



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE
DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

CARRERA DE DERECHO

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA**

**TEMA: INEXISTENCIA DE UNA NORMATIVA DE MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL ECUADOR**

TUTOR:

ABG. MARÍA ELENA GARCÍA LARA MSC.

AUTOR:

RAFAEL ANDRES CARRIEL LOPEZ

GUAYAQUIL

2021



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS			
TÍTULO Y SUBTÍTULO: Inexistencia de una normativa de maternidad subrogada en el Ecuador			
AUTOR/ES: Rafael Andrés Carriel López		REVISORES O TUTORES: ABG. María Elena García Lara MSc.	
INSTITUCIÓN: Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil		Grado obtenido: Abogado	
FACULTAD: Ciencias Sociales y Derecho		CARRERA: Derecho	
FECHA DE PUBLICACIÓN: 2021		N. DE PÁGS.: 80	
ÁREAS TEMÁTICAS: Derecho			
PALABRAS CLAVES: Derechos Humanos, Derechos Reproductivos, Planificación de la Familia, Reproducción Humana			
RESUMEN: El estudio se planteó la necesidad de una normativa para regular los procesos de maternidad subrogada en el Estado ecuatoriano, que permita dar garantía a los niños concebidos a través de esta vía, como para los padres que requieren contratar este tipo de maternidad, desde el instante de la concepción nacimiento y posterior vinculación familiar. La metodología para llevar a cabo el estudio es de tipo mixta en la que se combinaron métodos cualitativos como cuantitativos, bajo el nivel descriptivo, analítico y sintético. Se hizo una investigación documental en la que se analizaron algunos estudios y casos sobre otros países que tratan la maternidad subrogada, se aplicaron entrevistas a dos expertos, y 375 encuestas a abogados independientes de Guayaquil. Los resultados de la investigación develaron que, en primera instancia, el 85% de los encuestados estarían de acuerdo con la maternidad subrogada, considerándola como una alternativa para tener hijos, posición apoyada por los entrevistados. De igual forma, se consiguió que en Ecuador no existe una norma que regule la maternidad subrogada, de manera que se está ante un vacío, Se concluye que en general, esta es vista de forma positiva en el contexto ecuatoriano, y se considera una alternativa viable para que pareja tengan hijos. Sin embargo, se considera un imperativo la creación de una norma que regule esta materia, para resolver y responder ante los posibles conflictos originados producto de estos embarazos.			
N. DE REGISTRO (en base de datos):		N. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			
ADJUNTO PDF:	SI	<input checked="" type="checkbox"/>	NO
CONTACTO CON AUTOR/ES: Rafael Andrés Carriel López	Teléfono: 0991353858		E-mail: Rafael_carriel0496@hotmail.com
CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN:	Mg. Diana Almeida Aguilera (Decana) Teléfono: 2596500 Ext. 253 E-mail: info@uvlr.edu.ec Mg. CARLOS PÉREZ LEYVA MSC (Director de carrera) Teléfono: (04) 2596500 Ext. 233 E-mail: cperezleyva@uvlr.edu.ec		

CERTIFICADO DE PLAGIO ACADÉMICO

Turnitin Informe de Originalidad

Procesado el: 10-06-2020 10:31 -05
 Identificador: 1479882531
 Número de palabras: 21500
 Entregado: 1

Índice de similitud	Similitud según fuente
4%	Internet Sources: 3% Publicaciones: 0% Trabajos del estudiante: 2%

VERSIÓN FINAL TESTIS Por Rafael Andrés Carriel López

1% match (Internet desde 24-sept.-2014) http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&id=51405-91932007000100005&lng=es&nrm=iso&doi=es
1% match (trabajos de los estudiantes desde 07-mar.-2016) Submitted to Universidad Cesar Vallejo on 2016-03-07
< 1% match (Internet desde 02-may.-2003) http://www.diocticweb.com/Comentarios_fundicos/la_filiacion_en_el_caso_de_la_ut.htm
< 1% match () http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/9529
< 1% match (Internet desde 21-nov.-2020) http://www.edicioneslegales-informacionadiconal.com/sites/EDICIONESLEGALESANALISISCONSTITUCIONAL.pdf
< 1% match (trabajos de los estudiantes desde 23-jun.-2016) Submitted to Universidad Cesar Vallejo on 2016-06-23
< 1% match (Internet desde 13-nov.-2020) http://www.edicioneslegales-informacionadiconal.com/webmaster/directorio/BOGSA_20201110.pdf
< 1% match () http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/2773
< 1% match () http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/9475
< 1% match (trabajos de los estudiantes desde 17-abr.-2018) Submitted to Universidad Cesar Vallejo on 2018-04-17
< 1% match (trabajos de los estudiantes desde 05-oct.-2017) Submitted to Universidad Cesar Vallejo on 2017-10-05
< 1% match () http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/9835
< 1% match (trabajos de los estudiantes desde 08-mar.-2016) Submitted to Universidad Cesar Vallejo on 2016-03-08
< 1% match () http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/9506
< 1% match () http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/5462
< 1% match (trabajos de los estudiantes desde 01-abr.-2016) Submitted to Universidad Cesar Vallejo on 2016-04-01
< 1% match () http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/4267

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES

El estudiante egresado **RAFAEL ANDRÉS CARRIEL LÓPEZ**, declara bajo juramento, que la autoría del presente proyecto de investigación, **INEXISTENCIA DE UNA NORMATIVA DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR**, corresponde totalmente a él suscrito y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo los derechos patrimoniales y de titularidad a la UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establece la normativa vigente.

Autor

Firma:

Rafael Andrés Carriel López

C.I. 120622622-5

CERTIFICADO DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutora del Proyecto de Investigación **INEXISTENCIA DE UNA NORMATIVA DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR**, designado(a) por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho de la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil.

CERTIFICO

Haber dirigido, revisado y aprobado en todas sus partes el Proyecto de Investigación titulado: **INEXISTENCIA DE UNA NORMATIVA DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR**, presentado por los estudiantes Rafael Andrés Carriel López, como requisito previo, para optar al Título de ABOGADO, encontrándose apto para su sustentación.

Firma:


ABG. MARÍA ELENA GARCÍA LARA MSC.

C.I. 0914887674

AGRADECIMIENTO

Agradezco en primer lugar a la Ilustre Universidad Laica Vicente Roca Fuerte, por haberme dado la oportunidad de formarme como profesional. Dra. Susana Hinojosa de Aguilar por ser un apoyo de madre incondicional.

A mis compañeros de estudios, por su aporte durante este trayecto de formación

A los profesores de la ULVR, y muy especialmente a mi tutora Abg. María Elena García Lara, ustedes son luz para los estudiantes, esperemos que el fruto de sus esfuerzos no sea en vano, y pueda verse transformado en desarrollo para nuestro Ecuador

A todas las personas, profesionales, amigos; que de alguna manera, han contribuido con su apoyo en la culminación de este trabajo.

A todos Muchas Gracias!

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios, ser supremo que es luz en todo momento, guía y fortaleza en mi vida.

Muy especialmente dedico este trabajo: A mis padres Roberto López León y Holanda Mendoza Cedeño, Dra. Susana Hinojosa de Aguilar por ser un apoyo de madre incondicional a quienes espero honrar con este esfuerzo académico.

Dedico de igual forma, a mi primo Mario Fuentes López y a mi tío Porfirio Fuentes Chagerben, familiares muy importantes en mi vida y a quienes valoro grandemente.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE TABLAS.....	xi
ÍNDICE DE FIGURAS.....	xi
RESUMEN.....	xii
ABSTRACT.....	xiii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
1 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	3
1.1 Tema: INEXISTENCIA DE UNA NORMATIVA DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR.....	3
1.2 Planteamiento del Problema.....	3
1.3 Formulación del problema.....	5
1.4 Sistematización del problema.....	5
1.5 Objetivo General.....	6
1.6 Objetivos Específicos.....	6
1.7 Justificación de la investigación.....	6
1.8 Delimitación o alcance de la investigación	7
1.9 Hipótesis.....	8
1.10 Línea de Investigación Institucional de la Facultad.....	8
CAPITULO II.....	9
2 MARCO TEÓRICO	9
2.1 Marco Teórico Referencial.....	9
2.1.2 Antecedentes históricos de la maternidad subrogada	13
2.2 Teoría asociada a la maternidad subrogada	15
2.2.1 Maternidad subrogada	15
2.2.2 Maternidad subrogada y/o reproducción asistida	15
2.2.3 Subrogación	16
2.2.4 Procreación	17

2.2.5	Infertilidad.....	17
2.2.6	Filiación	18
2.2.7	Maternidad	18
2.2.8	Interés superior.....	18
2.2.9	Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)	19
2.2.10	Inseminación Artificial.....	19
2.2.11	Vientre en alquiler	20
2.2.12	Madre subrogada o portadora.....	20
2.2.13	Pareja o padres sub-rogantes	20
2.2.14	Aborto	20
2.2.15	Tipos de maternidad subrogada según la participación de la pareja subrogante.....	21
2.3	Marco comparado.....	22
2.3.1	España	23
2.3.2	Argentina.....	24
2.3.3	México.....	24
2.3.4	Perú	25
2.3.5	Colombia	26
2.3.6	Ecuador	26
2.4	Antecedentes de la maternidad subrogada en Ecuador.....	27
2.5	Marco legal.....	27
2.5.1	Constitución de la República del Ecuador (2008)	27
2.5.2	Código de la Niñez y Adolescencia (CONA, 2013).....	28
2.5.3	Convención de los derechos de los niños	29
2.5.4	Código Orgánico de la Salud	29
2.6	Marco conceptual	33
2.6.1.	Maternidad Subrogada	33
2.6.2.	Reproducción Humana.....	33
2.6.3.	Infertilidad.....	33

2.6.4. Filiación	34
2.6.5. Maternidad	34
2.6.6. Interés superior	34
2.6.7. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)	35
2.6.8. Inseminación Artificial	35
2.6.9. Vientre en alquiler	36
CAPITULO III	37
3. MARCO METODOLÓGICO	37
3.1. Metodología de la investigación	37
3.2. Tipos de investigación	37
3.2.1. Método descriptivo	38
3.2.2. Analítico	39
3.2.3. Sintético	40
3.2.4. Deductivo	40
3.3. Enfoque de la investigación	41
3.4 Técnicas de investigación	41
3.4.1. La entrevista	41
3.4.2. Encuesta	42
3.5. Población y muestra	42
3.6. Muestra	42
3.7. Análisis de las Encuestas aplicadas a Abogados miembros del Colegio de Abogados de Guayaquil	44
3.7.1 Presentación y análisis de los resultados	44
3.8. Análisis de las entrevistas	55
CONCLUSIONES	58
RECOMENDACIONES	62
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Población objeto de estudio	42
Tabla 2 ¿Está usted de acuerdo con la maternidad subrogada?.....	44
Tabla 3. ¿La maternidad subrogada es considerada una alternativa al no poder tener hijos? ...	45
Tabla 4 ¿Existe en Ecuador normas que regulen la maternidad subrogada?	46
Tabla 5¿La AN debe aprobar normas que regulen la maternidad subrogada?	47
Tabla 6 ¿Ecuador debe tomar modelos como los de USA en maternidad subrogada?	48
Tabla 7 ¿Se debe regular la maternidad subrogada por un contrato?	49
Tabla 8 ¿La maternidad subrogada puede causar problemas entre las partes intervinientes? ..	50
Tabla 9 ¿Se encuentra Ecuador atrasado en materia de normas sobre la maternidad subrogada?	51

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Distribución de países donde se regula o prohíbe la maternidad subrogada.....	23
Figura 2 ¿Está usted de acuerdo con la maternidad subrogada?.....	44
Figura 3 ¿La maternidad subrogada es considerada una alternativa al no poder tener hijos? ...	45
Figura 4 ¿Existe en Ecuador normas que regulen la maternidad subrogada?	46
Gráfico 1 Figura 5 ¿La AN debe aprobar normas que regulen la maternidad subrogada?	47
Figura 6 ¿Ecuador debe tomar modelos como los de USA en maternidad subrogada?	48
Figura 7 ¿Se debe regular la maternidad subrogada por un contrato?	49
Figura 8 ¿La maternidad subrogada puede causar problemas a las partes?	50
Figura 9 ¿Se encuentra Ecuador atrasado en normas sobre la maternidad subrogada?	51

RESUMEN

El estudio se planteó la necesidad de una normativa para regular los procesos de maternidad subrogada en el Estado ecuatoriano, que permita dar garantía a los niños concebidos a través de esta vía, como para los padres que requieren contratar este tipo de maternidad, desde el instante de la concepción nacimiento y posterior vinculación familiar. La metodología para llevar a cabo el estudio es de tipo mixta en la que se combinaron métodos cualitativos como cuantitativos, bajo el nivel descriptivo, analítico y sintético. Se hizo una investigación documental en la que se analizaron algunos estudios y casos sobre otros países que tratan la maternidad subrogada, se aplicaron entrevistas a dos expertos, y 375 encuestas a abogados independientes de Guayaquil. Los resultados de la investigación develaron que, en primera instancia, el 85% de los encuestados estarían de acuerdo con la maternidad subrogada, considerándola como una alternativa para tener hijos, posición apoyada por los entrevistados. De igual forma, se consiguió que en Ecuador no existe una norma que regule la maternidad subrogada, de manera que se está ante un vacío normativo. Se concluye que en general, esta es vista de forma positiva en el contexto ecuatoriano, y se considera una alternativa viable para que pareja tengan hijos. Sin embargo, es imperativa la creación de una norma que regule esta materia, para resolver y responder ante los posibles conflictos originados producto de estos embarazos.

PALABRAS CLAVES: Derechos Humanos, Derechos Reproductivos, Planificación de la Familia, Reproducción Humana

ABSTRACT

The study raised the need for a regulation to regulate surrogacy processes in the Ecuadorian State, which allows guaranteeing children conceived through this means, as well as for parents who need to contract this type of maternity, from the moment of conception, birth and subsequent family bonding. The methodology to carry out the study is of a mixed type in which qualitative and quantitative methods were combined, under descriptive, analytical and synthetic levels. A documentary investigation was carried out in which some studies and cases about other countries dealing with surrogacy were analyzed, interviews were applied to two experts, and 375 surveys were conducted with independent lawyers in Guayaquil. The results of the research revealed that, in the first instance, 85% of the respondents would agree with surrogacy, considering it as an alternative to having children, a position supported by the interviewees. Similarly, it was achieved that in Ecuador there is no rule that regulates surrogacy, so that there is a void, it is concluded that in general, this is viewed positively in the Ecuadorian context, and is considered an alternative viable for a couple to have children. However, the creation of a rule that regulates this matter is considered an imperative, to resolve and respond to possible conflicts arising as a result of these pregnancies.

KEY WORDS: Human Rights, Reproductive Rights, Family Planning, Human Reproduction

INTRODUCCIÓN

Las sociedades en el mundo avanzan y con estas, las estructuras que regulan sus procesos. Estos avances requieren de una estructura jurídica que se adapte a las demandas de sus realidades. En esta línea, esta aspiración armoniosa de cambios y adaptaciones exige que los ciudadanos deban reflexionar y aportar de cada espacio para la conformación del sistema en el cual deben aportar a su propio desarrollo. Bajo este marco, cada país debe avanzar en el desarrollo de leyes y sistemas jurídicos que les permita a sus ciudadanos alcanzar su nivel de bienestar, y también pueda este responder a las necesidades de la mayoría de los habitantes. Estos avances se observan en la conformación de las familias, y sus diversas formas de unión, dentro de estas se presentan casos de personas que no pueden tener hijos, y no ven la adopción como una vía, pudiendo buscar otros mecanismos para poder procrear un hijo biológico.

De allí que, en todo el planeta existen muchas parejas que poseen problemas para poder tener hijos, se estima que, los problemas de infertilidad afectan a una población importante, esta se ubica en 40% en problemas presentados en las mujeres, y 40% en patologías que afectan a los hombres como obstrucciones a nivel de los conductos, patologías protáticas, entre otros (Mendoza, Santibáñez, López, Carrill, & Campo, 2019). En el marco de estos planteamientos, en muchos países del mundo, principalmente de Europa se ha planteado como una solución viable la maternidad subrogada o también conocida como la maternidad sustituta, la cual en la práctica se conoce como el alquiler del útero para que se pueda concebir un bebe. Esta es por lo general una práctica que asume aquella pareja que no posee posibilidades bajo su unión de procrear.

Bajo esta perspectiva, en el mundo existen procedimientos médicos que se emplean para lograr la fertilización a través de una inyección citoplasmática que incluye los espermatozoides y la mujer pueda quedar embarazada. Este procedimiento se le denomina fertilización in vitro. Esta técnica se realiza bajo un contexto de des obligación sobre el niño por parte de la madre o mujer que lo ha concebido de forma artificial. Sin embargo, este procedimiento en muchos países se encuentra regulados, aunque en algunos países de América Latino no, Ecuador está dentro de ellos. En este sentido, esta técnica de reproducción asistida busca que una mujer pueda llevar a término un embarazo, pero no poseer ningún tipo de relación con el niño, puesto que este no le pertenece.

Este panorama en muchos países puede plantear diversos problemas, ya que al momento de dar al alumbramiento, la portadora y alquiladora del útero puede reclamar los derechos sobre el niño. Por ello, resulta imperioso que se avance en el desarrollo de estructuras normativas que regulen estos procesos en los países, pues tal como afirma en su postura Doberning, (2018), que: “el derecho a hacer uso de los avances de la ciencia y la tecnología para procurar tratamientos médicos eficientes y seguros que nos permitan hacernos cargo de nuestras enfermedades” (pág. 253). Sin duda este planteamiento tiene su fundamento en la medicina desde la perspectiva terapéutica, como en el sistema jurídico, por ello debe ser conocido en diferentes realidades sociales. Así estas, culturalmente, les resulte complejo asimilar estos procesos.

Bajo estos planteamientos, la investigación que se presenta en las siguientes líneas analiza el panorama jurídico en el Ecuador, y a partir de este abordar el estudio de la inexistencia de una normativa que regule la maternidad subrogada, constituyendo un vacío importante en materia de legislación, aun cuando desde el contexto internacional se proponen los derechos humanos, y con ello, el derecho a la salud, el cual abarca los derechos reproductivos, y en paralelo se expone el derecho a tener libertad individual de decidir sobre su cuerpos y sus acciones sin que prive un detrimento hacia otro.

En este orden de ideas, la presente trabajo académico se encuentra estructurado en tres grandes capítulos:

En el capítulo 1, hace referencia a la descripción general y particular de la problemática, sus, antecedentes, causas y consecuencias, así como la fundamentación, los objetivos de la investigación, la formulación, líneas de investigación, delimitación, entre otros aspectos de importancia.

En el capítulo 2 se establece el marco teórico del estudio, el cual representa el fundamento, el mismo se contemplan los referentes empíricos, fundamentos conceptuales, legales, etc.

En el capítulo 3, se expone la metodología a través del cual se llevó a cabo el estudio, se plantea dentro el diseño, enfoque, tipo, nivel, técnicas e instrumentos para recolectar la información así como los procedimientos para el análisis de la información.

Finalmente se presentan los resultados de la investigación, las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

1 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Tema: INEXISTENCIA DE UNA NORMATIVA DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR

1.2 Planteamiento del Problema

La maternidad subrogada, es una alternativa que poseen las personas que no pueden concebir de manera natural hijos, teniéndolos como prioridad para formar una familia. Es entendida como un mecanismo para satisfacer los deseos de ser padres de parejas en unión de hecho o matrimonio. En este sentido, la ciencia avanza a pasos acelerados con las novedosas técnicas que en la actualidad se emplean para dar paso a la procreación a través de diversos métodos artificiales. En el país tenemos ausencia de normativas que regulen procedimientos y condiciones respecto a la fertilización practicada a una madre subrogante.

Jouve de la Barreda (2017) manifiesta que la subrogación implica el nacimiento de un niño que es gestado por una mujer ajena, y que proviene de un proceso de fecundación de fertilidad de la pareja que desean tener un hijo. Para hacer esto, se usa una de las alternativas que ofrece la reproducción asistida de una persona, en cuyo caso se utiliza la implantación de un embrión producido in vitro a través de la fertilización (FIV) que provienen de los padres que van a concebir un niño.

Asimismo, la denominación de esta práctica conlleva a desestimar interpretaciones que se adjudican a los términos relacionados con la práctica biomédica, tales como vientre en alquiler, maternidad asistida, maternidad por sustitución u otros derivados concernientes a la reproducción humana. Desde este punto de partida, se debe considerar que estas técnicas de procreación pueden vulnerar los derechos del niño desde el momento en que es engendrado al no existir una norma que regule esta práctica reproductiva.

Son diversos los aspectos que implican la maternidad subrogada. Se debe tener en cuenta que la mujer no es una fábrica o un objeto que a cambio de una retribución económica exponga su bienestar físico para procrear a un hijo, cuyo material genético proviene de otra persona.

Otro de los problemas aparece cuando el niño nace, la dependencia a la lactancia y el involucramiento de la gestante con las necesidades del bebé en sus primeros años de vida. En base a ello, es necesario analizar las perspectivas y condiciones para la procreación de un menor, partiendo desde el interés superior del niño, como principio que rige el bienestar del ser humano desde el momento de su concepción. El niño no puede ser considerado como una cosa o un objeto que se pueda comprar o vender a través de acuerdos contractuales. Sobre este escenario y en el conocimiento de que el niño no es una cosa ni la mujer, una fábrica; es preciso crear una normativa que regule los procedimientos de una maternidad subrogada ética.

En este sentido, el problema de la maternidad subrogada da lugar a contradicciones en las esferas social y política con respecto a las posiciones que se oponen a su reconocimiento como una nueva forma de adquirir la paternidad o la maternidad para quienes no pueden cumplirla por sí mismos. No obstante, en otros países la maternidad subrogada es legal y ya está regulada directamente por la ley, lo que permite dicha práctica reproductiva, incluso cuando la legislación en cada país no es la misma, como regla, se establecen condiciones y obligaciones en las que se basa este proceso. Desde el Centro de Bioética (2017) señala que en los países latinos entre los cuales menciona Argentina, Chile y Perú, hasta ahora no hay normativa que rijan este proceso de reproducción humana.

En relación a esta técnica de maternidad subrogada, de acuerdo con lo mencionado en la revista digital vistazo (2018), en Ecuador, esta actividad se ha estado desarrollando, pero no está regulada adecuadamente por la ley. Este tema ha sido planteado por la Comisión de Derecho a la Salud en el marco del proyecto de Código Orgánico de Salud, que, en días de elaborar la presente tesis, fue vetado en su totalidad por el presidente del Ecuador, lo que causa un grave desacuerdo entre los sectores sociales que ponen en duda el hecho de que esta práctica conduce a una compensación financiera para el sustituto de la maternidad. En consecuencia, el artículo 189 del Proyecto del Código Orgánico de la Salud establece que los métodos asistidos de reproducción humana pueden llevarse a cabo de conformidad con los principios y normas bioéticas universales establecidas por la Autoridad Nacional de Salud.

La Revista digital Vistazo (2018), manifiesta que el Centro ecuatoriano de Reproducción Humana trata alrededor de 500 casos de fertilización in vitro. Mientras tanto, surge una disputa en la opinión de algunos legisladores que señalan que es justo recibir una compensación financiera por ello, mientras que otros argumentan que debería regularse,

porque el cuerpo de la mujer no es una fábrica, ni el bebé es un producto que debería ser entregado en virtud de un acuerdo contractual, que represente un riesgo de que esta práctica reproductiva apunte a una actividad comercial.

Cabe decir que, la ausencia de una normativa o instructivo en el Ecuador, que regule el proceso de la maternidad subrogada, es un motivo a las posibles propuestas en la protección del niño, desde el momento de su concepción, nacimiento, su crecimiento y desarrollo integral. Desde la perspectiva de esta técnica de reproducción humana, para que sea vista desde un enfoque más humanista enmarcado en el derecho positivo, es decir, el derecho a la vida, el derecho a una familia, mas no debe llevarse a cabo con una pretensión económica o rentable mediante la figura de la retribución onerosa de un servicio prestado.

Desde esta óptica, la obligación fundamental del Estado ecuatoriano es respetar y garantizar la validez de los derechos humanos lo cual implica que la doctrina tanto a nivel nacional como internacional, establece que el Estado debe abstenerse de violar o restringir ilegalmente los derechos humanos de las personas bajo sus acciones, omisiones y decisiones jurisprudenciales. En este sentido, el Estado está obligado a crear mecanismos legales, políticos, administrativos u otros que prevengan y eviten la violación de los derechos humanos. De allí se formula la siguiente situación problemática a fin al desarrollo del presente proyecto de investigación.

1.3 Formulación del problema

¿Qué efectos generaría incluir una disposición jurídica en la legislación ecuatoriana para la protección de los niños concebidos mediante la técnica de maternidad subrogada?

1.4 Sistematización del problema

- ¿Cuál es la manera de proteger los derechos de los niños concebidos con el empleo de las técnicas de maternidad subrogada en el Ecuador en concordancia con el art. 11 del Código de la Niñez, Adolescencia y Familia?
- ¿Cómo otros países han establecido normativas que regulan la maternidad subrogada en el marco comparado con el Ecuador?
- ¿Cómo se puede regular el procedimiento de la maternidad subrogada en el ámbito ecuatoriano desde la perspectiva de protección a los derechos del niño?

1.5 Objetivo General

Demostrar la necesidad de una normativa que regule los procesos de maternidad subrogada en Ecuador para garantizar los derechos tanto de los niños concebidos por esta vía, así como de los padres que necesitan contratar este tipo de maternidad desde el momento de su concepción, nacimiento y hasta la posterior vinculación familiar.

1.6 Objetivos Específicos

- 1- Determinar los diversos enfoques de la maternidad subrogada que conoce la literatura jurídica.
- 2- Analizar los casos y normativas sobre la maternidad subrogada en el derecho comparado y en Ecuador.
- 3- Identificar un modelo de normativa o instructivo para regular la maternidad subrogada en el Ecuador.

1.7 Justificación de la investigación

Con los años, la elección de madres sustitutas ha aumentado como una alternativa para hacer frente a la infertilidad y hacer realidad los deseos paternos. Como resultado, esta tecnología de reproducción asistida está promoviendo la práctica de la maternidad para satisfacer las necesidades de una pareja infértil, en términos del desarrollo científico para la procreación.

Este estudio es de gran importancia, ya que tiene la intención de proponer una normativa o instructivo en la legislación ecuatoriana que proteja a los niños procreados y nacidos mediante el empleo de la técnica de maternidad subrogada y a su familia con la finalidad de garantizar, sus derechos desde el momento de su concepción nacimiento y posterior vinculación familiar.

La subrogación puede ser una opción familiar, si se regula de acuerdo con el respeto a la vida, los derechos humanos y sin tener en cuenta los intereses especiales o comerciales de las

personas que asisten a esta práctica de la maternidad asistida con el establecimiento de una normativa en conformidad con el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia.

De igual manera, este estudio es factible porque cuenta con suficiente material bibliográfico, legal, doctrinal y comparativo relacionado con este tema, definiendo la importancia que existe en torno a su regulación para proteger los derechos fundamentales de los niños o niñas. Existen casos de maternidad subrogada en Ecuador como el caso de Evelyn Vargas una mujer que ya tenía cuatro hijos y que mediante redes sociales ofreció a ser madre subrogante de una pareja que no podía concebir (Unidad de Investigación, 2019)

Por esta razón, existe la necesidad de prohibir estas nuevas formas de explotación de las mujeres y su función reproductiva, así como el uso de sus cuerpos para fines contractuales. Si se genera una consideración económica, en este tipo de prácticas solo es entendido dentro de un negocio que consiste en la venta de un niño mediante una actividad mercantil, y esta idea persistirá dentro de la industria, respecto que los vientres de las mujeres pueden ser utilizados como servicio, violando así, los principios de bioética que deben regular la provisión de servicios de salud y que el Estado debe garantizar de conformidad con el Artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador.

Finalmente, este estudio es de interés para estudiantes, abogados y personas en general, ya que contribuye al estudio y sensibilización para erradicar la comercialización del cuerpo de la mujer como método reproductivo acompañado de una compensación onerosa, acordado entre las personas debido a la inexistencia de una normativa que regule esta práctica reproductiva. Este estudio está justificado porque establecerá los parámetros para posibles contradicciones que puedan surgir con respecto a la maternidad subrogada. Está llevando a cabo una investigación que permite a los abogados, jueces y agencias gubernamentales navegar en este sentido.

1.8 Delimitación o alcance de la investigación

Campo: Procesal

Aspecto: Derecho de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia

Tiempo: 2020

Espacio: Ecuador

Delimitación Conceptual: Maternidad subrogada - protección - inexistencia normativa - derechos del niño

1.9 Hipótesis

Si existiera en Ecuador una normativa en torno a la regulación de la maternidad subrogada como una institución jurídica del Derecho civil, entonces se garantizaría la protección de los derechos tanto de los niños nacidos mediante el empleo de la técnica de maternidad subrogada, como de su familia.

Variable dependiente: Garantizar protección de los derechos de niños nacidos y la familia.

Variable independiente: Existencia de normativa que regule maternidad subrogada.

1.10 Línea de Investigación Institucional de la Facultad

Línea 2: Sociedad civil, derechos humanos y gestión de la comunicación.

Línea de la facultad: Derecho procesal con aplicabilidad al género, la identidad cultural y derechos humanos

CAPITULO II

2 MARCO TEÓRICO

2.1 Marco Teórico Referencial

Los antecedentes de investigación se refieren a estudios relacionados con exploraciones previas. En este sentido, el análisis vinculado a estas referencias sirve como punto de partida para la interpretación sistemática de esta investigación. De esta manera, se mencionan los referentes sobre trabajos de grado, postgrado, artículos científicos e informes desarrollados en el ámbito nacional e internacional.

Desde el contexto internacional, varias investigaciones de Derecho Comparado, entre México, Colombia, Argentina y Chile guardan especial interés por cuanto se consideran referentes idóneos para el análisis y analogías con respecto a los instrumentos jurídicos implementados en otros países que regulan las prácticas de maternidad subrogada o las diversas formas de llevar a cabo procesos para la procreación, bien sea por sustitución o vientre en alquiler u otras prácticas destinadas a satisfacer los deseos de una pareja para convertirse en padres.

La importancia de establecer comparaciones ayuda a analizar alternativas para el establecimiento de normativas dirigidas a la protección de la familia, de la mujer y especialmente del interés superior del niño.

En el espacio internacional, Torres (2018) realizó un estudio denominado “Libertad, desigualdad y el contrato de maternidad subrogada” en el contexto español, donde se propuso como objetivo:

Analizar las perspectivas jurídicas y sociales sobre la maternidad subrogada. En este proceso, señala que de acuerdo con lo sostenido por Pateman (1988, 2002a, 2002b) las personas libres mencionadas por la tradición occidental son las personas, así como sus necesidades y libertades. Por lo tanto, la mayoría del pensamiento contractivista se basa en la concepción masculina del mundo, donde el embarazo no tiene un significado político, especialmente en la esfera pública. En este sentido, Pateman

sostiene que la subordinación de las mujeres se perpetúa mediante la contravención y relaciones de poder y en muchos casos el consentimiento se otorga bajo presión.

De este modo, se puede observar que los estereotipos sociales conllevan a visualizar a las mujeres bajo personas ignoradas y silenciadas, en muchos casos que aún prevalecen a pesar del gran salto que ha dado la mujer como protagonista y participante del quehacer laboral, tanto en el hogar como en los distintos ámbitos ocupacionales. Dejando a un lado, dicho estereotipos donde la mujer es vista como doméstica dedicada exclusivamente a los cuidados de la familia y restringida de la participación social. (p . 10).

Sobre este punto, es una dura crítica a la sociedad que permite que las mujeres alquilen sus vientres como si fuesen vasijas a través de la celebración de un contrato mercantil, remunerado y que al momento de dar a luz sea separada del recién nacido, y por ende debe renunciar a cualquier conexión afectiva con el ser que ha gestado. Por consiguiente, Torres Quiroga (2018) concluyó su investigación sosteniendo que el contrato de subrogación desafía los derechos fundamentales desde la óptica de la explotación consentida mutuamente, como una transacción de mercadería y, por otro lado, cuando se tiene que renunciar al vínculo maternal debido a la culminación de un contrato.

López (2016) desarrolló una investigación denominada “Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable?”, en la Universidad de Cantabria en España, cuyo objetivo principal se centró en criticar la práctica de subrogación de vientre sea aceptada como una actividad, la cual es analizada, desde las perspectivas de modelos socialistas y por otro lado, desde la visión de una crítica feminista.

La imposibilidad de tener hijos afecta a un gran porcentaje de la población. Para solventar este problema se han ido creando diferentes técnicas de reproducción asistida. La elección de la maternidad subrogada como opción para hacer frente a la esterilidad y para tener la posibilidad de hacer realidad el derecho a la paternidad ha aumentado a lo largo de los años. Este procedimiento está creando gran controversia al tratar la fecundación, algo libre y natural en el ser humano, como un producto sujeto a las leyes o al comercio. Analizando la maternidad subrogada en relación con la bioética se puede comprobar la dificultad de encontrar un consenso, ya que se encuentran argumentos que defienden la libertad y derecho a la paternidad de los padres contratantes y la libertad de decisión de las madres subrogadas,

que chocan contra los argumentos que describen al procedimiento como antinatural y una práctica comercial.

Cabe mencionar que, el autor destaca su postura sobre el reconocimiento a la libertad reproductiva, pero no justifica el contrato a la subrogación. Este estudio concluyó que, la imposibilidad de procrear niños afecta a una gran proporción de la población y, como resultado de este problema, se han creado diversas técnicas reproductivas.

Desde otra mirada, en el estudio presentado por Pulgarin (2016) titulado: Maternidad subrogada en el Sistema Jurídico de Colombia, cuyo objetivo se orientó a analizar las concepciones jurídicas sobre la práctica de la maternidad subrogada como fin para procrear a través del vientre alquilado. Con respecto a la conclusión de esta investigación, el autor enfatiza que es un tema, que requiere una regulación precisa en el ámbito colombiano, lo cual emerge como la necesidad de profundizar en vacíos jurídicos; que comprendidos en el ordenamiento atañen a la población de parejas que desean procrear y consolidar una familia.

El autor refiere que la maternidad subrogada no cuenta con un enfoque normativo donde se pueda desarrollar con certeza, argumentando que, visto como una práctica comercial además de ofrecer una percepción negativa. En la India esta práctica es permitida y la razón principal es debido a que todas las partes involucradas se benefician dejando por sentado que una pareja logra ser padres, un recién nacido tiene una familia y una madre gestante obtiene recursos económicos.

En el ámbito Nacional desde esta línea investigativa, desde la perspectiva de Avíles y Falcón (2019) quienes presentaron su estudio con el nombre de Maternidad Subrogada; Protección de los derechos del menor en niñez, Adolescencia y Familia, en la Universidad de Guayaquil, tuvo el objetivo de indagar y analizar las concepciones jurídicas vigentes para la protección de los derechos del menor en niñez, adolescencia y familia desde las normativas en derecho civil. Los resultados de este estudio, se orientaron a sugerir una modificación en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia donde se incluya un inciso en el art. 11 de este instrumento que coadyuve en la protección del principio del interés superior del niño (Avíles, Sotomayor y Falcón, 2019).

En base a la investigación realizada por García (2019), con el título de la Tipificación del delito del vientre en alquiler en el Código Orgánico Integral Penal, la cual realizó en el contexto ecuatoriano en la Universidad Laica Vicente Rocafuerte, estableció el objetivo de proponer la creación de un tipo penal para la práctica de la figura vientre en alquiler como un

acto de comercio. Esto implica que desde diversas perspectivas la práctica de la maternidad subrogada, maternidad asistida o la mal interpretada frase sobre “Ventre en Alquiler”, debe establecer criterios concretos para llevarse a cabo, entre los cuales se entienda, que no se considera una retribución económica sino de la asistencia médica sobre el bienestar integral de las personas involucradas. En base a ello, el estudio citado concluye en la necesidad de implementar un tipo penal donde se sancione y penalice esta práctica de procreación cuando exista de por medio una remuneración monetaria o se lleve a cabo con fines de lucro.

En este orden de estudio previos, el Estado del Arte sobre la maternidad subrogada determina que en los momentos actuales, el fenómeno social que resulta de la figura de una matriz en alquiler es inexistente en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano; porque la constitución protege y garantiza la vida desde la concepción y se establece que la calidad de la madre, como la reproducción, son cosas que no entran dentro del alcance de un contrato remunerado o relación convencional sobre la vida de los seres humanos involucrados en este acto.

El trabajo presentado por Rosales (2018) denominado la maternidad subrogada: Propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador, en la Universidad San Francisco de Quito, estableció como objetivo analizar los elementos constitucionales que permitirían que la maternidad subrogada sea considerada una forma de trabajo y qué artículos del Código del Trabajo deberían ser enmendados con el fin de incluirla. Bajo esta línea, los análisis que realiza este tratadista, se fundamentan en lo establecido en el Artículo 33 de la Constitución de la República del Ecuador, donde señala que, el trabajo es un derecho y un deber social, así como también, es un derecho económico.

Igualmente, el prenombrado autor añade que en el Artículo 284 numeral seis de esta Carta Magna, se consagra uno de los objetivos de la política económica ecuatoriana que es impulsar el pleno empleo. No obstante, en el Artículo 325 de esta Constitución se reconocen todas las formas y modalidades de trabajo en relación de dependencia o autónomas.

Según la interpretación a la norma, que el autor le da a estos articulados, como un fundamento para regularizar la maternidad subrogada como una actividad laboral, deja de manifiesto la ausencia de normativas que prohíban esta práctica enmarcada en procesos contractuales o mercantilistas, pues, se trata de personas y como tales, también existen normas comprendidas en el Código Orgánico Integral Penal específicamente en el Artículo 91, que establece las diversas formas relacionadas con la trata de personas, incluida la

extracción o comercialización ilegal de órganos, tejidos, fluidos corporales o material genético de personas vivas, incluido el turismo para la donación o trasplante de órganos que está tipificado como un delito.

En razón de lo expuesto, es preciso aclarar que la ausencia de normativas que regulen una actividad inherente a las conductas de los seres humanos y, por ende, contrarié el derecho natural desde la vulneración al derecho a la vida, a una familia, al bienestar integral tanto de la madre como de los hijos, debe contener la protección al interés superior desde cualquier perspectiva y que prime por encima de cualquier interés en particular, considerando así el bienestar del niño en primer lugar. De esta crítica se recoge, que la maternidad subrogada no puede, ni debe ser concebida como una actividad laboral, pues lleva implícito los valores sociales, culturales y sobre todo el respeto a la dignidad de los seres humanos.

Desde este punto de vista, se considera que constituye un presupuesto para los delitos de trata de personas debido al tráfico ilícito de personas realizado por razones tales como la explotación de personas con recursos económicos limitados o la comercialización del cuerpo. Por lo tanto, las madres sustitutas se consideran una forma de delitos de trata de personas, debido a que las féminas que prestan su matriz por dinero son maltratadas, y generalmente aquellos que caen en este tipo de conducta son de bajos recursos económicos, es por ello que, esta práctica debe clasificarse como un delito.

2.1.2 Antecedentes históricos de la maternidad subrogada

En el desarrollo de las sociedades, la interacción constante de los individuos con los avances científicos conduce a la interpretación de procesos inherentes a diferentes culturas y fenómenos para la reproducción humana y diversas formas de desarrollo. Dado este tema controvertido, es necesario fundamentar una jurisprudencia que actualmente gobierna la subrogación, considerado como un desafío para la comunidad legal, ya que se cree que puede afectar el comercio de las personas en sus vidas, como bebés y madres gestantes dentro de una fábrica con respecto al cuerpo de las mujeres.

Desde esta perspectiva, López (2016) señala que en la antigüedad, la fecundación de mujeres sin actos sexuales era inimaginable y se encontraron los primeros datos sobre el uso de una madre embarazada en la historia en el Antiguo Testamento, relacionada con la historia de Abraham y Saraí, que siendo estéril aceptó que su esposo había engendrado un hijo con una esclava, los hechos ocurrieron en el siglo VVIII a. C. en Mesopotamia.

De esto se puede concluir que siempre se han producido problemas de fertilidad, que a lo largo de los años han dado lugar a nuevas formas de procrear y utilizar técnicas innovadoras para la maternidad. En este contexto histórico, 1780 a. C. El Rey Hammurabi creó un código donde se estableció que las mujeres estériles con deseos maternos usaran a sus esclavas, que se les dio a los esposos para tener al hijo esperado con ellas, y cuyo código establece reglas para regular el procedimiento

De igual manera, en el antiguo Egipto, los faraones se consideraban descendientes de los dioses y, por lo tanto, no mezclaban su sangre con otras personas, por lo tanto, algunos recurrían al incesto, sino que usaban a los esclavos para reproducirse. Cabe señalar, que este tipo de reproducción también se practicó en Roma y la Antigua Grecia. Si una mujer no podía engendrar un hijo con su esposo, tenía la opción de seleccionar un prisionero para reproducirlo.

Basado en este enfoque, se deduce que la práctica de la maternidad, que reemplaza estos procedimientos, avanza de acuerdo con la necesidad de buscar herederos y mantener posiciones políticas en la sociedad. De tal manera que, para el año 1978, cuando los científicos Robert Edwar y Patrick Steptoe pudieron realizar la fertilidad in vitro (FIV) por primera vez, nació la niña Louise Brown, la primera niña probeta. Como resultado, Noel Keane abrió la primera agencia de fertilidad en 1976, en la que nacieron 302 niños hasta 1988 que asistieron a la práctica de la subrogación.

En este ámbito, existen varios casos que desde entonces se han tenido en cuenta en todo el mundo y han dado paso a nuevas formas. Sin embargo, aún no se ha legalizado en muchos países, aunque esta práctica ya está regulada en algunas regiones de Europa. Por ejemplo, el primero en nacer utilizando técnicas de subrogación nació en Michigan, con el óvulo y el esperma de los padres contratantes.

Otra área que ha dado forma a la historia de la subrogación con el primer ser humano producido in vitro es Inglaterra a mediados de 1978, lo que causó sensación en el área de la salud reproductiva. Desde ese momento hasta hoy, las técnicas de reproducción se han perfeccionado para promover alternativas y satisfacer las necesidades de los padres de diferentes parejas con problemas de infertilidad o esterilidad (Arreguin y Gómez, 2018). Por esta razón, la cuestión de la maternidad subrogada es una alternativa a la procreación en parejas que desean formar un grupo familiar, utilizando una tercera persona que usa los

gametos de estas parejas con la condición de que tengan derecho a renunciar a su madre biológica desde la fecha de nacimiento del niño.

2.2 Teoría asociada a la maternidad subrogada

2.2.1 Maternidad subrogada

La subrogación se refiere a la implantación de un embrión que se ha contraído con una madre sustituta o embarazada a través de la tecnología de fertilización in vitro (FIV). Las familias naturales (mujeres y hombres) con problemas de infertilidad pueden verse afectadas, sin embargo, también existen parejas del mismo sexo que se creen tener el derecho de tener hijos, y es aquí donde a criterio de este investigador se vulneran derechos, pues existe el derecho del niño fundamentado en el principio del interés superior, derecho que prevalece por encima de cualquier deseo de parejas del mismo sexo a procrear a un niño que desde la concepción ya queda establecida la confusión de roles para la crianza de un nuevo ser.

No obstante, en atención al origen de los gametos utilizados en la FIV, existen diferentes situaciones en la relación genética del niño con la madre embarazada y los padres. La subrogación se abordó originalmente como una opción para resolver problemas de infertilidad, sin embargo, se ha convertido en una práctica posible y atractiva como fuente de recursos económicos para las mujeres pobres. Los casos de maternidad por acuerdo sin contrato son excepcionales y no constituyen una "maternidad subrogada" apropiada, sino una "maternidad altruista" y deben considerarse casos de fecundación in vitro heteróloga (Barreda, 2017).

2.2.2 Maternidad subrogada y/o reproducción asistida

El uso de "incubadoras artificiales" no es posible hoy o previsible en el futuro. Por lo tanto, la subrogación solo es posible si se utilizan tecnologías de reproducción humana asistida donde resulta una madre embarazada. Es preciso, dejar de lado las fantasías sobre cualquier alternativa tecnológica futura, pues, una placenta humana no puede ser reemplazada por medios artificiales, por esta razón, el desarrollo de un embrión después de la fertilización hasta la octava semana y el feto desde la novena semana es un proceso de expresión genética, que es programado por el genoma del embrión y está regulado espacial y temporalmente, es un proceso delicado que depende en gran medida de las condiciones ambientales (Barreda, 2017).

Con respecto a este punto, Cué (2016), señala que la reproducción asistida comprende: "Cualquier método para facilitar la reproducción humana, incluidos los medicamentos que permiten la interacción sexual entre hombres y mujeres, incluida la fertilización in situ, los métodos in vitro o la subrogación" (p . 05). Como resultado, las diversas técnicas o procesos de iniciativa biológica requieren la contribución de gametos de terceros y aquellos que no lo hacen. De acuerdo con este enfoque, Fausto Rico, mencionado por el citado autor, refiere que la maternidad subrogada como la técnica de reproducción respaldada por terceros, mientras que la reproducción asistida la señala como técnicas de reproducción respaldadas por un médico. Por lo tanto, la reproducción respaldada por un médico no conduce a una incidencia en el sistema legal de la misma manera que cuando es realizada por un tercero, y si su intención aparente viola los conceptos de familia, pertenencia, concepción, entonces exige la necesidad de ser regulada y sancionada.

2.2.3 Subrogación

De conformidad con el Código Civil, en su libro IV, del año (2005, pág. 27), según registro oficial supremo núm. 46, se define la subrogación como: "la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga". Esto permite interpretar que se refiere al traspaso o colocación de un remplazo del titular, siendo este que recibe el que paga, se subroga de derecho pleno al acreedor o sustituto.

Derecho Ecuador (2020) El Art. 1626 del Código Civil establece:

Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio...

3. Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente;"

Definida para el Código Civil, la subrogación como: "La transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga".

En consecuencia, en la subrogación para que el deudor pase a tomar el puesto de acreedor tiene que cancelar la obligación, según el Art. 1624 del Código Civil, en tanto que, en la confusión basta que concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor", verificándose la extinción de la obligación.

En definitiva, la subrogación es un término que se maneja en el escenario jurídico para tratar la delegación o remplazo de obligaciones a otra persona o a un tercero, similar a una sucesión o un tipo de sucesión.

2.2.4 Procreación

Según La Real Academia Española (RAE) procrear se refiere a la situación de una persona o de un animal: Engendrar un individuo de su misma especie.

Euro sur (2018) manifiesta que, en las civilizaciones clásicas, la procreación era un deber natural para todos, hombres y mujeres, esta se daba con el propósito de asegurar la continuidad del grupo. El respeto a los antepasados que caracteriza a numerosas culturas, reforzaba esta obligación al subrayar la deuda de cada generación con las precedentes. De hecho, la continuación del linaje era el pago de esta deuda.

Fornos (2007) Definen que la procreación no natural, sino artificial no es un fenómeno desconocido y nuevo, pues en Grecia y Roma se ensayó y en los siglos XVI y XVII se realizan los primeros experimentos técnicos y se logra, entre ellos, la fecundación artificial del gusano de seda y en los perros, pero no imaginaron que podía aplicarse a la especie humana. El 26 de julio de 1978 se produjo un gran acontecimiento en Gran Bretaña al nacer el primer bebé de probeta (la niña Louise Brown), revolución biológica realizada por los doctores Patrick Steptoe (ginecólogo) y Robert Eduardo (fisiólogo). Se hizo a través de una fecundación in vitro de óvulos de su madre (Leslie Brown) y espermatozoides de su padre (John Brown), seguido de la transferencia embrionaria por vía sexual. Esto trae problemas legales y éticos que se estudian en la bioética. El problema es delicado y como tal debe ser abordado.

2.2.5 Infertilidad

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), (2020) la infertilidad es «una enfermedad del aparato reproductor definida por la imposibilidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales sin protección regular» (s/p).

A modo de introducción, cabe recordar con Cantero (2000) que los problemas de la infertilidad masculina se resuelven normalmente con la inseminación artificial, con gametos propios o de donante. En general, la determinación de la filiación se realiza en virtud de las reglas anteriores. Sin embargo, los problemas de infertilidad femenina pueden ser más complejos, pudiendo consistir la colaboración ajena en la aportación del gameto femenino, o en la del útero, dando así origen a la maternidad subrogada o de sustitución

2.2.6 Filiación

La filiación es el vínculo que une al hijo con sus padres, esta relación que trae como consecuencia una serie de derechos y obligaciones. Hay que tomar en consideración que la filiación jurídica y biológica no tiene por qué coincidir, lo común es que coincida, pero puede darse el caso de la adopción. Así, los derechos y obligaciones que despliega tal vinculación están enmarcados dentro de los principios de protección a la familia. De esta manera, los efectos de la filiación varían conforme lo hace la conciencia social. Un ejemplo de ello se observa en la igualdad entre los hijos matrimoniales (Romero, 2017).

2.2.7 Maternidad

Es la experiencia de vida que tiene el género femenino al momento en que da a luz a un hijo y de esta manera se convierte en madre. La maternidad trae consigo múltiples fenómenos que se desarrollan en la mujer, y ellos van más allá de una sola disciplina, es decir, la maternidad no solo está formada por el hecho de que a nivel corporal ocurra el proceso de reproducción, sino que ella representa la generación de un nuevo ser humano (Romero, 2017).

En ese sentido, la maternidad si bien no es universal, ya que no todas las mujeres tienen ese privilegio a veces por problemas de reproducción, llegan a ser madres en el mundo por una decisión personal. También representa un instinto, que se presenta en la mayoría de las mujeres, quienes se sienten identificadas a sí mismas con la figura de la madre.

2.2.8 Interés superior

Es un privilegio, un derecho y una garantía que poseen las niñas y los niños tienen derecho a que, antes que se tome una medida o decisión en relación a ellos se tome aquella que beneficia a los menores. Su finalidad es tratar de superar dos posiciones extremas por un lado el autoritarismo que sucede cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas. Y, por el otro, el paternalismo del Estado. El interés superior del niño ha sido concebido como un concepto con una triple arista ya que es un derecho, es un principio y es una norma de carácter procedimental (Cabrera, 2016).

Se trata del derecho que poseen los niños y las niñas que las decisiones que se tomen en cualquier ámbito siempre se tomen en beneficio de ellos. Es considerado un principio por

cuanto, si una norma jurídica contempla varios supuestos o interpretaciones, se tomará en consideración la interpretación que compense de manera más efectiva el interés superior del niño. Y es una norma de carácter procedimental ya que, para todos los casos que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso debe contener una estimación de las posibles consecuencias que puede conllevar una decisión de esta naturaleza.

2.2.9 Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)

Las técnicas de reproducción asistida, consisten en el manejo del óvulo o del espermatozoide con el fin de obtener un embarazo, con total independencia de la causa de la infertilidad. En los últimos años se ha avanzado mucho desarrollando técnicas para poder tratar la infertilidad y de esta manera conseguir que las personas que sueñan con ser padres puedan hacerlo realidad. En primer lugar, el médico tratando debe determinar cuál es la causa del problema (Remohi, 2017).

En aquellos casos cuando el diagnóstico no es conocido, se puede empezar por adoptar las medidas más sencillas, como por ejemplo analizar el moco cervical para programar las relaciones sexuales para que ellas puedan coincidir con la ovulación, a esto se le denomina método Billings, por otra parte, también se recomienda efectuar posturas consideradas más efectivas durante el coito para lograr la fecundación (Remohi, 2017).

2.2.10 Inseminación Artificial

La inseminación artificial es definida como un procedimiento de reproducción asistida mediante el cual se introduce el semen que ha sido previamente preparado en un laboratorio clínico especializado dentro del útero de la mujer. De esta forma, se puede aumentar las posibilidades de que el óvulo pueda quedar fecundado por el espermatozoide y, por tal razón se produzca el embarazo. El semen que se utiliza en este procedimiento, puede provenir tanto del hombre de la pareja, así como también de un donante. Existen varios tipos de inseminación artificial como la intratubárica, la artificial intracervical, la artificial intrafolicular, la artificial intravaginal y por último la Inseminación artificial intrauterina (Remohi, 2017).

2.2.11 Vientre en alquiler

Esta técnica de carácter reproductiva tiene su base en la cesión voluntaria, por parte de una mujer, de su capacidad para poder llevar a fin un embarazo el cual será del hijo de una pareja, o puede ser de un hombre soltero. Lo más común en estos casos es que las parejas que inician este tipo de procedimientos son personas que han agotado todas las vías médicas para poder tener un embarazo satisfactorio. También acuden a la utilización de esta técnica parejas homosexuales de varones y hombres solteros que desean ser padres. Al final, una madre que presta su vientre es una mujer que acepta, mediante un acuerdo de voluntades, quedar embarazada con el fin de gestar y dar a luz a un niño que será criado por una pareja o persona soltera como hijo propio (Tejeda, 2016).

2.2.12 Madre subrogada o portadora

La madre subrogada es la mujer que acuerda quedarse embarazada con el fin de concebir un niño que será criado por otros, quienes serán reconocidos por la ley como sus padres.

2.2.13 Pareja o padres sub-rogantes

Se emplea el término de padres subrogantes, para señalar a los individuos que pretenden convertirse en los padres legales del niño producto de un acuerdo de maternidad subrogada. La pareja subrogante podría o no contribuir con su ADN y estar ligada biológicamente con el menor.

2.2.14 Aborto

La definición de la palabra aborto depende según Rojas (S/F) depende del punto de vista con el que se observe, para los obstetras sería un suceso con patología inviable, un episodio auspiciado por la madre o por terceros, o una indicación necesaria. Por su parte para la medicina legal sería aquel delito realizado con la intención dolosa de matar al feto.

En este contexto, el Código Orgánico Integral (2014) Penal tiene su intervención, donde señala 3 tipos de abortos, considerados en los artículos 147, 148, 149 y 150 a saber:

Aborto con muerte, tipificado en el artículo 147 del citado código este tipo sería, el que da muerte a la madre a consecuencia de la práctica de un aborto, siendo penalizado el profesional practicante con pena privativa de libertad dependiendo de si la mujer dio

consentimiento o no para que se llevaran a cabo las practicas necesarias que dieran muerte al feto.

Aborto no consentido, se observa en el artículo 148, señala es el aborto que se realiza cuando un tercero pretende darle fin al estado de gravidez de la mujer, sin el consentimiento de la madre, a este respecto el Código señala que, si las prácticas efectuadas no dieron muerte al feto, la penalidad será evaluada como tentativa y la misma igual ocasiona pena privativa de libertad.

Aborto consentido, explicado en el artículo 149 expresa, es aquel tipo de aborto donde la mujer da su consentimiento para el mismo, aquí el legislador sanciona a la persona que realice la práctica aun con el consentimiento de la mujer, como a la mujer misma, otorgándole una pena que puede ir de 6 meses a 2 años.

Aborto no punible, al respecto, el código indica que este aborto debe ser realizado por un personal capacitado en el área con el consentimiento de la madre. Este se realiza buscando salvar la vida de la mujer, una vez que con exámenes médicos se conoce que pelagra la salud o la vida de la mujer a causa del embarazo.

En este artículo el legislador menciona dos escenarios donde se contempla este tipo de aborto, seria cuando la madre corre riesgo de salud o pelagra su vida y en ese sentido se busca salvaguardarla y otro escenario que sería cuando se da un suceso de violación a una mujer con problemas mentales.

2.2.15 Tipos de maternidad subrogada según la participación de la pareja subrogante

La maternidad subrogada es una opción de tratamiento con intervención médica a la cual se acude cuando llevar a cabo la gestación es imposible. Existen diversas formas en que la maternidad subrogada puede ser llevada a cabo, según la intervención de la pareja subrogante en la gestación del nasciturus. En ciertos casos, la pareja subrogante aporta su material genético mediante el semen del varón; en otros casos consiste en la fusión de los gametos de uno de ellos y la donación de los óvulos o el semen de una tercera persona.

No obstante, hay circunstancias en las que ni el varón ni la mujer pueden contribuir con sus gametos; razón por la cual, la pareja solo se involucra en el acuerdo con otros donantes que darán su semen y óvulos. Por lo tanto, el nombre que reciba el procedimiento a realizarse

dependerá del nivel de infertilidad que posea la pareja subrogante y del protagonismo que tenga la madre subrogada en la gestación del nasciturus.

2.3 Marco comparado

En este punto de investigación, se desarrolla un análisis en relación con otra legislación que indique que existe un estándar regulatorio para el ejercicio de los derechos involucrados en este proceso, como el derecho a la vida sobre los derechos especiales relacionados con el recién nacido en las técnicas de la maternidad subrogada para recurrir a sustituir la maternidad.

De acuerdo con lo mencionado, la subrogación comercial o de pago está legalizada actualmente en Georgia, Israel, Ucrania, Rusia y California sin restricciones. Desde otros ámbitos, como Europa, esta práctica está expresamente prohibida en Austria, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Malta, Noruega, España y Suecia. Por consiguiente, se permite una transmisión altruista pero no comercial bajo diversas condiciones en países como Bélgica, Grecia, los Países Bajos, el Reino Unido, Portugal, Australia, Canadá y Nueva Zelanda y en algunos países de América. De tal manera, en el contexto de Europa, no está regulado por la ley en países como Polonia y la República checa (Aznar, 2017).

MATERNIDAD SUBROGADA		
PAÍSES QUE LA PROHÍBEN	PAÍSES QUE LA PERMITEN	NO EXISTE REGULACIÓN EXPRESA
Alemania Australia Francia Holanda España	Brasil Canadá Escocia India Rusia Suecia	Argentina Colombia Costa Rica Estados Unidos (en la actualidad no existe legislación particular sobre estos tópicos en la mayoría de los Estados.) Inglaterra

Fuente: Gamboa, (2010)

Figura 1. Distribución de países donde se regula o prohíbe la maternidad subrogada.

Fuente: *Ética Médica gestación subrogada* (2017)

Asimismo, se considera necesario reflejar la legislación como tal, en contextos donde esta técnica no ha sido aprobada para el uso de contratos que no están establecidos en la ley, por ello, se presenta primeramente un mapa donde se indican países, que ya cuentan con una normativa reguladora de esta práctica, en el contexto europeo. De igual manera, se desarrolla a continuación un análisis sobre las legislaciones tanto en Europa como en ámbitos de Latinoamérica.

2.3.1 España

En este ámbito de regulación, la legislatura española contempla la de Reproducción Humana Asistida (L.R.H.A., 2006) que rige la práctica de maternidad por sustitución en el art. 10, donde menciona las técnicas de reproducción humana asistida, en esta normativa, se declara con carácter de nulidad el derecho al contrato que describe una retribución económica o devenga la gestación mediante un acuerdo con o sin precio, a cargo de una gestante que renuncia a la filiación materna a favor de un tercero contratante.

Desde un análisis realizado por Cruz (2013), en el cual describe que, la filiación está determinada por el nacimiento, incluso sin la existencia de esta norma, el contrato sería nulo debido a la ilegalidad de la causa y su objeto, ya que la capacidad de concebir se considera fuera del comercio de los humanos. Por lo tanto, la única forma de obtener la determinación de la filiación es a través del embarazo sustituto, lo que se considera una suposición del autor citado, que cuando un hombre casado da su consentimiento para fertilizar a una mujer que no sea su cónyuge con sus gametos y dejar a una madre embarazada da su consentimiento para adopción en un plazo de 30 días después del parto.

2.3.2 Argentina

Se describe desde un contexto diferente, donde tampoco existe una ley que regule la subrogación, pero que se lleva a cabo en la práctica, aunque es causada por varios problemas, como el desafío de la maternidad o el reconocimiento por parte del esposo quien ofrece sus gametos y, por lo tanto, esta persona no recibiría un reconocimiento satisfactorio de que en realidad es el padre biológico, y luego procedería con su esposa para solicitar la aceptación del recién nacido (Cruz, 2013).

Por otro lado, el proceso legal del solicitante sustituto en los países que regulan esta práctica ofrece la opción que incluye ciertas técnicas, como los Países Bajos y la India, que, en su legislatura, como se establece en el artículo 1 del Código Penal, estipulan que le dan a uno con compensación financiera a otra persona, un niño, un descendiente o un menor, incluso si no hay filiación o relación. En este sentido, son castigados con penas de prisión de uno a cinco años.

2.3.3 México

En este contexto, la práctica de la subrogación es algo más abierta en el sentido de que se han establecido prácticas recurrentes. De ahí una investigación realizada por Arreguin y Gómez (2018), explica que esta situación se volvió atractiva para las clínicas de fertilidad y las mujeres que se prestar para embarazarse porque, según el autor Pavón, (2015), una mujer podría ganar una remuneración importante de casi 300,000 pesos por el alquiler de su útero en México. En este sentido, el aumento en esta forma de maternidad asistida, se entiende como una práctica comercial, y ha alcanzado el punto máximo donde los abogados no proponen normas que violen los derechos humanos.

De acuerdo con el autor antes mencionado, estas técnicas de la maternidad subrogada, se posicionó en Tabasco, como el "Edén del mundo en los ingresos del útero" (Arreguin y Gómez, 2018, p . 10), un criterio repetido en el testimonio del Ministro de Salud, quien también enfatizó que esta práctica se ha convertido en un comercio descontrolado y degradante, por lo que, para este autor es común encontrar vientres que requieran ser alquiladas o que reemplazan lo que hace que los jóvenes de esta comunidad rural de Tabasco consideren esta opción como una forma de generar ingresos económicos

La regulación de esta técnica de subrogación no está legalizada en México, pero solo está permitida en Tabasco y Sinaloa. A pesar de esto, existe información errónea y, por lo tanto, la existencia de prácticas ilegales, por lo que es necesario adoptar regulaciones desde el enfoque de la acción legal en el proceso de reproducción asistida. Asimismo, la protección de las partes involucradas debe tener prioridad, pero el predominio del interés superior debe prevalecer sobre todos los demás intereses, como el recién nacido, el derecho a la vida y la dignidad de la mujer. Por esta razón, la dificultad de crear una legislación que prevea estas prácticas desde una perspectiva social más que comercial ha sido un desafío en la sociedad actual de los países latinoamericanos.

2.3.4 Perú

Con respecto a la legislación peruana, un análisis realizado por Estrada (2015) describe que "la maternidad subrogada se puede explicar a través de las controversias éticas, religiosas, legales y socioculturales que esta práctica desencadena y dificulta la unificación de la nomenclatura y la convergencia de los criterios y componentes que la definen" (p . 05). Es importante destacar aquí, que son diversos los factores influyentes en la regulación de esta práctica, con una serie de elementos socioculturales que tienen un impacto y dificultades para definir los requisitos y parámetros que determinan esta técnica de subrogación. Por lo tanto, se entiende que estos factores socioculturales están estrechamente relacionados con el momento de la decisión de celebrar contratos que revelen el derecho a la vida y el poder adquisitivo de alquilar un útero para el nacimiento de un bebé sin tener en cuenta el afecto generado durante la gestación.

2.3.5 Colombia

En el territorio de Colombia, esta práctica también se lleva a cabo cuando no hay legislador que la regule. Este país es un área que defiende los derechos humanos por la existencia de otras fuerzas que violan los derechos humanos, lo cual ha motivado esfuerzos constantes en este marco jurídico. Por esta razón, Colombia no deja de crear reglas que garanticen los derechos de los ciudadanos y, entre otras cosas, el apoyo a la jurisprudencia internacional no ha sido restringido.

El problema de la subrogación en este contexto no es un caso aislado para discusión y análisis. Sin embargo, es necesario aclarar que esta práctica está en el limbo legal, ya que no está prevista en ninguna regulación en el ordenamiento normativo de Colombia. De este modo, Pulgarin (2016) menciona que es “un procedimiento utilizado a nivel mundial, que tiene como fin procrear por medio de un vientre alquilado, bien sea por problemas de fertilidad o por otras condiciones que impiden la procreación de manera natural” (p . 25).

Desde este análisis, se considera que el tema fue controvertido cuando se discutió su permiso o prohibición y el enfoque legal que abarcaba. Por lo tanto, el autor citado concluyó que es un tema sujeto a problemas sociales tanto en Colombia como en otros países. En consecuencia, también señala lo siguiente; “con la subrogación altruista, se presenta una opción más aceptada, puesto que no comprende un fin lucrativo y entonces no se estaría cosificando la vida” (p . 25). Por esta razón, es importante decir que existen otros contextos en los que la práctica de reproducción asistida o subrogación, se considera una práctica prohibida y, por lo tanto, es criminal y según las leyes aplicables en Colombia tiene consecuencias.

2.3.6 Ecuador

Desde este contexto legal, debe resumirse en la necesidad emergente de proteger al niño desde el comienzo del proceso de embarazo, ya sea con la madre biológica como tal o con la madre que, como mujer gestante presta su útero para la fertilización. Esto se debe al hecho de que la legislación actual en Ecuador aún no ha definido una norma que regule el proceso de la maternidad asistida. Por esta razón, se deben establecer pautas o condiciones bajo las cuales los parámetros de protección se puedan expandir en el mejor interés.

2.4 Antecedentes de la maternidad subrogada en Ecuador

A escala mundial, se ha afirmado que uno de los primeros casos, referentes a la práctica de la maternidad subrogada, data del año 1975 en Estados Unidos, donde una pareja que no podía concebir sus propios hijos solicitaba los servicios de una mujer para que sea inseminada artificialmente. En Ecuador, según una investigación realizada por la Comisión Nacional de Bioética en Salud (en adelante, CNBS), se han llevado a cabo varios procesos de maternidad subrogada desde el año 1993; no obstante, a pesar de su prolongada vigencia, no se han establecido regulaciones legales que la normen.

Según un informe de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida del año 2008, en Ecuador, existen alrededor de cuatro centros médicos, en los que se lleva a cabo procedimientos de reproducción asistida y aproximadamente 474 ciclos de procedimientos de los mismos. El informe de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida demuestra que dichos métodos, en los que se puede incluir a la maternidad subrogada, únicamente van a continuar vigentes en nuestro país. Por otro lado, según datos provenientes de la misma fuente, en Ecuador han nacido aproximadamente 1100 niños por técnicas de reproducción asistida entre los años de 1990 hasta 2013.

Al parecer, el número de prácticas que se han llevado a cabo no han cesado, connotando una vez más, la necesidad de regulación jurídica dentro del país. Por lo que, indiscutiblemente, en Ecuador, esta práctica únicamente se seguirá desarrollando y su necesidad de legislación es idónea para regular y precautelar la salud de los menores y las madres subrogadas.

2.5 Marco legal

2.5.1 Constitución de la República del Ecuador (2008)

De acuerdo con la Carta Magna de la esta República ecuatoriana, en la sección quinta y Art. 44, consagra al Estado, la sociedad y la familia como responsables principales de promover el desarrollo y bienestar integral del niño, asegurando prioritariamente el goce de sus derechos y ejercicio pleno a la atención del interés superior, el cual debe prevalecer por encima de cualquier otro particular (Asamblea Nacional, 2008, p . 35).

De este modo, la mayor protección de los intereses de los niños y jóvenes se tiene en cuenta en el desarrollo de su crecimiento, maduración y uso de sus habilidades. Por lo tanto,

el entorno debe basarse en la satisfacción de las necesidades emocionales y sociales y culturales con el apoyo de medidas que ayuden a proteger estos intereses.

En este mismo instrumento jurídico, en el Art. 45, se establece la protección del niño desde el momento de su nacimiento, refiriendo que “todos los niños gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad, y el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (Asamblea Nacional, 2008, p . 35). Entonces, es importante entender que el Derecho a la integridad física y mental; sobre su identidad, su nombre y su ciudadanía, una familia y la convivencia familiar y comunitaria; para la participación social; por el respeto de su libertad, dignidad y para recibir información sobre identidad, a menos que esto sea perjudicial para su bienestar.

Cabe mencionar también, lo descrito en el Capítulo sexto, Art. 66, de esta Constitución, donde se reconoce y garantiza el derecho a la identidad personal, la cual debe estar debidamente registrada, fortaleciendo así, la procedencia familiar, cultura y manifestaciones sociales o políticas (p . 50). En base a lo citado, se interpreta que se protege la identidad de las personas y las condiciones de su nacimiento, donde se lleva a cabo el proceso de registro mediante las autoridades civiles. Por lo tanto, los padres o los padres deben ser lo suficientemente claros sobre el parto asistido por maternidad y abandonar el proceso de mantener al recién nacido a través de una administración dedicada y registrada.

2.5.2 Código de la Niñez y Adolescencia (CONA, 2013)

Desde esta normativa de protección, en el Art. 1, se inicia con la descripción de las disposiciones para garantizar el bienestar integral y por tanto el Estado, la sociedad y la familia están obligados a velar por la seguridad de los niños que viven en Ecuador, sus derechos en un contexto pleno del goce de libertad, dignidad y salud integral (CONA, 2013, p . 01). Al respecto, no hace falta decir que las normas que regulan la protección del interés superior contribuyen al esfuerzo colectivo de los factores que intervienen en el desarrollo integral de los niños y adolescentes. Sin embargo, la protección también debe tenerse en cuenta desde el momento del embarazo, es decir, más allá del momento del nacimiento, ya que el niño está entrando en un proceso de desarrollo. Por ello, es necesario garantizar el derecho a la vida desde la concepción del niño.

Mientras que el Título II, aborda en el art. 6, los principios básicos del presente reglamento, donde se hace referencia a la igualdad y la no discriminación. Por lo tanto, dice que "todos los niños y adolescentes son iguales ante la ley y no son discriminados por

motivos de nacimiento, nacionalidad o cualquier otra condición propia o de sus padres, representantes o familiares" (CONA, 2013, p . 01).

En este orden de ideas, es importante destacar que la disposición en esta norma con respecto al origen de los padres, es decir, el niño no debe estar expuesto en ningún caso a riesgos que pongan en peligro su dignidad, igualdad y disfrute de acuerdo con sus derechos la identidad y el registro relevante frente a los órganos responsables independientemente de los medios o formas, de aquellos nacidos a través de técnicas de fertilización.

2.5.3 Convención de los derechos de los niños

Según las disposiciones suscritas por los Estados partes en la Convención de los Derechos del Niño (UNICEF, 2014), se describen entre los principios establecidos que “todos los niños tienen en todo momento los mismos derechos, sin excepciones y sin importar o distinguir por color de piel, raza, religión o procedencia, o las ideas de sus padres” (UNICEF, 2014, p . 04). Seguidamente, otro de los principios se establece en torno a que “cualquier ley o política que pueda afectar ha de considerar qué es lo mejor para los niños, y cuando los adultos tomen decisiones tienen que prioritariamente pensar cómo afecta a estos niños” (UNICEF, 2014, p . 04).

Sobre este orden legal, se supone que el mejor interés debe estar protegido de cualquier alcance y acción que pueda afectar su integridad física o psicológica. Por lo tanto, se aconseja a los padres que tengan en cuenta qué acciones los niños pueden afectar su bienestar, lo cual, también se aplica en la medida en que todos los niños disfrutan de los mismos derechos sin discriminación.

2.5.4 Código Orgánico de la Salud

Se expuso un nuevo Código Orgánico de Salud (2020) donde se consideraba la reproducción humana asistida, esta se contemplaba dentro del artículo 196, expresando que las diferentes técnicas aplicadas para lograr dicha reproducción, deberían cumplir con todas las regulaciones concernientes al tema que establezcan las autoridades sanitarias, así como los principios morales, bioéticos universales. Señalando también, que solo se permitiría la práctica de estos mecanismos, si los mismos se realizaban en centro avalados por las autoridades sanitarias.

Asimismo, destaca que la maternidad subrogada solo se considerara, en los casos que comprobado clínicamente denoten que la mujer no puede concebir un hijo. De igual forma, el código hacía mención en cuanto al cuidado de las mujeres en gestación, indicando que a ellas se les debería prestar atención y los cuidados correspondientes en todo momento a fin de evitar complicaciones durante la fertilización, el periodo de gravidez y el cuidado post parto.

El citado código también realizaba una prohibición en el mismo artículo, recalcando que quedaba prohibido hacer uso de menores de edad para estas técnicas, y el cobro de alguna contraprestación económica, de igual forma, que expresaba la debida formación que tendrá el niño nacido dentro de un seno familiar.

Es entonces importante destacar que, dentro de la legislación ecuatoriana, existió un código que disponía una normativa en relación a la situación estudiada, si bien no hay una ley propia que abarque todo el tema, si presentaba un articulado que permitía determinar consideraciones al respecto. Así pues, se detalla que la norma protegía del mismo modo a la madre gestante, como también le brindaba una posibilidad de tener un hijo biológicamente suyo a la madre que por condiciones médicas no pueda concebir o llevar a feliz término un embarazo propio y hacía mención sobre el derecho del niño a crecer dentro de su seno familiar.

En relación a lo establecido en el Código Orgánico de la Salud (2020) la iglesia se pronunció, exponiendo consideraciones de índole moral y religioso sobre los artículos donde se trata el tema de la maternidad subrogada, la Conferencia Episcopal Ecuatoriana considero que la legalización de este tipo de maternidad va en detrimento de la dignidad de la mujer y el sentido de maternidad, consideraciones que teológicamente no pueden ser aceptadas, toda vez que se conoce que Sara, la esposa de Abraham al ver que no podía darle un hijo a su esposo, le pide procrea descendencia con la sierva Agar. Es decir, en relación a la maternidad subrogada, el tema es de una data muy antigua, el ser humano por naturaleza busca dejar la prole que siga el curso del linaje hereditario. Así pues, se supone que en materia de maternidad subrogada la posición eclesiástica no debería ser considerada.

En relación al aborto, que podría darse por desistimiento de alguna de las partes, el Código en el artículo 201, hablaba de emergencias obstetricias, esta aplicación de términos es ambigua, lo que da cabida a una posible malinterpretación, abriendo con esto el cerco de permisividad en relación al aborto, es decir pudiera usarse malintencionadamente, encajando así dentro del perfil expuesto, sobre cuando alguna de las partes intervinientes desista del

interés ¿Qué pasaría con el niño concebido? En este sentido, el Código Orgánico de la Salud (2020) por aplicar el termino de emergencia y aborto de cualquier tipo, ocasionaba una problemática, pues permitía el aborto aun cuando no existan riesgos para la mujer, pero refiriéndose al mismo con un término de emergencia, dicho vocablo puede abarcar diferentes contextos o situaciones ilimitadas que generarían el incremento de abortos exponiendo múltiples causales.

En relación a este punto, la Conferencia Episcopal Ecuatoriana también se pronunció, con total preocupación y considerando que en esta oportunidad las razones eran obvias y meritorias. El derecho a la vida desde la concepción se estaba viendo afectado en el citado Código, pues, así como añade como aborto cualquier causal o tipo, también liberaba las manos de los profesionales, indicando que no pueden negarse a prestar el servicio a la madre que así lo requiera cuando esté en condiciones de un proceso de aborto. Por consiguiente, la situación que se presentó es compleja, en el momento que personas inescrupulosas pudieran hacer mal uso de los términos poco apropiados que se utilizaban en el Código, bien pudiendo realizar cualquier práctica en contra del embarazo para luego decir que es una emergencia y pedir la ayuda de los profesionales. Se considera entonces que la ambigüedad con la que fue redactado el artículo perjudicaba al niño ya concebido, quitándole el derecho a proteger su vida desde la concepción.

En Ecuador solo existen dos causales no punibles de aborto, una es cuando la mujer tenga peligro de salud o muerte a consecuencia de un embarazo y dos, cuando el embarazo sea por una violación y la mujer tenga problemas mentales, esto, según lo que expresado por el Código Orgánico Integral Penal (2014). En estos casos, se aplica lo que se denomina aborto terapéutico, se acota que, en ambos escenarios, se debe tener en cuenta el consentimiento de la mujer. Esta norma está dispuesta para preservar la vida de la madre y para garantizar una vida digna de la mujer que fue objeto de una violación. Solo bajo estas causales establecidas en el Código Orgánico Integral Penal se reconoce en Ecuador la práctica de un aborto.

Es entonces, que se observaba con preocupación lo que disponía el Código Orgánico de Salud (2020) siendo que, si se presenta la situación, sobre que alguna de las partes intervinientes en la maternidad subrogada pierda el interés en la relación contractual, ¿Quién resguardaría la vida del niño concebido? Es entonces que, lo expresado por la Conferencia Episcopal de Ecuador, tiene sentido y es pertinente en este asunto, por esta razón y otras más que no son pertinentes en esta investigación los 405 artículos que comprendía el Código

fueron vetados. Así pues, se vuelve a la realidad de que no existe una normativa que regule estos casos que evidentemente existen en el país pues el 25 de septiembre del presente año en rueda de prensa el presidente veto el citado Código Orgánico de Salud, quedando sin efecto, todo lo dispuesto en su articulado.

Por consiguiente, se entiende que el Código quedo sin efecto, pues era contraria a otras normas legales, al ir en contra de disposiciones que consagran y respetan el derecho a la vida. Cuando el vetado Código reconoce el aborto como emergencia obstétrica indicando que puede ser de cualquier tipo, deja una puerta abierta a un sin fin de prácticas realizadas que tengan como fin la muerte del feto, perjudicando al más débil en todos sus derechos.

Cabe destacar que, el niño concebido tiene que ser protegido desde su concepción, indiferentemente de la manera o forma como haya sido procreado. Es entonces que, si bien por un lado el Código Orgánico de la Salud que se vetó en septiembre del presente año, contemplaba la maternidad subrogada, legalizando y detallando la forma sobre cómo debería realizarse, así como también el cuidado de la madre y contemplar el derecho que tiene el niño nacido a crecer dentro de su seno familiar, no es menos cierto que, por otro lado, le otorgaba un carácter permisivo al aborto, contrariando con esto la normativa dispuesta.

Por lo que se refiere a la protección del niño concebido, esta se vería perturbada con las disposiciones que el Código disponía, toda vez que proporcionaba los medios para posibles abortos infundados, y siendo que condenaba el hecho de la negativa de un médico, indicando que un profesional que labore en los centros de salud autorizados no podía negarse a atender estas situaciones, generaba de igual forma una disposición contraria a la tutela del derecho a la vida. Es entonces, que, con esto se ofrecía las condiciones idóneas para que este tipo de práctica se hiciera recurrente, pues hacía de lado la objeción de conciencia del médico tratante.

En definitiva, por lo que se refiere a la protección del niño concebido el Código mencionado no tutelaba del todo sus derechos, pues al permitir la atención medica de un aborto denominado emergencia obstétrica y a su vez, obligar al profesional a tratar el mismo dentro de una práctica médica como cualquier otra, se desvirtúa por completo el derecho a la vida, tutelado por muchas otras normas, dejando desprotegido al débil de esta relación suscitada por un embarazo subrogado.

2.6 Marco conceptual

Este apartado se expone las definiciones y concreciones teóricas que sirven de base para el entendimiento y comprensión de la lectura del documento, y del tema en específico.

2.6.1. Maternidad Subrogada

Subrogar significa sustituir o colocar a una persona o cosa en lugar de otra. Es una especie de sustitución la cual desempeña una función que, por distintas razones, cambiadas por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros. De allí se desprende, la definición de maternidad subrogada, o también conocida como la subrogación uterina y más comúnmente conocida como el alquiler de útero, o vientre, esta es una práctica de carácter médica mediante la cual, se anida el embrión en el vientre de una madre distinta a aquella que necesita la maternidad, es decir, una mujer presta su vientre para llevar al hijo de otra (Romero, 2017).

2.6.2. Reproducción Humana

La reproducción humana es una función de carácter biológica muy importante para la perpetuación de los seres humanos. Para que ella se produzca se hace necesario que se una el óvulo con el espermatozoide que son los gametos. Los gametos se forman en las glándulas sexuales, es decir, los espermatozoides se forman en los testículos y los óvulos en los ovarios (Remohi, 2017).

Para la reproducción humana, se hace necesario la unión de un hombre y una mujer. Las mayores diferencias que tienen ambos se encuentran en los aparatos reproductores de cada uno ya que los hombres tienen testículos que producen la hormona sexual masculina que es la testosterona, y el género femenino tienen los ovarios que producen hormonas sexuales femeninas, que son los estrógenos y la progesterona.

2.6.3. Infertilidad

La infertilidad es el problema que tiene una persona para lograr o mantener un embarazo. Los problemas de fertilidad se presentan tanto en mujeres como en hombres, ella no es como comúnmente se conoce como un problema de las mujeres los hombres también pueden

padecerla, así como tampoco tiene que ver con la edad de la persona. Cuando a una pareja le es difícil lograr un embarazo de una manera normal, cualquiera de los dos, así como también ambos tienen las mismas probabilidades de ser la causa. Por tal motivo, generalmente, se les hacen pruebas tanto al hombre como a la mujer para determinar quién tiene el problema y quien no o si lo tienen ambos (Remohi, 2017).

2.6.4. Filiación

La filiación es el vínculo que une al hijo con sus padres, esta relación que trae como consecuencia una serie de derechos y obligaciones. Hay que tomar en consideración que la filiación jurídica y biológica no tiene por qué coincidir, lo común es que coincida, pero puede darse el caso de la adopción. Así, los derechos y obligaciones que despliega tal vinculación están enmarcados dentro de los principios de protección a la familia. De esta manera, los efectos de la filiación varían conforme lo hace la conciencia social. Un ejemplo de ello se observa en la igualdad entre los hijos matrimoniales y no (Romero, 2017).

2.6.5. Maternidad

Es la experiencia de vida que tiene el género femenino al momento en que da a luz a un hijo y de esta manera se convierte en madre. La maternidad trae consigo múltiples fenómenos que se desarrollan en la mujer, y ellos van más allá de una sola disciplina, es decir, la maternidad no solo está formada por el hecho de que a nivel corporal, ocurra el proceso de reproducción, sino que ella representa la generación de un nuevo ser humano (Romero, 2017).

En ese sentido, la maternidad si bien no es universal, ya que no todas las mujeres tienen ese privilegio a veces por problemas de reproducción llegan a ser madres en el mundo por una decisión personal, también representa un instinto, que se presenta en la mayoría de las mujeres, quienes se sienten identificadas a sí mismas con la figura de la madre.

2.6.6. Interés superior

Es un privilegio, un derecho y una garantía que poseen las niñas y los niños tienen derecho a que, antes que se tome una medida o decisión en relación a ellos se tome aquella que beneficia a los menores. Su finalidad es tratar de superar dos posiciones extremas por un

lado, el autoritarismo que sucede cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y por el otro el paternalismo del Estado. El interés superior del niño ha sido concebido como un concepto con una triple arista ya que es un derecho, es un principio y es una norma de carácter procedimental (Cabrera, 2016).

Se trata del derecho que poseen los niños y las niñas que las decisiones que se tomen en cualquier ámbito siempre se tomen en beneficio de ellos. Es considerado un principio por cuanto, si una norma jurídica contempla varios supuestos o interpretaciones, se tomará en consideración la interpretación que compense de manera más efectiva el interés superior del niño. Y es una norma de carácter procedimental ya que, para todos los casos que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso debe contener una estimación de las posibles consecuencias que puede conllevar una decisión de esta naturaleza.

2.6.7. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)

Las técnicas de reproducción asistida, consisten en el manejo del óvulo o del espermatozoide con el fin de obtener un embarazo, con total independencia de la causa de la infertilidad. En los últimos años se ha avanzado mucho desarrollando técnicas para poder tratar la infertilidad y de esta manera conseguir que las personas que sueñan con ser padres puedan hacerlo realidad. En primer lugar, el médico tratando debe determinar cuál es la causa del problema (Remohi, 2017).

En aquellos casos cuando el diagnóstico no es conocido, se puede empezar por adoptar las medidas más sencillas, como por ejemplo analizar el moco cervical para programar las relaciones sexuales para que ellas puedan coincidir con la ovulación, a esto se le denomina método Billings, por otra parte, también se recomienda efectuar posturas consideradas más efectivas durante el coito para lograr la fecundación (Remohi, 2017).

2.6.8. Inseminación Artificial

La inseminación artificial es definida como un procedimiento de reproducción asistida mediante el cual se introduce el semen de semen que ha sido previamente preparado en un laboratorio clínico especializado dentro del útero de la mujer. De esta forma, se puede aumentar las posibilidades de que el óvulo pueda quedar fecundado por el espermatozoide y, por tal razón se produzca el embarazo. El semen que se utiliza en este procedimiento, puede

provenir tanto del hombre de la pareja, así como también de un donante. Existen varios tipos de inseminación artificial como la intratubárica, la artificial intracervical, la artificial intrafolicular, la artificial intravaginal y por último la Inseminación artificial intrauterina (Remohi, 2017).

2.6.9. Vientre en alquiler

Esta técnica de carácter reproductiva tiene su base en la cesión voluntaria, por parte de una mujer, de su capacidad para poder llevar a fin un embarazo el cual será del hijo de una pareja, o puede ser de un hombre soltero. Lo más común en estos casos es que las parejas que inician este tipo de procedimientos son personas que han agotado todas las vías médicas para poder tener un embarazo satisfactorio. También acuden a la utilización de esta técnica parejas homosexuales de varones y hombres solteros que desean ser padres. Al final, una madre que presta su vientre es una mujer que acepta, mediante un acuerdo de voluntades, quedar embarazada con el fin de gestar y dar a luz a un niño que será criado por una pareja o persona soltera como hijo propio (Tejeda, 2016).

CAPITULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Metodología de la investigación

La metodología que se utilizó en el presente trabajo investigativo, está formada por pluralidad de métodos y técnicas que de una manera sistemática se establecieron con el propósito fundamental de lograr los objetivos planteados en esta investigación. Por tal motivo, la misma se seleccionó con el fin de estudiar los efectos que generaría la inclusión de una disposición jurídica en la legislación ecuatoriana para la protección de los niños concebidos mediante el empleo de la técnica de maternidad subrogada.

De acuerdo con lo planteado por Villalón (2015), la metodología está formada por “el conjunto de experiencias que de acuerdo con el tiempo, traen consigo una reflexión para el abordaje de los de aquellos elementos que son fundamentales para la obtención de resultados y alcances en los cuales, se basa la investigación” (p.02). Para ello, se abordó el empleo de métodos cualitativos y cuantitativos.

3.2. Tipos de investigación

Son aquellos que se refieren a la vía que se debe seguir mediante un conjunto de pasos consecutivos, aplicando un conjunto de operaciones y procedimientos para de esta manera poder obtener la consecución de los objetivos planteados en cualquier investigación de la cual se pretendan obtener resultados, por tal motivo, se debe entender que el método científico se puede definir como un elemento que toma una variedad de técnicas empleadas, como la observación, la demostración e interpretación ello con la finalidad de poder determinar el comportamiento de un fenómeno de estudio (Pulido Polo, 2015).

En relación a estos pasos que se han establecidos para obtener la información procesada, que es necesaria para la creación de análisis y síntesis a la luz de distintos referentes teóricos, se puede admitir que dichos métodos cumplen un papel fundamental, siendo de esta manera que se puede determinar las fases en forma sistemática en cuanto a cómo se realiza la formulación de propuestas de tipo general, bien sean realizadas de una manera práctica o

realizadas de manera conceptual, que colabore en la contrastación empírica mediante la aplicación de procesos de carácter metodológicos.

En este pliego investigativo, se delimita en la complementariedad de métodos que de una manera sincronizada fueron utilizados con la finalidad de emplear una variedad de distintas técnicas de análisis como la comparación, síntesis, analogías y de esta manera, poder estudiar los efectos que generaría la implementación de una disposición jurídica en la legislación ecuatoriana para la protección de los niños concebidos mediante el empleo de la técnica de maternidad subrogada. En función de ello, en el proceso de la presente investigación se utilizaron los niveles analítico, descriptivo, sintético y deductivo con el fin de realizar la interpretación de toda la información recabada mediante la revisión documental y bibliográfica relacionada con las variables de estudio.

3.2.1. Método descriptivo

Este método es aquel que se utiliza en función de los objetivos de este estudio, los cuales van dirigidos a estudiar los efectos que generarían implementar una disposición jurídica en la legislación ecuatoriana para la protección de los niños concebidos mediante el empleo de la técnica de maternidad subrogada. No obstante, este método es admitido por su disposición de obtener un primer plano del conocimiento de verdadera realidad de un entorno de estudio, donde la observación del fenómeno estudiado se efectúa de una manera directa por el investigador y por tal razón el conocimiento es obtenido directamente de la fuente en que se opera el fenómeno investigado. De esta manera, tiene como finalidad obtener, interpretar y presentar con la mayor determinación, la información obtenida de un ambiente real de acuerdo con los criterios ya establecidos por cada rama de la ciencia (Calduch, 2015).

Lo más irrelevante en relación a este aspecto ya desarrollado para la mejor comprensión de este estudio, se determina que el rigor científico que se obtiene con este método, es fundamental, ya que el conlleva a la obtención de información necesaria sobre el fenómeno que es investigado. De esta manera, la información indirecta por otros observada o por la aplicación de distintos métodos también tiene importancia y rigor científico (Calduch, 2015).

En virtud de lo mencionado, el rigor científico es comprendido como una forma indispensable que busca elaborar una interpretación partiendo desde el análisis de la interpretación que se efectúa de la información y la descripción exacta del objeto material o disciplina sobre la cual se efectúa la observación de una nueva idea del comportamiento del

fenómeno estudiado. En tal sentido, se afirma que dicha interpretación es de carácter subjetiva y, por tal razón, no es arbitraria, ha sido creada partiendo de las creencias del individuo, no ha sido concebida de una manera lógica con los hechos y la realidad en forma consistente con los requisitos que son fundamentales de la disciplina.

Desde este punto de vista, el presente estudio aborda la estudiar los efectos que generaría la inclusión de una disposición jurídica en la legislación ecuatoriana para la protección de los niños concebidos mediante el empleo de la técnica de maternidad subrogada. De allí, que el empleo del método descriptivo coadyuva en la ubicación del fenómeno de estudio centrado en la realidad del ordenamiento jurídico y su aplicación en este contexto de investigación.

3.2.2. Analítico

El empleo de este método, tiene su fundamentación en el supuesto de que, partiendo de un conocimiento general en relación a una realidad conocida, es posible explicar las características individuales de cada una de sus partes y, asimismo, las relaciones existentes entre ellas. Desde este punto de análisis, se puede interpretar entonces que este precepto comprende la descomposición de las partes, sin embargo, se puede incidir en una disminución de información relevante en relación a los elementos dinámicos de la realidad, pues, no todo el tiempo se pueden eliminar sin afectar su funcionamiento y los cambios de la realidad a lo largo del tiempo (Calduch, 2015).

De acuerdo con lo mencionado, este método se seleccionó en esta investigación ya que la marca la diferencia por una parte entre el razonamiento desde una perspectiva general a una perspectiva particular, centrado en una realidad donde todos los elementos que la unen son considerados relevantes, además de observar el orden de las relaciones que mantienen de una forma dinámica e interactiva. Teniendo en cuenta que, el análisis funcional estudia el comportamiento de todos los elementos, para producir determinados efectos o permitir el desempeño de ciertas funciones.

De esta manera, en esta investigación, se aplicó el presente método al utilizar el análisis atendiendo las perspectivas que formaron los elementos que estudian los efectos de implementar una disposición jurídica en la legislación ecuatoriana para la protección de los niños concebidos mediante el empleo de la técnica de maternidad subrogada. En este sentido, se aborda la realidad desde un escenario de aplicación en diversos ámbitos legislativos en un marco comparado donde se evidencia el tema en varias legislaciones.

3.2.3. Sintético

Este método se considera como punto de partida, en el conocimiento se precisa de todos los elementos de una realidad específica, así como también de sus vinculaciones, ello con el fin de llegar a obtener un conocimiento general que de una manera forma en consideración a un todo o a una globalidad, la cual está comprendida y detallada mediante la unión de todas sus partes. De acuerdo a estos efectos, la comprensión de la estructura dentro de una dinámica interna de una realidad está basada en todos los elementos de dicha realidad (Calduch, 2015).

Este método se utilizó en esta investigación, ya que permitió determinar una variedad de síntesis genéricas las cuales se encontraron vinculadas con la información obtenida mediante el estudio de la revisión documental y bibliográfica de fuentes primarias y secundarias. Desde este punto de vista, este método fue aplicado en atención al abordaje de la síntesis para que, de esta manera proponer una disposición jurídica en la legislación ecuatoriana para la protección de los niños concebidos mediante el empleo de la técnica de maternidad subrogada

3.2.4. Deductivo

En relación a la utilización de este método, el mismo dirige su objetivo a la construcción de análisis, desde una panorámica de carácter general para la conclusión en relación a una visión de carácter particular o individual del tema que se está investigando. En este orden, se concibe a este método para la individualización de todas aquellas características específicas de una realidad que ha sido investigada como consecuencia de una pluralidad de proposiciones de carácter general que han sido establecidas previamente (Calduch, 2015).

En esta investigación se seleccionó este tipo deductivo ya que al implementarlo se busca derivar consecuencias individuales en relación a un fenómeno que se ha estudiado, partiendo de premisas o conclusiones ya establecidas por leyes científicas las cuales son aplicables una vez que es comprobado dicho fenómeno o suceso investigado. En consecuencia, la comprobación mencionada demanda el apoyo de una variedad de métodos que cumplen un papel adicional para el establecimiento de comparaciones o correspondencia fenomenológica entre la ley general y la particular.

De esta manera, los análisis a las teorías fueron utilizados en la presente investigación para estudiar los efectos que generarían la creación de una disposición jurídica en la legislación ecuatoriana para la protección de los niños concebidos mediante el empleo de la técnica de

maternidad subrogada llevan a cabo mediante la complementación de métodos con el fin de alcanzar el establecimiento de conclusiones válidas.

3.3. Enfoque de la investigación

El enfoque de investigación es de tipo mixto por cuanto se emplearon métodos de carácter cualitativo como cuantitativos en el levantamiento de la información. El cual se encuentra centrado más, hacia el paradigma interpretativo de la información, así mismo se encuentra orientado al análisis de entrevistas, opiniones de expertos, que comprende proponer una disposición jurídica en la legislación ecuatoriana para la protección de los niños concebidos mediante el empleo de la técnica de maternidad subrogada.

Puesto que de esta manera, se desarrolla el estudio dentro de un nivel de tipo descriptivo, para lo cual se usaron los métodos deductivo, inductivo, analítico y sintético, lo que permitió la formación de las opiniones y conclusiones en concordancia con las normativas en distintos ámbitos de aplicación.

3.4 Técnicas de investigación

Dentro de las técnicas para lograr los objetivos establecidos en el presente estudio, se consideraron las entrevistas y opiniones de expertos.

3.4.1. La entrevista

Este instrumento es de gran utilidad, dentro de la investigación, ya que forma un apoyo en las investigaciones de carácter cualitativas, su finalidad es la de obtener datos, definiéndose como un dialogo que tiene una finalidad muy particular, como es conocer los detalles de la investigación. Este tipo de instrumento es desarrollado mediante una amena conversación que se da de una manera abierta, donde una persona realiza un conjunto de preguntas a otra sobre un tema específico que ha sido convenido por las partes y esta responde de acuerdo a su criterio y conocimiento (Hernández, Fernández, & Collado, 2014).

3.4.2. Encuesta

La encuesta estuvo dirigida a 375 personas involucradas en el área de Derecho de Familia que es el campo de estudio de la discriminación laboral por género.

3.5. Población y muestra

Este aspecto investigativo, es definido como el conjunto de elementos de los que se quiere conocer todas y cada una de sus características, de esta misma manera, también se establece que una investigación puede tener como finalidad estudiar un conjunto amplio de individuos, objetos o documentos. A todo ese conjunto o pluralidad se le denomina población” (Arias, 2012). En este sentido, el universo de la población está conformado por abogados de la provincia del Guayas

Población de Encuesta

Tabla 1 Población objeto de estudio

UNIVERSO	CANTIDAD	PARTICIPACIÓN
Foro del Colegio de Abogados de la Provincia del Guayas	15.936	100%

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado por: Carriel, 2020

3.6. Muestra

La muestra es definida, como un conjunto característico de un universo o de una población, los cuales se concentran pocos elementos que son visualizados, no como un conjunto sino como una sola unidad. Por tal razón, esta muestra representativa con características muy parecidas a las de la población, permite deducir en los resultados con un margen de error que puede ser conocido, para lo cual se hace necesario aplicar un procedimiento aleatorio o probabilístico. En este ámbito, es muy importante señalar que en la aplicación del muestreo aleatorio se conoce la probabilidad que tiene cada elemento de integrar la muestra, cuya fórmula de aplicación consiste en los valores a continuación detallados.

La fórmula que se va a implementar para el cálculo de la muestra es la siguiente:

Formula: $n = \frac{Z^2 \cdot p \cdot N^2}{E^2(N-1) + Z^2 \cdot p^2}$

Descripción

n: Tamaño de Muestra

N: población **15.936 (Abogados del Guayas)**

Z2= nivel de confianza 95% $(1,96)^2$

e 2= error 5% $(0,05)^2$

P= Probabilidad de ocurrencia 0,05

Q= Probabilidad de no ocurrencia 0,05

Aplicación

$$n = \frac{1,96^2 \times (0,5)^2 \times 15.936}{(0,05)^2 (15.936-1) + 1,96^2 \times (0,5)^2}$$

$$\frac{n = 0.9604 \times 15.936}{(0.0025) (15.935) + 0.9604}$$

$$\frac{n = 15304.93}{39.83 + 0.9604}$$

$$\frac{n = 15304.93}{40.79}$$

$$n = 375$$

Una vez que se procedió a realizar la operación matemática, se pudo establecer la cantidad exacta de la muestra a encuestar, es decir, 375 personas, es la cantidad exacta de profesionales de la carrera de Derecho de la provincia del Guayas para la investigación.

3.7. Análisis de las Encuestas aplicadas a Abogados miembros del Colegio de Abogados de Guayaquil.

3.7.1 Presentación y análisis de los resultados

1.- ¿Está usted de acuerdo con la maternidad subrogada?

Tabla 2 *¿Está usted de acuerdo con la maternidad subrogada?*

Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Si	320	85%
No	55	15%
TOTAL	375	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

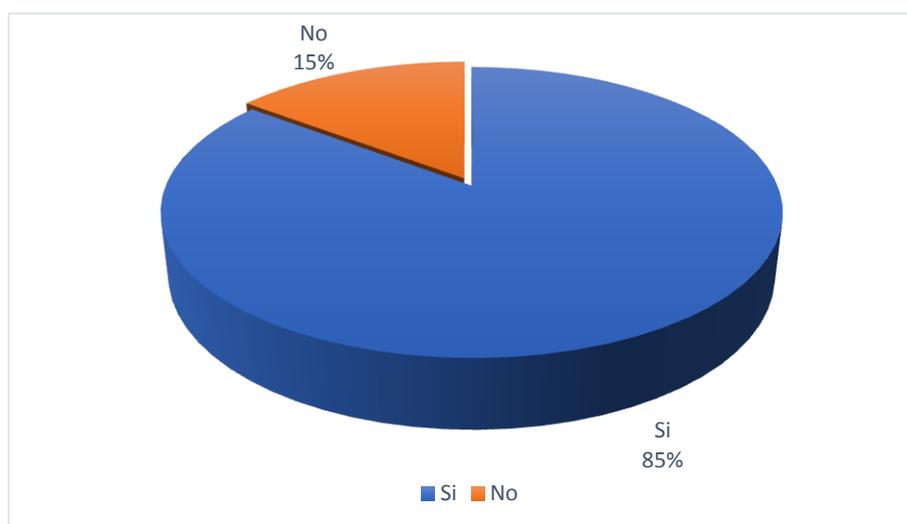


Figura 2 *¿Está usted de acuerdo con la maternidad subrogada?*

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

Análisis: En relación al presente ítem se evidencia que el 85% de las personas encuestadas eligió la opción “SI” lo que implica que están a favor de la maternidad subrogada, pudiendo inferir una flexibilización en parte a las normas moralistas preestablecidas en la sociedad. Por otro lado, se observa que aun cuando existe una tendencia a la aceptación, se detalla que el 15% restante se manifestó en contra, yéndose por la opción del “NO”, lo que refleja es que aun cuando existen personas con pensamientos que desechan este tipo de prácticas, bien sea por concepciones de índole moral, religioso o social, la alta mayoría de los encuestados

manifestó estar de acuerdo con la maternidad subrogada, siendo esto un avance en cuanto al tema, y puede tomarse en cuenta para la legalización y regularización de esta práctica.

2.- ¿Considera usted que la maternidad subrogada es una alternativa para aquellas parejas que no pueden tener hijos de una manera natural?

Tabla 3. ¿La maternidad subrogada es considerada una alternativa al no poder tener hijos?

Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Si	330	88%
No	45	12%
TOTAL	375	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

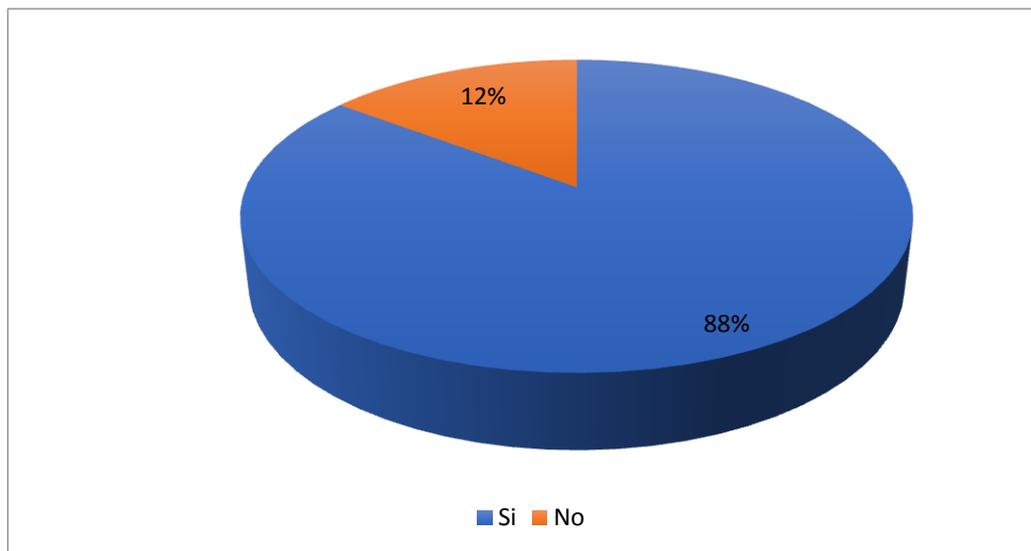


Figura 3 ¿La maternidad subrogada es considerada una alternativa al no poder tener hijos?
Elaborado por: Carriel, 2020

Análisis: En relación al presente ítem se evidencia que el 88% de las personas encuestadas eligió la opción “SI” siendo que, al igual que en la pregunta anterior, los resultados arrojados por las personas encuestadas son alentadores para la legalización de este tipo de maternidad, por su parte, mientras que la mayoría respondió en forma positiva, se presenta que el 12% se manifestó por la opción del “NO”, es entonces que se tiene una evidente aceptación hacia la consideración sobre las personas que no pueden concebir de forma natural. Es así que, la maternidad subrogada se visualiza como una posibilidad viable y la misma debe ser

regularizada y legalizada por el Estado, para constituir así una alternativa factible para todas aquellas parejas que por diferentes razones no pueden concebir hijos de la forma tradicional y la adopción no está contemplada como una opción.

3.- ¿Considera usted que en Ecuador hay un ordenamiento jurídico que regule la maternidad subrogada?

Tabla 4 *¿Existe en Ecuador normas que regulen la maternidad subrogada?*

Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Si	50	13%
No	325	87%
TOTAL	375	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

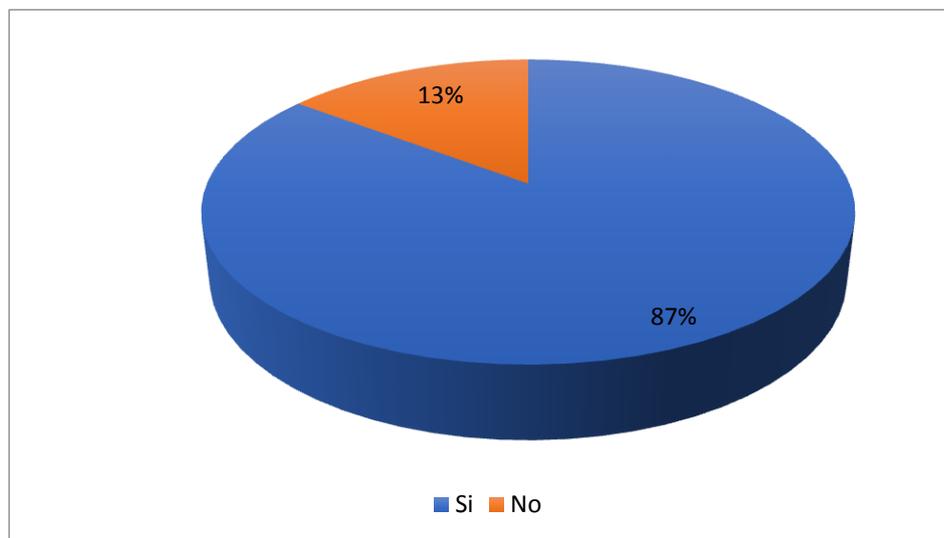


Figura 4 *¿Existe en Ecuador normas que regulen la maternidad subrogada?*

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

Análisis: En relación con esta pregunta, se tiene que las personas encuestadas manifestaron que en Ecuador no existe una norma que regule esta práctica que efectivamente se está llevando a cabo, siendo que se obtuvo un 13% de encuestados que respondieron como Si, ante la pregunta planteada sobre si en Ecuador existe una ley o norma que regule esta situación, mientras que el 87% se manifestó por la opción del “NO”, dejando expuesto en

esta investigación, que para las personas entrevistadas, si existe un vacío en la legislación ecuatoriana sobre lo que sucede con este tipo de maternidad, manifestando que no existe en Ecuador dentro del ordenamiento jurídico que regule la maternidad subrogada, como una práctica que aunque no muy común, si se presenta en la realidad ecuatoriana y la misma no puede ser evadida.

4.- ¿Considera usted que la Asamblea Nacional de Ecuador debe aprobar normas jurídicas que regulen la maternidad subrogada en Ecuador?

Tabla 5 ¿La AN debe aprobar normas que regulen la maternidad subrogada?

Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Si	310	83%
No	65	17%
TOTAL	375	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

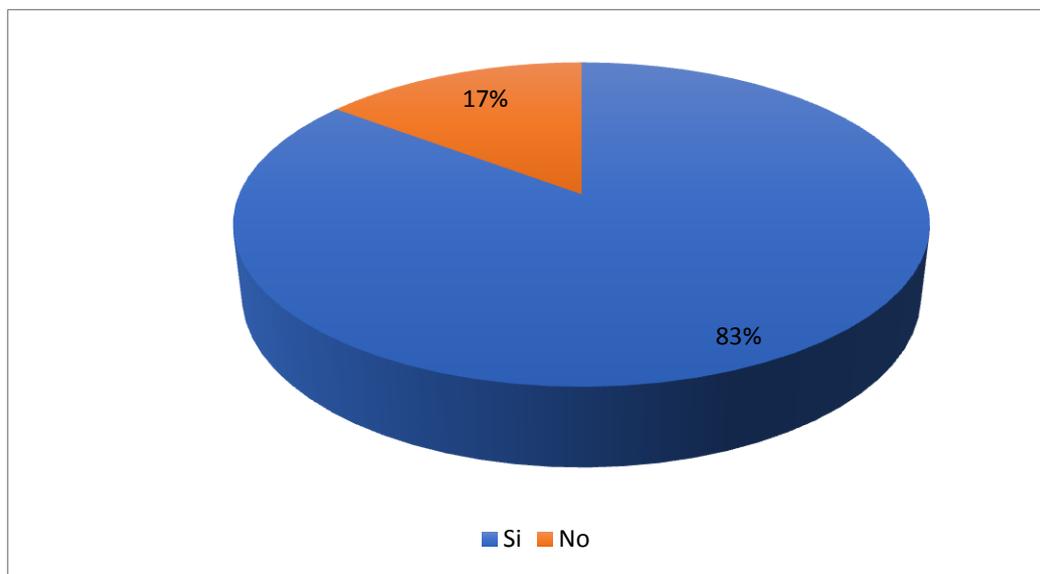


Gráfico 1 Figura 5 ¿La AN debe aprobar normas que regulen la maternidad subrogada?

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

Análisis: En relación al presente ítem se evidencia que el 83% de los encuestados eligió la opción “SI” mientras que por su parte el 17% de las personas que se encuestaron se manifestó por la opción del “NO”, de donde se evidencia que la mayoría de los encuestados es del criterio que considera, que la Asamblea Nacional de Ecuador debe aprobar normas jurídicas que regulen la maternidad subrogada. Es así que, en esta investigación se está manifestando

la necesidad palpable de crear normas y leyes destinadas a la regularización de esta modalidad de maternidad. Se deduce entonces, esta práctica debe tomarse en consideración con toda la seriedad que amerita el tema, siendo una realidad que se presenta en el territorio ecuatoriano, por ende, es menester de la Asamblea Nacional promulgar normas que vayan en pro de esta práctica.

5.- ¿Considera usted que Ecuador debería tomar como modelo los procedimientos legales de ordenamientos jurídico como el de Estados Unidos en relación a la Maternidad subrogada?

Tabla 6 *¿Ecuador debe tomar modelos como los de USA en maternidad subrogada?*

Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Si	332	89%
No	43	11%
TOTAL	375	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

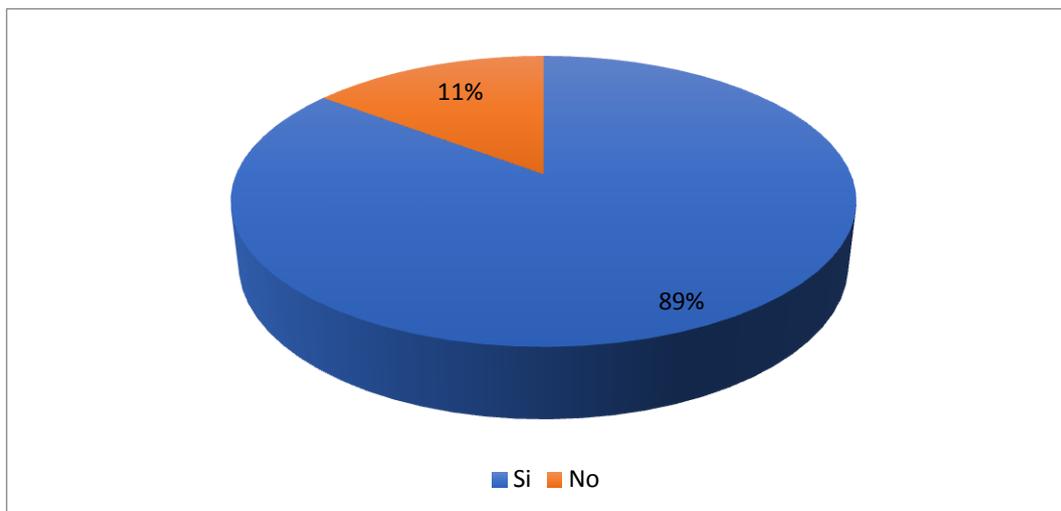


Figura 6 *¿Ecuador debe tomar modelos como los de USA en maternidad subrogada?*

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

Análisis: Existiendo ya modelos en otras legislaciones que bien pueden tomarse en cuenta, se presenta esta pregunta sobre la maternidad subrogada en los Estados Unidos de América como modelo a seguir para el Estado del Ecuador y en relación a ella se evidencia que el 89% de las personas encuestadas eligió la opción “SI” es decir, avalan el implementar en el país, modelos parecidos a los establecidos en el exterior para la regularización de este tipo de maternidad, mientras que por otra parte el 11% se manifestó por la opción del “NO”, siendo

entonces que, se pone de manifiesto que una alta cifra de las personas encuestadas acepta con buenos ojos, y considera que Ecuador debe tomar como ejemplo el modelo implantado en los Estados Unidos de América para ser aplicado en el país en relación a la materia de maternidad subrogada, llenando con esto el vacío legal.

6.- ¿Considera usted que la maternidad subrogada deberá regularse por un contrato escrito entre las partes?

Tabla 7 *¿Se debe regular la maternidad subrogada por un contrato?*

Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Si	220	59%
No	155	41%
TOTAL	375	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

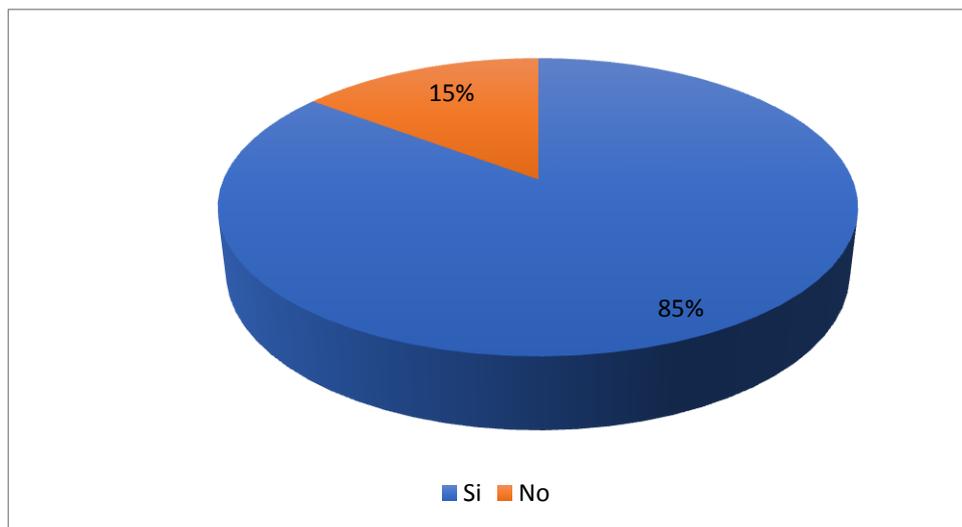


Figura 7 *¿Se debe regular la maternidad subrogada por un contrato?*

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

Análisis: siendo que la práctica de la maternidad subrogada es un acto volitivo, de las partes intervinientes que llegan a un acuerdo para realizar el proceso, se presenta esta interrogante sobre el deber de regular este tipo de maternidad que se realiza en el Ecuador y en relación a ella, se formula dicha pregunta y es entonces que, de ahí se manifiesta que el 59% de las personas encuestadas eligió la opción “SI” por lo que consideran la necesidad de, que durante

la práctica de este tipo de maternidad, la misma se perfila dentro de un contrato, esto con el fin de asegurar el cumplimiento de dicho acuerdo hasta el final, mientras que el 41% se manifestó por la opción del “NO”, es entonces que se evidencia que la mayoría de los encuestados consideran la aceptación de este tipo de maternidad bajo un contrato previo establecido por las partes.

7.- ¿Considera usted que la maternidad subrogada puede ser fuente de problemas jurídicos entre las partes intervinientes de dicho acuerdo?

Tabla 8 *¿La maternidad subrogada puede causar problemas entre las partes intervinientes?*

Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Si	300	80%
No	75	20%
TOTAL	375	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

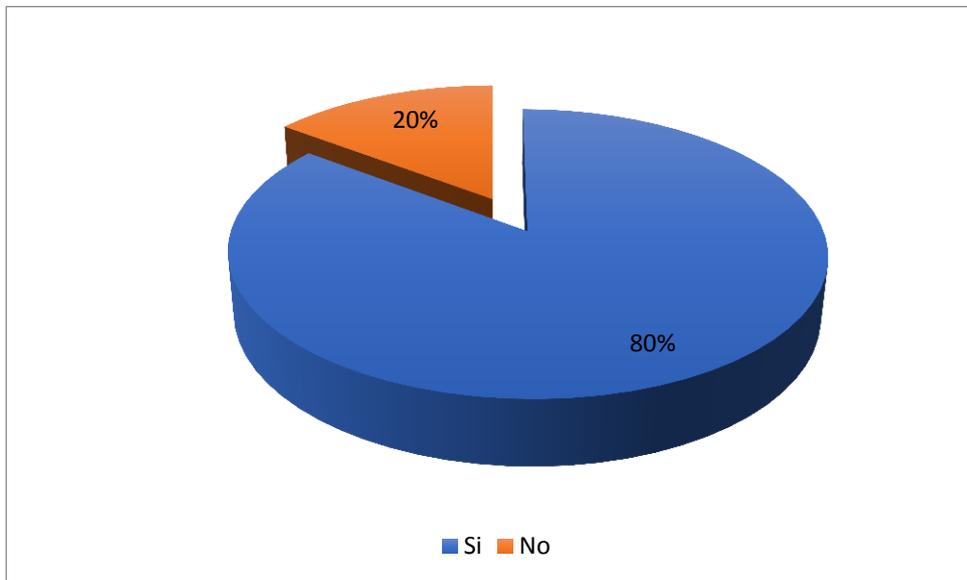


Figura 8 *¿La maternidad subrogada puede causar problemas a las partes?*

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

Análisis: En relación al presente ítem se evidencia que el 80% de las personas encuestadas eligieron la opción “SI” mientras que por su parte un porcentaje inferior siendo el 20% de las personas que se encuestaron manifestó estar a favor de la opción “NO”, es entonces que, esta pregunta guarda relación con la pregunta anterior, y aquí se detalla en un sentido un poco más

amplio la percepción sobre el tema, tomando en consideración la necesidad de legalizar la maternidad subrogada.

En este sentido, los encuestados consideran que efectivamente se pueden generar problemas jurídicos, pudiendo deberse al incumplimiento de las obligaciones contraídas mediante simples palabras, pues no se tiene ningún respaldo jurídico con el cual hacer frente a las controversias que pudieran suceder a futuro, esto debido a la no regularización de este tipo de maternidad.

8.- ¿Considera usted que Ecuador se encuentra atrasado legalmente en relación a normas que regulen la maternidad subrogada?

Tabla 9 *¿Se encuentra Ecuador atrasado en materia de normas sobre la maternidad subrogada?*

Ítem	Frecuencia	Porcentaje
Si	318	85%
No	57	15%
TOTAL	375	100%

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

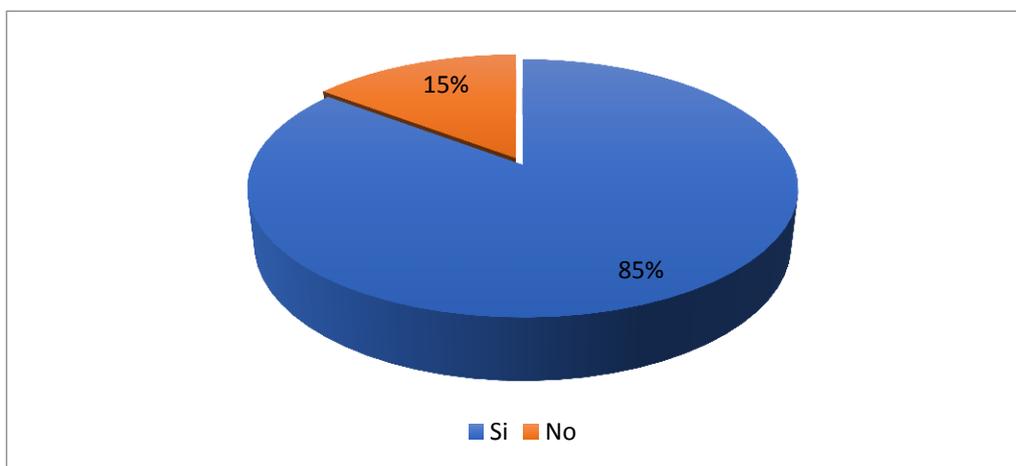


Figura 9 *¿Se encuentra Ecuador atrasado en normas sobre la maternidad subrogada?*

Fuente: Encuesta aplicada
Elaborado por: Carriel, 2020

Análisis: En relación al presente ítem se puede detallar que el 85% de las personas encuestadas eligió la opción “SI” siendo que, para ellos, Ecuador evidentemente se encuentra en un atraso jurídico en cuanto a la regularización del tema de la maternidad subrogada, mientras que el 15% de las personas que se encuestaron se manifestó por la opción del “NO” considerando por ellos que no existe la urgencia sobre la legalización de esta práctica. Es así

que, se detalla que la mayoría de las personas encuestadas efectivamente advierte el atraso jurídico que existe en el país con relación al tema y se considera necesario y pertinente atacar el mismo, con el propósito de poder regularizar las relaciones contractuales y controlar las obligaciones contraídas o nacidas por esta figura de maternidad que efectivamente se está presentando en el país.

Entrevista N° 1

Estrella Loor Remache, abogada en el libre ejercicio de la profesión, 15 años de ejercicio.

1.- ¿Cuál es su opinión en relación a la maternidad subrogada?

La maternidad subrogada, es un tema que últimamente ha tenido una importancia bastante significativa a nivel mundial, ya que constituye una opción para aquellas parejas que, por edad, enfermedad o por distintos motivos como puede ser el caso de artistas que no quieren perder su figura y por esta causa acuden a este tipo de medios para poder tener un hijo.

2.- ¿Considera usted que en Ecuador hay un ordenamiento jurídico que regule la maternidad subrogada?

Honestamente a nuestro país le falta mucho avance legislativo en esta materia, y se hace necesario ingresar a la Asamblea Nacional un buen proyecto de ley, y si hay que modificar otras normas hay que hacerlo por cuanto se debe adecuar a los nuevos tiempos el ordenamiento jurídico.

3.- ¿Considera usted que la Asamblea Nacional de Ecuador debe aprobar normas jurídicas que regulen la maternidad subrogada en Ecuador?

Si, totalmente es una materia pendiente del poder legislativo nacional.

4.- ¿A qué causas se debe según su consideración la poca relación legal que hay en Ecuador en relación a la maternidad subrogada?

En mi opinión sucede que para efectuar esos tratamientos se necesita mucho dinero, y en nuestro país la mayoría de las personas tienen un empleo y ganan un salario mínimo que no les da para costear un tratamiento de esta naturaleza, por tal razón quienes pueden acceder son una minoría.

5.- ¿Cuál sería su propuesta legal en relación a la maternidad subrogada?

La Asamblea Nacional debe Redactar una Ley reguladora del procedimiento para la maternidad subrogada, siempre cuidando de velar en principio por los intereses del concebido y se le respeten sus derechos por encima de otro interés de los padres.

6.- ¿En relación a la maternidad subrogada explique, según su criterio cuál de estos derechos, debería prevalecer más el derecho de los padres a tener un hijo o en interés superior del niño que se encuentra en el vientre de la madre subrogada?

Esta es una situación bastante difícil de equilibrar, ya que al inicio de este procedimiento el interés que tienen los padres de tener un hijo, pero desde el momento de la fecundación cobra vida dentro del vientre materno una criatura que debe ser protegida, y en ese momento es quien debe tutelarse en primer lugar.

Entrevista N ° 2

Abg. Yudith López Soria, abogada en el libre ejercicio de la profesión, 13 años de ejercicio profesional.

1.- ¿Cuál es su opinión en relación a la maternidad subrogada?

Es una opción humana y loable para las mujeres infértiles o que están limitadas o privadas de la maternidad por causas de su organismo para que puedan ser madres

2.- ¿Considera usted que en Ecuador hay un ordenamiento jurídico que regule la maternidad subrogada?

En lo que conozco, no existe en Ecuador ningún ordenamiento jurídico que regule la maternidad subrogada.

3.- ¿Considera usted que la Asamblea Nacional de Ecuador debe aprobar normas jurídicas que regulen la maternidad subrogada en Ecuador?

Si, considero que es necesario.

4.- ¿A qué causas se debe, según su consideración, la poca regulación legal que hay en Ecuador en relación a la maternidad subrogada?

Una de las causas que en mi criterio lo provocan es la gran influencia del catolicismo y el comportamiento conservador de la población ecuatoriana.

5.- ¿Cuál sería su propuesta legal en relación a la maternidad subrogada?

Propondría que se regularice un contrato, definiendo en el código civil, todos los elementos, entre ellos, personales, y particularidades del mismo.

6.- ¿En relación a la maternidad subrogada explique, según su criterio cuál de estos derechos, debería prevalecer más el derecho de los padres a tener un hijo o, el interés superior del niño que se encuentra en el vientre de la madre subrogada?

En mi criterio seguirá teniendo mayor prevalencia el derecho superior del niño, y cada norma que regule la maternidad subrogada deberá encargarse de garantizar su supremacía, sin dejar de atender también el derecho de los padres respecto a la maternidad subroga

Entrevista N° 2

María Fares Jiménez, abogada en el libre ejercicio de la profesión, 12 años de ejercicio profesional.

1.- ¿Cuál es su opinión en relación a la maternidad subrogada?

La maternidad subrogada es un tema muy polémico, desde todo punto de vista hay quienes no están de acuerdo y lo consideran una aberración y por otro lado hay que ponerse en el lugar de aquellas personas que desean tener un hijo y de forma natural no pueden.

2.- ¿Considera usted que en Ecuador hay un ordenamiento jurídico que regule la maternidad subrogada?

No lo hay, no hay normas que en efecto regulen este tema tan complejo.

3.- ¿Considera usted que la Asamblea Nacional de Ecuador debe aprobar normas jurídicas que regulen la maternidad subrogada en Ecuador?

Sí, es más a mi criterio desde hace tiempo se debió nombrar una comisión especial formada por médicos especialistas en la materia con el objeto de presentar una ley que regule esta materia.

4.- ¿A que considera usted la poca regulación legal que hay en Ecuador en relación a la maternidad subrogada?

Lo que sucede es que no es un tema de interés general, solamente una minoría y además pudiente es quien recurre a este tipo de tratamientos que son por demás costosos.

5.- ¿Cuál sería su propuesta legal en relación a la maternidad subrogada?

Una ley que regule estos embarazos y la manera cómo deben realizarse para que exista una regulación al respecto.

6.- ¿En relación a la maternidad subrogada que derecho debería prevalecer más el derecho de los padres a tener un hijo o en interés superior del niño que se encuentra en el vientre de la madre subrogada?

Siempre debe privar el interés del más débil, en este caso a mi criterio es que al concebido se le debe garantizar el derecho a la vida.

3.8. Análisis de las entrevistas

Luego de haber efectuados las dos entrevistas anteriores, se evidencia que en Ecuador hay una ausencia de normas regulatorias respecto de la maternidad subrogada, y esto hace que, en efecto, exista un vacío jurídico. Además, se hace necesario crear una norma reguladora de esta materia que resuelva los posibles conflictos originados a consecuencia de estos embarazos. A juicio de los especialistas este tema a pesar de ser muy polémico, no se le ha prestado la atención debida, así como tampoco se ha redactado una ley ya que no es de interés general y tampoco hay una mayoría que clame por ella, es decir, es un tema relevante en materia de derechos, pero tampoco es una práctica generalizada en la sociedad.

Es evidente que, de acuerdo con las posiciones de los abogados entrevistados, existe un consenso en que no existe una ley alguna, y esta situación se pudiera deber a rezago que existe en materia de legislación ecuatoriana. Es interesante, lo que se ha indicado, ya que Ecuador debe avanzar en materia de legislación, principalmente alejándose de la perspectiva de copiar y pegar modelos extranjeros, sino aplicar la idiosincrasia y realidad social nacional en un cuerpo normativo. Sobre ello, existe una realidad global que exige de nuevos cambios y transformaciones a sus sistemas de justicia. Pues si ya se han evidenciado avances importantes en el derecho extranjero, es tiempo que el Ecuador asuma un posición con determinación en la generación de leyes que se ajusten a los tiempos de hoy. Pues indudablemente son casos que se van a presentar, y que no podrán tratar con base en las leyes

existentes por no contemplar expresamente su regulación, o al menos algún tipo de procedimiento a seguir.

En este sentido, según expresiones de los abogados, hay que recordar, que las personas que pueden acceder a este tipo de tratamientos son personas de una muy buena posición económica, por cuanto los tratamientos son muy costosos, así como también en oportunidades puede que no sean efectivo, o dependiendo de las condiciones de salud de la mujer en oportunidades se puede perder el embarazo de forma natural a los pocos meses. Esto permite inferir, que la maternidad subrogada se puede ver afectada de manera importante dependiendo de la posición económica o ejercicio de poder que tenga la persona interesada.

Sobre este aspecto, las teorías feministas indican, que sobre la mesa de un contrato por maternidad subrogada pueden darse situaciones de esclavitud hacia las mujeres, las cuales deben atender a ciertas condiciones contrarias a las formas de vida de esta, implicando una alteración de su bienestar para poder cumplir con lo establecido en algún acuerdo con las partes interesadas.

La maternidad subrogada coloca en conflicto dos derechos muy importantes, por una parte el derecho que tiene toda persona de procrearse, y en caso de no poder hacerlo de forma natural, poder hacerlo de una manera alternativa, como el caso de la maternidad subrogada. Por otra parte, surge también el derecho del no nacido; que, a juicio de los especialistas por ser el más débil es a quien se le deben respetar sus derechos en primera instancia. Existe también el interés superior del niño, el cual no debería tratarse como un cosa u mercancía material, y ser parte de un acuerdo económico.

El caso es que, los ciudadanos necesitan respuestas a sus necesidades y requerimientos, demanda de posiciones y de instrumentos que les permitan a estos desarrollar un debido proceso resguardando el derecho propio como el de las demás personas. En este contexto, se pudo conocer que los abogados asumen un consenso en su postura, al indicar que se trata de un tema bien complejo, esto por las circunstancias y por todas las posiciones que han en favor y en contra. Existen modelos de legislaciones en el planeta que han permitido analizar posiciones encontradas, en las que se ponen de manifiesto muchas situaciones y casos expresos en los cuales puede darse este tipo de maternidad, sin embargo, el asunto es no llegar a tener un vacío tan profundo, sobre la base de un tema que se ha ido dando ya en el mundo, y que sin lugar a dudas se presentará con fuerza en el Ecuador.

Diferentes posturas y enfoques que se manejan sobre la maternidad subrogada. Sin embargo, se debe dar paso a una consulta general, previa al proceso de legislar en una materia que involucra a tantos factores como situaciones sensibles de las mismas personas o actores que pueden verse involucrados en un proceso de alquiler de vientre. Otra de las consideraciones que se pudieron develar, son los efectos en el tiempo, porque definitivamente. Los tiempos pasan, los hechos se dan en un escenario real que necesita respuestas reales y ajustadas a la realidad en la cual surgen.

CONCLUSIONES

La maternidad subrogada durante los últimos años se ha constituido en una práctica común en muchos países, con excepción Ecuador y otros que aún no lo asumen en su ordenamiento jurídico. Esta acción radica en la entrega de un bebe que ha gestado una persona durante su periodo normal a otra, una vez que este nace. Sobre este hecho, son diversos las posiciones, enfoques y declaraciones que se han generado en el debate en apoyo y críticas al debate. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, y por razones de delimitación, se atendió a los siguientes objetivos a los fines de elevar a un nivel de concreción estas ideas que permitan generar una discusión en el plano académico, y en el jurídico propiamente del Ecuador.

En este sentido, y atendiendo a los objetivos establecidos en la presente investigación, cuya orientación de forma expresa es:

1.- Determinar los diversos enfoques de la maternidad subrogada que se pudieron evidenciar en la literatura jurídica generada por investigaciones.

Sobre la base de este objetivo se pudo encontrar en las revisiones a la literatura tres enfoques que son mencionados dentro de los textos jurídicos en la esfera internacional: Son estos:

El jurídico: En relación a los derechos reproductivos de la mujer, esta puede ser asistida para lograr una maternidad. Sobre esto se basa el vientre en alquiler que se práctica en muchos países, el derecho que se le concede a decidir o elegir la forma de maternidad que se desea practicar. Además se reconoce el derecho de ambas partes; derecho procreativo y su autonomía en la voluntad propia de querer hacerlo. Es decir, existe la posición respecto que las mujeres están en la libertad y en el derecho de rentar su cuerpo o no. Y, por otro lado, está el derecho de la mujeres a tener una maternidad, si es que están biológicamente no han sido favorecidas, por tener problemas congénitos, y por causa de alguna enfermedad que pudo impedirle esta posibilidad de tener un hijo.

El social: Desde el enfoque social, se encuentra a teoría feminista que indica que puede existir una explotación detrás de esta práctica, por el tema de que, las mujeres que alquilan sus vientres son aquellas que poseen bajos recursos y de estratos sociales bajos, y son explotadas por personas con mayor económicos. Sin embargo, un sector contrario al primero, establece que también es de carácter necesario que se regule dicho método, puesto a que precisamente a través de la regulación pueden evitarse los abusos de la figura, y promover un

estado de certidumbre para la ciudadanía, en todo caso, más allá de la aceptación o no, moral o ética del proceso de maternidad asistida, es necesario una ley que lo defienda o condene para sostener la seguridad jurídica.

El bioético: Desde este enfoque se muestra esta técnica de reproducción se manifiesta como una elección y no propiamente como una necesidad biológica. Aunque se pudo analizar que responde en demasía al origen mismo del proceso de reproducción asistida, principalmente respecto a la necesidad de establecerlo o no como un acto altruista o comercial; esto es, depende de la intencionalidad del acto, como este puede convertirse en una situación de ayuda y colaboración con una pareja imposibilitada de gestar por medios tradicionales, y la relación subordinación en un acto de comercio que denigra a una de las partes, la mujer gestante, a considerarse como objeto, y al feto concebido, como un bien de comercio, En ese sentido, es discutible incluso a niveles culturales, sociales y/o religiosos, principalmente, porque el método, es fácilmente vulnerable en su ética misma.

Aquí la discusión sería las formas, los casos, las condiciones y circunstancias en la cuales se accede a este procedimiento de maternidad.

2.- Analizar los casos y normativas sobre la maternidad subrogada en el derecho comparado en Ecuador.

En el derecho comparado se pudo conocer que muchos países es legal esta práctica de maternidad subrogada o técnica de reproducción asistida. Se menciona que en los Estados Unidos en algunos Estados es legal, mientras que en otros aún está en discusión. En países de Europa como España, esta práctica no está permitida, y en algunos otros como Grecia y algunos países bajos, solo es posible cuando existen cuando se trate de términos altruistas.

En el Ecuador la maternidad subrogada no está legalmente establecida, en torno a la maternidad sobre un bebe, se establece el derecho a quien lo da a luz, de manera que esto niega la posibilidad de dar a un hijo cuyo vientre ha sido alquilado. En este sentido, el vacío jurídico que existe en Ecuador en relación con la maternidad subrogada es evidente, y se hace más notorio, toda vez que estudiada la normativa se denota la ausencia de autoridad legislativa que regule este tipo de práctica.

Pues el caso más sensible del vacío jurídico en esta materia en el país, es porque no existe una norma que regule el vientre en alquiler, pues no admite la práctica, pero tampoco la

prohíbe. Lo que se pudo conseguir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el código civil es, sobre contrato subrogado es similar a un contrato de arrendamiento.

Sobre esta base es un imperativo que en el país se genere un debate sobre el tema y se legisle en función de todas las circunstancias posibles en las que se pueda dar, debate que debe estar soportado en las teorías y enfoques que explican todas las circunstancias sobre las cuales se han dado estas prácticas en el mundo.

Este vacío se percibe como un problema en la legislación ecuatoriana, que no contempla este tipo de maternidad como una práctica que necesita especial atención, pues en ella existen partes que deben ser protegidas, así como la forma en la que se presenta la concepción también debe ser regulada.

Razonando sobre las posibles consecuencias del rezago legislativo, como causa de la ausencia o vacío en esta materia, es que; de no atacar el tema, otorgándole un carácter legal a esta modalidad de maternidad, se seguirá presentado el suceso una y otra vez, reincidiendo como una práctica con índole comercial y hasta clandestina, donde se busca un interés pecuniario por una parte y una satisfacción de un deseo difícil alcanzar en la otra, dando como resultado una relación contractual que no puede ser supervisada o regulada por la legislación, pues no posee una figura jurídica legalmente aceptada en el Ecuador.

Es así que, se ponen en juego las garantías y derechos de las partes intervinientes, sin poder tener respaldo jurídico sobre cómo actuar ante las diferentes situaciones que se presenten durante el desarrollo del feto, hasta llegar al término del embarazo, siendo que las partes tiene total libertad de acción, al no contar con un ente que pueda controlar el cumplimiento de las obligaciones contraídas o vigilar el efectivo disfrute de los derechos adquiridos con el desarrollo de la maternidad subrogada.

En este sentido, las relaciones contractuales nacidas para la realización de este tipo de prácticas obligan a las partes a realizarlas sin un apoyo legal, toda vez que la misma no está regulada bajo ninguna norma que pueda tutelar al más débil o hacer cumplir las obligaciones contraídas a quien en algún momento pretenda infringirlas.

Así, la maternidad subrogada pone de manifiesto muchos intereses, desde los intereses de los futuros padres, pues son ellos quienes cuidan y depositan sus esperanzas en quien puede llevar a término el nacimiento de su futuro hijo, como también el interés de la madre que presta su vientre, sintiendo las molestias propias del embarazo y pudiendo crear un vínculo

afectivo con el niño que lleva dentro de ella, y del mismo modo que se afectan hasta los intereses sobre los derechos del niño concebido bajo esta modalidad.

Es así que, si bien es cierto, este tipo de prácticas no se da a gran escala por su alto costo monetario, tampoco por aquello no debe considerarse descartada la necesidad de ser resguardados los intereses y derechos de los intervinientes, siendo que hay mucho en juego dentro de esa relación nacida bajo la práctica de la maternidad subrogada.

3.- Y; respecto a Identificar un modelo de normativa o instructivo para regular la maternidad subrogada en el Ecuador, es necesario determinar que los países no pueden, o cuanto menos no deben realizar procesos de copia y directa aplicación de cuerpos normativos extranjeros, dado que es determinante la idiosincrasia de la propia cultura que establece y practica la ley. Por aquello, con base en el proyecto normativo de diversos países mencionados y estudiados en el presente trabajo investigativo, tomando de ejemplo los países europeos que regulan y aceptan la concepción a través de maternidad subrogada, pero además a su vez reconociendo preceptos claves de la idiosincrasia ecuatoriana. Seria aquel el instructivo fundamental para la creación de una norma para la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

RECOMENDACIONES

Siendo el tema de la maternidad subrogada, una polémica marcada en la sociedad se hace meritorio proponer regular la práctica de esta en función de las normas sociales y morales que predominan en la población, con el propósito de atender el vacío que existe en cuanto al tema sin menoscabar o lesionar los valores propios del gentilicio ecuatoriano, orientados siempre en la protección del más débil, resguardando los derechos que adquieren una vez nacida la relación contractual por la maternidad subrogada.

La legislación ecuatoriana debe abrir el marco jurídico, en este sentido, se propone ampliar la normativa de forma sumaria y así poder integrar al orden jurídico la regularización de la maternidad subrogada, siendo que esta es necesaria y pertinente, toda vez que ya se conoce la práctica de la misma en el territorio ecuatoriano reincidiendo como una práctica comercial y dado que no está legalizada se pone en juegos diferentes intereses que pueden perjudicar al más débil, entiéndase con esto, menoscabar los derechos del niño concebido bajo esta modalidad.

Si bien la práctica de esta maternidad se da en los estratos sociales más altos, no debe tomarse de forma relajada la intervención de las leyes en el tema, pues sucede que quienes se ofrecen para participar en estas prácticas no tienen una condición tan elevada como los contratantes, en este sentido se detalla que confluyen diferentes personas y se pueden vulnerar diferentes derechos, pero es de importancia tutelar los derechos de los niños concebidos mediante la maternidad subrogada. Entonces se hace necesario que, independientemente de la escala social donde se aplique esta práctica, y si la misma no se da a gran escala, es imperativo promulgar leyes que protejan y resguarden los intereses de las partes intervinientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arreguin, C., & Gómez, T. (2018). *MATERNIDAD SUBROGADA Y LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS MUJERES EN MÉXICO*. México. doi:https://www.uaeh.edu.mx/xiii_congreso_empoderamiento_fem/documentos/pdf/C033.pdf
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 180. Obtenido de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/COIP_feb2018.pdf
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ecuador: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2020). *Código Orgánico de Salud*. Obtenido de <https://www.puentesociados.com/wp-content/uploads/2020/08/Co%CC%81digo-Orga%CC%81nico-de-Salud-Texto-final-para-votacio%CC%81n-25-08-2020.pdf?fbclid=IwAR3Jzuo0zMosRqppjibQIsFVuKu7Jc7DXlPe1g9BOoActUT7v7iXHIg-3Eh4>
- Avíles Sotomayor, H. C., & y Falcón Regato, J. S. (2019). *Maternidad Subrogada; Protección de los derechos del menor en niñez, Adolescencia y Familia*. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas. Ecuador: Universidad de Guayaquil. Recuperado el 16 de 03 de 2020, de <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/39370/1/Aviles%20Hilda%20%20-%20%20Falcon%20Joseline%200018-2019.pdf>
- Aznar, J. (15 de abril de 2017). *Maternidad subrogada. Visión actual*. Obtenido de Maternidad subrogada. Visión actual: <https://www.observatoriobioetica.org/2017/04/maternidad-subrogada-vision-actual/18937>
- Barreda, N. J. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. (D. d. Biotecnología, Ed.) *Cuadernos de Bioética*, 153-162. Recuperado el 16 de 03 de 2020, de <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>
- Cabrera, J. (2016). *Interes Superior del Niño*. Quito: Cevallos.
- Cantero, G. G. (2000). DERECHO, PROCREACIÓN Y ÉTICA. *Cuadernos de Bioética*, pág. 163.

- Centro Biotetica. (2017). La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina. *Centro de bioetica persona y familia*, 01.
- Charpentier, D. (06 de 11 de 2017). Gestación subrogada: ¿es legal en Chile? *Biobiochile.cl*, 01. doi:<https://www.biobiochile.cl/noticias/mujer/maternidad/2017/11/06/gestacion-subrogada-es-legal-en-chile.shtml>
- Código Civil (LIBROIV). (24 de Junio de 2005). *LIBRO IV. De las obligaciones en general y de los contratos*. Recuperado el 23 de enero de 2021, de https://www.defensoria.gob.ec/images/defensoria/pdfs/lotaip2014/info-legal/Codigo_civil_libro_IV.pdf
- CONA. (2013). *Código Organico de la Niñez y la Adolescencia*. (C. Nacional, Ed.) Ecuador, Ecuador: Fiel Web 13.0 (www.fielweb.com) :: Ediciones Legales, 2013. doi:<https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- Cruz, M. J. (2013). *LA MATERNIDAD SUBROGADA*. Universidad de Extremadura, Facultad de Derecho, , Facultad de Derecho. España: Anuario de la Facultad de Derecho. doi:[file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-LaMaternidadSubrogada-4832049%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-LaMaternidadSubrogada-4832049%20(1).pdf)
- Cué Viveros, B. E. (2016). *Maternidad Subrogada*. México: Universidad Panamericana. doi:<http://biblio.upmx.mx/tesis/157765.pdf>
- Derecho Ecuador. (15 de Abril de 2020). *¿Cual es la diferencia entre la subrogación y la confusión en el código civil en cuanto al pago realizado de una obligación por el garante?* Recuperado el 13 de noviembre de 2020, de <https://www.derechoecuador.com/cual-es-la-diferencia-entre-la-subrogacion-y-la-confusion-en-el-codigo-civil-en-cuanto-al-pago-realizado-de-una-obligacion-por-el-garante>
- Doberning, M. (2018). Maternidad subrogada: su regulación. *Biblioteca juridica del la UNAM*, 251-294.

- Ecuavisa. (9 de junio de 2018). *Vistazo*. Obtenido de <https://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/nacional/389351-ventre-alquiler-genera-controversia-ecuador>
- Estrada Mora, H. (2015). *MATERNIDAD SUBROGADA: DESARROLLO CONCEPTUAL Y NORMATIVO*. Congreso de la República, Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria. Perú: Legislatura 2018-2019. doi:[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/82FF13D8BCEA853D0525831A0050E3D0/\\$FILE/265_INFIVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/82FF13D8BCEA853D0525831A0050E3D0/$FILE/265_INFIVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf)
- Fornos, I. E. (Enero de 2007). DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA (INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN IN vitro). *Cuestiones constitucionales*, 10. Recuperado el Lunes de Junio de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100005#notas
- García Ruiz, M. d. (2018). Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión. *El derecho*, 01.
- García Yagual, C. (2019). *La Tipificación del delito del vientre en alquiler en el Código Orgánico Integral Penal*. Facultad de Ciencias Sociales y Derecho. Ecuador: Universidad Laica Vicente Rocafuerte. Recuperado el 16 de 03 de 2020, de <http://repositorio.ulvr.edu.ec/bitstream/44000/3054/1/T-ULVR-2698.pdf>
- Jouve de la Barreda, N. (26 de 04 de 2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. (D. d. Biotecnología, Ed.) *Cuadernos de Bioética XXVIII*(28871), 154. Recuperado el 09 de 03 de 2020, de <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>
- L.R.H.A. (2006). *Ley de Reproducción Humana Asistida* (LEY NUM 14/2006 ed.). España: Boe num.126 . doi:<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>
- L.T.R.H.A. (2013). *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Montevideo - Uruguay, Montevideo, Uruguay: Ministerio de Salud Pública. doi:<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp4220981.htm>
- Lemes Temboni, C. S. (2013). *Maternidad subrogada, en busca del hijo biológicamente vinculado: un aporte para el debate*. Universidad de la República, Montevideo.

- Uruguay: Universidad de la República, Facultad de Ciencias Sociales.
doi:https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/123456789/7210/1/TTS_LemesCarina.pdf
- López Aranda, I. (2016). *Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable?* España: Universidad de Cantabria.
doi:<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8933/Lopez%20Aranda%20I..pdf?sequence=4>
- Mendoza, G. Y., Santibáñez, A. M., López, C. A., Carrill, J. G., & Campo, K. Y. (2019). Maternidad subrogada y su impacto en el tema de la infertilidad. *Aten Fam.* 26. (4), 158-162. Obtenido de <https://www.medigraphic.com/pdfs/atefam/af-2019/af194h.pdf>
- Pulgarin, C. (2016). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema.* Colombia.
doi:http://bdigital.ces.edu.co:8080/jspui/bitstream/10946/2221/1/Maternidad_subrogada.pdf
- Pulgarin, C. (2016). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema.* Colombia.
doi:http://bdigital.ces.edu.co:8080/jspui/bitstream/10946/2221/1/Maternidad_subrogada.pdf
- Remohi, J. (2017). *Infertilidad y reproducción asistida.* Valencia: Panamericana.
- Rodrigo, A. (2016). Gestación subrogada. *Revista oficial Babygest* , 01.
- Rojas Pascual, J. P. (2017). Ley sobre Maternidad Subrogada en URUGUAY. *Maternidad Subrogada*, 01. Recuperado el 25 de 02 de 2019+, de <http://maternidadsubrogada.uy/index.php/publicaciones/80-ley-sobre-maternidad-subrogada-en-uruguay>
- Rojas, N. (S/F). Concepto Medico Legal del Aborto. *Revista Medica Hondureña*, 57. Obtenido de <http://www.bvs.hn/RMH/pdf/1931/pdf/A1-1-1931-15.pdf>
- Romero, A. (2017). *Maternidad Subrogada.* Madrid: Dilex.
- Rosales Andrade, V. E. (2018). La maternidad subrogada: Propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador. (U. S. USFQ, Ed.) *USFQ LAW REVIEW*, 05, 141-156. Recuperado el 16 de 03 de 2020, de

http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion006/law_review_006_007.pdf

Salazar, R. (02 de 10 de 2018). El Problema de la Maternidad Subrogada en Chile. 01. Recuperado el 25 de 02 de 2018, de <https://www.ruizsalazar.cl/blog/el-problema-de-la-maternidad-subrogada-en-chile/>

Tejeda, R. (2016). *Maternidad Subrogada*. Barcelona: Sista.

Torres Quiroga, M. Á. (2018). *Libertad, desigualdad y el contrato de maternidad subrogada*. España: Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado el 16 de 03 de 2020, de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/686545/torres_quiroga_miguel_angel.pdf?sequence=1&isAllowed=y

UNICEF. (2014). Convención sobre los Derechos del Niño. UNICEF. *UNICEF*, 04. doi:<https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/unicef-educa-CONVENCION-SOBRE-LOS-DERECHOS-DEL-NINO-version-resumida.pdf>

Unidad de Investigación, e. (28 de Octubre de 2019). Alquilar un vientre en Ecuador cuesta unos \$ 20 mil. Recuperado el 14 de Octubre de 2020, de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/alquilar-ventre-ecuador-20-mil>