica, del mismo modo, se propone la creación de un Contrato de Subrogación Materna en el cual cuente con una estructura idónea con puntos específicos que obliguen a las partes a cumplir cada uno de ellos.

Por otro lado, la gestación subrogada es una de las tecnologías de reproducción humana asistida eficaz para quienes no pueden tener hijos y formar una familia por infertilidad, solteros o parejas del mismo sexo, sin embargo, el derecho interno del Ecuador ha omitido su regulación, y frente a esta realidad corresponde al legislador desarrollar la respectiva normativa para evitar las dificultades que su práctica puede ocasionar.

## **Objetivos**

### **Objetivo General:**

Analizar los aspectos sociales, médicos y jurídicos de la Subrogación Materna en el Ecuador, con el objetivo de develar la necesidad imperante de un cuerpo legal regularizador de esta técnica, mediante el estudio de la normativa ecuatoriana e internacional garantizando los derechos a la vida, a la procreación y a fundar una familia.

### **Objetivos Específicos:**

1. Determinar los aspectos jurídicos que se desarrollan con la práctica y la regulación de la subrogación materna como método alternativo de Reproducción Humana Asistida, a través del estudio de la normativa ecuatoriana e internacional.
2. Realizar un estudio metodológico de la realidad nacional e internacional, a través del análisis de casos prácticos sobre la Subrogación Materna.
3. Proponer un Anteproyecto de Ley y un Contrato en los cuales se regularice la Subrogación Materna en el Ecuador con el fin de proteger los derechos de los padres que no pueden concebir a sus hijos de forma natural, de las mujeres que oferten sus vientres y de los niños que están por nacer.

## **Pregunta de Investigación**

¿Existe un cuerpo legal y un contrato que regule el uso de la Subrogación Materna en el Ecuador?

## CAPITULO I: Marco Teórico

### 1.1. Antecedentes Históricos de la Fertilidad y la Reproducción Humana

#### 1.1.1. Antecedentes no científicos de la Reproducción Humana.

Es importante resaltar que los seres vivos cuentan con un ciclo de vida predeterminado que es nacer, crecer, *reproducirse* y morir; por lo que es común que al formar una pareja ya sea convencional o no, se hable acerca de concebir y la cantidad de hijos que desearían tener, de esa manera dan por hecho su fertilidad, sin embargo, por factores externos las parejas convencionales pueden crear problemas de infertilidad o esterilidad; por el contrario al tratarse de parejas del mismo sexo es necesaria la ayuda de un tercero.

La esterilidad es un problema de gran relevancia en nuestra sociedad, es así que, a través de un estudio realizado por la OMS (Organización Mundial de la Salud) se estima que:

La esterilidad afecta a millones de personas en todo el mundo que se encuentran en edad de procrear y repercute en sus familias y en las comunidades. De acuerdo con las estimaciones, unos 48 millones de parejas y unos 186 millones de personas se ven afectadas por la esterilidad en todo el mund. (Organización Mundial de la Salud, 2020).

Es importante determinar que el problema de fertilidad es tan antiguo como la humanidad, por lo tanto; (Martinez, 2015) en su investigación aclara que en el siglo XVIII a.C., en el “Código Hammurabi” existía una sección sobre la “maternidad gestacional”, con esta sección ya se reconocía a la subrogación materna como un método alternativo, del mismo modo, aclaraba que la única persona que podía prestar su vientre era la esclava de confianza, es así que las mujeres subsanaban su problema de fertilidad y podían cumplir su sueño de tener descendencia.

Del mismo modo, (Vallejo, 2015) hace un análisis acerca de este tema, en cual reconoce varios aspectos interesantes sobre todo eventos históricos, uno de ellos y el más relevante en su investigación, es el caso de Abram y Sara que se encuentra enmarcado en el Antiguo Testamento, Sara era una mujer que no tuvo la oportunidad de procrear, sin embargo, permitió que su esposo pueda tener descendencia con una de sus esclavas:

(Santa Biblia Reina Valera 1960, Génesis 16:1-4) relata que: Sarai mujer de Abram no le daba hijos; y ella tenía una sierva egipcia que se llamaba Agar. Dijo

entonces Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram, al ruego de Sarai. Y Sarai mujer de Abram tomó a Agar su sierva egipcia, al cabo de diez años que había habitado Abram en la tierra de Canaán, y la dio por mujer a Abram su marido. Y él se llegó a Agar, la cual concibió.

En la edad media, aun se ejercía con gran fuerza la corriente eclesiástica (Ley Puritana), por lo tanto, consideraba que la infertilidad era un castigo divino por la promiscuidad de las mujeres al tener relaciones sexuales antes del matrimonio, considerando aquello como un delito y el castigo para ellas era no procrear (de esa manera creían que la única responsable era la mujer),

Más adelante, tras la Revolución Francesa se desarrollan nuevos estudios científicos sobre el espermatozoides y sus funciones, mostrando de esa manera que tanto el hombre como la mujer son los responsables de la reproducción, en este punto de la historia, los hombres tenían un fuerte conflicto de machismo e hicieron caso omiso de este nuevo descubrimiento, por lo tanto, consideraban que la mujer era el “sexo débil” y que lo único que debían hacer era quedarse en casa y de ese modo podrían procrear sin ningún problema.

Sin embargo, a partir del siglo XIX, con una sociedad más educada, se determinó que los problemas de infertilidad o esterilidad no es únicamente un problema de la mujer sino también del hombre, así como también, entendieron que no se debía a un castigo divino, sino a problemas de salud que acarrearán teniendo como consecuencia la infertilidad, es así que empieza una lucha científica en la cual demostraron que podían obtener una solución al problema de infertilidad, por consecuencia de esta investigación nacieron las técnicas de reproducción humana asistidas.

### **1.1.2. Antecedentes científicos de la Reproducción Humana Asistida**

Con el tiempo, se han hecho grandes descubrimientos con la ayuda de la tecnología y la ciencia, por lo que las técnicas de reproducción humana asistida han evolucionado, generando resultados ante la necesidad que tienen las personas de procrear, sin embargo, estas investigaciones tuvieron cabida al inicio en animales, de ese modo podrían perfeccionarlas y hacerlas en personas.

Como menciona (Chavez, 2014), en 1780 el monje italiano Lázaro Spallanzani quien con anterioridad habría practicado con anfibios, decidió experimentar con

vivíparos es así, que la primera inseminación artificial que realizó fue a una perra de raza Spainel con la eyaculación espontánea de un perro, del mismo modo, en 1803 informó que los espermatozoides con nieve no morían; en 1878, el biólogo alemán Scheck realizó el primer intento in vitro, en el cual inseminó a un conejo, pero este no funcionó. Por primera vez en 1969 nació una camada de mamíferos a través de la inseminación artificial, tecnología reproductiva utilizando semen congelado.

Cabe destacar que varios autores creen que las TRHA se desarrollaron a partir del siglo XV cuando los árabes utilizaron estos métodos para modificar genéticamente a sus caballos.

## **1.2. Bioética y la Reproducción Humana Asistida**

Según Alejandro Cordava Izquierdo en su tesis de grado:

En 1997 se produjeron nuevos cambios, junto con el desarrollo de la tecnología de reproducción humana asistida, considerando que en 1997 Clones de células de mamíferos adultos procedente de una oveja adulta; el clon o producto obtenido fue bautizado con el nombre de Dolly en honor a una cantante estadounidense de música country que llevaba ese nombre. Este hallazgo, realizado en el Instituto Roslin de Edimburgo, Escocia por un grupo de investigadores encabezado por Ian Wilmut, ha mostrado que las células adultas poseen la capacidad de reprogramarse e iniciar el crecimiento de un nuevo individuo. (Córdova Izquierdo & otros, 2011)

En este contexto la bioética hace referencia a la conducta humana en relación con las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, haciendo una relación de la bioética con la reproducción asistida se puede evidenciar varios puntos de vista como son:

- La Iglesia Católica brinda el mismo respeto al embrión y a las personas nacidas y considera que el único medio de procreación es el acto conyugal, además ha denunciado que a consecuencia de la práctica de reproducción asistida existe una elevada cantidad de embriones que no llegan a nacer.
- Protestantes: el panorama difiere ya que se aceptan las técnicas de reproducción asistida mientras no haya pérdida de embriones y los gametos provengan de los miembros de la pareja.
- El islam resalta que, hasta 120 días tras la fecundación, los embriones

pertenecen a los progenitores, y estos pueden autorizar una intervención sobre estos, pero se opone a la donación de embriones a otras parejas porque se cree imprescindible conocer la identidad del padre.

- Los que se oponen totalmente a esta práctica son los judíos por el riesgo de incesto, así como la cesión de embriones para investigación, porque supone su destrucción (Enguer Gonsálbez & Ramon Fernandez, 2017, págs. 104-135).

### **1.2.1. Principios Fundamentales de la Bioética**

- **Principio de autonomía:** toda persona adulta y consciente, en el seno de una sociedad secularizada, tiene derecho a decidir sobre su vida y su salud, debiendo respetarse su voluntad.

- **Principio de beneficencia:** consiste en "hacer el bien", obliga al profesional de la salud a esforzarse al máximo por el bien del paciente.

- **Principio de no – maleficencia:** no se puede hacer daño o mal a otro directamente.

- **Principio de justicia:** acceso y distribución equitativa de los recursos médicos disponibles. (Muentes Navarrete, Moreno Arvelo, & Silva Varela, 2020, págs. 134-148).

### **1.3. Antecedentes de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

Muchos consideran que las técnicas de reproducción humana asistida (más adelante TRHA) son como una luz al final del túnel, puesto que, permiten alcanzar su anhelo de gestar a un bebé, con sus mismos rasgos genéticos (ya sea de ambos o de uno de ellos); desde el punto de vista bioético las TRHA van de la mano con los avances tecnológicos y científicos que no pueden cambiar los sistemas biológicos, pero si se pueden utilizar diversas alternativas legales medicamente para dar vida a un ser genéticamente compatible con el padre o la madre del niño o niña.

Las TRHA se pueden entender entonces como un conjunto de técnicas médicas que permiten sustituir los procesos biológicos que no pueden desarrollarse con normalidad durante la búsqueda de la reproducción humana. Entre los cuales destaca la fertilización del óvulo; la disposición de los espermatozoides en la vagina, entre otros que serán desarrollados minuciosamente con posterioridad.

Por su parte, Garzón señala que estas se refieren al: “conjunto de métodos médico-quirúrgicos cuyo objeto es lograr la fecundación de un ser humano de manera diferente a

las condiciones naturalmente establecidas.” (Garzon, 2007)

Desde este punto de vista se busca el reconocimiento de la maternidad subrogada, la misma que desde su concepto principal construye una maternidad que no se relaciona biológicamente con la nueva vida que está por nacer, es así que se redefine la maternidad, en este sentido, es necesario aclarar que al tratarse de una subrogación aquella mujer que preste su vientre no tendrá ningún derecho sobre el niño que está gestando.

Como se mencionó anteriormente, el propósito de la teoría es reconocer que todos los métodos de inseminación artificial asumen el acto de la reproducción, es decir, la responsabilidad de procrear. La fecundidad libre, responsable y el deseo de tener hijos es una actividad dual de hombres y mujeres, es así como nace una relación legal como un criterio válido para el nombramiento de los padres.

Por ello, es importante recalcar que tanto las personas que quieran hacer uso de las TRHA, deben tener el consentimiento de sus parejas (en el caso de ser casados) para realizarlas, así como también, las mujeres que subrogan sus vientres deben contar con dicho consentimiento, del mismo modo, debe tener claro que el niño que está creciendo en su vientre no es suyo, por lo cual es necesario que la mujer subrogada tenga asistencia psicológica antes de realizar la TRHA, continúe tratándose durante el periodo gestante y sobre todo el parto, de eso modo, evitar posibles problemas al momento de entregar al bebé.

### **1.3.1. Tipos de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas**

Las técnicas de reproducción humana asistidas son realizadas a través de varios procedimientos importantes tales como:

#### **1.3.1.1. Fecundación In Vitro**

Según (Bagnarello González) la fertilización in vitro se define como la técnica de reproducción asistida que involucra fecundación extracorpórea. La técnica consiste en una estimulación ovárica controlada mediante medicamentos aplicados a la mujer con la intención de obtener múltiples folículos, los cuales contienen los ovocitos que serán aspirados posteriormente vía vaginal. Esos ovocitos serán fertilizados en el laboratorio (“in vitro”) y, posteriormente, los ovocitos que sean fertilizados y progresen adecuadamente a embriones serán transferidos a la cavidad uterina. (pág. 205).

La Sociedad Española Ginecológica y Obstétrica determina que La Fecundación in

Vitro es un tratamiento de reproducción asistida que consiste en la unión de óvulo y espermatozoide fuera del vientre materno, en un laboratorio altamente especializado. El término “in vitro” tiene su origen en el latín, por los materiales utilizados en los laboratorios en sus inicios a base del vidrio. Actualmente, es aquel proceso que tiene lugar "fuera del cuerpo". De esta forma, los embriones fecundados en laboratorio son colocados en el útero de la mujer mediante fecundación in vitro para facilitar su posterior implantación. (Obstetrica, s.f.).

#### **1.3.1.1.1. Primer Caso de Fertilización Humana en el Mundo**

El primer caso de fertilización humana del mundo es abordado por Oscar Iván Crow Córdova en su trabajado de investigación, en el cual determina que hace 25 años en Inglaterra se realizó el primer embarazo por medio de las TRHA. (Córdova Izquierdo & otros, 2011)

Louise Brown nació gracias a la tecnología de fertilización in vitro (I.V.F.), una tecnología médica revolucionaria para tratar la infertilidad. Esta tecnología revolucionaria ha dado esperanza a muchas mujeres para conseguir su sueño de embarazo. Miles de parejas previamente infértiles están utilizando estos procedimientos como una forma verdaderamente efectiva de lograr la paternidad. Esta revolución científica permite a las parejas hacer realidad sus sueños de paternidad, aunque con ayuda (Córdova Izquierdo & otros, 2011).

#### **1.3.1.1.2. Antecedentes Históricos en el Ecuador sobre el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas con el Método de Fecundación In Vitro**

El primer bebé nacido a través de FIV en Ecuador fue Iván Arturo Padilla Núñez, nacido el 10 de junio de 1992. Fue concebido por el obstetra y ginecólogo Iván Valencia en el Centro Médico de Fertilidad e Infertilidad de Quito, quien, a través de la biotecnología médica, permitió a la pareja de Arturo Padilla y Carmen Núñez, cumplir su sueño de ser padres.

Carmen Núñez, tuvo inconvenientes para tener hijos sin importar los tratamientos que hiciese, por lo cual se muestra “agradecida de Dios y de la ciencia por haber disfrutado ser madre. Dijo que fue una lucha de casi veinte años por lograr tener un hijo. Iván llegó cuando ella tenía 37 años”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Carmen Núñez, madre de Iván, quien dio su declaración al diario Universo

La pareja oriunda de Chimborazo, ya había realizado una Fecundación In Vitro en la ciudad de Bogotá-Colombia, sin embargo, el embarazo no se concretó y de esa manera de produjo un aborto con apenas 2 meses y medio de embarazo; pero no se dieron por vencidos y siguieron intentando.

Una desventaja (si se podría llamar así) fue el alto costo del tratamiento, al ser el primer niño nacido a través de la fecundación In Vitro, a pesar de ello, valió la pena pues ahora tienen a su lado a su hijo Iván y ahora a sus 30 años es padre de 3 niños de 9 y 8 años, y una bebé de meses de nacida.

#### **1.4. Conceptualización de la Maternidad y la Maternidad Subrogada**

##### **1.4.1. Maternidad**

###### **1.4.1.1. Definición de maternidad**

La maternidad es un fenómeno sociocultural complejo que trasciende los aspectos biológicos de la gestación y del parto, pues tiene además componentes psicológicos, sociales, culturales y afectivos del ser madre que se construyen en la interacción de las mujeres con otras personas en escenarios particulares, donde se viven universos simbólicos con significados propios. ( Cáceres-Manrique, Molina-Marín, & Ruiz-Rodríguez, 2014)

Por lo tanto, la maternidad se entiende como aquel laso sanguíneo y sentimental que una persona de sexo femenino procrea y construye con sus hijos mediante la relación de filiación, cuidado y amor para sus descendientes.

###### **1.4.1.1.1 La Maternidad en el Ecuador conforme al Código Civil Ecuatoriano**

El Código Civil del Ecuador fue promulgado en 1860 e incorporado al sistema ecuatoriano, la regulación de la tecnología reproductiva humana era impensable en ese momento, sin embargo, tras los años han considerado a estas TRHA como una opción para la reproducción humana por lo cual es necesario tomar en cuenta cuál ha sido el espíritu del legislador en lo que respecta al artículo 60 del antes mencionado cuerpo legal.

(Código Civil Ecuatoriano, 2005) establece: el nacimiento es el hecho que fija la existencia legal de una persona. Cuando el niño o niña se encuentra todavía en el vientre materno, sin negar que tiene derechos, su existencia legal se encuentra suspensa hasta que la criatura sea separada completamente de su madre.

Cabe señalar, el artículo 261 del (Código Civil Ecuatoriano, 2005) estipula: que la maternidad es un hecho, éste hecho deriva en el ser una mujer la verdadera madre. Esta estipulación exige que se cumplan dos condiciones, la primera, el nacimiento del hijo o hija y la segunda la identidad del mismo. Aunque este artículo fue derogado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de junio del 2015.

Legal y biológicamente una gestante que dé a luz a un feto se le considera la madre en todos los sentidos ya que por parte de la ciencia solo es madre aquella mujer que gesta durante el tiempo determinado ya que se cumple con un vínculo genético, y para la parte legal es quien tiene los derechos irrefutables sobre el ser gestado.

#### **1.4.2. Subrogación maternañ**

##### **1.4.2.1. Subrogación**

La subrogación se puede definir como el reemplazo de algo o alguien en el lugar que le corresponde a otra persona, en el ámbito jurídico, la subrogación del embarazo se refiere a la sustitución de la madre gestante la misma que será quien se cargue al niño y por lo tanto será considerada como madre subrogada.

##### **1.4.2.2. Antecedentes Históricos de la Maternidad Subrogada**

La historia de la gestación subrogada comenzó en California en el año de 1975, cuando mediante una publicación en un importante medio de comunicación local se anunciaba la búsqueda de una mujer que se sometiera a un proceso de inseminación artificial para ayudar a una pareja que aparentemente no podía procrear y a cambio de esta ayuda se ofrecía una remuneración económica; lo que desencadenó la constitución de grupos que realizaban el contacto de las posibles madres y las parejas interesadas lo que generó varios conflictos sociales, morales y jurídicos.

Es importante, determinar que en el ámbito médico fue muy escaso el impacto de este nuevo método de concepción puesto que la medicina va evolucionando, por el contrario, en el ámbito jurídico hubo un impacto enorme sobre todo si nos referimos al derecho a la familia, a la reproducción y el derecho que se ejerce sobre el embrión, pues el efecto que marco el hecho de tener gran cantidad de donantes tanto de esperma como de óvulos han creado conflictos jurídicos como el reconocimiento del niño, el derecho de paternidad y el más polémico que es el que determina quién es la madre del niño.

En particular, el primer contrato de subrogación mediante inseminación artificial se

firmó en 1976 (Michigan Surrogacy Family Service). Su objetivo es ayudar a las parejas que tienen dificultades para concebir un hijo brindándole acceso a una madre subrogada. Casi cuatro décadas después, en un informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el Relator Especial sobre la venta y explotación sexual de niños ha afirmado que el vacío regulatorio de larga data asociado con los acuerdos comerciales internacionales de subrogación significa que los niños nacidos de esa manera son vulnerables. A violaciones de sus derechos y, a menudo, equivalen a trata de niños y pueden dar lugar a una adopción ilegal.

#### **1.4.2.3. Denominaciones de la Maternidad Subrogada.**

La maternidad subrogada se define como el proceso en el cual una mujer presta su útero para llevar a cabo la gestación de un hijo que contará con los genes de otra pareja; después del nacimiento del bebé será entregado a la pareja en cuestión y la “madre subrogada” cederá todos los derechos que legalmente le corresponde ante el recién nacido.

**Otras definiciones:** Es un contrato en el que una mujer accede a prestar su cuerpo para la implantación de un embrión extraño embarazada.

La definición de gestación subrogada involucra a una mujer que lleva un hijo en su útero con un acuerdo/compromiso o contrato previo, que incluye una disposición de cesión al final del embarazo todos sus derechos sobre el bebé, esta transferencia se hará en beneficio de otros generalmente los contratantes quienes asumirán los derechos de paternidad de un niño.

(Araya, 2002) Menciona que: la gestación subrogada ocurre cuando una mujer queda embarazada y luego da a luz un hijo que pertenece a otro progenitor genética y legalmente. Para esto se utilizarán métodos de inseminación artificial y así no hay contacto físico entre las partes que rigen el contrato y la madre sustituta quien cumplirá con el rol de solo ser quien gestó el feto (pág. 3).

##### **1.4.2.3.1. Clases de Maternidad subrogada**

Según la genética del bebé, la Maternidad Subrogada puede ser de dos tipos:

- **Tradicional:** en este caso la madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación in vitro.

•**Gestacional:** Cuando el óvulo y espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. Este embarazo se alcanza mediante fecundación in vitro (Contreras Bolaños , 2016).

La maternidad subrogada también puede clasificarse en dos tipos, de acuerdo a la capacidad económica los solicitantes de esta práctica.

•**Altruista:** Cuando la práctica se realiza sin ánimo de lucro, es decir, no se recibe una remuneración.

•**Lucrativa:** Cuando hay una remuneración a cambio (Contreras Bolaños , 2016).

Existen unas combinaciones que da lugar a otras formas de maternidad subrogada, como son:

•**Madre portadora:** La mujer genera óvulos, pero tiene una deficiencia que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que preste su útero y colabore con ella.

•**Madre sustituta:** La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.

•**Ovo donación:** La mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos.

•**Embriodonación:** El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos ni puede gestar y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación (Contreras Bolaños , 2016).

En cualquier caso, los distintos tipos de prácticas pueden ser:

•**Homólogas:** Cuando se realizan usando los gametos obtenidos de la misma pareja.

•**Heterólogas:** Cuando se realiza usando uno o más gametos ajenos a la pareja (Contreras Bolaños , 2016).

## **1.5. Países Latinoamericanos que reconocen a la Subrogación Materna en su ordenamiento Jurídico**

### **1.5.1. Subrogación Materna en México**

Considerado un país pionero en América Latina, México está legalmente abierto a las TRHA, para prohibirlas o permitir las, y tienen diferentes ideologías con respecto a la gestación subrogada que a veces crean conflictos de interés personal, es por ello que, varios Estados la prohíben, sin embargo, Tabasco y Sinaloa fueron los dos Estados que permitieron y aceptaron bajo su manto jurídico a la subrogación materna como una alternativa de reproducción humana.

Si bien es cierto, las TRHA fueron aprobadas dentro del ordenamiento jurídico Tabasqueño y Sinaloense, específicamente el Código Civil, este presentó un cúmulo de requisitos, entre ellos, que la madre beneficiaria debía presentar un certificado médico que avale en él acerca de su problema gestacional, los beneficiarios debían ser una pareja heterosexual mexicana de nacimiento y estar legalmente constituida sea por el matrimonio o unión de hecho, así mismo, dentro del cuerpo legal se puede evidenciar dos conceptos fijos acerca de la subrogación materna que son;

“El artículo 92 establece la validez del contrato de subrogación...En caso de niños nacidos como resultado de la participación de una madre sustituta gestacional, la paternidad se presume por el padre que contrata cuando él/ella registre el nacimiento del niño, ya que esta acción implica la aceptación de la paternidad...” (Código Civil del Estado de Tabasco, 2017).

El artículo 347 del (Código Civil del Estado de Tabasco, 2017) protege los derechos de los futuros padres y establece: Cuando una segunda mujer participa en el proceso reproductivo, la madre contratante se presume como la madre legal, tanto si proporciona el óvulo como si no; Esto sucede cuando la madre sustituta gestacional no es la madre biológica del niño que nace como resultado de una transferencia de embriones. En este caso, la madre contratante debe ser considerada como la madre legal del niño.

Por otra parte, el Estado de Sinaloa, en su Artículo 283 del Código Familiar, determina que la maternidad subrogada:

Art 283.- La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una

mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. (Código Familiar del Estado de Sinaloa, 2017).

Es evidente que, en los artículos mencionados anteriormente, reconocen la maternidad y la paternidad de los padres contratantes pues ellos serán los donadores del material genético y la madre subrogante se la considerará únicamente como la persona que preste su vientre; por otra parte, si la madre subrogada haya prestado su material genético, esta se la reconocerá como madre, pero tiene el deber de renunciar a su maternidad y entregársela a la madre contratante, según lo estipula contrato de subrogación materna previamente firmada.

Ahora es evidente que, el Código Civil Tabasqueño generan cierta limitante acerca de las parejas beneficiarias, pues considera que solo parejas heterosexuales podían hacer uso de la subrogación materna, de esa manera se vulneraría los derechos de las parejas de la comunidad LGBTI-Q razón por la cual:

El 27 de enero de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió la tesis jurisprudencial 08/2017, cuya aplicación se volvió obligatoria a partir del 30 de enero del mismo año, en la cual se determinó que, "la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear" (GIRE Grupo de Información de Reproducción Dirigida, s.f.)

De ese modo, se crea un paradigma jurídico más amplio, permitiendo de ese modo que todas las personas sin excepción puedan hacer uso de la subrogación materna, de ese modo se garantizaría su derecho fundamental de fundar una familia bajo el seno de dicha técnica, y sobre todo con las medidas y protección jurisdicción del Estado.

### **1.5.2. Subrogación Materna en Argentina**

Argentina por su parte, no cuenta con un ordenamiento jurídico escrito sobre la subrogación materna, sin embargo, tras dos casos de trascendencia estatal permitió la creación de doctrina y jurisprudencia oportuna que permite la legitimidad de la

subrogación materna como una alternativa de reproducción humana.

Estos casos suscitaron en el 2013 y 2015 respectivamente, en ambos casos les concedieron la patria potestad a los padres beneficiarios, pues la Corte, determinó que las personas que tenían el ánimo y voluntad de procrear eran ellos exclusivamente, por su parte la madre subrogante solo era quien prestaba su vientre.

## **1.6. Realidad en Ecuador acerca de la Subrogación Materna**

En Ecuador, la gestación subrogada no está definida en el ordenamiento jurídico como una alternativa de TRHA, pero algunos la practican con diversos fines, en el caso de las personas o parejas beneficiarias logran tener un hijo y de ese modo cumplirán con su objetivo de tener una familia, por otra parte, la madre subrogada ayudará a cumplir con dicho objetivo a cambio de que los padres beneficiarios se encarguen económicamente de todo el tratamiento, cuidado y nacimiento del niño.

(Viteri Sánchez, 2019) dice que: La sociedad y el Derecho en general se ven conmovidos ante la irrupción de la ciencia y la tecnología, pero es notorio que no sólo el quehacer jurídico es trastocado por dichos descubrimientos de la ciencia, sino también instituciones como la familia, las normas de convivencia social, entre otras instituciones jurídicas que entran en crisis. Las concepciones tradicionales como paternidad, filiación, maternidad deben reconsiderarse frente a estos fenómenos médicos. (pág. 15)

### **1.6.1. Proyecto de Reforma de Código Orgánico de Salud Pública del Ecuador “24 de agosto del 2020” (Segundo Intento de Regular la Subrogación Materna en Ecuador)**

El Ecuador, cuenta con un Código Orgánico de la Salud (Más adelante COS), cuerpo legal responsable de la pronta y oportuna provisión de salud y atención de calidad a los ecuatorianos tanto en el sector público como en el privado. Sin embargo, es importante aclarar dentro de este marco legal en sus capítulos no contienen información sobre TRHA, convirtiéndose de ese modo en un problema enorme, ya que en el país se realizan procedimientos de TRHA sin ningún ordenamiento jurídico que proteja a las personas que quieran hacer sus de las mismas; es por ello, la importancia imperante de incorporar reformas dentro del COS; aunque ya existió un precedente acerca de un proyecto de reforma del COS en el cual hacía referencia sobre estas técnicas, fue vetado totalmente por el ejecutivo.

Por otro lado, través de la historia el Ecuador, ha sufrido varios cambios en diversos ámbitos, afectando colateralmente a las funciones y acciones que debió desarrollar a favor de la población y en especial a favor de la salud.

En la Constitución de la República del Ecuador determina que el Estado Ecuatoriano es el garante de derechos, uno de los más importantes es el derecho a la Salud el cual garantiza el Buen Vivir.

Es importante aclarar que el Proyecto de Ley de Reforma del Código Orgánico de la Salud en el Ecuador, fue el único cuerpo legal que apoyo la legalización de las técnicas de reproducción humana asistida sobretodo la subrogación materna, determinando lo siguiente:

### **Capítulo III** Servicios de Salud Específicos

#### **Sección I:** salud sexual y salud reproductiva

**Artículo 192.- Derecho a la Salud Sexual y Salud Reproductiva.** - El Estado garantizará el derecho de todas las personas a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables, sin coerción o violencia, ni discriminación, sobre su género, sexualidad, su vida y orientación sexual; así como sobre su salud sexual y salud reproductiva y a disponer de información sobre sus derechos.

**Artículo 196.- Reproducción humana asistida.** - Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema.

Solo se autorizará este tipo de procedimientos en establecimientos prestadores de servicios de salud que cuenten con la habilitación específica para brindar estos servicios; dispongan de protocolos explícitos de consentimiento informado; sometan a la aprobación de la Autoridad Sanitaria Nacional sus protocolos de atención; y, cumplan las regulaciones que se expidan para el efecto respecto de toda la cadena de atención.

La maternidad subrogada estará permitida únicamente en los casos en los que existan circunstancias médicas que no permitan el embarazo en la mujer, se garantizará el derecho de los niños y niñas al armonioso desarrollo de su personalidad en el seno familiar. Los prestadores de servicios de salud deberán

garantizar en todo momento el cuidado y atención de las portadoras gestacionales para evitar riesgos durante los procesos de fertilización, embarazo, parto y post parto.

Se prohíbe realizar estos procedimientos en niñas y adolescentes; así como, las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos, embriones o de la subrogación del vientre. No se considerarán contraprestaciones económicas a los gastos derivados del proceso de donación y los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto (Código Organico de Salud, 2020).

**Artículo 249. – Células sexuales humanas.** – El uso de óvulos, espermatozoides para utilización en técnicas de reproducción humana asistida, ingreso y salida del país e investigación, serán regulados y autorizados por la Autoridad Sanitaria Nacional, con base en la normativa que dicte para el efecto.

Se prohíbe la extracción sin consentimiento previo y la comercialización de células sexuales; así como, la experimentación con las mismas, excepto cuando dicha experimentación se realice para análisis y procedimientos propios de la técnica de reproducción asistida (Código Organico de Salud, 2020).

**Artículo 250. – Uso de células sexuales humanas en técnicas de reproducción asistida.** – La donación de óvulos y espermatozoides solo podrá hacerse por personas mayores de dieciocho años. La fertilización de óvulos e implantación de embriones solo podrán hacerse en mayores de edad, que se encuentre en pleno estado físico y mental, cumpliendo los requisitos que establezca el Reglamento General del presente Código para el efecto y, en centros y por profesionales de la salud especializados y autorizados por la Autoridad Sanitaria Nacional. Estos centros deberán llevar un registro de donantes y receptores de este tipo de células, así como de los nacidos vivos concebidos con estos procedimientos y reportarlos mensualmente a la Autoridad Sanitaria Nacional.

La Autoridad Sanitaria Nacional regulará, conforme los criterios bióticos aplicables a la materia, la crio preservación y el destino de las células sexuales y embriones que no se utilicen en los procedimientos de técnicas de reproducción humana asistidas. (Código Organico de Salud, 2020)

En el Ecuador el 25 de agosto de 2020 se aprobó el Proyecto de Reforma del Código

Orgánico de Salud por la Asamblea Nacional, luego de más de ocho años de debates los cuales iniciaron el 09 de mayo 2017, pero el 25 de septiembre del 2020 este proyecto fue vetado por el expresidente Lenin Moreno, entre su justificación se encuentra que, el proyecto carece de una verdadera actualización en cuanto a enfoque y contenidos, acorde a los requerimientos de la sociedad ecuatoriana.

En el informe del veto presidencial del Proyecto de Reforma de Código Orgánico de Salud se aclaró que en el articulado 196 pretende:

Regular la reproducción humana asistida con un enfoque altruista, la realidad ha demostrado que se mercantiliza a la mujer, especialmente a las que tienen condiciones económicas limitadas, las cuales ponen en riesgo su vida frente a las necesidades de una persona contratante, es decir se reduce a la posibilidad que sea entendido como un negocio, donde la mujer tiene más riesgos de explotación de su capacidad reproductiva.

Aunque, el COS pretenda una actividad altruista sin intercambio de dinero u otra forma de transacción, no asegura la eliminación de la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres en condición económica reducida. (Informe para el veto presidencial del Proyecto del Código Organico de Salud, 2020)

Por lo tanto, dentro del veto presidencial se aclara que no es factible que se legalice la subrogación materna por el peligro de comercialización de la mujer y del niño gestado; y aunque el Proyecto de Reforma del Código Orgánico de Salud pretende hacerlo como una actividad altruista no reduce el peligro de explotación, sin embargo. al realizar un análisis exhaustivo se pudo evidenciar que uno de los aspectos de fondo en el veto es el religioso, tal como declaró la misma Iglesia Católica Ecuatoriana, quienes solicitaron públicamente vetar “los artículos relacionados con las emergencias obstétricas, métodos anticonceptivos y reproducción asistida, que constan en el Código Orgánico de Salud” (Heredia, 2020)

Por otro lado, varios expertos de Derechos Humanos de la ONU determinaron que:

*La decisión del gobierno de Ecuador de vetar el nuevo Código Orgánico de Salud, aprobado en agosto por la Asamblea Nacional, es “decepcionante” e implica una oportunidad perdida para mejorar la legislación general sobre el derecho a la salud y avanzar en la igualdad de género, declaró un grupo de expertos de la ONU en derechos humanos.*

*En un comunicado, los relatores instaron a Ecuador a garantizar la igualdad de acceso a la atención a la salud para mujeres y niñas, así como para personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, haciendo énfasis en la atención de la salud sexual y reproductiva.*

*En el Código Orgánico de Salud que fue vetado habría reformado el actual marco legal sanitario. Su contenido incluye unas 40 leyes que garantizan el acceso a la salud de forma universal, permanente, oportuna, eficaz, eficiente, de calidad, e integral para todas las personas, en especial para los más vulnerables, como adultos mayores, minorías, personas con enfermedades crónicas, niños, adolescentes o personas privadas de la libertad. (Naciones Unidas , 2020)*

De ese modo, es evidente que el veto presidencial no tiene los argumentos válidos referente al Proyecto de Reforma del Código Orgánico de Salud, tal cual lo determinan expertos de DD.HH. por lo tanto es sumamente importante, que se vuelva a tratar este tema, tal cual lo determina la norma constitucional, y esto es después de 1 año, de esa manera llegar a un consenso en el cual se garantice las nuevas concepciones de salud y sobre todo la promulgación de los derechos de aquellas personas que quieran y necesiten hacer uso de dichas técnicas.

En el Art. 196 del Proyecto de Ley del Código Orgánico de Salud del 2020 hace referencia a la Reproducción Humana Asistida, a que debe cumplirse con las normas, requisitos y reglamentos de las autoridades competentes; y las madres sustitutas solo si las condiciones médicas no permiten que la mujer quede embarazada, pero también se brinda a los niños el derecho a comenzar a formar una familia armoniosa desde el momento de la concepción.

Existen diferentes conceptos de ser madre, por ejemplo: la madre genética, que corresponde al material genético, la madre gestante, cuyo útero genera un embarazo, la maternidad legal, que afecta los derechos y deberes de la madre, - la maternidad social en relación con lo social, roles, educación o sentimientos Madre responsable del cuidado y afecto.

Con el fin de garantizar la existencia del concepto de maternidad plena en la gestación subrogada, donde es la misma mujer la que porta las categorías mencionadas, urge la promulgación de una ley que regule esta situación.

## **1.7. Análisis Jurídico de la Normativa Internacional y Nacional sobre la subrogación materna.**

### **1.7.1. Normativa Internacional que regula la procreación como Derechos Humanos Fundamentales.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 2 determina que:

“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo”. (Convención Interamericana de Derechos Humanos, 1948)

Es así que, todos los seres humanos tienen iguales derechos que son universales, inalienables, individuales, indivisible. En el mismo ordenamiento jurídico, reconoce la salud sexual y reproductiva como un derecho humano básico, que permite determinar permitiéndoles decidir sobre su sexualidad y las condiciones para fundar una familia.

Sin embargo, no existe un reglamento jurídico que regule a la subrogación materna como una TRHA, por lo cual existieron varios conflictos legales que implican a niños nacidos a través de este método, por lo tanto, en Estados Unidos existieron varios problemas jurídicos que fueron resueltos caso por caso, y aunque hubieron distintas opiniones acerca de estos, siempre se argumentó a favor de “el interés superior del niño”, llegando a la conclusión que la mejor opción era ceder hacia la parte que tenía una mejor oportunidad de vida tanto económica, social y emocionalmente.

#### **1.7.1.1. Como derecho individual**

Parafraseando a la autora (Toro, 2012) en su tesis “Subrogación Materna Alquiler de útero materno”, la procreación es considerada como un derecho individual y privado, que garantiza la libre decisión de las personas acerca de la cantidad de hijos y que método quieren usar para ello, por lo tanto, y si se los imposibilitará generarían una violación de derechos.

#### **1.7.1.2. Como derecho a la salud**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina que el derecho a la salud es uno de los derechos humanos más relevantes, es por ello, que todos los Estados tiene la plena obligación de garantizarlo y crear condiciones que aseguren atención y servicios médicos para todos los ecuatorianos tal cual lo estipula la

Constitución,

Por lo tanto, la reproducción humana se deriva del derecho a la salud, mismo que permite a los usuarios reclamar al Estado acerca de los materiales sanitarios que se usaran cuando se lleve a cabo el uso de la subrogación materna como método alternativo, del mismo modo ayudará a evitar posibles problemas jurídicos a los terceros involucrados, sobre todo al personal sanitario que sea participe de este tipo de procreación asistida.

### **1.7.1.3. Como derecho de fundar una Familia**

El interés más grande que tiene una pareja al momento de unirse, es tener hijos, de ese modo crear una familia genéticamente parecida, sin embargo, por factores externos este anhelo se ve truncado y es necesario acudir a otros métodos que puedan facilitar este ciclo de vida.

Es así que las personas, hoy en día han optado como método alternativo las TRHA sobretodo la subrogación materna; si vemos hacia tras la única manera de tener una familia con hijos era adoptar, pero, este trámite en el Ecuador es largo y tedioso, y en ocasiones es imposible hacerlo: por lo que, las TRHA se convirtieron en un tema mucho más viable y a la vez comfortable porque tendrán un hijo genéticamente parecido ya sea de uno o de los dos beneficiarios.

## **1.7.2. Normativa Nacional Positiva vigente sobre el ejercicio de los derechos Individuales de reproducción y familia**

### **1.7.2.1. Constitución de la República del Ecuador**

La Constitución de la República del Ecuador (más adelante CRE) es una norma suprema que propugna la protección de los derechos humanos, en especial los derechos de la persona, la salud sexual y reproductiva y la constitución de una familia, por lo tanto, las parejas LGBTI-Q y las parejas que tengan problemas de esterilidad podrán contar con las TRHA para de ese modo puedan conservar y garantizar su derecho a fundar una familia con descendencia, mismo derecho que se encuentra normado en la Constitución Artículo 11 de la siguiente manera:

#### ***Artículo 11***

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades; y; Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. (Constitución de la Republica

del Ecuador, 2008).

En el artículo mencionado es importante evidenciar que la Carta Magna demuestra la efectividad de la promulgación de los derechos humanos, manifestando que todos los ciudadanos contarán con los mismos derechos, garantías y será el Estado el encargado de defenderlos.

En contexto es inherente recalcar que, a sabiendas del errado vacío legal existente en la normativa ecuatoriana sobre la reproducción humana asistida, al mencionar el artículo 11 de CRE nos da a entender que también se respeta dicho derecho sin mencionar las formas, pues al no encontrarse normado o penalizado se sobre entiende que se podrá usar esta alternativa bajo medidas estrictas; sin embargo, al no encontrarse normalizado enmarca problemas jurídicos que bien se podrían evitar con su promulgación.

#### **1.7.2.2. Código Orgánico de la Salud de Ecuador Actual**

El Código Orgánico de la Salud, es el cuerpo legal que se encarga de garantizar el acceso a la salud de manera rápida y oportuna, brindando una atención de calidad tanto en el sector público como privado hacia todas las personas: hombres, mujeres, niños, personas con enfermedades catastróficas o personas LGBTI-Q.

En contexto, es necesario enfatizar el artículo 23 en el cual enmarca lo siguiente:

### ***CAPITULO III***

#### ***De la salud sexual y la salud reproductiva***

“Art. 23.- Los programas y servicios de planificación familiar, garantizarán el derecho de hombres y mujeres para decidir de manera libre, voluntaria, responsable, autónoma, sin coerción, violencia ni discriminación sobre el número de hijos que puedan procrear, mantener y educar, en igualdad de condiciones, sin necesidad de consentimiento de terceras personas; así como a acceder a la información necesaria para ello. (Ley Organica de la Salud, 2017).

Este articulado menciona algo muy importante, “se garantizara el derecho de hombres y mujeres de decidir de manera autónoma sobre la cantidad de hijos que desean procrear”, si bien es cierto, no hay mención alguna sobre métodos alternativos, sin embargo, al mencionar la palabra autonomía puede enmarcar grandes rasgos necesarios que permitirían el acceso de esta técnica como una herramienta extra para cumplir con este articulado y sobre todo proteger el derecho de esas personas a la planificación

familiar.

### **1.7.2.3. Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador**

El Código de la Niñez y Adolescencia es el encargado de garantizar los derechos, deberes y garantías que protegen a los niños, niñas y adolescentes puesto que desde el momento de su nacimiento estos ya son sujetos de derechos y necesitan de un mecanismo viable para su protección.

Artículo 2. – Sujetos Protegidos. - Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código. (Codigo de la Niñez y de la Adolescencia, 2017)

Artículo 15. – Titularidad de derechos. – Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho y garantías y, como tales, goza de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas de aquellos específicos de su edad. (Codigo de la Niñez y de la Adolescencia, 2017)

Artículo 16. – Naturaleza de estos derechos y garantías. – Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley. (Codigo de la Niñez y de la Adolescencia, 2017)

Artículo 22. - Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica, El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral. (Codigo de la Niñez y de la Adolescencia, 2017)

Al referirse a los artículos 2, 13, 16 y 22, es claro que los niños son titulares de derechos y deberes; el Estado tiene la responsabilidad de implementar y reconocer el derecho a la familia y la vida familiar como uno de los derechos básicos de los niños; En

este contexto, a los niños nacidos por gestación subrogada, primero se les debe garantizar el derecho a la vida, luego el derecho a formar parte de una familia biológica; principalmente porque ofrece estabilidad financiera y emocional, por lo que se cree que los padres beneficiarios serían los más adecuados para este rol.

## **1.8. Fundamentos Jurídicos y Doctrinarios para la Subrogación Materna**

### **1.8.1. Paternidad y relación jurídica**

Se define a la paternidad como:

La relación que existe entre el padre (entendiendo a tal como el progenitor masculino) y sus hijos. Normalmente nos referimos en este concepto a hijos biológicos. La paternidad alude a la relación biológica que une a una persona de sexo masculino con su descendencia directa, salvo el caso de paternidad por adopción que une a padre e hijo por elección (Gutierrez, 2011).

Por otra parte, “la paternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto, puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la filiación de la ley (adopción)” (Gutierrez, 2011).

También, la paternidad puede ser definida así: “es la relación real o supuesta del padre con el descendiente”. De igual manera, la paternidad “es el hecho biológico de la procreación de donde se derivan las series de deberes, obligaciones, facultades y derechos entre el padre y el hijo, de ahí la importancia de su determinación” (Gutierrez, 2011).

### **1.8.2. Nuevas concepciones sobre la paternidad y maternidad**

Se han propuesto nuevas clasificaciones de estilos de paternidad y maternidad:

- Paternidad genética: puede darse como producto de la concepción y de la donación de esperma;
- Paternidad social: de tres formas, padre de cuidado, padre adoptivo y padre donante de apellido;
- Maternidad Genética: producto de la concepción y/o donación de óvulos;
- Maternidad Uterina: la madre puede ser responsable de la gestación, y por otro lado por la prestación de su útero;
- Maternidad Social: es de tres formas, de cuidado, donadora de apellido, y adoptiva. (Laura, 2012)

Con fecundación in Vitro pueden darse las siguientes posibilidades:

- “Hijo” del óvulo y semen de la pareja en tratamiento, gestado por la mujer de la misma;
- “Hijo” del óvulo de la mujer de la pareja, gestación por ella, y de se le dé donante;
- “Hijo” de óvulo de gametos de la pareja, gestado por una segunda mujer;
- “Hijo” de óvulo de la mujer de la pareja, semen de donante y gestado por una segunda mujer;
- “Hijo” de óvulo donado, semen del varón de la pareja y gestado por mujer de la pareja;
- “Hijo” de óvulo de donante, semen del compañero y gestado por una tercera mujer (Laura, 2012).

### **1.8.3. Familia, Parentesco y Paternidad en la Evolución Social**

El derecho de familia es considerado como un conjunto de normas que regulan la probabilidad de solucionar conflictos que afecten a la familia y cada uno de los miembros del núcleo familiar, es así que el jurista Cabanellas reconoce a la familia como “la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, los hijos y los hermanos solteros” (Cabanellas de las Cuevas, 2011)

La familia ha sido la institución más antigua y la más importante para el ser humano ya que es el núcleo que permite la existencia de relaciones interpersonales que ayudaran en el equilibrio tanto psicológico como social de sus miembros; las personas acuñaran valores esenciales que servirán como peldaños hacia un comportamiento social más eficaz y armonioso.

La familia es el núcleo de la sociedad en el cual sus miembros aprenden, desarrollan habilidades destrezas y valores mismo que contribuirán con la formación integral de estos, teniendo como fin el perfeccionamiento personal y profesional construyendo de esa manera un Estado más justo, digno y equitativo.

La familia tradicional fue radicalmente remarcada sobre sus miembros siendo madre, padre e hijos, sin embargo, a través de los años esta concepción tuvo grades avances teniendo como resultado diversos tipos de familia. Siendo las siguientes:

- ❖ **Familia extensa o consanguínea.** – Se compone de una de una unidad nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en vínculos de sangre de una gran cantidad de personas.
- ❖ **Familia Madre Soltera.** – La madre desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos
- ❖ **Familia Nuclear.** – Se conoce a la familia típica formada por esposo, esposa e hijos.
- ❖ **Familia Endogámica.** - Se trata de una familia donde la responsabilidad de unos y otros están claras y son asumidas sin dificultad porque son previamente sabidas y reconocidas.
- ❖ **Familia Conflictiva.** – Los miembros se llevan muy mal entre sí.
- ❖ **Familia Nominal.** - Los padres se sienten cohibidos para comunicar sus ideas y opiniones a sus hijos, las opiniones de los hijos no son muy consideradas por sus padres.
- ❖ **Familia Adaptiva.** - Se trata de una familia con buena comunicación entre los padres e hijos.
- ❖ **Familia Psicosomática.** – Uno de los miembros está constantemente enfermo y utiliza la enfermedad para mantener la familia unida.
- ❖ **Familia Monoparental.** – Solo uno de los padres se ocupa de la unidad familiar y las responsabilidades familiares.
- ❖ **Familia Adoptiva.** – Hace referencia a los padres que adoptan un niño.
- ❖ **Familia Homoparental.** – Se caracteriza por tener a dos padres o madres homosexuales que adoptan a un hijo.
- ❖ **Familia Unipersonal.** - Alguien decide vivir solo y configura sus relaciones con el mundo de esa posición.
- ❖ **Familia Sin Hijos.** – Se caracterizan por no tener descendientes.
- ❖ **Familia Personas Mayores.** – Parejas de adultos mayores con hijos adultos.
- ❖ **Familia con Mascotas.** – Parejas que adoptan mascotas casi como si tratase de hijos.
- ❖ **Familia de Tres Generaciones.** – Existe una organización de apoyo, es decir los abuelos siguen ayudando a la economía familiar.
- ❖ **Familia de Soporte.** – Se delega autoridad a los hijos mayores.
- ❖ **Familia Acordeón.** – Uno de los padres permanece alejado de la familia por periodos largos.

- ❖ **Familia Cambiante.** - Este tipo de familia se cambia constantemente de dominio.
- ❖ **Familia Huésped.** –Este tipo de familia el niño llega temporalmente, es decir, llega como huésped.
- ❖ **Familia del niño con madrastra o padrastro.** – Existió el divorcio, sin embargo, él o ella pueden volverse a casar o unir.
- ❖ **Familia con un fantasma.** – Han sufrido la muerte de uno de sus miembros.
- ❖ **Familia descontrolada.** - Un miembro sufre acting-out, cree que por medio de la violencia ejerce el respeto.
- ❖ **Familia Normal.** – Este tipo de familia se adopta a las circunstancias cambiantes.
- ❖ **Familia Invertida.** – Es una especie de matriarcado, la madre es la autoridad absoluta.
- ❖ **Familia Agotada.** – Donde ambos padres viven intensamente ocupados en actividades de afuera, dejan el hogar emocionalmente estéril.
- ❖ **Familia Híper emotiva.** – Presenta una gama de expresión emotiva más amplia de lo común.
- ❖ **Familia Ignorante.** – Es aquella donde ambos padres por uno u otro motivo carecen de conocimientos generales sobre el mundo que los rodea.
- ❖ **Familia Serena e Intelectual.** – Los padres son extraordinariamente híbridos en expresar sus sentimientos y en distintas actividades intelectuales.
- ❖ **Familia Ensamblada.** – Está compuesta por adultos divorciados o separados en los cuales tienen cabida los hijos menores o adolescentes de cada uno de ellos.
- ❖ **Familia de Padres Separados.** - Los padres se encuentran separados, pero cumplen con su rol ante los hijos.
- ❖ **Familia Reconstruida.** – Se caracteriza por la unión conyugal de una segunda pareja con o sin hijos.
- ❖ **Familia Numerosa.** – Se caracteriza por madre, padre y varios hijos.

Es así que la institución de la familia ha ido evolucionando a través del tiempo con ello han existido varios cambios que se produjeron por elementos tales como: Cambios socioeconómicos, en los que se han incluido a las mujeres para que estas trabajen y generen sus propios ingresos de ese modo la mujer ya no solo se dedica a las tareas del

hogar, por otro lado y el más importante son los avances científicos se han sumado a médicos para que sean partícipes de la formación familiar a través TRHA que serán usadas en casos en donde las personas que deseen tener hijos y no puedan procrear naturalmente, del mismo modo, los métodos anticonceptivos se hacen presentes como métodos para disuadir a la reproducción sexual de ese modo se deja al margen al matrimonio como un requisito clave para la formación familiar.

En la actualidad, la institución de la familia se encuentra debilitada ya que se crea una nueva familia considerada la de *hecho*, de ese modo rompe los estándares sociales en los cuales nos muestra que la estructura familiar es padre, madre e hijos (familia nuclear) en la cual la pareja debe estar unida en matrimonio tal cual lo estipula en artículo 81 del Código Civil Ecuatoriano “*matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente*” (Código Civil Ecuatoriano); en este artículo se ve claramente que las personas que no nazcan bajo el manto de esta institución carecerá de un elemento familiar y protección del mismo, por lo cual solo gozará de este a través del derecho de obligación, por otro lado hasta hace poco el artículo 81 antes mencionado solo hacia partícipes a las parejas heterosexuales y limitaba a las parejas del mismo sexo pero ahora gracias a la sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador se puede realizar matrimonios igualitarios teniendo como resultado una familia homoparental.

De ese modo se puede evidenciar que el matrimonio ha creado distintos tipos de uniones que se encuentran estipuladas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y esta es considerada como un elemento primordial para realizar esta investigación referente a las TRHA.

Por lo tanto, la procreación va ligada muy estrechamente con la familia, ya que es:

Uno de los derechos inherentes a la naturaleza del hombre, cuyo reconocimiento está obligado a efectuar el ordenamiento jurídico, el derecho a reproducirse sería una consecuencia directa. Parece claro que los ciudadanos tienen derecho a reproducirse como parte de su derecho a tomar sus decisiones vitales, a organizarse familiarmente, y que los poderes públicos no deben poner límites ni interferir o controlar este tipo de decisiones, salvo en situaciones extremas de posible perjuicio para terceros, difícilmente justificables a priori. (Abellán García, s.f.).

El derecho de familia es un derecho de libertad que permite a cada pareja decidir sobre su fertilidad, es decir, si tienen hijos, cuántos hijos y cuándo, si la pareja tiene problemas de fertilidad, pueden utilizar cualquier método de fertilidad como la TRHA, especialmente la gestación subrogada.

#### **1.8.4. La Familia Complementada con Técnicas de Reproducción Humana Asistidas**

Es imprescindible determinar qué personas y en qué condiciones pueden tener acceso a las TRHA, la solución de estas cuestiones se ha buscado con frecuencia en la necesidad de protección de los derechos fundamentales de los sujetos implicados y en el balance entre los mismos, sin embargo, el problema no desaparece de esta forma (Laura, 2012).

En la misma medida en que la práctica de las nuevas tecnologías reproductivas pone al derecho en general ante novedades alejadas de las situaciones para las que había sido pensado y frente a las cuales se precisa una adaptación, lo mismo ocurre con la técnica jurídica que en definitiva son desde este punto de vista- los derechos individuales. Incluso los derechos individuales que más próximos puedan parecer a la defensa de los intereses de los individuos implicados en las prácticas de reproducción asistida, y que a veces se alegan, no guardan relación directa y unívoca con los derechos fundamentales generalmente reconocidos (Laura, 2012).

Se ha determinado que los beneficiarios únicamente deberían ser:

**Parejas casadas:** Las técnicas se configuran como terapéutica a una enfermedad, la esterilidad, ubicada en la pareja, y así se intenta que continúe-, amparados en juicios ético-religiosos y filosóficos, más que psicológicos o jurídicos. (Laura, 2012)

**Mujeres solas:** se dirige a una mujer soltera, la cual encuentra su motivación, generalmente, en satisfacer el instinto maternal de ésta sin someterse a relaciones ocasionales con un hombre que no conoce o no le gusta; puede sentir así protegido su cuerpo de las relaciones sexuales (Laura, 2012)

**Parejas homoparentales:** La concepción en parejas no convencionales en las que les resulta imposible procrear por razones obvias (Laura, 2012). Es importante recalcar que en varias legislaciones del mundo permiten que las parejas homoparentales tienen la posibilidad de inscribir a sus hijos en el registro civil y esta les brinda la doble paternidad, sin embargo, en Ecuador tras el caso Satya, han suscitado varios casos similares, aunque

existen varios detractores acerca de este tema.

### **1.9. Problemáticas Jurídicas de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida específicamente Subrogación Materna**

El Contrato de Maternidad Subrogada es un tema muy controvertido a nivel mundial, existen innumerables criterios sobre su esencia, validez y eficacia, además de su ubicación dentro del área jurídica. Con respecto al tema, sus alcances han llevado a discutir sus efectos dentro de los derechos humanos, al derecho constitucional y el derecho privado, habiendo intentos de resolver sus problemáticas jurídicas, con el propósito de hacer parte de la realidad del mundo.

Una de las actividades principales del Contrato es la configuración, que radica en ordenar los elementos de un acto de manera idónea, para el cumplimiento de un fin; es aquel conjunto de disposiciones que configuran elementos de una situación de naturaleza humana, para un fin, tal como lo prevén los tratadistas González, Howard, Vidal, Bellin (2014) la cual es una especie del género del negocio jurídico, mostrándolo como acuerdo de voluntades y medio para la creación o extinción de derechos y obligaciones.

Por lo tanto, la falta de una norma jurídica y de un convenio de subrogación materna, crea una problemática jurídica direccionada hacia la filiación, posible comercialización humana y sobretodo la vulneración de varios derechos humanos.

#### **1.9.1. Filiación**

La filiación forma parte de la relación paterno-filial junto con los conceptos de paternidad y maternidad al pertenecer todos ellos a un mismo vínculo jurídico, en donde por un lado están los progenitores y por ello se llama paternidad o maternidad, expresando la relación de éstos dentro del núcleo familiar y por el otro lado están los descendientes cuyo vínculo dentro de la familia se designa con el término filiación (Gutierrez, 2011).

La filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas en la que una descende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de actos jurídicos. La filiación es una relación biológica o relación entre miembros de la familia que está reconocida por ley y regulada por estatuto. Este vínculo existe entre padres e hijos. Como consecuencia de este vínculo la ley reconoce derechos y obligaciones para las personas unidas por filiaciones filiales. En este caso estamos hablando de paternidad y maternidad biológica la que es conocida para efectos legales y ahí hablaríamos de paternidad y maternidad jurídica por cuanto hace a la relación de los

hijos respecto a los padres hablaremos de filiación en sentido estricto (UNAM).

Según indican L. Díaz Picazo y A. Gullón, se denomina filiación, tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra o a otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo. (Gillón & Diaz Picazo, 2016)

#### **1.9.1.1. Tipos de Filiación**

a) **Filiación por Naturaleza.** – Parafraseando a Jordi Vives, la filiación por naturaleza se da de manera biológica o que hayan nacidos a través de técnicas de reproducción humana asistidas, son embargo, esta consta con características diferentes a la afiliación matrimonial o extramatrimonial (Vives J. , 2020)

b) **Filiación Adoptiva.** - Tomar legalmente en condición un hijo al que biológicamente es hijo de otros padres y se producen los mismos efectos jurídicos que la filiación biológica.

c) **Filiación Pro creacional.** - La filiación pro creacional se caracteriza por ser diferente a la filiación por naturaleza puesto que, se disocia entre unión sexual y procreación con inseminación o fecundación asistida, del mismo modo la vinculación no se reduce en la pareja al contrario convienen con médico que serán parte del proceso reproductivo, la separación entre verdad biológica y voluntad pro creacional cuando una pareja recurre a material genético de tercero dador/a, primando para la determinación del vínculo la voluntad por sobre lo biológico; etc.

#### **1.9.2. Posible Riesgo de Comercialización Humana con la Subrogación Materna**

El riesgo de comercialización humana se ha convertido en el mayor problema relacionado con esta práctica, tanto en la mujer que renta el vientre como el niño objeto principal de la transacción, puede haber diversas modalidades en que se desarrolle un alquiler de vientres, tanto aquellos casos en los que una mujer gesta un ser humano sobre el que no tendrá ninguna relación biológica con él, como aquellos en los que la madre gestante será también la madre biológica del niño (Laura, 2012).

La subrogación materna ha generado la proliferación de agencias cuyo objetivo consiste en poner en contacto a las partes y en todo el proceso asesorar a los intervinientes

especialmente en la cuestión contractual, es evidente que dichas agencias se encuentran dotadas de profesionales, como médicos especialistas en medicina reproductiva, ginecólogos, obstetras, psicólogos, abogados y por otra parte cientos de mujeres que ofertan sus úteros a cambio de dinero. Así estas empresas reciben el beneficio económico como pago a dicha mediación (Laura, 2012).

### **1.9.3. Derechos Implicados: A la Intimidad, A procrear, A la vida y A la Identidad**

#### **1.9.3.1. Derecho a la intimidad**

El derecho a la intimidad es el encargado de proteger y salvaguardar la vida privada de las personas, así mismo se garantizará el respeto hacia la conservación de cierta información de la vida de los ciudadanos hacia los demás, siendo así que se logrará su tranquilidad espiritual y mental.

Ahora bien, el autor José María Desantes considera que el derecho a la intimidad es: “Aquella zona espiritual del hombre que considera inespecífica, distinta a cualquier otra, independientemente de que lo sea; y, por tanto, exclusivamente suya que tan sólo él puede libremente revelar” (Desantes, pág. 19)

A su vez en la Constitución de la República del Ecuador reconoce al derecho a la intimidad en su artículo 66 numeral 20 de la siguiente manera:

*“Derecho a la intimidad personal y familiar”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Ahora bien, el derecho a la intimidad está dirigido hacia la protección fundamental de la intimidad de todas las personas, haga lo que haga, por lo que la Constitución de la República del Ecuador garantiza la privacidad y la convivencia familiar, independientemente de cómo se establezca, en este caso, los derechos del uso de las TRHA.

#### **1.9.3.2. Derecho a Procrear**

La Enciclopedia de Bioderecho y bioética reconocer a la procreación como: “Uno de los derechos inherentes a la naturaleza del hombre, cuyo reconocimiento está obligado a efectuar el ordenamiento jurídico, el derecho a reproducirse sería una consecuencia directa. Parece claro que los ciudadanos tienen derecho a reproducirse como parte de su derecho a tomar sus decisiones vitales, a organizarse familiarmente, y que los poderes

públicos no deben poner límites ni interferir o controlar este tipo de decisiones, salvo en situaciones extremas de posible perjuicio para terceros, difícilmente justificables *a priori*” (Abellán García, s.f.).

El ministerio de salud pública del Ecuador presenta el siguiente concepto “ Los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, a disponer de la información y los medios para ello; y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva” (Ministerio de Salud Publica).

Del mismo modo, en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 32 inciso segundo reconoce al derecho a la salud sexual y reproductiva y manifiesta que “La salud es el derecho que garantiza el Estado [...] atención integrada de salud, salud sexual y salud reproductiva [...]” (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

El derecho a procrear es un derecho de libertad que permite a cada una de las personas a decidir acerca de su reproducción, es decir, si tiene hijos, cuantos y en qué tiempo, en el caso de existir un problema de fertilidad en la pareja podrá recurrir a métodos alternativos de reproducción asistidas por ejemplo: Inseminación artificial con semen de donante, inseminación artificial con semen de la pareja, fecundación in vitro (FIV) y micro inyección espermática (ICSI), diagnóstico genético preimplantacional (DGP), extracción espermática, donación de ovocitos, preservación de la fertilidad, tecnología Embryoscope y madre subrogada (Vientre en alquiler).

### **1.9.3.3. Derecho a la vida**

Según Ana Martín y Alexandra Gil el derecho a la vida “es un derecho universal, es decir que le corresponde a todo ser humano. Es un derecho que permite la consagración de los derechos universales. Es así que el derecho a la vida significa tener la oportunidad de vivir nuestra propia vida. Si no hay vida, no tiene sentido que existan los demás derechos fundamentales” (Martín & Gil).

El Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 4 inciso 1 reconoce al derecho a la vida y versa lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida; este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción; nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. (Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969).

Las personas tienen derecho a vivir y disfrutar de los demás derechos que consagra la constitución, nadie tiene la potestad de arrebatárselo.

La Convención sobre los derechos del Niño, en su artículo 6 inciso 1 establece que:

“Los estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. (Convenio sobre los Derechos del niño, 1989)

Los niños y niñas que fueron concebidos a través de las técnicas de reproducción humana asistidas se encuentran protegidos por el derecho a la vida desde el momento de su concepción tal cual lo reconoce la Convención sobre los derechos del Niño que garantizará la vida del “*nasciturus*” (nacido), del mismo modo este es derecho reconocido mediante tanto en el ordenamiento jurídico internacional, como en el nacional dentro de la CRE, quienes garantizarán el respeto a la vida.

Este derecho está protegido por la ley desde el momento de la concepción y nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente, por lo que es importante proteger la vida de los niños que nacen por este método, cuando existen movimientos sociales con los que discrepa acerca de este tema.

#### **1.9.3.4. Derecho a la identidad**

El derecho a la identidad es considerado como una garantía constitucional que permitirá a los ciudadanos tener un nombre y un apellido mismo que se encuentra registrado legalmente, para de ese modo garantizarse su nacionalidad, la procedencia familiar, etc.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 inciso 28 reconoce al derecho a la identidad, por lo cual da a conocer lo siguiente: “El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales” (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008).

La CIDH expresa que: “El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes*, del cual debe gozar todo individuo sin discriminación y el Estado debe garantizar, a través de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo” (Convención Interamericana de Derechos Humanos, 1948)

Del mismo modo, De Cupis, citado por (García Falconí , 2010) señala que “El derecho a la identidad, es un derecho a la personalidad, porque es una cualidad, un modo de ser de la persona, para los otros igual a sí misma en relación con la sociedad en que se vive; como tal es un derecho esencial y concedido para toda la vida” (García Falconí , 2010).

El derecho a la identidad es considerado como un derecho muy personal, asegurando que los ciudadanos a tener un nombre, una nacionalidad y una procedencia familiar, del mismo modo se lo considera como una cualidad que tienen las personas para relacionarse en sociedad, es así que se puede evidenciar que tanto la concepción que presenta De Cupis y la concepción plasmada en la Constitución de la Republica son similares.

Del mismo modo los niños y niñas que nacieron con ayuda de las TRHA, se les promulgará su derecho a la identidad es decir, los padres beneficiarios tendrán la obligación de explicarle sobre la forma en que fue concebido y si el niño lo desea podrá indagar acerca de los antecedentes genéticos, en el caso de haber sido producto de la técnica de Fecundación In Vitro con semen de donante, dándole los datos del donante, del mismo modo ocurre si es producto de una técnica de madre subrogada que donó sus óvulos para que nazca el niño.

## **1.10. Alcances Jurídicos sobre la Subrogación Materna.**

### **1.10.1. Regulación de la Subrogación Materna como TRHA**

El Ecuador se encuentra en un limbo jurídico, puesto que, la ciudadanía en general clama por atención sanitaria de calidad y sobre todo garantizando los derechos de las personas en el contexto de reproducción sexual y procreación, si bien es cierto la ley reconoce este derecho, sin embargo, tiene limitantes no justificables (médica y jurídicamente) como es el uso de las TRHA, mismas que fueron vetadas dentro del Anteproyecto de Reforma de Ley de Salud del 2020.

Si nos enmarcamos en el articulado 1 de la Constitución de la República, reconoce al Ecuador como un “Estado Constitucional de derechos (...), laico (..)”, es evidente que no existe un justificante válido para la falta de regulación normativa de las TRHA, pero si muestra que por no existir dicha regulación afecta directamente a los derechos de niños que son producto de estas TRHA, a las parejas beneficiarias y madres subrogadas (en el caso de subrogación materna); así lo demostró la Corte Constitucional del Ecuador en el

“Caso Satya” donde primó la vulneración de los derechos constitucionales del debido proceso, identidad personal, igualdad, interés superior del niño y tutela judicial efectiva.

Es evidente que el Ecuador necesita de una regulación inmediata de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, para de ese modo evitar futuros problemas legales y sobre todo que casos de subrogación materna obtengan un documento legal (convenio de subrogación materna) que facilite y garantice a las personas beneficiarias que no existirá problema alguno al finalizar la gestación.

### **1.10.2. Contrato de Subrogación Materna en el Ecuador**

Un Contrato de Maternidad Subrogada es el acuerdo por el cual una mujer se compromete a llevar un embarazo y luego del nacimiento, deberá entregar al niño a los padres beneficiarias, entendiéndose a este tipo de convenios como de origen altruista.

#### **1.10.2.1. Objetivo del Contrato de Subrogación Materna**

(Cañas, 2016) dice que: La gestación por convenio se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres beneficiarios, cuando la madre pactante posee una condición médica que impide el correcto desarrollo de la gestación.

#### **1.10.2.2. Contrato de Subrogación Materna**

El Contrato de Subrogación Materna solo se lo hace de manera altruista por cuanto:

- Contrato de maternidad subrogada altruista: La madre subrogada no recibirá compensaciones económicas por la subrogación materna, o si recibe alguna contraprestación, esta se limita al pago de los gastos derivados del embarazo (Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz, El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense, 2012).

Atendiendo a la aportación de los gametos, la maternidad subrogada puede presentar 2 modalidades:

- Subrogación total, plena o tradicional. La mujer subrogada aporta sus propios óvulos y será inseminada con el esperma del padre beneficiario, pero después de la gestación y el parto entrega al producto de la concepción.
- Subrogación parcial o gestacional. consistente en implantar los gametos en la

madre subrogada mediante fertilización in vitro.

### **1.10.2.3. Características del Posible Contrato de Maternidad Subrogada.**

Atribuye un carácter especial al contrato de maternidad subrogada, sus principales características son:

- Es un acuerdo por virtud del cual una pareja en matrimonio o en unión libre, una mujer o un hombre soltero, así como una pareja homosexual realiza un convenio con una mujer fértil, para que esta última dé a la luz a una criatura.
- Puede ser a título gratuito o altruista.
- Obligación de la madre subrogada de inseminarse con el semen del marido de la mujer subrogante o de aceptar la implantación de un embrión formado por fecundación in vitro, con gametos de la pareja o de un miembro de la pareja y donante o de terceros.
- Renuncia de la gestante a todos los derechos filiales respecto al niño que ha parido.
- La entrega del niño o niña a la pareja beneficiaria.

### **1.10.2.4. Requisitos de validez del Contrato de Maternidad Subrogada.**

Para establecer la validez de un contrato de gestación subrogada, se debe utilizar lo dispuesto en el derecho de familia y declarar por escrito que los valores económicos recibidos por la gestante subrogada no corresponden por ningún motivo a la subrogación materna, extinción de la custodia sobre el recién nacido, o para dárselo en adopción (Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz, El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense, 2012).

Para que tenga validez, dicho convenio deberá reunir los requisitos básicos que son:  
a) capacidad (podrá celebrarse solo entre intervinientes con capacidad de goce y ejercicio), b) consentimiento (se perfeccionará con la aprobación de la futura gestante), c) objeto lícito (obligación de hacer, más no de dar).

Además de los requisitos previamente mencionados se deben añadir más cláusulas, por la naturaleza del convenio y por tratarse de seres humanos, así tenemos:

- Para realizar el procedimiento de subrogación materna es necesario de manera

obligatoria que tanto la madre subrogada como los padres beneficiarios sean mayores de edad y gocen de todos sus derechos, de esa manera podrán brindar su consentimiento por escrito.

- Únicamente podrán ser madres subrogadas aquellas mujeres que puedan demostrar documentadamente que ya han dado a luz anteriormente en al menos una oportunidad, pues así lograría garantizarse que la madre gestante ya hubiese experimentado previamente los efectos físicos y psicológicos que envuelve un embarazo y el nacimiento de un bebé.
- Evaluación médica obligatoria a la madre subrogada, con el fin de determinar la capacidad médica y las condiciones fisiológicas para dar a luz, sin que ello implique un riesgo para su salud o la del recién nacido.
- Evaluación psicológica realizada por un psiquiatra, psicólogo, consejero pastoral, o trabajador social a todas las partes involucrada
- Los valores estipulados a favor de la madre subrogada dentro del convenio escrito, se limitará exclusivamente a cubrir gastos médicos relacionados con el embarazo.
- Debe incluir un manifiesto de cada una de las partes, indicando que ellas han leído y entendido el convenio, que conocen y entienden sus derechos y responsabilidades y que fue celebrado de manera voluntaria.
- Y finalmente debe existir una cláusula donde se exprese el consentimiento de la madre subrogada de renunciar a la custodia del recién nacido igualmente debe aparecer el de su esposo, en caso de que la madre se encuentre casada. (Rodríguez-Yong & Martínez-Muñoz, El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense, 2012).

#### **1.10.2.5. Fundamentación jurídica del Contrato de subrogación materna**

La maternidad subrogada implica el nacimiento de un niño o niña que es gestado por una madre diferente de quien desea tener un hijo, bien una pareja con problemas de infertilidad, una familia de tipo monoparental, entre otras razones. Para ello se utilizan alguna de las alternativas que ofrece la reproducción humana asistida, pudiendo el óvulo ser aportado por la mujer que va a gestar, en cuyo caso se recurre a la inseminación artificial, o bien la implantación de un embrión producido por fecundación in vitro (FIV) procedente o no de los padres futuro del niño o niña.

Cabe señalar, en 1976 se firmó el primer acuerdo de maternidad subrogada del que se tiene constancia, con el empleo de inseminación artificial (Surrogate Family Service,

Michigan, EE. UU). La finalidad del mismo fue ayudar a parejas con dificultades para concebir, ofreciéndoles la posibilidad de acceder a madres sustitutas. Casi cuatro décadas después, se señaló en un informe ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que la paternidad subrogada tiene rasgos comerciales lo que ha permitido por años que todos los niños nacidos por este método pierdan muchos de sus derechos y se conviertan en una especie de mercancía.

## **CAPITULO II: Metodología de la Investigación**

### **2.1. Tipo de Estudio**

El tipo de investigación que se utilizará es el socio jurídico porque es necesario conocer cómo funciona la ley en la sociedad, por lo tanto, este estudio analizará los aspectos legales de la maternidad subrogada en el Ecuador.

Por lo tanto, es importante enmarcar que la investigación socio jurídica: es un contraste a todo lo que venía plasmando, y va más allá de

lo que dice la norma, se adentra en los fenómenos socio culturales, en las problemáticas de la sociedad, de la familia, y de cada individuo, todo esto se encuentra contenido en el campo de las Ciencias Sociales que directa o indirectamente va ligado al derecho y que ayuda con el estudio del comportamiento de la sociedad frente al mismo. (Diana, 2013).

De ese modo, se realizará un análisis a la normativa ecuatoriana para determinar cuál es la realidad de las personas que han usado o quieren hacer uso de la subrogación materna en el Ecuador, a través de un enfoque social.

### **2.2. Método de la Investigación**

El método de investigación utilizado es deductivo, puesto que a través de este análisis se logrará llegar a conclusiones concretas sobre el tema a tratarse.

El autor Lizardo Carvajal reconoce al método de deducción como:

*Es uno de los principales métodos de razonamiento o conclusión y un método de investigación imprescindible. En sentido amplio, por deducción se entiende toda conclusión a la que lleguemos después de un razonamiento. En un sentido más estricto y específico la deducción se entiende como la demostración o derivación certera de la afirmación o consecuencia de una o de varias afirmaciones o premisas sobre la base de las leyes de la Lógica. (Carvajal, 2014)*

### **2.3. Fuentes y técnicas para la obtención, análisis y verificación de los datos de la investigación.**

#### **2.3.1. Documentación Jurídica**

Para realizar la investigación, se hará un estudio a la normativa ecuatoriana

enmarcada a la subrogación materna, para determinar aspectos jurídicos relevantes que ayudarán a cumplir con el objetivo del presente trabajo.

Una de las técnicas que se usará es la bibliográfica, ya que permitirá que se recopile información de libros, ensayos, tesis y cualquier otro medio escrito, con la finalidad de conocer, comprender y establecer puntos de vistas, referencias, conceptos y percepciones que permiten sustentar esta investigación.

### **2.3.2. Casos que son objeto de investigación**

#### **3.2.2.1. Casos Internacionales.**

Caso del “Baby M” en EE.UU. – El primer caso relevante sobre el uso de este mecanismo como medio para obtener un hijo fue en 1986, del mismo modo empezó una batalla legal por la custodia de una niña M. sobrenombre dado a una niña nacida a Mary Beth Whitehead como impedida para efectuar el embarazo. La Señora Whitehead fue fecundada artificialmente con el semen de William Stern y le suministró óvulos, en marzo de 1986 dio a luz a su hija, pero por acuerdo asumió desistir a su maternidad y ceder a Elizabeth Stern la esposa de William.

Sin embargo, posteriormente del nacimiento, Mary Beth Whitehead decidió quedarse con la niña, luego los Stern decidieron llevar este caso a los tribunales para que sea un juez el que determinará quién sería la madre legal de la niña, si Mary Beth o la señora Stern.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, concedió la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido.

En la investigación realizada por (Rodrigo , 2016) entre los argumentos ofrecidos a través de la defensa de este caso, se destacaron los siguientes:

- El contrato de gestación subrogada firmado por ambas partes es válido;
- La señora Whitehead manifestó durante el juicio una actitud impulsiva y explotadora;
- Los 10.000 dólares que recibió la gestante no constituyen un precio por el bebé;
- Whitehead no tenía razón legal alguna para cambiar de opinión y quedarse con la niña;

La gestante tenía problemas psicológicos y desórdenes de la personalidad, por lo que el juez no la consideró apta para el cuidado de una menor.

La sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo accedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, pero mantuvo la tenencia a favor de los Stern ya que se demostró que estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita. (Viteri Sánchez, 2019)

Caso de Subrogación Materna en Francia. - En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad.

En el año 2000 ocurrió el caso de las gemelas Fiorella y Valentina, las cuales fueron concebidas por el semen del esposo de Sylvie Mennesson y de los óvulos donados de su amiga, la cual también llevo a cabo la gestación en su vientre en alquiler, debido a que Sylvie no podía concebir, este caso se llevó a cabo en Estados Unidos, pero su resolución fue se dio en Francia, país de donde proviene la pareja, y adonde regresó tras el nacimiento de las pequeñas (Ayuso, 2019).

El registro civil de Francia durante años se negó a reconocer a Sylvie Mennesson como la madre de las gemelas ya que el derecho galo solo admite como madre legal a la mujer que da a luz al bebé. La batalla judicial, llegó a su fin después de 15 años, con el fallo de la Corte de Casación en el cual el Supremo francés determino que Sylvie Mennesson figuraría en el registro civil como la “madre de intención” de las adolescentes (Ayuso, 2019).

Caso de Subrogación Materna en Francia (Caso Kim Cotton).- En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de menores se expidiera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja

contratante mediante el correspondiente trámite de adopción. (Laura, 2012)

Hoy en día la gestación subrogada continúa generando dudas en la mente de muchas personas en todo el mundo, ya que las madres directamente involucradas en la creación y el nacimiento de un hijo están vinculadas. Además, en los cuerpos legales que regían en aquellos tiempos preveía seguridad social para las madres antes mencionadas y disponía que no se pudiera vender esclavos cuando tuvieran hijos con maridos de mujeres infértiles primera línea de defensa.

Caso de Maternidad Subrogada en Israel (Post-Mortem).- En Israel hay un caso maravilloso de subrogación, por el cual nació un niño dos años posteriormente del fallecimiento de su mamá, el viudo ambicionó efectuar la pretensión de su esposa quien no pudo consumar el procedimiento de fecundación debido a su enfermedad anterior.

Cuando murió le pidió a su esposo que intentara tener un bebé usando embriones que habían congelado, el proceso fue complicado para el embarazo a partir de material genético de una mujer fallecida este es el primer caso en este país, incluso se vio obligado a unirse a una organización llamada la nueva familia “que lo ayudó a obtener el permiso de la fiscalía para utilizar el embrión.

Una vez notificado el hombre pudo cumplir los deseos de su esposa mediante la subrogación en los Estados Unidos, pues este país cuenta con diferentes leyes para este tipo de prácticas y tiene en cuenta que las partes acuerdan plenamente practicar este método y que la madre que contratará el útero es mayor de edad.

### **3.2.2.2. Caso Nacional.**

Caso “Satya” en Ecuador. - A pesar del rezago legislativo del Ecuador, saltan a la vista realidades sociales modernas, por tal motivo resulta relevante evidenciar el caso de “Satya” ocurrido en el 2017, la cual fue concebida por un método de reproducción asistida, Satya es hija biológica de una mujer llamada Nicola y de un donante anónimo. Nicola tenía una pareja lésbica legalmente constituida en unión de hecho. Nicola y su pareja pretendieron inscribir a Satya bajo sus apellidos, lo cual no fue admitido por el Registro Civil (Viteri Sánchez, 2019).

Este caso llegó a instancias de la Corte Constitucional, el 29 de mayo del 2018 la Corte del Ecuador aceptó la acción extraordinaria de protección No.1692-12-EP impuesta por Helen Bicknell y Nicola Rotheron, madres de Satya, a quienes se les negó el derecho a registrar a su hija con sus apellidos en el Registro Civil, por ser una pareja de madres

lesbianas. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante Sentencia 28 ordenó la inscripción de la menor al Registro Civil con los apellidos de sus dos madres, y adicionalmente: “Declara la vulneración de los derechos constitucionales ante la tutela judicial efectiva, al debido proceso en la garantía de motivación, a la identidad personal en relación a la obtención de la nacionalidad; a la igualdad y no discriminación; a la familia en sus diversos tipos: así como también al principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes” (Viteri Sánchez, 2019).

## **CAPITULO III: Análisis de resultados.**

### **3.1. Resultados obtenidos en la investigación**

Este ítem versará específicamente sobre los resultados obtenidos en la investigación tanto del aspecto teórico y el análisis realizado en acapices anteriores, por lo que a continuación se realizará un análisis general:

La maternidad subrogada se define como el proceso en el cual una mujer presta su útero para llevar a cabo la gestación de un hijo que contará con los genes de otra pareja; después del nacimiento del bebé será entregado a la pareja en cuestión y la “madre subrogada” cederá todos los derechos que legalmente le corresponde ante el recién nacido, este tratamiento se llevará a cabo de forma altruista.

Es así que, la subrogación materna es un tema de índole mundial, que enmarca situaciones y momentos complicados en el aspecto social, religioso y sobre todo jurídico, pues al no estar regulado en varios países crean vacíos legales que perjudican a las personas que quieran hacer uso de ésta, es por ello que a durante toda la investigación predominó la necesidad de un cuerpo legal con un conjunto de ajustes a esta técnica, teniendo en cuenta el crecimiento y desarrollo de la humanidad en el aspecto científico y médico que ha permitido a las personas el desarrollar nuevas técnicas para poder cumplir con su anhelo de formar una familia, que si bien es cierto este es un derecho humano fundamental, y no todos pueden gozar de él.

Por tal motivo, es importante tomar en cuenta que no solo las personas que sufren de algún tipo de esterilidad o infertilidad puedan hacer uso de esta técnica, sino también las personas que forman parte de la comunidad LGBTI-Q, pues al solicitar que se cumpla o se respeten los derechos humanos también los incluyen, es decir, todas las personas gozarán de los mismos derechos y obligaciones tal cual lo estipula nuestra Carta Magna, sin embargo, existe una mínima cantidad de personas que han creado estigmas o tabúes (que consideraría a mi parecer retrógradas) pues creen que la maternidad y la paternidad debería darse únicamente de forma tradicional, teniendo una concepción equivocada de ello.

Ahora bien, tras la investigación y el análisis de este trabajo se pudo evidenciar algunos temas muy importantes, como es el tratamiento jurídico que han brindado varios países para su ciudadanía acerca de las TRHA sobre todo de la subrogación materna, entre los que puedo mencionar son: Estados Unidos pues a mi parecer este país ha obtenido

grandes logros jurídicamente hablando, pues uno de los casos más sonados es el denominado “Baby M” (que fue tratado en el Capítulo 2 de este trabajo).

Este caso en específico causó un precedente enorme en EEUU ya que permitió y acepto que se realizase un acuerdo o convenio de subrogación materna, sin embargo, la madre portadora donó su ovulo, creando de este modo un vínculo de maternidad genética por tal motivo no pretendía darle o ceder su maternidad a la madre beneficiaria (aunque su esposo era el donador de espermia), por lo cual fue necesario que la Corte Suprema dé su veredicto y determine la validez del acuerdo, pues al firmarlo creó un pacto jurídico entre las partes, mostrando de esa manera su voluntad al momento de realizarlo.

Por otro lado, México es considerado uno de los primeros países latinoamericanos en regular el uso de la gestación subrogada en los estados de Tabasco y Sinaloa desde 1997, y luego, tras aprobarse la ley en 2017, también abrió fronteras para parejas del mismo sexo, sentando un fuerte precedente en este sentido.

De este modo, ayudó a que las personas puedan abrir sus mentes y lograr entender que no solo existe la manera tradicional al momento de formar una familia, permitiendo adoptar nuevas concepciones al momento de hablar sobre la maternidad y la paternidad, como es la genética (donante), adoptiva, social y la maternidad uterina (subrogación).

Por otro lado, el Ecuador es un país constitucional de derechos, por lo cual en su Carta Magna incluye una serie de derechos humanos; como son: el derecho a la reproducción libre y voluntaria, fundar una familia, entre otros. Por lo cual, considero que al hablar de reproducción libre se supondría también a la libertad a decidir sobre la forma en la cual desean procrear a sus hijos, una de ellas serían las TRHA, sin embargo, el Ecuador tiene un limitante injustificable al momento de implementar nuevas concepciones ideológicas de fundar una familia, y esta es la influencia de la iglesia, aunque en la Constitución en su articulado 1 nos dice que es un Estado Laico, la iglesia tiene un papel primordial al momento de decir sobre los cambios a la población ya estructurados, basta con recordar su oposición cuando se discutía acerca de la legalización del aborto en el país.

Del mismo modo, es importante recordar que en el 2020 se trató de un Proyecto de Reforma del Código Orgánico de Salud, en el cual legalizaba el aborto junto con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, aceptado por la Asamblea Nacional y vetado por el Ejecutivo, y tras una entrevista que brindó el Ex Presidente Lenin Moreno

a los medios, aclaró que el vetó se debía a desacuerdos ideológicos conservadores, mas no médicos o jurídicos, de ese modo, se puede evidenciar que no existe ningún problema sobre la legalización y regulación de las TRHA en el Ecuador, más allá que los pensamientos conservadores de un mínimo porcentaje de la población.

Por lo cual, es importante recalcar que más allá de ello, se debería enfatizar la necesidad de la protección de los derechos de la ciudadanía en general, por lo cual al referirnos a TRHA, es necesaria su regularización y legalización puesto que se realizan en el país, y no existe un cuerpo legal que pueda proteger a las personas que se comprometerán a crear una vida a través de la técnica de subrogación materna, por lo cual considero justa y necesaria la creación de un Proyecto de Ley que regule las TRHA y promulgue los derechos de las partes interesadas, de ese modo creará vínculos legales estructurados desde la concepción y el nacimiento del niño, del mismo modo, la creación de un Contrato como medida de aseguramiento entre las partes.

En el Ecuador, existe también un precedente sumamente importante acerca del uso de las TRHA específicamente de la Fecundación In Vitro es el “Caso Satya”, en el cual 2 mujeres lesbianas que formaban una unión de hecho legalmente constituida, querían reconocer a su hija, sin embargo, el registro civil se negó a hacerlo puesto que una de ellas era la madre biológica y la otra mujer lógicamente no tenía parentesco genético, sin embargo, presentaron una acción de protección ante la Corte Constitucional, en la cual demostraron la vulneración de varios derechos constitucionales de las madres y de la niña sobretodo la tutela judicial efectiva.

De esa manera se puede evidenciar que ya existe un precedente jurídico que demuestra la necesidad y sobre todo la aceptación de los poderes del Estado, de regular el uso de las TRHA como una alternativa al momento de fundar una familia.

En conclusión, la legalización y regulación de la subrogación materna es necesaria, para evitar la vulneración de derechos de las personas que quieren hacer uso de ellas, y al tener estos vacíos legales podrían crear conflictos a largo plazo, por ejemplo, el reclamo de maternidad o paternidad (madre subrogada o donante de esperma), o en el caso de que los padres beneficiarios desistan del embarazo, permitir que la madre subrogada pueda quedarse o darlo en adopción y estas personas no podrán ejercer ninguna acción legal en su contra; por otro lado, a través de este cuerpo legal se podría evitar la comercialización ilegal de humanos, el secuestro, la extorsión y el abandono, que en cualquiera de los casos de podría dar.

### 3.2. Logro de los objetivos planteados

En el presente trabajo se formuló un objetivo general y tres objetivos específicos, que fueron atendidos a lo largo de esta investigación

Por lo tanto, el objetivo general de esta investigación fue: Analizar los aspectos sociales, médicos y jurídicos de la subrogación materna en el Ecuador, con el objetivo de develar la necesidad imperante de un cuerpo legal regularizador de esta técnica, mediante el estudio de la normativa ecuatoriana e internacional. ¿Qué se hizo? Se realizó un estudio exhaustivo acerca de la subrogación materna en el Ecuador, en el ámbito médico, social y jurídico ¿Cómo se hizo? A través del análisis documental, doctrinario, social y normativo de la subrogación materna en el ámbito nacional e internacional ¿Para qué se hizo? Esta investigación se realizó con el fin de determinar la necesidad imperante de un cuerpo legal regularizador de la subrogación materna garantizando los derechos a la vida, a la procreación y a fundar una familia, puesto que el Ecuador se realizan las TRHA, pero no cuentan con un ordenamiento jurídico que pueda contribuir legalmente en estas prácticas, dejando en el limbo jurídico a las personas que quieren hacer uso de estas técnicas y de los niños que nacen a través de ella.

Por otra parte, los tres objetivos específicos responderán a cada uno de los capítulos que se tratarán en este trabajo de investigación, de la siguiente manera:

**Primer Objetivo:** En este objetivo se plantea lo siguiente; “Determinar cuáles son los aspectos jurídicos que se desarrollan con la práctica y la regulación de este método alternativo”: luego de una exhaustiva investigación de teorías, definiciones, análisis de la legislación ecuatoriana e internacional y de sentencias; es necesario separar este objetivo en tres momentos:

Primer momento: El análisis realizado a las teorías de las TRHA sobre todo la subrogación materna, en la cual se pudo evidenciar su evolución a través de los años, por otro lado, se enmarca en los aspectos sociales de la maternidad y demuestra la existencia de varios tipos de maternidad como lo es una de ellas la subrogada.

Segundo momento: Es el análisis jurídico del sistema normativo nacional e internacional, en el cual va enmarcado de los derechos fundamentales como la procreación, formar una familia, entre otros; del mismo modo, se realizó un análisis al reglamento jurídico ecuatoriano demostrando así, que es fiable la regularización de la subrogación materna, como también enfatizar en la importancia de la creación de un

convenio de subrogación materna que permita a las partes comprometerse y cumplir con lo estipulado en el mismo, de ese modo evitar posibles conflictos legales.

**Tercer Momento:** La problemática jurídica que se desarrolla por la falta de una ley que regule a las TRHA, específicamente la subrogación materna; de los principales problemas es la vulneración de los Derechos Constitucionales; así como también, el alcance o relevancia jurídica que surge con su regulación.

Por lo tanto, la gestación subrogada en Ecuador debe ser regulada, pues hoy en día es tema de mucho debate y no puede seguir desvinculada de la realidad, el Estado debe intervenir para legislar desde muchas perspectivas diversos puntos como la sociedad, el derecho, la moral, etc. ( Barahona Cobos & Guerra Coronel, 2021).

Todos estos aspectos dan lugar a la importancia de establecer una ley específica que contemple la tecnología de reproducción asistida en general y una de sus ventajas está relacionada con la gestación subrogada. Por tanto, la falta de un estándar legal al respecto hace que sea ilegal prescribir la definición de registro en caso de embarazo. En Ecuador existe una falta de legislación en esta materia de reproducción asistida, de alguna manera conducen a una solución a ciertos problemas en los matrimonios consuetudinarios o entre personas del mismo sexo.

**Segundo Objetivo:** En este objetivo se plantea lo siguiente: “Realizar un estudio metodológico de la realidad nacional e internacional, a través del análisis de casos prácticos sobre de la subrogación materna”; Por lo tanto, es importante señalar que el análisis de los casos nacionales e internacionales, en el que se ha demostrado la necesidad primaria de cuerpo legal sobre TRHA, especialmente la gestación subrogada, y por la falta de este, fue necesaria la intervención y actuación de la Corte, misma que apoyó el uso de estas técnicas y a través de su veredicto demostró que al no tener dicho cuerpo legal se vulneran los derechos de las partes y del niño que está por nacer.

Por lo mencionado en el párrafo anterior, es necesario aclarar que en el Ecuador no existe un ordenamiento jurídico que regule a la Subrogación Materna como una alternativa de Reproducción Humana, por lo cual luego de realizar el análisis de casos internacionales, se determinó que es necesaria la creación de un cuerpo legal que regularice el uso de dicha técnica dentro de la normativa ecuatoriana.

**Tercer Objetivo:** En este objetivo se plantea lo siguiente “Proponer un Anteproyecto de Ley y un Contrato en los cuales se regularice la Subrogación Materna

en el Ecuador con el fin de proteger los derechos de los padres que no pueden concebir a sus hijos de forma natural, de las mujeres que oferten sus vientres y de los niños que están por nacer”; por lo cual es necesario dividirlo en dos secciones;

**1.- Propuesta de Anteproyecto de Ley- Ley de Subrogación Materna en Ecuador.** – En el anteproyecto de Ley que fue propuesto en el presente trabajo de investigación consta de 4 Capítulos fundamentales que son los siguientes: El Capítulo 1 hace referencia principalmente en el objetivo, definición y causas para el uso la subrogación materna como una técnica de reproducción humana asistida; el Capítulo 2 hace referencia acerca de las disposiciones generales, es decir, conceptualizaciones del contrato de subrogación materna y responsabilidades de las partes y del médico tratante; el Capítulo 3 se enmarca específicamente en el procedimiento de la firma de convenio y los documentos habilitantes del mismo y finalmente en el Capítulo 4 hace mención a la petición de reformas legales a los diferentes ordenamientos jurídicos, que ayudan a regular a las subrogación materna en el Ecuador.

**2.- Propuesta del Posible Contrato de Subrogación Materna en el Ecuador.** – Este contrato de subrogación materna ayudará a proteger jurídicamente a las personas que quieren hacer uso de estas técnicas, mismo que permitirá que las partes, puedan ejercer sus derechos y obligaciones de manera recíproca.

Ahora bien, estas propuestas vienen enmarcadas con un propósito en común que es la protección de los derechos de las personas que quieren hacer uso de estas técnicas, mismos que serán mencionados a continuación:

a) Derechos de los padres beneficiarios: Derecho a la procreación, Derecho a fundar una familia, Derecho a la salud reproductiva y la filiación;

b) Derechos de la madre subrogada: Derecho a decidir sobre su cuerpo, Soberanía del Cuerpo;

c) Derechos de los niños que fueron producto de la subrogación materna: Derecho a la vida, Derecho a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y no discriminación, a la identidad personal; a la familia en sus diversos tipos: así como también al principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes y a la filiación.

### **3.3. Proporcionar Respuesta a la Pregunta Planteada**

En el presente trabajo de investigación se propuso la siguiente pregunta ¿Existe un

cuerpo legal y un Contrato que regularice la subrogación materna en el Ecuador?

Es importante recalcar que, en la Constitución de la República del Ecuador, Código de la Salud y los diferentes cuerpos legales internacionales, en sus respectivos articulados determinan que el derecho a la salud sexual y reproductiva, a la vida, la procreación y fundar una familia son derechos fundamentales los cuales serán garantizados por el Estado ecuatoriano, sin embargo, no existe un cuerpo legal ni mucho menos un contrato en sí que regularice la subrogación materna como un método alternativo de reproducción humana, siendo esta la razón esencial por la cual se está realizando esta investigación, y la respectiva propuesta para crear un reglamento jurídico que garanticen dichos derechos.

Por lo cual, es importante que tanto el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, deben realizar un análisis profundo de esta propuesta de regularización de la subrogación materna.

### **3.4. Delimitaciones de la Investigación**

#### **Delimitación Espacial**

Este trabajo de investigación se delimita en el territorio ecuatoriano, puesto que corresponde específicamente al análisis de la legislación nacional referente al estudio o propuesta de la regularización y legalización de la subrogación materna en el Ecuador, a través de un anteproyecto de ley, mismo que fue propuesto en el presente trabajo; para llegar a esta conclusión fue necesaria la revisión de teorías, definiciones y reglamentos y sentencias nacionales e internacionales

#### **Delimitación Temporal**

Este trabajo de investigación fue desde el año 2015 hasta 2022, pues en este periodo de tiempo hubo Interpretaciones Positivas de la Corte Constitucional y sobretodo la aceptación de la Asamblea Nacional acerca del Proyecto de Ley de cambio del Código de la Salud en el cual se legalizaban las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas en el Ecuador.

#### **Delimitación del Contenido**

El contenido del presente trabajo de investigación hace referencia a la subrogación materna en el Ecuador; mismo que se basa en el análisis de la normativa nacional e internacional.

## **Delimitación del Universo**

Este trabajo de investigación fue enmarcado principalmente en el Derecho de Familia, Constitución de la Republica y Derechos Humanos, específicamente, hace referencia a la libertad de procreación y fundar una familia, a través de la subrogación materna en el Ecuador.



## CAPITULO IV

### 4.1. CONCLUSIONES

•La infertilidad es un problema de salud que afecta a un gran porcentaje de la población a nivel mundial, el estilo de vida y las condiciones laborales son factores que agravan esta problemática, en la misma medida los avances tecnológicos crecen a gran ritmo, por lo cual se han implementado diversas opciones que permiten la concepción y desarrollo de un niño. En la Constitución de la República del Ecuador se contempla el derecho a la procreación, pero no se garantiza la utilización de los métodos adecuados para tener descendencia ya sea por conflictos éticos, morales o por falta de estructura en el país, las propuestas para regular esta práctica han sido negados, en la práctica es evidente que esta actividad se realiza de manera clandestina, por lo cual resulta inminente la creación de leyes que regulen y supervisen esta práctica.

•Se ha alcanzado a establecer que la maternidad subrogada es un procedimiento medico mediante la cual, una mujer previa a un pacto entre las partes se embarazada con el fin de otorgar al niño que lleva en su vientre a una pareja que guarda una relación genética con él. Esta maternidad se la ha venido realizando de distintas maneras a nivel mundial, en algunos países está permitido que una mujer alquile su vientre, en otros países está prohibida la realización de la maternidad subrogada, y finalmente en otros países está permitida siempre y cuando se cumpla ciertos requisitos, como que la madre subrogante sea familiar de la madre subrogada y que la maternidad se la haga con fines generosos.

•La regulación de la maternidad subrogada estaría dando insistencia a que aparezcan varias dificultades legales entre los padres biológicos y la madre subrogante, afectando gravemente la integridad de los menores, del mismo modo, la Maternidad Subrogada es vista de manera general como un método de procreación extraordinario en caso de infertilidad o esterilidad severa de las parejas y posee un alto grado de aceptación en su práctica y en la idea de una futura legislación que regule la aplicación y sus alcances para evitar el abuso, la ilegalidad y el desconocimiento de varios derechos fundamentales.

•Desde 2008, la Constitución ecuatoriana ha otorgado derechos humanos básicos sobre cualquier disposición relacionada con la infraestructura o el vacío legal. El contrato de gestación subrogada no está regulado ni protegido por la ley

por lo cual es necesario que lo se realice un anteproyecto de ley, que ayude a garantizar los derechos de las partes a través de dicho convenio.

## 4.2. RECOMENDACIONES

- Considero que la recomendación más sensata en este trabajo de investigación, sería que existiese mayor comunicación en la toma de decisiones entre los funcionarios del Estado (ejecutivo a través del Ministerio de Salud Pública y legislativo a través de la Asamblea Nacional) de ese modo, llegar a un acuerdo en el que beneficiarían a la ciudadanía desarrollando un mecanismo más práctico en el cual de “Apoyo a la reproducción”; permitiendo que las personas toman la decisión propia acerca de su reproducción y sobre todo de la manera que lo harían, de ese modo se podría incluir la gestación subrogada; dejando a un lado los paradigmas religiosos, que solo crean vacíos legales que no benefician a nadie.

- Asimismo, la legislación debe regular la realidad social del país establecer la libertad de acceso, combatir el lucro y la explotación humana, asegurar el estatus del embrión, tener una visión holística de todos los actores del proceso y es el resultado de un enfoque amplio, inclusivo y de un debate participativo por parte de la sociedad civil.

- Garantizar la salud del recién llegado y proteger plenamente todos sus derechos, así como también, los derechos de los padres beneficiados y de la madre subrogada, para ello es importante, tomar en cuenta la propuesta que se ha realizado a lo largo de esta investigación como lo es el Anteproyecto de Ley en el cual se regula a las TRHA y sobre todo a la subrogación materna, así como también el Convenio de Subrogación Materna que también fue presentado, en este sentido, la ley debe regular la aptitud y capacidad de quienes intervienen, a fin de velar por el interés superior del menor.

# Bibliografía

- Barahona Cobos, D., & Guerra Coronel, M. A. (2021). *FIPCAEC*. Obtenido de FIPCAEC: <https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/337>
- Cáceres-Manrique, F., Molina-Marín, G., & Ruiz-Rodríguez, M. (2014). Maternidad: un proceso con distintos matices y construcción de vínculos. *AQUICHAN*, 316-326.
- Abellán García, F. (s.f.). *Enciclopedia Bioderecho y Bioética*. Obtenido de Enciclopedia Bioderecho y Bioética: <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/98>
- Araya, H. (2002). Maternidad subrogada. *Asociación Internacional para la Educación Prenatal*, 3.
- Asamblea Constituyente de la Republica del Ecuador. (2017). *Código de la Niñez y de la Adolescencia*. Quito: Registro Oficial 737, Ediciones Legales.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Convención Interamericana de Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convenio sobre los Derechos del niño*. Convención Interamericana de Derechos Humanos.
- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador. (2008). *Constitución de la Republica del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449, Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2017). *Ley Organica de la Salud*. Quito: Comision del Derecho a la Salud.
- Asamblea Nacional de la Republica del Ecuador. (2020). *Código Organico de Salud*. Quito: Comision del derecho a la salud.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito: Registro Oficial Suplemento 46, Ediciones Legalesç.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2019). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito: Registro Oficial Suplemento 46, Ediciones Legales.
- Ayuso, S. (2019). La justicia francesa reconoce la filiación de los hijos de vientres de alquiler con sus madres no biológicas. *El Pais*, [https://elpais.com/sociedad/2019/10/04/actualidad/1570204231\\_011783.html](https://elpais.com/sociedad/2019/10/04/actualidad/1570204231_011783.html).
- Bagnarello González, F. (s.f.). Fertilización in vitro: conceptualización.
- Biblia, S. (s.f.). Antiguo Testamento. En *Antiguo Tedtamento* (Vols. Capítulo XVI, ).
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2011). *“Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cáceres Manrique, F., Molina Marín, G., & Ruiz Rodríguez, M. (2014). Maternidad: un proceso con distintos matices y construcción de vínculos. *AQUICHAN*, 316-326.

- Cañas, A. (2016). Aspectos contractuales de la gestación subrogada. *CIDE Derecho en acción* .
- Cárcaba Fernández, M. (1995). *os problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas*.
- Carvajal, L. (2014). *Lizardo Carvajal*. Obtenido de Lizardo Carvajal: <https://www.lizardo-carvajal.com/el-metodo-deductivo-de-investigacion/>
- Chavez, M. (27 de 02 de 2014). *SlideShare*. Obtenido de SlideShare: <https://es.slideshare.net/LabiiosDeMiiel/historia-de-la-reproduccion-asistida-veterinaria>
- Código Civil Ecuatoriano. (2005). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46, Ediciones Legales.
- Congreso del Estado de Sinaloa. (2017). *Código Familiar del Estado de Sinaloa*. Sinaloa-México: Subdirección de Informática Jurídica.
- Congreso del Estado de Tabasco. (2017). *Código Civil del Estado de Tabasco*. Tabasco-México: Subdirección de Informática Jurídica.
- Consejo Nacional para la Igualdad de Género. (04 de 09 de 2020). *Informe para el veto presidencial del Proyecto del Código Organico de Salud*. Obtenido de <https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/05/Informe-para-el-veto-presidencial-del-Proyecto-de-C%C3%B3digo-Org%C3%A1nico-de-Salud.pdf>
- Contreras Bolaños , Y. (2016). *PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA*. Ibarra: UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES.
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana sobre derechos humanos Pacto de San José*. San José: Convenio Interamericano de Derechos Humanos.
- Córdova Izquierdo, A., & otros, y. (2011). BIOTECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN ANIMAL CON POSIBILIDAD DE APLICACIÓN PARA OPTIMIZAR EL POTENCIAL REPRODUCTIVO DE LOS ANIMALES. *Revista Complutense de Ciencias Veterinarias* , 10.
- D. S. (2013). *Ensayo: Investigación Socio Juridica*. Obtenido de <https://www.buenastareas.com/ensayos/Investigaci%C3%B3n-Socio-Juridica/42651478.html>
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. (2019). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito: Registro Oficial Suplemento 46, Ediciones Legales.
- Desantes, J. M. (s.f.). El derecho Fundamental a la intimidad. *Estudios Públicos*, (pág. 2).
- Enguer Gonsálbez, P., & Ramon Fernandez, F. (2017). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 1(18), 104-135.

- Enguer Gonsàlbez, P., & Ramon Fernandez, F. (2017). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 1(18), 104-135.
- García Falconí, J. (2010). *Derecho Ecuador.com*. Obtenido de Derecho Ecuador.com: <https://www.derechoecuador.com/el-derecho-constitucional-a-la-identidad>
- Garzon, R. (2007). Reproduccion Asisitida. *Revista Mexicana de Derecho*, 97.
- Gillón, L., & Diaz Picazo. (2016). “La nueva regulación de la filiación natural en el derecho internacional privado español”.
- GIRE Grupo de Información de Reproducción Dirigida. (s.f.). *GIRE*. Obtenido de GIRE: <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>
- Gutierrez, H. (2011). Paternidad y filiación. *DERECHO*, <https://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/paternidad-y-filiacion>.
- Herrera, M. (s.f.). *DELS*. Obtenido de DELS: <https://salud.gob.ar/dels/entradas/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-conceptualizacion-general>
- Laura Toro, O. (2012). *Subrogación Materna, alquiler de útero materno*. La Paz: Universidad Mayor de San Andres .
- Martín, A., & Gil, A. (s.f.). *Humanium*. Obtenido de Humanium: <https://www.humanium.org/es/derecho-vida/>
- Martinez, V. (2015). *redalyc.org*. Obtenido de redalyc.org: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72045844007>
- Ministerio de Salud Publica. (s.f.). *Ministerio de Salud Publica*. Obtenido de Ministerio de Salud Publica: <https://www.salud.gob.ec/salud-sexual-y-salud-reproductiva/>
- Muentes Navarrete, Y. N., Moreno Arvelo, P., & Silva Varela, I. A. (2020). Reproducción humana asistida en la legislación ecuatoriana. *RECIAMUC*, 134-148.
- Muentes Navarrete, Y., Moreno Arvelo, P., & Silva Varela, I. (2020). Reproducción humana asistida en la legislación ecuatoriana. *RECIAMUC*, 134-148.
- N.N. (13 de 06 de 2016). *Derecho a procrear: derecho humano de segunda generación*. Obtenido de Derecho a procrear: derecho humano de segunda generación: <https://www.universalsurrogacy.com/derecho-procrear-derecho-humano-segunda-generacion/>
- N.N. (27 de 05 de 2020). *Significados*. Obtenido de Significados: <https://www.significados.com/in-vitro/>
- Naciones Unidas . (21 de 10 de 2020). *Noticias ONU*. Obtenido de Noticias ONU: <https://news.un.org/es/story/2020/10/1482742>
- Obstetrica, S. E. (s.f.). Obtenido de [https://sego.es/mujeres/In\\_Vitro.pdf](https://sego.es/mujeres/In_Vitro.pdf)

- OMS. (2020). *Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>
- Organización Mundial de la Salud. (2020). *Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>
- Rodrigo , A. (04 de 01 de 2016). *BabyGest (Caso Baby M)*. Obtenido de BabyGest (Caso Baby M): <https://babygest.com/es/el-caso-baby-m/>
- Rodríguez-Yong, C., & Martínez-Muñoz, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 59-81.
- Rodríguez-Yong, C., & Martínez-Muñoz, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 59-81.
- Santa Biblia Reina Valera 1960, Génesis 16:1-4. (s.f.). RVR1960.
- Toro, L. (2012). *Subrogación Materna, Alquiler de Útero Materno*. La Paz.
- UNAM, B. J. (s.f.). Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- Unidas, N. (2014). *Los principales tratados de los Derechos Humanos*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.
- Vallejo, M. (2015). *Repositorio UNiversitario- Universidad San Buenaventura*. Obtenido de Repositorio UNiversitario- Universidad San Buenaventura: [http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/3029/1/Concepto\\_maternidad\\_subrogada\\_vallejo\\_2015.pdf](http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/3029/1/Concepto_maternidad_subrogada_vallejo_2015.pdf)
- Viteri Sánchez, M. F. (2019). *Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar .
- Vives, j. (12 de 06 de 2020). *Vives Bas Abogados*. Obtenido de Vives Bas Abogados: <https://www.vivesbas-abogados.com/filiaciones/que-es-la-filiacion-y-que-tipos-existen/>
- Vives, J. (2020). *Vives Bas Abogados (“¿Qué es la Filiación y que tipo existen?”)*. Obtenido de Vives Bas Abogados (“¿Qué es la Filiación y que tipo existen?”): <https://www.vivesbas-abogados.com/filiaciones/que-es-la-filiacion-y-que-tipos-existen/>
- Zambrano Pasquel, A. (01 de 10 de 2013). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://derechoecuador.com/neoconstitucionalismo-garantismo-y-constitucion-del-2008/>

## ANEXO 1

# PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY CÓDIGO DE LA SALUD LEY DE SUBROGACIÓN MATERNA EN ECUADOR

Ley Nro.-----

La Asamblea Nacional de la República del Ecuador expide la siguiente ley:

### CONSIDERANDO:

Considerando, que a través del tiempo ha suscitado avances en la ciencia y tecnología en relación con las técnicas de reproducción humana asistidas (subrogación materna), de ese modo se creó una nueva disciplina como lo es la bioética, mismo que ayudará a que persista una conexión entre la ciencia y la humanidad, por lo cual, es necesario aclarar que dichas técnicas nacen de la necesidad imperante de solucionar un problema genético de un porcentaje alto de personas como lo es la infertilidad, para ello es necesario en ciertos casos puntuales la intervención de un tercero, creando de ese modo un acuerdo o convenio de subrogación materna; es por ello que, gracias a la ciencia se puede solucionar dicho conflicto, sin embargo, en la rama del derecho, crea una problemática de transcendencia internacional ya que al no estar regulado genera un sin número de conflictos jurídicos-

Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema

Solo se autorizará este tipo de procedimientos en establecimientos prestadores de servicios de salud que cuenten con la habilitación específica para brindar estos servicios; dispongan de protocolos explícitos de consentimiento informado; sometan a la aprobación de la Autoridad Sanitaria Nacional sus protocolos de atención; y, cumplan las regulaciones que se expidan para el efecto respecto de toda la cadena de atención

La maternidad subrogada estará permitida únicamente en los casos en los que existan circunstancias médicas que no permitan el embarazo en la mujer, se garantizará el derecho de los niños y niñas al armonioso desarrollo de su personalidad en el seno familiar. Los prestadores de servicios de salud deberán garantizar en todo momento el cuidado y atención de las portadoras gestacionales para evitar riesgos durante los procesos de fertilización, embarazo, parto y post parto.

Se prohíbe realizar estos procedimientos en niñas y adolescentes; así como, las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos, embriones o de la subrogación del vientre. No se considerarán contraprestaciones económicas a los gastos derivados del proceso de donación y los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto.

Por lo tanto, el objetivo, de este Anteproyecto de Ley, es promover el respeto tanto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, basados principalmente en el respeto de la vida y su libertad acerca de decidir sobre su derecho a procrear y la manera en la cual quiere ejercer dicho derecho.

La Asamblea Nacional de la República del Ecuador

## **CAPITULO 1**

### **OBJETIVO, DEFINICIONES Y CAUSAS**

**Art. 1 (Objetivo).** – Este cuerpo legal tiene como objetivo primordial el de regular la subrogación materna como un método alternativo de reproducción humana asistida, y determinar los derechos del niño, su filiación y su custodia (materna/paterna)

**Art. 2 (Definiciones).** - Las definiciones que se encuentran previstas en este cuerpo legal, serán sujetas como respaldo para el ejercicio de los derechos de la ciudadanía,

- a) Maternidad Subrogada. – La maternidad subrogada da comienzo cuando a una mujer se le implanta el embrión de una pareja, para que esta gesté al feto y dé a luz a un bebé, para que finalmente se lo entregue a sus padres,
- b) Maternidad Parcial. – La maternidad parcial da comienzo cuando se le implanta el embrión por inseminación in vitro.
- c) Subrogación Materna Total. – La subrogación materna total comienza en el momento en que la portadora gestacional se le insemine de manera artificial, pero

se usara su propio ovulo.

- d) Subrogación Materna Altruista. - La subrogación materna generosa será cuando la portadora gestacional a no reciba una remuneración económica por ello.
- e) Beneficiario. – La palabra “beneficiario” representa a la mujer, hombre o pareja que quiera acudir a la subrogación materna como una alternativa para tener un hijo.

**Art.3 (Causas que dan origen para recurrir a la subrogación materna).** – Serán causas para recurrir a la subrogación materna las siguientes:

- a) Cuando una mujer es estéril, sin embargo, su ovulo puede ser fecundado
- b) Cuando una mujer es infértil, sin embargo, está en condiciones para realiza la fecundación.
- c) Cuando el óvulo de una mujer. no está en condiciones para ser fecundado, y busca a una donante de óvulo, para posteriormente llegar a un acuerdo o convenio con otra mujer o con la misma donante, para que geste a ese embrión.
- d) Cuando el embarazo le cause perjuicios en la salud de la mujer, sin embargo, tenga deseos de tener un bebé.
- e) Cuando una mujer haya muerto, y su óvulo haya sido congelado, más adelante el esposo podrá tomar la decisión de fecundarlo con su esperma, haciendo que ese embrión se geste en el vientre de una madre subrogada.

## **CAPITULO 2**

### **DISPOSICIONES GENERALES**

**Art 4 (Del Contrato de Subrogación Materna).** – Solo se podrá hacer uso de la subrogación materna a través de un contrato escrito. De la siguiente manera:

- a) Se celebrará un contrato de subrogación materna con una mujer que esté en plena capacidad de goce y de ejercicio de sus derechos, que se encuentra con una excelente salud (física y psicológica), mayor de edad, para que subrogue su útero; así también existe la otra parte que será una pareja que goce de las mismas características específicas y aportarán con su óvulo y espermatozoide, para dar cabida a la creación de un embrión, siendo la madre subrogada quien geste al bebé hasta el momento de su nacimiento y finalmente sea entregado a la pareja beneficiaria.
- b) Se celebrará un contrato de subrogación materna con una mujer que esté en plena

capacidad de goce y de ejercicio de sus derechos, que se encuentra con una excelente salud (física y psicológica), mayor de edad, para que subrogue su útero; así también existe la otra parte que serán los padres beneficiarios que gocen de las mismas características específicas y donen su óvulo y espermatozoide, de esa manera ayudarán a un tercero a gestar un bebé con el material biológico genético.

Aclarando este enunciado el tercero beneficiado puede ser la pareja de quien done el material genético, o en su defecto, alguna persona que haya donado su material genético, cabe recalcar que los únicos que pueden ser donantes son aquellas personas que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley.

**Art. 5 (Características de la gestante y/o el donante).** – Para ser madre subrogada o donante es necesario cumplir con las siguientes características esenciales. –

- a) Contar con una excelente salud (Física y psicológica).
- b) Que asegure su fertilidad.
- c) No tener tabúes de ningún tipo.
- d) No tenga ningún tipo de aborto.
- e) No debe contar con antecedentes médicos acerca de enfermedades crónicas y degenerativas.
- f) La madre subrogada no debe tener ningún parentesco con la pareja beneficiaria.

**Art 6 (Riesgo de muerte en el periodo de gestación o parto).** –

- a) Si en el período de gestación o parto se ponga en riesgo la vida de la madre subrogada siempre se preferirá o respetara la vida de dicha mujer.
- b) Los padres beneficiarios solo tendrán la oportunidad de pedir la devolución del dinero que fue invertido en gastos médicos, y generales desde el momento de la fecundación hasta el tiempo que duró el embarazo, siempre y cuando se compruebe la negligencia de la mujer y esta sea la causante de la pérdida del feto.

**Art. 7 (Responsabilidad de la madre subrogada).** – La madre subrogada tiene como responsabilidad imperante el de proteger y cuidar el desarrollo embrionario, es decir, no podrá poner en riesgo la vida del embrión, por lo cual no consumirá bebidas alcohólicas, no consumirá ningún tipo de estupefacientes, evitará el uso de accesorios de vestir que ponga en peligro al embrión, así como también no podrá hacer actividades que ponga en peligro al feto y tomará suplementos vitamínicos que ayudarán al desarrollo del bebé; tal

cual lo estipule en médico tratante después de una revisión exhaustiva.

### **CAPITULO 3**

#### **PROCEDIMIENTO**

**Art. 8 (Contenido del contrato de subrogación materna).** - El contrato de subrogación materna se realizará únicamente por escrito y con la presencia de un notario público quien garantice sobre la veracidad de dicho documento, por lo cual deberá cumplir con los siguientes puntos:

- a) Datos Generales de la madre subrogada
- b) Datos Generales de la pareja o persona beneficiaria
- c) Datos Generales del Médico tratante del proceso de subrogación materna, mismo que se encargará de la implantación y del desarrollo del embrión
- d) En el caso de que existiere donantes de material genético-biológico de manera voluntaria, también constarán sus datos generales dentro del convenio.
- e) Contar con la aceptación de la pareja o persona beneficiario (s) a compensar económicamente por los gastos de alimento, salud, vestimenta de la madre subrogada, y si hubiere algún inconveniente que afecte directamente a la madre subrogada, los padres beneficiarios se encargaran de los gastos del tratamiento médico que requiera para su recuperación.
- f) Es necesario contar con la aceptación de la persona que donó su material genético para cumplir con el objetivo de este convenio.
- g) Constatar dentro del convenio cual será el valor total de compensación que se le dará a la madre subrogada por concepto de salud, alimentación y vestimenta; y si existiere un inconveniente adicional, que afecte a los padres beneficiarios, la madre subrogada tiene que devolver los valores que hasta la fecha han sido cancelados.
- h) Datos Generales (domicilio, razón social, etc.) de la Unidad Médica que atenderá a la madre subrogada en todo el procedimiento que se llevará a cabo.
- i) Deberá contar con la aceptación del médico que tratará en todo el procedimiento a la madre subrogada.
- j) Descripción del método clínico que se llevará a cabo para la subrogación materna.
- k) Los honorarios del médico serán pagados por la persona o pareja beneficiaria.
- l) La madre subrogada deberá renunciar de manera voluntaria la patria potestad del

bebé a los beneficiarios

- m) La madre subrogada deberá aceptar pagar por daños y perjuicios a la persona o pareja beneficiaria si decide no renunciar la patria potestad o no entregárselo cuando el bebé nazca (podrá hacerlo únicamente si es subrogación materna total, tal cual lo estipula el art.2 inciso C de este mismo cuerpo legal)
- n) Si se tratase de parejas que no estén casadas, se deberá tratar en el mismo convenio quien asumirá la custodia del niño o niña en caso de separación.
- o) Lugar y Fecha donde se suscribió dicho convenio.
- p) Contar con las firmas del médico tratante, de la madre subrogada, de la persona o pareja beneficiarios; si existiere donantes también deben contar sus firmas de autorización.

**Art. 9 (Documentos que se adjuntarán al contrato de subrogación materna).** – Para el notario público pueda certificar la veracidad del contrato de subrogación materna es necesario adjuntar los siguientes documentos:

- a) Cédulas de Identidad y Papeleta de votación de las partes que suscriben el convenio de subrogación materna
- b) Contar con un certificado médico de la madre subrogada, en donde se garantiza la excelente salud física y psicológica de la mujer; y la no existencia de problemas que pongan en peligro la vida del embrión.
- c) Contar con un certificado médico que garantice que el material biológico-genético que se va a usar para la subrogación materna, sea el ideal y no pondrá en peligro la salud y vida del bebé.
- d) Contar con un certificado médico que avale que los donantes de materia biológico-genéticos, no tiene ninguna enfermedad hereditaria, de transmisión sexual, etc.: que ponga en peligro la vida del bebé.
- e) Demostrar documentalmente el estado financiero en que se encuentra la persona o la pareja beneficiaria para de esa manera demostrar que cuenta con la solvencia necesaria para cubrir con los gastos generales del embarazo y posteriormente la llegada del bebé.
- f) Demostrarán documentalmente que la persona o la pareja beneficiarios cuentan con un empleo digno que cubra los gastos del bebé.
- g) Es necesaria la copia de matrícula profesional del médico que llevará a cabo este procedimiento.

**Art.10 (Especialidad del Médico).** – El médico que realizará el tratamiento de subrogación materna, deberá contar con un título de especialidad en ginecología y obstetricia, así como también, con un certificado que avale su especialización en TRHA, por ultimo debe presentar documentos que lo habiliten como funcionario de una clínica especializada en TRHA.

**Art.11 (Responsabilidad del Médico).** – La responsabilidad del médico empieza con la realización de la gestación subrogada y terminará cuando el feto nazca.

## **CAPITULO 4**

### **CAUSALES DE DELITO**

**Art.12 (Aborto).** – Si la madre subrogada se provoca un aborto, esta será sancionada con la pena establecida en el Artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

**Art. 13 (Extorsión),** - Si la madre subrogada, que no entregase al bebé por causas justificadas en este código (Art. 2 inciso C), y luego extorsione a la persona o pareja beneficiaria con el propósito de obtener provecho personal, será sancionada con la pena establecida en el Artículo 185 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

**Art 14 (Secuestro).** Si la madre subrogada después del parto, se negare a entregar al bebé de manera arbitraria, se lo considerará como secuestro y será sancionada con la pena interpuesta en el Artículo 161 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

## **CAPITULO 5**

### **REFORMAS**

**Art. 15 (Reforma del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador).** – Se modificará el Artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, agregándole el inciso tercero, en donde se tipificará a la mujer que subrogó su vientre y provocó su aborto. Quedando de la siguiente manera:

*Artículo 149.- Aborto consentido. - La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.*

*La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada*

*con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.*

*La mujer que haya subrogado su vientre, y causase su aborto o permitiese que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de 4 a 5 años.*

Para fines de su promulgación y vigencia, remitirse al Poder Ejecutivo

Dada por la Asamblea Nacional de la República del Ecuador.

## ANEXO 2

### PROPUESTA DE CONTRATO DE SUBROGACIÓN MATERNA

#### GENERALIDADES DE LEY

En la ciudad de Otavalo, a los 15 días del mes de julio de 2022, comparecen a la celebración del presente Contrato de Subrogación Materna:

1. Por una parte, la Sra. Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, estado civil casada, portadora de la cédula de identidad Nro. 100498273-4, con domicilio en las calles Bolívar entre Modesto Larrea en esta ciudad de Otavalo, quien comparece junto con su esposo el Sr. José Sebastián Montenegro Pérez, de nacionalidad ecuatoriano, mayor de edad, portador de la cédula Nro. 100482712-0 con domicilio en las calles Bolívar entre Modesto Larrea de esta ciudad de Otavalo, al que en adelante se denominará “Padres Beneficiarios”.
2. Por otra parte, la Srta. Estefanía Paola Hernández Jaramillo de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil soltera, portadora de cédula de identidad Nro. 100872748-4; a quien se le denominará como “Madre Subrogada”.
3. Así como también, este tratamiento de Reproducción Humana Asistida se hará en la Clínica de Fertilización Mendoza ubicada en las Calles Obispo Mosquera y 31 de diciembre de la Ciudad de Quito Provincia de Pichincha, con la asistencia del médico Andrés Armando Mendoza Álvarez ginecólogo-obstetra con Nro. de Matrícula Médica 2002-2323, especialista en Fecundación In Vitro, tal cual se encuentra debidamente documentado junto con su credencial médica anexados a este contrato.

Las partes de manera libre y voluntaria acuerdan en celebrar el presente contrato contenido en las siguientes cláusulas:

#### I. ANTECEDENTES:

- 1.1. La Sra. Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar y el Sr. José Sebastián Montenegro Pérez, en su matrimonio han intentado concebir de manera natural por varios años, llegando a un embarazo, sin embargo, no han podido llevar sus embarazos hasta el final, teniendo de ese modo abortos espontáneos, por lo cual, han recurrido a la Clínica de Fertilización Mendoza y ante el doctor Andrés Armando Mendoza

Álvarez, especializado en Ginecología-Obstetricia, para realizarse un tratamiento médico de fertilización, pero al realizarse los exámenes pertinentes se determinó que los óvulos y espermatozoides del mencionado matrimonio, eran óptimos para la fecundación, sin embargo, el útero de la señora Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar, no se encontraba totalmente desarrollado, razón por la cual no pudo llevar a término sus embarazos.

1.2. Por las razones mencionadas, en el punto anterior, el doctor Andrés Armando Mendoza Álvarez, le recomienda a la Sra. Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar y al Sr. José Sebastián Montenegro Pérez, realizar una fecundación de su óvulo y espermatozoide en el exterior (específicamente en su laboratorio, a través de los avances científicos y tecnológicos con los que cuenta en su clínica de fertilización), para posteriormente implantarlo en una madre subrogada, por lo cual, les recomienda contactarse con una mujer (Srta. Estefanía Paola Hernández Jaramillo), quien esté dispuesta a subrogar su vientre y esta pareja se comprometa a pagar los gastos médicos y gastos varios (alimentación, vestimenta, medicina, entre otros) a lo largo de su embarazo y posteriormente el parto.

1.3. Por lo cual, mediante el presente convenio, la Srta. Estefanía Paola Hernández Jaramillo quien asume el rol de madre subrogada, en su pleno uso de sus capacidades: tanto físicas y mentales, y en el ejercicio de sus derechos, declara su libre voluntad de brindar apoyo a los cónyuges conformados por la Sra. Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar y el Sr. José Sebastián Montenegro Pérez, a quienes se los denominada como Padres Beneficiarios, para que sean padres biológicos de un hijo, sometiéndose para ello a un tratamiento médico de fertilización asistida (vía IN VITRO), resultante del espermatozoide del Sr. José Sebastián Montenegro Pérez y el óvulo de la Sra. Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar, por los acontecimientos mencionados con anterioridad.

1.4. El médico que llevará a cabo este tratamiento de Reproducción Humana Asistida será el doctor Andrés Armando Mendoza Álvarez ginecólogo-obstetra, especializado en Fecundación In Vitro, mismo que se encargará de fecundar el óvulo de la Sra. Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar con el espermatozoide del Sr. José Sebastián Montenegro Pérez, de manera externa, para luego ser implantado a la Srta. Estefanía Paola Hernández Jaramillo, una vez que se haya hecho este procedimiento, se encargará del proceso del embarazo a través de revisiones periódicas y posteriormente se encargará del alumbramiento del niño o

niña.

## **II. OBJETO:**

2.1. Con los antecedentes señalado la Srta. Estefanía Paola Hernández Jaramillo subrogará su útero para implantarle el EMBRIÓN de los Señores Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar y José Sebastián Montenegro Pérez por medio de fertilización IN VITRO, quienes asumirán los derechos y obligaciones que corresponda entre las partes.

## **III. RÉGIMEN LEGAL:**

3.1. Las relaciones que provengan de este convenio se regirán en general por lo establecido en: Constitución de la República del Ecuador en el capítulo sexto de Derechos de libertad en el artículo 66 numeral 10.

3.2. En cuanto al procedimiento ante el juez, este estará sujeto al artículo 141 del Código Orgánico General de Procesos (Presentación de demanda en caso del incumpliendo de este Convenio), y demás normas legales usualmente aplicables al caso, sin perjuicio de lo expresamente previsto en el presente convenio.

## **IV. DURACIÓN:**

4.1. El Contrato de Subrogación Materna empezará desde el momento que se implantará el óvulo fecundado a la Srta. Estefanía Paola Hernández Jaramillo, hasta el término del período gestacional (40 semanas) y posteriormente el parto, desde ese momento los responsables son los padres beneficiarios.

4.2. Del mismo modo, una vez realizada la revisión completa al niño, este se mantendrá en observación en la sala de neonatología de la Clínica de Fertilización Mendoza, para garantizar la buena salud del niño y por último ser entregado a los padres beneficiarios.

## **V. GASTOS DE GESTACIÓN SUBROGADA**

Los padres beneficiarios se comprometen a correr con todos los gastos generados por concepto de:

5.1. Exámenes generales de los padres beneficiarios los Señores Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar y José Sebastián Montenegro Pérez y de la madre subrogada la

Srta. Estefanía Paola Hernández Jaramillo.

5.2.Gastos médicos de fertilización del óvulo de la Sra. Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar con el espermato del Sr. José Sebastián Montenegro Pérez de manera externa.

5.3.Honorarios del médico tratante el Dr. Andrés Armando Mendoza Álvarez.

5.4.Implantación del óvulo fecundado a la Srta. Estefanía Paola Hernández Jaramillo.

5.5.Los padres beneficiarios le darán 10.000 dólares para atender gastos de alimentación, salud, control del embarazo, compra de medicamentos, vestido adecuado y cualquier otro gasto de la portadora gestacional, sin que esto constituya una contraprestación económica.

5.6.En el caso que existiese dificultades en el embarazo y necesitase la madre subrogada de un tratamiento extra, los padres beneficiarios deberán correr con los gastos médicos.

## **VI. INCUMPLIMIENTO**

6.1.Si por algún motivo la Srta. Estefanía Paola Hernández Jaramillo, posterior de haberse efectuado la fecundación del óvulo de manera exitosa y no guardará los cuidados debidos durante el periodo gestacional, y a consecuencia de esto, resultare una afectación grave al feto, o al bebé al momento de nacer.

6.2.La mencionada señorita deberá devolver a los padres beneficiarios la cantidad económica que hasta el momento hayan invertidos en el transcurso de este tratamiento; del mismo modo, deberá devolver el dinero invertido a los padres beneficiarios en el caso, que la mencionada provoque o permita que se le provoque un aborto podrá ser denunciada bajo el delito tipificado en el artículo 149 numeral 3 (modificado):

*La mujer que haya subrogado su vientre, y causase su aborto o permitiese que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de 4 a 5 años.*

## **VII. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN MATERNA**

Este contrato podría darse por terminado por las siguientes razones:

7.1. Cuando el niño o niña nazca y sea inscrito en el Registro Civil por los padres beneficiarios se dará por terminado el convenio.

7.2.Si la madre subrogada ha tenido inconvenientes naturales y se produjera el aborto espontáneo, los padres beneficiarios tienen la obligación de dar por terminado el

convenio.

7.3. En el caso que la madre subrogada provoque su aborto o permita que otro lo provoque hará que los padres tomen acciones legales, por el incumpliendo de dicho convenio y una vez que la sentencia haya sido ejecutoriada, se dará por terminado el convenio entre las partes.

### **VIII. GARANTIZAR EL DERECHO DEL NIÑO O NIÑA:**

8.1. En base a la Constitución de la República del Ecuador artículos: 44, 45 y 46, y los articulados del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en los artículos: 1, 11, 14, 22, 106 y 111.

### **IX. ACEPTACIÓN Y RATIFICACIÓN**

9.1. Las partes aceptan y se ratifican en el contenido íntegro del presente convenio, por contener condiciones de mutuo beneficio, en constancia de lo cual, lo suscriben en tres ejemplares de igual valor, tenor y literalidad en el lugar y fecha indicados.

9.2. Se reconocerá al padre y a la madre del neonato a la pareja que inscribe el presente convenio.

9.3. La filiación lo hará al momento en que nazca el niño o niña como lo indica el artículo 36 de Código de la Niñez y Adolescencia y la inscripción del nacimiento lo hará los padres beneficiarios del niño o niña recién nacido o algún familiar hasta 4 grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

### **X. FIRMAS**

**PADRES BENEFICIARIOS**

**MÉDICO TRATANTE**

---

Sra. Alejandra Elizabeth Benítez Alcívar  
C.I. 100498273-4

---

Dr. Andrés Armando Mendoza Álvarez  
Ginecólogo- Obstetra  
Matr. Nro. 2002-2023

Sr. José Sebastián Montenegro Pérez

C.I. 100482712-0

**MADRE SUBROGADA**

---

Srta. Estefanía Paola Hernández Jaramillo

C.I. 100872748-4