



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

La maternidad subrogada en el ámbito jurídico en el Ecuador

AUTOR:

Merino Galeano, René Alexander

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
abogado de los tribunales y juzgados de la república del
Ecuador**

TUTOR:

Ab. Granados Boza, Víctor Aurelio

Guayaquil, Ecuador

23 de febrero de 2021



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Merino Galeano, René Alexander**, como requerimiento para la obtención del título de **abogado de los juzgados y tribunales de la república del Ecuador**.

TUTOR

f. _____
Ab. Granados Boza, Víctor Aurelio

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Ab. Lynch De Nath, María Isabel

Guayaquil, a los 23 días del mes de febrero del año 2021



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Merino Galeano, René Alexander**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La Maternidad Subrogada en el Ámbito Jurídico en el Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 23 días del mes de febrero del año 2021

AUTOR

f. _____
Merino Galeano, René Alexander



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Merino Galeano, René Alexander**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La Maternidad Subrogada en el Ámbito Jurídico en el Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 23 días del mes de febrero del año 2021

AUTOR:

f. _____
Merino Galeano, René Alexander

REPORTE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, a sidebar contains document metadata: 'Documento' (TRABAJO DE TITULACION.docx), 'Presentado' (2021-03-05 11:42), 'Presentado por' (victor.granados01@cu.ucsg.edu.ec), 'Recibido' (taryn.almeida.ucsg@analysis.orkund.com), and 'Mensaje' (revisión en urkund). The main area shows a message: '1% de estas 15 páginas, se componen de texto presente en 2 fuentes.' On the right, a 'Lista de fuentes' table lists two sources: 'Marco teórico.docx' and 'Tesis Maternidad Subrogada- Viera y Diaz ENVIAR A URKUND.pdf', both checked. The bottom toolbar includes icons for print, zoom, and navigation, along with buttons for '0 Advertencias', 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

| Categoría | Enlace/nombre de archivo |
|----------------------|--|
| | Marco teórico.docx |
| | Tesis Maternidad Subrogada- Viera y Diaz ENVIAR A URKUND.pdf |
| Fuentes alternativas | |
| Fuentes no usadas | |

TUTOR

f. _____

Ab. Granados Boza, Víctor Aurelio

AUTOR:

f. _____

Merino Galeano, René Alexander

AGRADECIMIENTO

Agradezco en primer lugar a Dios por todas las bendiciones recibidas en mi vida y a lo largo de mi trayectoria estudiantil, a mis padres por el amor, ejemplo, entrega desmedida y los sacrificios hechos durante todo este tiempo, y a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y al cuerpo docente de la carrera de Derecho, por enseñarme a tener pasión por lo que hago y por guiarme durante todo el proceso de aprendizaje que tuve en esta magnífica institución que me ha dotado de todos los conocimientos necesarios para ejercer en el futuro esta digna y honorable profesión de abogado.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi padre y a mi madre que me impulsaron y animaron con fortaleza a seguir esta carrera, de la misma manera a mi hermano y a mi hermana por su apoyo incondicional en los momentos en que más los necesite para seguir adelante. Sus sonrisas y palabras de afecto llenan mi vida de esperanza y valor.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

AB. MARIA ISABEL LYNCH DE NATH, MGS.
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

AB. PAOLA TOSCANINI SEQUEIRA, MGS.
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

AB. MARIA PAULA RAMIREZ VERA, MGS.
OPONENTE

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| RESUMEN (ABSTRACT)..... | XI |
| INTRODUCCIÓN..... | 2 |
| CAPÍTULO I | 4 |
| EL PROBLEMA | 4 |
| 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 4 |
| 1.2. OBJETIVOS..... | 6 |
| 1.3. JUSTIFICACIÓN..... | 6 |
| CAPÍTULO II | 7 |
| MARCO TEÓRICO | 7 |
| 2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN | 7 |
| 2.2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DOCTRINARIA..... | 10 |
| 2.2.1. La Maternidad Subrogada desde el Ámbito Jurídico..... | 10 |
| 2.2.2. Importancia de Regular la Maternidad Subrogada | 11 |
| 2.2.3. Corrientes de Pensamiento Jurídico sobre la Maternidad Subrogada..... | 12 |
| 2.2.4. Avances y Alternativas Jurídicas para Normar la Maternidad Subrogada..... | 13 |
| 2.2.5. La Realidad de la Maternidad Subrogada en el Ecuador | 13 |
| 2.2.6. La Maternidad Subrogada en el Plano Internacional | 15 |
| 2.2.7. Alcance Jurídico del Desarrollo de la Maternidad Subrogada.. | 15 |
| 2.3. MARCO LEGAL | 16 |
| 2.4. DERECHO COMPARADO | 17 |
| 2.4.1. Estados Unidos | 17 |
| 2.4.2. Canadá..... | 18 |
| 2.4.3. Reino Unido | 18 |
| 2.4.4. Portugal..... | 18 |
| 2.4.5. Rusia | 19 |
| 2.4.6. Israel | 19 |
| 2.4.7. Ucrania..... | 20 |
| 2.4.8. Ecuador..... | 20 |

| | |
|---|----|
| 2.5. IDEA A DEFENDER O PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN..... | 21 |
| 2.6. CARACTERIZACIÓN DE VARIABLES | 22 |
| 2.6.1. Variable Independiente | 22 |
| 2.6.2. Variable dependiente | 22 |
| 2.7. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS | 22 |
| CAPÍTULO III | 23 |
| DISEÑO METODOLÓGICO | 23 |
| 3.1. DETERMINACIÓN DE LOS METODOS UTILIZADOS..... | 23 |
| 3.2. MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN..... | 24 |
| CAPÍTULO IV | 24 |
| RESULTADOS..... | 24 |
| 4.1. CONCLUSIONES PRELIMINARES | 24 |
| 4.2. RECOMENDACIONES..... | 25 |
| CAPÍTULO V | 26 |
| PROPUESTA | 26 |
| 5.1. REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA QUE DEBE TENER ECUADOR..... | 26 |
| CONCLUSIÓN | 28 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 30 |

RESUMEN (ABSTRACT)

La Maternidad Subrogada jurídicamente es una técnica mediante la cual una mujer presta su capacidad de gestar a través de un acuerdo, convenio o contrato, para posibilitar que terceras personas que no pueden tener hijos puedan establecer su propia familia, concediendo al final del embarazo mediante una cláusula todos sus derechos sobre la criatura o niño. En el horizonte jurídico global la admisión de esta práctica ha implicado una gran controversia y discusión de criterios sobre el sentido jurídico que se debe emplear en la coyuntura de legislar este asunto, dando circunstancias jurídicas peculiares en cada uno de los estados, en los que se ha comparecido a adaptar normas que lo reglamenten, restrinjan o condicionen. La Maternidad Subrogada legalmente es otro medio más para tener hijos, similar a la adopción de la cual se diferencia una de carácter “Altruista” y otra “Comercial”. En el Ecuador el asunto de la Maternidad Subrogada lleva un largo rato en el abandono jurídico y el no gozar una legislación que lo reglamente está dando pie al desconcierto legal y a que puedan suceder un abanico de situaciones negativas de explotación o de trato injusto. Por ello es primordial examinar la Maternidad Subrogada en el ámbito jurídico general para hallar los mejores preceptos jurídicos y filosóficos que nos permitan crear las normas más idóneas y acordes a nuestra realidad social en pro de los derechos de todas las partes involucradas en este tipo de reproducción asistida y la unificación de varios criterios.

Palabras Claves: Contrato-Familia-Altruista-Normas-Debate-Idóneo

INTRODUCCIÓN

La Maternidad Subrogada en el ámbito jurídico lleva un andar de muchos años que empezó en la década de los 70, justamente en el año de 1976 en el Estado Norteamericano de Michigan, cuando se celebró el primer acuerdo formal documentado de Maternidad Subrogada, desde entonces se ha transformado en método relativamente conocido, a través de la cual cada año se computa que nacen 20.000 niños y niñas en el planeta. En los países donde este modelo de reproducción asistida se halla jurídicamente admitido es observado como un método por el cual una mujer queda embarazada, lleva la gestación a su término, da a luz a una criatura por medio de un contrato para terceras personas, una pareja, quienes se transforman en los progenitores de la criatura. La Maternidad Subrogada se ha convertido en un método alternativo muy importante en la formación de nuevas familias para ciertos casos en los cuales las circunstancias biológicas han sido un obstáculo, implicando un vínculo jurídico de derechos y obligaciones que deben ser protegidos y garantizados entre los sujetos involucrados. Durante los últimos años miles de personas anónimas demandan la aceptación de este método en el marco legal de sus países y la posibilidad de elegir esta opción. En el Ecuador la Maternidad Subrogada ya se avizora en estos tiempos como una solución a la problemática de la esterilidad que enfrenta nuestra población, sumándole a ello el anhelo de muchas personas de convertirse en padres biológicos, es preocupante el vacío legal existente y la poca preocupación del Estado en regular esta situación de desprotección que puede carrear el rompimiento de principios morales, éticos y jurídicos. Ante esta situación de indefensión legal y falta de regulación es importante para nuestra legislación el análisis de los enfoques jurídicos que se llevan a cabo en otros países con jurisprudencia más avanzada respecto a la Maternidad Subrogada para que en el correr del tiempo podamos encontrar las normas jurídicas más idóneas para la realidad jurídica de nuestro país. En primera instancia, Ecuador como un Estado Social de Derechos y Justicia que tiene como tarea primordial garantizar los derechos de las personas, la justicia social y la equidad debe proceder con la aceptación expresa de la Maternidad Subrogada dentro del

marco legal y proporcionar los medios jurídicos necesarios para reivindicar estos derechos a través de medios vinculantes a los que puede recurrir el derecho como lo son los contratos y demás jurisprudencia, a lo cual le debe seguir un conjunto de normas que definan como se deberá llevar a cabo esta práctica y bajo que lineamientos esta deberá responder ante la necesidad de las personas ya que esta puede ser por un carácter netamente voluntario de ayuda a los futuros padres o por un motivo monetario que debe definirse en el plano legal bajo preceptos correctos que salva guarden los intereses de las partes y contengan las respectivas compensaciones que conlleva un proceso de gestación. Si permite la ley acceder a esta práctica médica, deberá ser algo que tenga como base primordial la protección de la madre gestante y el futuro hijo en primer instancia y después el derecho de los futuros padres por medio de los instrumentos legales pertinentes y ante el cumplimiento de requisitos señalados claramente en las normas, esto implicaría dar a la mujer un papel preponderante en la elección de decidir qué hacer con su cuerpo y en la capacidad de goce del ejercicio de su capacidad de gestar, sin contraindicación médica a lo que pueda hacer con su útero y sus óvulos para la fecundación. Esto sin duda marcaría un precedente y un nuevo horizonte en las relaciones y obligaciones jurídicas que se pueden adquirir mediante contratos con la eventual superación de este vacío legal que es importante en la formación de familias a nivel nacional en estos tiempos.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Antecedentes

La expresión de “Maternidad Subrogada” o “Gestación por Sustitución” puede resultar novedosa, especialmente para quienes no conocen a detalle esta técnica de reproducción asistida, aunque puede que el término “Ventre de Alquiler” les resulte más familiar por lo que se ha escuchado en debates y noticias publicadas en prensa durante los últimos años. Este método de reproducción asistida, llamado Maternidad subrogada tiene una cronología que es contemporánea y que ha evolucionado a lo ancho de los recientes 35 años. Los adelantos científicos que han ocurrido en torno a los métodos de reproducción asistida han posibilitado convertir a esta técnica en un procedimiento reproductivo verdadero e innegable. Sin embargo, no se elaboraron leyes concretas con intención de normar los venideros nacimientos mediante Maternidad Subrogada. De forma opuesta, se consolidaron en los tribunales casos beligerantes y polémicos que dieron como resultado un proceso de formación de jurisprudencia que ha logrado hacer evolucionar la legislación. En Estados Unidos “concretamente en California” este país se deslindó del resto de países como pionero en el sector de la Maternidad Subrogada y es en donde se produjeron eventos clave para la realización de la gestación subrogada tal como la entendemos hoy en día. En Europa, aun es reducida la cantidad de países que admiten en su ordenamiento jurídico a la Maternidad Subrogada como un procedimiento legítimo y reglamentado, en Reino Unido es exclusivamente para los habitantes domiciliados, en Bélgica y los Holanda la admiten pese a no contener normas detalladas y en países como Grecia, Portugal y Ucrania está habilitada y reglamentada jurídicamente incluso para los foráneos de otros países.

1.1.2.Descripción del Problema

En el Ecuador el tema de la Maternidad Subrogada en el ámbito jurídico no posee ningún tipo de legislación, ni leyes, ni normas que traten en específico esta cuestión dentro de la sociedad, existiendo un gran vacío legal que se presta para el desarrollo de situaciones negativas que afecten los derechos de las personas involucradas, implicando la vulneración de los derechos de las mujeres, de las familias y los niños, lo cual va en contra de los valores y principios de lucha de un Estado Social de Derechos y Justicia. Por lo tanto, es primordial en base a las legislaciones ya existentes a nivel internacional encontrar la forma más idónea de regular la Maternidad Subrogada en nuestro país, adaptando leyes que vayan acorde a nuestra realidad para consolidar un régimen de normas que garanticen el respeto de los derechos de cada una de las partes.

1.1.3.Formulación y Descripción del Problema

Todos estos hechos nos llevan a plantear el problema central de la investigación en los siguientes términos:

- **¿Cuál sería la forma más idónea de tratar jurídicamente el tema de la Maternidad Subrogada en el Ecuador?**

1.1.4.Preguntas Directrices

- ¿Qué es la Maternidad Subrogada desde el ámbito jurídico?
- ¿Cuál es la importancia de crear leyes que normen la Maternidad Subrogada?
- ¿Cuáles son las diferentes corrientes de pensamiento jurídico que han surgido alrededor del tema de la Maternidad Subrogada?
- ¿Cuáles son los avances y alternativas que se están dando para la aplicación jurídica de leyes que normen la Maternidad Subrogada?
- ¿Cómo se ha tratado el tema de la Maternidad Subrogada desde su aparición en lo jurídico en el Ecuador?

- ¿Como se está tratando la Maternidad Subrogada en el plano internacional en los países que ya existen normas acerca del tema?
- ¿Qué alcance tendrá en lo jurídico el desarrollo de leyes en el tema de la maternidad Subrogada?

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo General

- Ofrecer la forma más idónea de tratar jurídicamente el tema de la Maternidad Subrogada, evidenciando los impactos sociales positivos de la aplicación de esta institución jurídica.

1.2.2. Objetivos Específicos

- Definir que es la Maternidad Subrogada en el Ámbito Jurídico.
- Identificar la importancia de crear normas que regulen la Maternidad Subrogada.
- Explicar las diferentes corrientes de pensamiento jurídico que han surgido alrededor del tema de la Maternidad Subrogada.
- Valorar los avances y alternativas que se están dando para la aplicación jurídica de leyes que normen la Maternidad Subrogada.
- Analizar el desarrollo que ha tenido el tema de la Maternidad Subrogada en el Ecuador.
- Comparar la Maternidad Subrogada en el plano internacional en los países que ya existen normas acerca del tema.
- Diagnosticar el alcance que tendrá en lo jurídico el desarrollo de leyes en el tema de la Maternidad Subrogada.

1.3. JUSTIFICACIÓN

En un Estado Social de Derechos y Justicia como lo es Ecuador las leyes que velan por los ciudadanos y sus derechos deben ser claras, explícitas, sin

vacíos legales, para no dejar espacios para el abuso o el cometimiento de arbitrariedades o excesos que pretendan sorprender al juzgador. Entorno a esta alternativa de reproducción asistida se necesita leyes que marquen los límites en los que estos derechos podrán ser requeridos, por lo tanto, es importante realizar una investigación de la sección legal encargada de regular este tipo de contratación ya que nivel internacional existen valiosos avances legislativos que nos permitirán encontrar las partes que se deben reformar, ampliarse o cambiarse para que se tutelen los derechos de las partes que intervienen en un Contrato de Maternidad Subrogada.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

La maternidad subrogada o gestación subrogada, es también conocida como maternidad suplente y de forma común es reconocida por las personas como vientre sustituto o vientre de alquiler, es el método de reproducción asistida por el cual una mujer permite gestar el hijo de otro individuo, con el motivo de entregárselo a estos futuros padres intencionales. La mujer que presta su disponibilidad e idoneidad de poder gestar es conocida como gestante o gestante subrogada, no obstante, descubriremos que existen publicaciones que hacen uso de concepciones bibliográficas iguales a madre subrogada o sustituta y madre suplente o de alquiler. A los posibles padres resultantes de este método, por otro lado, son conocidos como padres intencionales o comitentes. Es un método que se ejecuta comúnmente a través de la fecundación in vitro dentro de un laboratorio especializado, con la subsiguiente transmisión al útero de la gestante del ovulo fecundado. Los espermatozoides y óvulos empleados son proporcionados por los padres de intención. Si no es posible esta opción, pueden emplearse semen y óvulos de donantes.

Comúnmente, la gestante subrogada durante esta práctica solo tendrá la competencia y atribución de gestar y dar a luz a la criatura. Sin embargo, han ocurrido situaciones (ya casi no ocurre en este tiempo) en los que la gestante incluso proporcionaba el óvulo. Por esto las leyes de la mayoría de los países vetan la opción de que la donante de óvulos y la gestante, en la situación de no poder ser proporcionados por la madre de intención, sean el mismo individuo. En los países en los que las leyes no son específicamente claras sobre este tema, por lo general igualmente se procura impedir esto con el propósito de disminuir el nexo entre la gestante y la futura criatura. Después de dar a luz a la criatura, el niño deberá ser entregado a los padres intencionales, eso significa adjudicar él bebe, a la pareja que expresó su anhelo de traer un hijo a través de esta práctica, lo cual quedo concertado y señalado por medio de un contrato con la gestante por el cual ésta abdicaba y prescindía de todo derecho de maternidad sobre la criatura.

En la Maternidad Subrogada se puede diferenciar dos aspectos primordiales que dependen en características del origen y de la finalidad que tendrá esta que son:

- **Procedencia de los óvulos:** Tradicional o Gestacional
- **Compensación a la gestante:** Comercial o Altruista

Tradicional o gestacional

Prepondera en el aspecto referente a la procedencia de los óvulos, que esta puede suceder dos formas que son: la gestación subrogada en parcial o completa. Siendo la subrogación parcial, lineal o tradicional en esta situación, la que ocurre cuando la gestante es la madre genética o biológica del embrión porque es ella la que provee su propio óvulo mientras que en la subrogación completa, gestacional o total solo implica que la gestante únicamente actuara como tal, sin proveer sus óvulos.

Comercial o altruista

En este aspecto en el que destaca la finalidad con la que se realiza una maternidad subrogada, se identifica dos tipos de practica de subrogación gestacional una que depende de si la gestante recibe compensación económica por prestar su capacidad de gestar y otra en la que no, las cuales son:

- **Gestación Subrogada Comercial:** En este aspecto la gestante percibe una compensación económica por el hecho de prestar su capacidad de gestar como resultado del acuerdo de las partes y en beneficio del servicio prestado y en adicional se le cubren todos los gastos procedentes del estado de embarazo, todo con un carácter mercantil.
- **Gestación Subrogada Altruista:** En este enfoque la gestante no percibe una compensación económica resultante de prestar su capacidad de gestar, más bien solo percibe un reembolso de los gastos procedentes del estado de embarazo como puede ser vestimenta, atenciones médicas, exámenes médicos, alimentación, transporte, y un resto de situaciones particulares producto de la situación.

Ejecutar cualquiera de las opciones de gestación subrogada tiene un claro factor diferenciador entre cada una y es el precio del procedimiento, debido a que una gestación comercial requiere por su carácter mercantil una serie de gasto difíciles de acarrear y ante la necesidad apremiante de una donación de espermatozoides o óvulos puede subir mucho más el precio del procedimiento. Asimismo, el precio de la gestación subrogada puede variar en relación al país donde se vaya efectuar debido a las particularidades propias de cada lugar.

2.2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DOCTRINARIA

2.2.1. La Maternidad Subrogada desde el Ámbito Jurídico

La Maternidad Subrogada desde el ámbito jurídico a significado un paso hacia adelante en cuanto a los protección de los derechos de las personas y el desarrollo del Derecho porque ha promovido la revisión y evolución de los conceptos jurídicos tradicionales para responder a las necesidades de la sociedad actual ante los avances de la ciencia, en especial en el campo de la reproducción de tal manera que se ha dado a la luz nuevos criterios teóricos, prácticos y jurisprudenciales en base a la búsqueda de conceptualizar y definir el tipo de relaciones jurídicas que serán que resultantes de este tipo de reproducción asistida. Ante esto la legislación debe tratar de ser menos rígida y adaptarse para lograr alcanzar la unificación de algunos conceptos jurídicos como lo son la existencia de leyes y principios universales que protejan a la mujer embarazada por su fragilidad en este estado, se garantice su derecho a la integridad y la seguridad y el derecho que tiene la mujer a decidir sobre su cuerpo y la disposición de la utilidad que le puede dar a su capacitante gestante. En los diferentes enfoques analizados sobre la subrogación se distinguen fundamentalmente criterios que contemplan que es una práctica que denota la ejecución de algo que es parte de la libertad individual en cuanto a la decisión de hacerlo y otros que lo conceptualizan como una manera de explotación con la clara referencia e incidencia de factores de condición social rasgos culturales y abolengo. De este tema y otros aspectos el debate ha sido continuo respecto a la situación legal de esta práctica y el resultado en la búsqueda de encontrar una regulación adecuada ha dado como resultado que en el ordenamiento jurídicos de algunos Estados se resuelva normativa que la restrinja totalmente y otros modelo jurídicos que explícitamente la regulan minuciosamente de forma puntual todos los aspectos o una parte, hasta llegar a países que literalmente no tienen ninguna ley acerca del tema que lo admita o lo restrinja viviendo en una laguna legal constante como es el caso de Ecuador. No obstante, existen países en los cuales la Maternidad Subrogada está legitimada jurídicamente en el ordenamiento y las normas y todo el aparato circunstancial alrededor del tema posee leyes jurídicas que lo

normen, también los conceptos son claros al entender que esto es una práctica necesaria para las pareja que no tienen hijos y quieren tener hijos biológico propios rescatando esta opción como un derecho más, y que la mujer tiene decisión sobre su cuerpo mientras no lo ponga en peligro para usar su capacidad gestante ya sea por fin un altruista de ayuda si lo cabe o por las condiciones que lo estime como la posibilidad de hacerlo como un servicio que le genere algún tipo de compensación todo claramente regido por las leyes a través de un contrato como se dio en los años 1970 en Estados Unidos pese a las críticas, diferencia de conceptos y la confrontación de preceptos jurídicos e ideológicos.

2.2.2. Importancia de Regular la Maternidad Subrogada

Es importante regular la Maternidad Subrogada porque en su aplicación está en juego los derechos de muchas personas, de lado y lado, están los derechos de la mujer que presta su capacidad de gestar, los derechos de los padres intencionales en cuyo anhelo se motiva este tipo de reproducción asistida y lo más importante proteger los derechos del recién nacido, que tiene derecho a llegar a este mundo y permanecer con sus legítimos padres. Es entonces aquí donde es importante la existencia de una regulación, para que el Derecho a través de sus conceptos filosóficos y prácticos de base nos ayude a encontrar el camino para normar y reglamentar este tipo acciones. El construir leyes que generen más derechos y que protejan estos mismos es un deber por el cual deben luchar los Estados en beneficio de sus ciudadanos. Por esto el primer garante de estos derechos debe ser el Estado, por lo cual se debe hacer un examen introspectivo por medio de los legisladores para enrumbar las leyes entorno a lo que dicten las necesidades de la ciudadanía en el proceder y la actitud que se tenga por normar este tema reproductivo que implica aspectos de derechos de la mujer, de la familia, de la niñez y de trato correcto hacia la vida de las personas involucradas.

2.2.3. Corrientes de Pensamiento Jurídico sobre la Maternidad

Subrogada

La Maternidad Subrogada como un método reproductivo y una alternativa más para las parejas que sufren de algún tipo de infertilidad, se ha consolidado como una gran oportunidad para que los ciudadanos que anhelan tener hijos biológicos, puedan cumplir este sueño, pero este tema desde su concepción y por todo lo que implica genera polémica y disparidad de criterios ya sea por las diferentes concepciones morales, religiosas, y jurídicas que se tiene o lo que implicaría el debate sobre su aplicación o negación en la sociedad. Para los científicos en el campo medico es una fecundación in vitro normal como las que comúnmente se hacen para algunos casos, pero en el campo jurídico que nos atañe es una práctica que traen consigo el desarrollo de leyes y la confrontación conceptos, que van más allá y que buscan discernir entre los que esta moralmente bien acorde a los estándares de la sociedad.

En la sociedad y en el plano jurídico por las diferencias de criterios que genera la Maternidad Subrogada tanto del lado de las personas que lo aprueban como las que lo rechazan se ha generado dos tipos corrientes de pensamiento jurídico que son:

- Los **defensores de la subrogación de útero** que tienen como estandarte promover esta práctica por concebir que esta jurídicamente regulada no rompería ningún principio moral, más bien promovería los derechos de las personas involucradas, entendiendo que la mujer es libre de decidir sobre su cuerpo bajo las condiciones propicias, lo padres intencionales podrían tener derecho decir sobre su reproducción y a cumplir estos anhelos dentro de los parámetros de la ley y la ética y que los niños producto de este método reproductivo tengan su derechos plenamente garantizados.
- Los **detractores de la subrogación de útero** que rechazan esta concepción a nivel jurídico y moral por concebir que la aprobación de un método como este por la forma como es y como está planteado solo contribuiría a la concepción de establecer a los niños y a la mujer como

objetos que en el caso de la mujer podría verse sometida a una explotación por su capacidad de gestar y a otro sin número de cuestiones negativas.

2.2.4. Avances y Alternativas Jurídicas para Normar la Maternidad

Subrogada

Las iniciativas jurídicas y legislativas más avanzadas que contemplan a la Maternidad Subrogada y los contratos de este tipo, tienen como base que esta sea dirigida o apta para un modelo de familia en particular, que sea aplicada cuando exista una razón médica que impida el embarazo o se trate de un caso de esterilidad estructural. Las partes deberán someterse a pruebas médicas y psicológicas, de las que se derivará, en el caso de la gestante, un informe de los servicios sociales para determinar su idoneidad. Estas son algunas de las condiciones en las que existe una tendencia unánime y bajo las que se permite la Maternidad Subrogada en algunos países:

- Debe ser un proceso en el que no hay cabida para intermediarios.
- La madre gestante que prestara su capacidad de embarazo y la donante del ovulo no pueden ser la misma persona.
- Sea apta para un modelo particular de familias, con prioridad para las parejas nacionales o radicados en el país.
- Las candidatas a gestante deben tener como mínimo 21 años y máximo hasta 35 años.
- La gestante no tiene ningún tipo de derecho legal sobre el bebé.
- La existencia de un contrato o de una sentencia que de constancia del acuerdo entre las ambas partes.

2.2.5. La Realidad de la Maternidad Subrogada en el Ecuador

En el Ecuador el Ministerio de Salud Pública por medio del análisis recopilatorio de información que realizó durante todos estos años la Comisión Nacional de Bioética en Salud estableció que a nivel nacional se llevan realizando procesos de Maternidad Subrogada a partir del año 1993 y que

todo este tiempo ha venido ocurriendo esta práctica sin ningún tipo de reglamentación jurídica, siendo este el eje primordial de la preocupación de la sociedad, el existir un gran vacío legal entorno a esta cuestión, el haber una legislación deficiente y despreocupada que no señala si permite su práctica o la prohíbe radicalmente, haciendo que tampoco se establezca límites para regularla. Aquí hay una realidad palpable y es que la Maternidad Subrogada conocida popularmente como “alquiler de vientres” está ocurriendo dentro del país y quien sabe alrededor de que circunstancias para la madre gestante, para los padres intencionales y para los bebés. Esta situación que existe por ahora sin normas y jurisprudencia al respecto puede decantar en el crecimiento de hechos delictivos que perjudiquen los derechos de las personas involucradas y que generen desconcierto en las personas por que sin leyes que manden y prohíban como se resguardaran y garantizaran los derechos de los ciudadanos. El Ecuador como un Estado Social de Derechos y Justicia, en este momento al no responder antes las necesidades de sus ciudadanos no está cumpliendo con su deber ante la sociedad, está rompiendo con lineamientos que establece su personalidad jurídica, política y de gobierno de ser un Estado de Justicia, porque justicia es velar por los derechos y asimos dar una respuesta al ciudadano ante una cuestión de vital importancia ya sea para prohibirlo, limitarlo o aceptarlo legalmente. La Maternidad Subrogada siempre será un tema muy amplio porque nos lleva redefinir conceptos ya preestablecidos, tradicionales y conservadores sobre nuestra sociedad, como el valor del ser humano ante los demás y que derechos le corresponden, en este dilema se establece la necesidad de evolucionar las leyes, tenemos que mirar los que tenemos y cambiar el enfoque existente respecto la maternidad, la paternidad, la familia y el derecho de las mujeres. Es claro que no se puede evitar dentro de esta polémica el enfrentamiento entre criterios nacidos de concepciones nacionales, sociales, religiosas, médicas y legales porque es parte del desarrollo de un cuerpo legal y de crear nueva jurisprudencia entorno a la discusión y planteamiento razonable de las respuesta a las disputas para alcanzar los cambios que se deben hacer, porque el problema principal, es el no cambiar y hacer la vista a otro lado en nuestro país ante los temas que requieren leyes y requieren justicia social. La reglamentación jurídica que tenemos no tiene un apartado

legal que trate el tema, y la falta de motivación investigativa ha hecho que se entorpezca la posibilidad de encontrar soluciones, como hemos señalado en la investigación sobre los efectos que se derivan de no tener una legislación en el país que trate de fondo la Maternidad Subrogada.

2.2.6. La Maternidad Subrogada en el Plano Internacional

La Maternidad Subrogada es observada como una práctica éticamente polémica en lo social y jurídico alrededor del mundo, no está admitida en todos los países, pero hay que discernir que en las sociedades más avanzadas está presente y es legal ya sea de una forma total con todas sus variantes o de una forma parcial netamente para los ciudadanos residentes. Existen países en los cuales la regulación de la Maternidad Subrogada es flexible como es el caso de Estados Unidos, Ucrania y Rusia que dan todas las facilidades legales con un proceso claro en el que se da solución a todos los vínculos jurídicos que se puede generar al realizar esta práctica de reproducción asistida y evitar abusos. En cuanto a otras formas de regulación podemos observar que otros países jurídicamente son más rígidos en lo legal como es el caso de Canadá, Portugal e Israel en los cuales se permite y se requiere un proceder legal largo con muchos trámites y requerimientos para asegurar que las personas que lo realicen lo hagan por los motivos correctos y otros países que simplemente lo prohíben como es el caso de Alemania, España y Francia lo cual ocasiona que las personas escoja como alternativa viajar a otros país con regulación más flexible o que no poseen ninguna regulación para realizar esta práctica encareciendo altamente el proceso, provocando que puedan caer en redes de personas inescrupulosas y generando un gran malestar en las personas residentes de estos países porque no sería accesible para todos.

2.2.7. Alcance Jurídico del Desarrollo de la Maternidad Subrogada

La regulación de la Maternidad Subrogada no debe apoyarse solamente de sus propias concepciones sino también de un modelo de gobierno que en espíritu acompañe la motivación de esta regulación para que exista la apertura al debate y a la creación de normas jurídicas, un ejemplo de esto es el Estado

Social de Derechos y Justicia cuya operación activa puede ser un gran complemento en la búsqueda de defender a las personas, familias y a la sociedad del problema más grave y preocupante que es la no regulación y el potencial riesgo de comercialización humana que esta práctica supondría sino hay leyes que protejan los derechos de las personas involucradas, la mujer que presta su capacidad de gestar, el bebe que motiva esta práctica y las ilusiones de los padres intencionales a través de las cuales se definió el contrato sobre la potestad de la criatura. Entendiendo la existencia de los diferentes tipos alquiler de vientres que existen, así como las situaciones en las que una mujer puede conseguir gestar una criatura hay que crear leyes y reducir al mínimo la relación parental entre la criatura y la gestante. En los Estados en los cuales esta práctica se ve como un delito la acción de que las mujeres gesten por su propia cuenta para otros, es evidente que ha generado alrededor de esta práctica al no haber una solución una especie de mercado negro, dificultando aún más la situación porque se crean a nivel internacional redes que comercian con esta situación llegando incluso a crear agencias para contactar a los padres en un mercado global alrededor de la situación por esto el alcance que tiene una regulación sobre la Maternidad Subrogada es mucho mayor de lo que se piensa porque protege no solo a los ciudadanos nacionales de estas redes sino a personas de otros país y en si contribuiría a que se respeten los derechos universales de la personas y debe ser una motivación para el Estado enfrentar esta problemática con soluciones legales para aclarar el tema y dar un cambio y evolución a las leyes que se adapten a los cambio de esta época.

2.3. MARCO LEGAL

Dentro de un Estado Social de Derechos y Justicia deben ser requisitos de validez del Contrato de Maternidad Subrogada las mismas condiciones que las de los otros contratos por lo tanto para la existencia de un acto jurídico como este es necesario el cumplimiento de algunos requisitos de forma para darle vida a este derecho por medio de la voluntad de las partes, la causa, las solemnidades y el objeto. A la vez serán estipulaciones de validez todas que, si bien pueden faltar en el acto jurídico del contrato, su presencia le dé una

existencia clara y firme. Sin embargo, hay que señalar que la ausencia de algún requisito de validez no obstaculiza la existencia de un acto jurídico, pero si lo puede llegar a anular o viciar el proceso.

2.4. DERECHO COMPARADO

2.4.1. Estados Unidos

Estados Unidos es un país muy liberal y más allá de las discrepancias que puedan existir entre los Estados que lo componen posibilita dentro de su territorio la realización de todos los modelos de Maternidad Subrogada como lo son la de tipo total y la parcial y en cuanto a la compensación permite las dos modalidades la altruista y la comercial. En cuanto al género sexual de las personas y las parejas que solicitan la ejecución de una práctica de Maternidad Subrogada admite esta posibilidad para todo tipo de pareja o persona sea esta heterosexual o homosexual. En este país se admite la Maternidad Subrogada de una forma bien reglamentada jurídicamente sin muchas trabas por medio de la ley expresa y la jurisprudencia, pero no en ciertos Estados. Comúnmente en Estados Unidos ocurren procesos de Maternidad Subrogada y las más practicada es la subrogación total en la cual la madre solo se encarga de llevar el embarazo y no aporta su ovulo, sino que lo aportan los padres intencionales. Realizar un proceso de Maternidad Subrogada en Estados Unidos de manera general siempre estará sujeto dos lineamientos jurídicos que son: la pre-birth order y la post-birth order. La ejecución de estas normas tiene como finalidad:

- Garantizar a los padres intencionales que al término de la gestación serán quienes figuren como padres legales del recién nacido en estos contratos Maternidad Subrogada.
- Eliminar todo derecho u obligación parental que pueda tener la madre gestante y su conviviente o esposo con la criatura.

2.4.2. Canadá

La Maternidad Subrogada en Canadá esta admitida para todo tipo de parejas y está regulada por el Ministerio de Salud, pero solo puede ser realizada con un objetivo altruista. La gestante que participe en esta práctica no obtendrá ningún beneficio económico adicional producto de llevar el embarazo, solo recibirá una compensación para cubrir gastos que generen el propio embarazo al inicio, durante y después, los responsables de este desembolso serán los padres intencionales. Estas son algunas de las condiciones bajo las que se permite la gestación subrogada en el país norteamericano: es un proceso en el que no hay cabida para intermediarios o publicidad, es apta para todos los modelos de familia, incluyendo a padres de intención extranjeros, las candidatas a gestante deben tener como mínimo 21 años, la gestante no tiene ningún tipo de derecho legal sobre el bebé y todo el proceso debe darse bajo la existencia de una sentencia judicial que permite el acuerdo entre ambas partes.

2.4.3. Reino Unido

La Maternidad Subrogada es legal y solo será altruista en el Reino Unido según lo establecido en la Surrogacy Arrangements Act 1985. El problema con el que se encuentran muchos de los futuros padres británicos cuando optan por esta técnica es que, según la legislación del Reino Unido, la gestante es considerada la madre legal en todos los términos. Para convertirse en los padres legales, debes solicitar una solicitud de paternidad, un proceso que puede llegar a ser legalmente complicado.

2.4.4. Portugal

La Maternidad Subrogada se realiza únicamente de forma altruista, se admite para residentes y extranjeros, pero requiere la autorización del CNPMA (Consejo Nacional para la Procreación con Asistencia Médica) y del criterio previo que realice sobre el caso la Orden de los Médicos. La ley de Maternidad Subrogada en Portugal exige que la madre comitente, debe acreditar con

certificado médico que no tiene útero, o que fruto de problemas médicos, su útero no podrá gestar un bebé. La ley no hace mención a otras posibles razones. En la legislación de este país, solo se permite iniciar procesos de Maternidad Subrogada a parejas heterosexuales o lesbianas casadas o no y en caso de madres solteras solo impide realizar el proceso en aquellos países que no expiden sentencia judicial.

2.4.5. Rusia

Rusia es un país donde está regulada la Maternidad Subrogada de forma mercantil y solo se aplica el modelo gestación subrogada total. Según su legislación, se permite realizar procesos de Maternidad Subrogada tanto a parejas heterosexuales casadas o no, como a mujeres solteras. Si bien la legislación rusa no prevé que los varones solteros puedan realizar procesos de gestación subrogada en Rusia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Ruso otorga desde hace muchos años, el derecho a los padres solteros a inscribir sus hijos nacidos por Maternidad Subrogada en Rusia, por lo que éstos se inscriben de forma pacífica. Lo cual a convertido a este país en un destino a la hora de realizar un proceso de Maternidad Subrogada.

2.4.6. Israel

En Israel, la Gestación o Maternidad Subrogada, mal llamada vientre de alquiler, es legal solo para parejas heterosexuales que sean residentes habituales en el país. Está permitido, de acuerdo con la Ley 5756, compensar económicamente a la gestante, aunque no es obligatorio. Los derechos reproductivos y el modo de proceder en este ámbito dependen en gran medida de la ley judía. Por esta razón, uno de los requisitos principales es que tanto padres de intención como gestante subrogada compartan la misma religión con el objetivo de prevenir desacuerdos por razones religiosas. Asimismo, el semen empleado debe ser el del padre de intención o, de lo contrario, el niño se consideraría ilegítimo. Ello excluye la posibilidad de recurrir a la doble donación de gametos.

2.4.7. Ucrania

La legislación sobre Maternidad Subrogada en Ucrania es una de las más liberales en el mundo en este tipo de procesos admitiendo la modalidad de tipo comercial sin restricciones y permitiendo las técnicas de gestación por sustitución para todos los ciudadanos del mundo, pero bajo el siguiente direccionamiento, que será solo para parejas heterosexuales casadas ante una imposibilidad médica y que por lo menos uno de los dos padres intencionales debe proporcionar su carga genética. La ley en Ucrania define perfectamente cuales son los requisitos para iniciar un proceso de este tipo, garantizando así su total legalidad. La gestación por sustitución es absolutamente legal en Ucrania, pues así lo permiten las disposiciones del Ministerio de Salud y el Código de Familia dentro de su ordenamiento jurídico. De tal forma que, en su Código de Familia, artículo 123.2 se detalla que “si el embrión de una pareja es concebido a través de la práctica de un método de reproducción asistida al transferirlo al cuerpo de otra mujer los padres de la criatura serán la pareja”. Por lo cual con la aprobación de la gestante en la partida de nacimiento constará directamente el nombre de los padres intencionales.

2.4.8. Ecuador

Ecuador pese a ser un Estado Social de Derechos y Justicia jurídicamente ha tenido en el olvido el tema de la Maternidad Subrogada, ya que en el país no existen leyes específicas que regulen esta práctica atravesándose un panorama de vacío legal al mismo tiempo que esta práctica de reproducción asistida ocurre en quien sabe qué tipo de condiciones. Los intentos y esfuerzos por conseguir leyes que normen la Maternidad Subrogada han sido pocos e infructuosos respecto a las necesidades imperantes de la sociedad y esto queda al descubierto cuando vemos hacia al pasado y analizamos que hubieron intentos por desarrollar algún tipo de regulación como en el año 2000 cuando por medio del Proyecto de Ley del Código de Familia se buscaba colocar en este cuerpo legal la referencia de que si una mujer prestaba su capacidad de gestar en un proceso de este tipo no sería forzada a entregar a

la criatura y se le concedía la potestad de decidir si cumplía o no con el acuerdo o compromiso que la motivo a esta práctica pero este intento no logró consolidarse. Años después se buscó ya en el 2020 poniendo a debate el proyecto de Código Orgánico de la Salud legitimar por lo menos la realización de prácticas de reproducción humana asistida con el Artículo 189 que podría dar pie a una futura regulación colocando que este tipo de técnicas podrían hacerse dentro del país y que estarían sujetas a una reglamentación proporcionada por la Autoridad Sanitaria Nacional para acceder a su realización y que se prohibía todo tipo de prestaciones de carácter comercial entorno a su práctica desmarcando claramente a la Maternidad Subrogada en el Ecuador de una actividad con fines comerciales, abrazando en espíritu un modelo de tipo altruista. Lastimosamente en una rueda de prensa de 25 minutos, el Gobierno de Lenin Moreno anunció el viernes 25 de septiembre del 2020 el veto total al Código Orgánico de la Salud para que sea discutido en el siguiente periodo presidencial. El proyecto fue aprobado por el Legislativo el 25 de agosto del año pasado, luego de ocho años de discusiones. Así, los 405 artículos de la propuesta pasaron al congelador hasta el 25 de septiembre del 2021 pues la Constitución señala que una objeción total del Primer Mandatario únicamente puede ser revisada y ratificada luego de un año, con el voto de las dos terceras partes del Pleno de la Asamblea. Lo anterior implica que ni este Gobierno ni el actual Legislativo podrán volver a trabajar en el Código Orgánico de la Salud y que serán las nuevas autoridades que se posesionarán en el mes de mayo del 2021 año quienes asumirán esa responsabilidad.

2.5. IDEA A DEFENDER O PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

El vacío legal existente en un Estado Social de Derechos y Justicia como Ecuador respecto al tema de la Maternidad Subrogada y los avances legislativos a nivel internacional de otros países nos lleva a preguntarnos lo siguiente:

- **¿Cuál sería la forma más idónea de tratar jurídicamente el tema de la Maternidad Subrogada en el Ecuador?**

2.6. CARACTERIZACIÓN DE VARIABLES

2.6.1. Variable Independiente

- Vacío Legal

2.6.2. Variable dependiente

- Normas que Regulen la Maternidad Subrogada

2.7. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

- **Bioética.** - Es la rama de la ética dedicada a promover los principios para la conducta más apropiada del ser humano con respecto a la vida, tanto de la vida humana como del resto de seres vivos, así como al ambiente en el que pueden darse condiciones aceptables para la misma.
- **Gestante.** - Persona que lleva en el útero un embrión fecundado o un feto.
- **Padres Intencionales.** - La pareja o las personas que pretende tener un hijo pero que por alguna razón propia de sí mismos no puede llevar a término el proceso de embarazo y requiere del accionar de otra persona que lo pueda gestar.
- **Embrión.** - El embrión es la etapa inicial del desarrollo de un ser vivo mientras se encuentra en el útero de la hembra. En el caso específico del ser humano, el término se aplica hasta la undécima semana desde la concepción.
- **Fecundación In Vitro.** - Es un proceso que ocurre en un laboratorio especializado para consolidar la unión del óvulo y el espermatozoide para un fin reproductivo.
- **Vetar.** - Prohibir o impedir que una cosa se haga.

CAPÍTULO III

DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. DETERMINACIÓN DE LOS METODOS UTILIZADOS

3.1.1. Metodología

Para el desarrollo de esta investigación cualitativa sobre la problemática que gira en torno a la Maternidad Subrogada en el Ámbito Jurídico en el Ecuador y para determinar las conclusiones a las interrogantes del presente trabajo investigativo se ha aplicado y utilizado los siguientes métodos:

- a) **Hipotético-Deductivo:** Mediante su aplicación se observó y delimito las nociones conceptuales de la realidad existente sobre la Maternidad Subrogada como institución del derecho, para luego, una vez trazadas estas concepciones desarrollar una hipótesis para explicar dicho fenómeno y la concepción de esta figura en el régimen ecuatoriano en justa relación con la jurisprudencia extranjera, la deducción de consecuencias, proposiciones de la propia hipótesis y la comprobación de la verdad de los enunciados deducidos comparados con la experiencia de otros países.
- b) **Exegético:** Su aplicación permitió en el estudio detenido de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia que se ha expedido en el ámbito de la Maternidad Subrogada a nivel nacional e internacional, descubrir la intención de los legisladores y el sentido de las palabras que componen dichas leyes y normas.
- c) **Jurídico-Dialectico:** En la investigación su aplicación fue vital para comprender el tema, sintetizar diferentes argumentos e ideas que se contraponían entorno al debate y solventar las ideas principales o

conceptos que se presentaron como tesis en el presente trabajo investigativo.

d) Histórico-Comparado: Teniendo en cuenta el carácter multidimensional y sistemático que distingue al derecho, la aplicación de este método fue fundamental para realizar un análisis sistemático-conceptual de los elementos, factores y otros caracteres de las normativas a nivel global en comparación con la normativa ecuatoriana, el reconocimiento de los supuestos y los ámbitos de aplicación de la figura jurídica frente a la realidad económica, política y social dentro del orden procesal del país.

3.2. MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

La modalidad aplicada a la presente investigación es cualitativa y bibliográfica porque se apoya en la información recopilada en libros, internet y documentos jurídicos para proceder al análisis, estudio y revisión de los comentarios y críticas publicadas en torno al foco central de la investigación.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. CONCLUSIONES PRELIMINARES

El presente trabajo ha dado la coyuntura para entender el contenido jurídico y normativo que regulan hoy la Maternidad Subrogada en los países jurídicamente más avanzados y pioneros en esta problemática, es por eso que como conclusiones preliminares señalaré lo siguiente:

- La Maternidad Subrogada se está convirtiendo en un método alternativo de procreación muy importante en el desarrollo de nuevas familias que atañe un vínculo jurídico de derechos y obligaciones que deben ser

protegidos y garantizados entre los sujetos involucrados a través de los lineamientos de Derecho y Justicia.

- Definir y analizar la Maternidad Subrogada en el plano jurídico general nos dará las mejores perspectivas y compendio de preceptos jurídicos y filosóficos para encontrar las claves para regular el tema de la Maternidad Subrogada en el marco legal jurídico del Estado Social de Derechos y Justicia de nuestro país en pro de los derechos de las partes y la unificación de algunos conceptos.
- La sociedad ecuatoriana por medio del Derecho puede generar los avances necesarios para reglamentar la Maternidad Subrogada, pero esto requiere la motivación y el impulso del Estado, para que a través de la discusión y el debate público se pueda generar el desarrollo de estas leyes.
- En lo que respecta a la regulación de la Maternidad Subrogada, el Ecuador como un Estado Social de Derechos y Justicia tiene que escoger un modelo normativo más flexible en el Código Orgánico de la Salud que acepte la vertiente jurídica de países como Estados Unidos, Canadá y Portugal pero extrayendo los mejores preceptos jurídicos entorno a los Contratos de Maternidad Subrogada y escoger en esencia un enfoque altruista, consolidando un proceso que lleve un seguimiento riguroso similar al de una adopción, pero con sus formalismos y características propias.

4.2. RECOMENDACIONES

- Obedeciendo a lo que la investigación arroja podemos entender que dentro de un Estado Social de Derechos y Justicia es inconcebible el hecho de no tener una legislación que regule la Maternidad Subrogada en el Ecuador y que reivindique los derechos de las personas que lo reclaman, por ello la recomendación es realizar la correspondiente reforma legal basándonos en las mejores experiencias jurídicas a nivel internacional.

- Concretamente se recomienda que se debe realizar una reforma en lo referente a los vínculos jurídicos que tendrán tanto los padres intencionales como la persona gestante para que no sean víctimas de la mala fe de personas inescrupulosas que se podrían aprovechar del vacío legal que deja las normas.
- Es necesario fomentar la colaboración de las personas encargadas de legislar con el fin de recomendar que se reforme el Código de Orgánico de la Salud en el sentido anteriormente explicado ya que este aspecto se ha quedado olvidado por parte de los legisladores y el poder ejecutivo que no han tomado en cuenta que podría suceder.

CAPÍTULO V

PROPUESTA

5.1. REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA QUE DEBE TENER ECUADOR

Ecuador es un país muy contrastante en cuanto a su ideología, pero bajo los lineamientos estructurales que lo componen como un Estado Social de Derechos y Justicia, debe ante los tiempos venideros en materia de reproducción, filiación y familia en el ámbito jurídico girar las tornas de la jurisprudencia ecuatoriana en torno a la aprobación de la Maternidad Subrogada y la creación de normas que aclaren el panorama legal de esta situación.

Por ello como primer punto a la ley ecuatoriana le corresponde “Aprobar” el proyecto de Código Orgánico de la Salud que se venía debatiendo y que se quedó en el congelador por el veto del presidente Lenin Moreno, que traía consigo la legitimación y la legalidad de la Reproducción Asistida en el Ecuador, en cuyos parámetros se encuentra la Maternidad Subrogada.

Consecuentemente con este proyecto de ley de la Salud que versa en uno de sus apartados sobre la situación de la reproducción asistida y sus diferentes métodos entendiéndose como uno de ellos a la Maternidad Subrogada, estos quedarían bajo el cumplimiento de principios bioéticos universales, normas, requisitos y regulaciones determinados que serían dados por la Autoridad Sanitaria Nacional, incluyendo los parámetros que atañen el acceso a estos métodos. Es aquí que bajo las experiencias internacionales podríamos encontrar un direccionamiento adicional de hacia dónde debe ir la Maternidad Subrogada, que es lo que faltaría y que jurisprudencias podrían complementar esta regulación en favor de la población y sus derechos.

Todo esto constituirá un gran paso para sentar las bases de las normas que regularían de una forma más detallada el tema de la Maternidad Subrogada. Dentro de la jurisprudencia y ante el espíritu de la ley que se estuvo debatiendo en el 2020 el Ecuador debe adoptar un modelo de Maternidad Subrogada que sea del tipo altruista con una reglamentación flexible para evitar la comercialización a gran escala de la capacidad gestante de la mujer y la cosificación del bebe, siendo conservadores alrededor de esta situación se debería complementar en el mismo Código Orgánico de la Salud y en el Código Civil con los siguientes puntos:

- La Maternidad Subrogada sea solo para parejas heterosexuales casadas que sean residentes habituales en el país.
- El proceso de Maternidad Subrogada requiera de una solicitud y formalismos ante una Autoridad Sanitaria Nacional.
- El vínculo jurídico y las prestaciones de las partes quede respaldado por un contrato de Maternidad Subrogada.
- Tiene que ser un proceso en el que no existan intermediarios.
- La madre gestante que prestara su capacidad de embarazo y la donante del ovulo no pueden ser la misma persona.
- Las candidatas a gestantes deben tener como mínimo 21 años y máximo 35 años.
- La gestante no tiene ningún tipo de derecho legal sobre la criatura.

- Las instituciones que proporcionen estos servicios de salud tendrán la responsabilidad de contar con protocolos expresos de autorización informada.
- Prohibir explícitamente las compensaciones económicas de cualquier forma a cambio de la donación de embriones, células sexuales o la subrogación del vientre, exceptuando las compensaciones dirigidas al pago de los gastos que se producen durante el embarazo y el parto.
- La madre intencional debe acreditar con certificado médico que no tiene útero, o que fruto de problemas médicos, su útero no podrá gestar un bebé.

CONCLUSIÓN

La Maternidad Subrogada en un Estado Social de Derechos y Justicia como Ecuador se afianzará con la legitimación y legalización expresa de la “reproducción asistida” que sentará la base y el camino para construir una regulación entorno a este tema. Es por ello que para definir la regulación más idónea para nuestro país es necesario primero cimentar los principios y valores bajo los que estará sometida la Maternidad Subrogada. Ante el espíritu y cuerpo legal que entro en debate por este tema en la asamblea en 2020, es claro que la regulación más idónea, es una de tipo conservadora, altruista y flexible porque este procedimiento no debe ser visto como un producto que estará sometido a las leyes del mercado sino como una herramienta de la sociedad en servicio de los ciudadanos y sus derechos, ya que este procedimiento de reproducción asista está dirigida a aquellas parejas que por razones de infertilidad no están en la capacidad tener hijos, pero que tienen el anhelo traer al mundo hijos biológicos y descartan la adopción. Dentro de esta regulación de Maternidad Subrogada del tipo altruista que se expuso en la propuesta y que podría llegarse a aplicar se recogió muchos de los mejores puntos jurisprudenciales que llevan a cabo países más avanzados jurídicamente en el tema y que están acorde a nuestra realidad social y que complementarían muy bien una posible regulación en el Ecuador. De estos puntos los que más destaco son: establecer una edad mínima y máxima para la gestante, que sean para parejas heterosexuales residentes, prohibir

retribuciones económicas de carácter comercial sobre el proceso de Maternidad Subrogada, el respaldo legal de un contrato de Maternidad Subrogada, la aclaración expresa de los vínculos filiales de las que partes que intervengan en el proceso y que se eviten intermediarios. Por todo esto concluyo que antes los avances de la tecnología y la reproducción, el carácter que debe tomar el Estado y las leyes ante estos procedimientos como la Maternidad Subrogada es de adoptar un modelo altruista ya que estas son herramientas al servicio de los ciudadanos que deben otorgar más derechos y más libertades en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila, C. (2017). *Cardenos de Derecho Actual*. Obtenido de <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/articloe/view/101>
- Berenguer, M. (24 de Octubre de 2013). *Elderecho*. Obtenido de <https://elderecho.com/la-maternidad-subrogada-un-caso-practico>
- Ciri3n, A. (17 de Julio de 2018). *Dialnet*. Obtenido de <http://dialnetdialnet.unirioja.es/>: <http://dialnetdialnet.unirioja.es/>
- Cueva, D. (5 de Diciembre de 2014). *Dspace*. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2811>
- Delgado, A. (Septiembre de 2019). *Pirhua*. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4247/DER_156.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Gelfand, V. (31 de Mayo de 2019). *ACNUDH*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Children/Pages/ChildrenBornSurrogacyArrangements.aspx>
- Moseby, M. (10 de Diciembre de 2020). *Wikipedia*. Obtenido de [https://es.wikipedia.org/wiki/Vientre_de_alquiler_\(pr%C3%A1ctica\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Vientre_de_alquiler_(pr%C3%A1ctica))
- Pacheco, V. M. (2 de Febrero de 2018). *Ministerio de Salud P3blica*. Obtenido de <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>
- Perez, G. (2 de Octubre de 2013). *Scielo*. Obtenido de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572014000100012
- Ruiz, A. (9 de Junio de 2015). *Core*. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/193246052.pdf>



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Merino Galeano, René Alexander**, con C.C: # **2101168397** autor del trabajo de titulación: **La Maternidad Subrogada en el Ámbito Jurídico en el Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, a los 23 días del mes de febrero del año 2021

f. _____

Nombre: Merino Galeano, René Alexander

C.C: 2101168397



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

| | | | |
|--|--|---|----|
| TEMA Y SUBTEMA: | La Maternidad Subrogada en el Ámbito Jurídico en el Ecuador | | |
| AUTOR(ES) | René Alexander, Merino Galeano | | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES) | Ab. Víctor Aurelio, Granados Boza | | |
| INSTITUCIÓN: | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil | | |
| FACULTAD: | Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas | | |
| CARRERA: | Derecho | | |
| TÍTULO OBTENIDO: | Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador | | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | 23 de febrero de 2021 | No. DE PÁGINAS: | 30 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | Familia-Ley-Salud | | |
| PALABRAS CLAVES/KEYWORDS: | Contrato-Familia-Altruista-Normas-Debate-Idóneo | | |
| RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): | <p>La Maternidad Subrogada jurídicamente es una técnica mediante la cual una mujer presta su capacidad de gestar a través de un acuerdo, convenio o contrato, para posibilitar que terceras personas que no pueden tener hijos puedan establecer su propia familia, concediendo al final del embarazo mediante una cláusula todos sus derechos sobre la criatura o niño. En el horizonte jurídico global la admisión de esta práctica ha implicado una gran controversia y discusión de criterios sobre el sentido jurídico que se debe emplear en la coyuntura de legislar este asunto, dando circunstancias jurídicas peculiares en cada uno de los estados, en los que se ha comparecido a adaptar normas que lo reglamenten, restrinjan o condicionen. La Maternidad Subrogada legalmente es otro medio más para tener hijos, similar a la adopción de la cual se diferencia una de carácter "Altruista" y otra "Comercial". En el Ecuador el asunto de la Maternidad Subrogada lleva un largo rato en el abandono jurídico y el no gozar una legislación que lo reglamente está dando pie al desconcierto legal y a que puedan suceder un abanico de situaciones negativas de explotación o de trato injusto. Por ello es primordial examinar la Maternidad Subrogada en el ámbito jurídico general para hallar los mejores preceptos jurídicos y filosóficos que nos permitan crear las normas más idóneas y acordes a nuestra realidad social en pro de los derechos de todas las partes involucradas en este tipo de reproducción asistida y la unificación de varios criterios.</p> | | |
| ADJUNTO PDF: | <input checked="" type="checkbox"/> SI | <input type="checkbox"/> NO | |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: | Teléfono: +593-4-2832750 | E-mail: rene_merino081993@yahoo.es | |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):: | Nombre: Ab. Toscanini Sequeira Paola María, Msc. | | |
| | Teléfono: +593-999570394 | | |
| | E-mail: paola.toscanini@cu.ucsg.edu.ec paolats77@icloud.com | | |
| SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA | | | |
| Nº. DE REGISTRO (en base a datos): | | | |
| Nº. DE CLASIFICACIÓN: | | | |
| DIRECCIÓN URL (tesis en la web): | | | |