



FACULTAD DE DERECHO

“PROPUESTA DE MODELO DE CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA
ELABORADO SEGÚN LOS PRINCIPIOS DE LA LEGISLACIÓN CIVIL
ECUATORIANA”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesora Guía:
Dra. Margarita Hernández

Autora:
Andrea Carolina Yáñez Morales

Año:
2013

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Margarita Hernandez

Doctora

1706545934

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Andrea Carolina Yáñez

1716101728

AGRADECIMIENTO

A mis mosqueteros por
su apoyo y su entusiasmo.

DEDICATORIA

A mis papis y toda mi familia por
el apoyo, las risas y la paciencia.

RESUMEN

El fin de la maternidad subrogada radica en la posibilidad de permitir que parejas con problemas de procreación accedan a este método para, de esta manera, cumplir con su deseo de ser padres de un niño o una niña cuya herencia genética les corresponda; por ello se debe establecer que la maternidad subrogada no implica que el material genético de los padres este vinculado con la persona que brinda el vehículo necesario para que este nuevo ser nazca.

Por su naturaleza jurídica la maternidad subrogada es un acto jurídico en el cual interviene como característica principal la voluntad, ya que sin esta no se podría desarrollar el contrato; es por el consentimiento entre personas que la madre subrogante acuerda con la madre subrogada ayudar a la gestación de una nueva vida. Así la maternidad subrogada se basa en una decisión libre de las personas de la cual nacen derechos y obligaciones que benefician a los involucrados en esta relación; es decir, lo que buscan la paternidad al cumplir su objetivo de poder ser padres y transmitir su material genético y la madre portadora que busca ayudar al prójimo.

ABSTRACT

The goal of surrogacy is the possibility of allowing couples with reproductive problems accessing this method, thus fulfilling their desire to be parents of a boy or a girl as their corresponding genetic inheritance, so she must establish that surrogacy does not imply that the genetic material of the parents is linked to the person providing the necessary vehicle for this new being born.

By its legal nature surrogacy is a legal act which acts as the main feature will, because without this no one could develop the contract is between consenting by the surrogate mother surrogate mother agrees to help the birth of a new life. So surrogacy is based on a free decision of the people of the rights and obligations which arise that benefit those involved in this relationship, that is, what they want to fulfill their parenting goal to become parents and pass on their genetic material and surrogate mother seeking help others.

INDICE

Introducción	1
Breve Historia de la Maternidad Subrogada	1
1. Capítulo I	
1.1. Conceptos	6
1.1.1. Concepto de Maternidad	6
1.1.2. Concepto de Maternidad Subrogada	8
1.1.2.1. Madre Subrogante	11
1.1.2.2. Pareja Subrogada	12
1.2. La Maternidad Subrogada como solución a los problemas de infertilidad	13
1.2.1. Clases de maternidad subrogada	14
1.3. Maternidad subrogada en la legislación extranjera	15
2. Capítulo II	
2.2. Análisis sobre el contrato de maternidad subrogada	19
2.2.1. Análisis de la naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada	19
2.2.1.1. El contrato	19
2.2.1.2. El nacimiento	20
2.2.1.3. Principio de existencia legal	23
2.2.1.4. La Filiación	24
2.2.2. El contrato de maternidad subrogada	25
2.2.3. Elementos Controvertidos respecto al contrato de maternidad subrogada	27
2.2.4. Características generales del contrato de maternidad subrogada	30
2.2.4.1. Madre Subrogada	30
2.2.4.2. Madre Subrogante	31
2.2.5. Estructura Jurídica del contrato de maternidad subrogada	31
2.2.6. Naturaleza Jurídica del contrato de maternidad subrogada	32
2.2.7. Interés superior del niño	34
2.2.8. Clasificación de los contratos y ubicación del contrato de maternidad subrogada según la legislación ecuatoriana	35
2.2.8.1. Contratos bilaterales y unilaterales	35
2.2.8.2. Contratos gratuitos y onerosos	36
2.2.8.3. Contrato aleatorio o conmutativo	37
2.2.8.4. Contrato principal o accesorio	38
2.2.8.5. Contrato innominado	39
3. Capítulo III	

3.1. Requisitos de validez del contrato de maternidad subrogada	41
3.1.1 Requisitos de los contratos	41
3.1.1.1 Requisitos de validez	41
Capacidad de los Contratantes	41
Consentimiento	43
Vicios del consentimiento	44
Error	44
Fuerza	46
Dolo	48
Objeto	48
Causa lícita	52
Solemnidades	52
3.1.2. Elementos de los contratos	53
3.1.3. Efectos de los contratos	53
3.1.3.1. Efectos entre las partes	53
3.1.3.2. Ejercicio de la buena fe	54
3.1.3.3. Autonomía de la voluntad	55
3.1.3.4. La intención de las partes	58
3.1.3.5. Disolución de las partes	55
3.1.3.6. Nulidad	56
4. Capítulo IV	
4.1. Modelos de los contratos de maternidad subrogada	57
4.1.1. Acta de compromiso	60
4.2. Acuerdo de maternidad subrogada	
4.2.1. Acuerdo de Maternidad Subrogada	60
5. Capítulo V	
5.1. Conclusiones	64
5.2. Recomendaciones	66
Referencias	69

INTRODUCCION

Breve historia de la maternidad subrogada

Por primera vez en la historia, el ser humano tiene los conocimientos científicos, la tecnología necesaria, el empeño y el talento para dominar los procesos biológicos que tienen relación directa con el origen y desarrollo de la vida.

Las diversas opciones que ofrecen las técnicas de reproducción permiten la procreación artificial entre el varón y la mujer.

La doctrina y la jurisprudencia reclaman la existencia del derecho a la reproducción (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 60), manifestada como un derecho individual de la mujer y del hombre. Este hecho es importante debido a que estas técnicas de reproducción humana hacen posible que la mujer sea capaz de planificar la procreación sin las condiciones impuestas por la naturaleza; si la mujer decidiera colaborar en la reproducción de terceras personas, podrá hacerlo con la donación de material genético en un acto de disposición de su integridad física y psicológica.

La reproducción in vitro es una de las técnicas que ha sido utilizada por los pueblos antiguos como por ejemplo el griego, romano y árabe, tanto para la fecundación vegetal como la animal; tal como ocurrió en 1322 cuando un jeque árabe fecundó a su yegua al colocar una esponja cuyo contenido era el semen de un caballo, en su aparato reproductor, cuando se encontraba en celo, por lo que la misma quedó preñada; Lázaro Spallanzini logró que ocurra la fecundación extracorpórea de huevos de rana, al igual que una fecundación exitosa en su perra (Merlyn Sacoto, 2006, p.35).

De esta manera los avances de la fecundación animal impulsaron el desarrollo de las técnicas de reproducción para los humanos. En 1864 Montegazza congeló espermatozoides a quince grados bajo cero para que en 1866, dos

años más tarde, fueran implantados en el útero de una mujer (Merlyn Sacoto, 2006, p.35).

En 1790 John Hunter fue el primero en culminar con éxito un embarazo por inseminación artificial llevado a cabo por una pareja en la que el esposo sufría una anomalía; en 1828, treinta años después, Nicolás de Nancy usó la misma técnica en una mujer frígida (Merlyn Sacoto, 2006, p.35).

En 1944 fue fecundado en probeta un óvulo humano mismo que tiempo después murió; en 1953 se usó semen congelado en una inseminación humana cuyo resultado fue un embrión fecundado in vitro que logró sobrevivir más allá del estado de mórula. A finales de 1960 se utilizó la hiperestimulación ovárica controlada para lograr aumentar la producción de óvulos. En 1971 se logró mantener vivo, por más de 60 días, en un tubo de ensayo, a un embrión humano, hecho que fue repudiado por la iglesia; por otra parte en 1978, nace en Gran Bretaña la primera bebé probeta convirtiéndose en el primer ser humano nacido vivo concebido mediante la técnica de fertilización in vitro. (Merlyn Sacoto, 2006, p.35)

Entre 1984 y 1985, Brasil y Colombia fueron los países pioneros a nivel sudamericano en nacimientos ocurridos a través de la fecundación in vitro.

El doctor Sacha Geller fundador del Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción, tenía como objetivo vincular parejas estériles con madres subrogantes, su labor dio resultados en 1983 cuando una madre subrogante gestó un niño para su hermana gemela (Mallma Soto, 2008, p.4).

El 27 de marzo de 1986 se produce el nacimiento de "Baby M" en el que la madre subrogante (quien además era donadora del óvulo) se negó a entregar a la bebé luego de culminada la gestación y procedió a reconocerla como suya, aduciendo la incapacidad de alejarse de ella; mediante un informe psiquiátrico se determinó que el día de la firma del contrato de maternidad subrogada, la

madre subrogante no se encontraba en pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias de este tipo de maternidad. En este caso, luego de mucha controversia, se determinó la custodia compartida cediendo una parte de la misma a la pareja que había asumido y querido la maternidad, mientras que a la madre subrogante se le concedió el derecho de visita (Mallma Soto, 2008, p.23).

En Gran Bretaña en 1987 la Agencia “SurrogateParentingAssociation” cobró la suma de 14 mil libras a una pareja subrogada, que había contratado los servicios de una madre subrogante, este hecho fue denunciado ante los tribunales de este país, que decidieron que el menor estaría bajo custodia del hospital mientras el tribunal de menores dictaminara una decisión sobre el caso; luego de algún tiempo la resolución fue positiva y el bebé fue entregado a la pareja subrogada a través de un trámite de adopción (Mallma Soto, 2008, p.24).

En 1994 un matrimonio japonés con problemas de salud, edad avanzada para procrear, cuya posibilidad de adopción había sido negada, recurrió a contratar el útero de una madre subrogante para que sea ella quien lleve adelante el proceso de gestación (Mallma Soto, 2008, p.24).

El 17 de febrero del 2000, en Roma, una pareja fue autorizada por el tribunal romano para utilizar los servicios de una madre subrogante debido a la malformación en el aparato genital de la mujer, lo que no le permitía tener bebés; al ver esta situación una amiga cercana decidió colaborar convirtiéndose en la madre subrogante, acto totalmente altruista que significaba la nula existencia de una retribución económica de por medio, lo que permitió que el gobierno italiano aceptará este hecho (Mallma Soto, 2008, p.24).

Con los adelantos y descubrimientos de la ciencia, se han construido diversos criterios alrededor de la maternidad subrogada, dando lugar a la existencia de dos puntos de vista: uno que considera que la maternidad subrogada va en

contra de la ética, la moral, la religión y las buenas costumbres al romper con el vínculo de procreación entre un hombre y una mujer, seres que conforman una pareja; mientras que el otro grupo sostiene que el derecho y la ciencia van acompañados, debido a que el derecho debe apoyar los avances científicos y tecnológicos para alcanzar el desarrollo del ser humano (Junquera de Estefaní, 1998, p.138).

Las técnicas de reproducción asistida han ido evolucionando y generalizando su aplicación por lo que es posible que ocurran partos a través de ella a nivel mundial; es necesario resolver muchos de los problemas jurídicos que dichas técnicas ocasionan como es el caso de la filiación de las criaturas producto de este procedimiento.

La maternidad de alquiler o maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida, que ocurre cuando la madre biológica no puede culminar o llevar adelante una gestación normal, por lo que se obtienen sus óvulos, que se fecundan de forma exterior, para luego insertar el embrión dentro del útero de la madre subrogante quien presta o cede su útero para llevar adelante el embarazo.

La madre subrogante (madre de alquiler) es una mujer fértil, que mediante un contrato pacta ser inseminada artificialmente con el semen del hombre de la pareja subrogada; o bien, con el embrión que posee la carga genética de la pareja subrogada y que se encuentra obligada a gestar y dar a luz a la criatura, renunciando a la custodia de la misma para terminar con los posibles derechos filiatorios y permitir que la pareja subrogada pueda tomar en adopción a dicha criatura (Suarez Parada, 2008, p.69).

Es pertinente hacer notar que actualmente las sociedades latinoamericanas parecen justificar cierto tipo de conductas respecto de las cuales lamentablemente el derecho aun no se ha pronunciado, como lo que ocurre con las técnicas de reproducción asistida, que en un comienzo fueron

expuestas como un tema tabú, pero que hoy en día son conocidas por la mayoría de la población.(Suarez Parada, 2008, p.72).

El derecho menciona diversas maneras de maternidad, reflejando siempre ideologías sobre el cuerpo, la mujer y las relaciones familiares, lo que es considerado como normal y lo que no; en la actualidad el derecho se ocupa de la maternidad asumiendo roles de protector, previsor, garantista y asegurador.

Sin duda alguna el Estado tiene el deber de garantizar los derechos reproductivos; lamentablemente en el Ecuador la Seguridad Social no ofrece la posibilidad de que las parejas afiliadas a la misma, con problemas de fertilidad, accedan a la inseminación artificial, lo que refleja la negativa de las políticas estatales para procrear, y ciertamente favorece a la política económica de reducción de pobreza por medio de la reducción de la población (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, p.38).

CAPTULO I

1.1. Conceptos

1.1.1. Concepto de Maternidad

Maternidad significa “Estado o cualidad de madre” (Diccionario de la Lengua Española, 2001) y madre es aquella mujer quien vela por sus hijos, se encarga de su cuidado, salud, educación, etc.(Lopez Fangler, 2005, p.10) Por lo que madre no solo es aquella mujer que lleva a feliz término la gestación, su labor va más allá.

Se puede definir la maternidad desde el punto de vista etimológico y jurídico.

Desde el punto de vista etimológico

Madre proviene del latín mater, “matriz”, derivada del griego utilizado para nombrar a las mujeres que vivían honestamente y según las buenas costumbres, las que podían ser solteras, casadas o viudas. Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la maternidad es “Estado o cualidad de madre” mientras que madre significa “Hembra que ha parido”, “Hembra respecto de su hijo o hijos”(Lopez Fangler, 2005, p.11).

Desde el punto de vista jurídico

El artículo 261 del Código Civil ecuatoriano define a la maternidad, como el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo” (Codigo Civil del Ecuador, 2010, p.51).

Actualmente existe una corriente que protege la posibilidad de una maternidad social, cuya propuesta es la modificación del dato del parto, que se sustituye por la libertad y responsabilidad de procreación que coincide con la voluntad de

la pareja por lo que siempre se defenderá el interés superior del niño(Sanchez, 2010, p.30).

Por los constantes adelantos de la ciencia algunas figuras jurídicas sufren cambios, como ocurre con la maternidad, cuya nueva especie es la maternidad subrogada en la que participan dos mujeres, una como “incubadora” y la otra que aporta sus genes (Sanchez, 2010, p.30).

Es importante aclarar que la teoría distingue tres clases de maternidad (Sanchez, 2010, p.30):

- a) Plena.- Es la unión entre la relación biológica, (es decir quién carga en su vientre el feto y concluye con éxito el proceso de gestación); con el cumplimiento de derechos y obligaciones que trae consigo la maternidad.
- b) Genética.- Esta se da según quien haya aportado con el material genético, es decir quien haya aportado con su óvulo para llevar adelante la gestación.
- c) Legal.- Recae sobre quien asume derechos y obligaciones frente al hijo, sin que sea necesario que existan vínculos biológicos.

La maternidad es un proceso natural que involucra algunas clases de variables como las psicológicas, familiares, económicas, sociales, éticas y políticas; la maternidad es un elemento primordial dentro de la filiación, ya que se origina de un hecho visible, que no puede ser ignorado; además no hay que olvidar que se admite el parto como una prueba directa de existencia (Lopez Fangler, 2005, p.11).

Invocando la libertad de las mujeres y considerando que decidir ser madres sustitutas, utilizando su cuerpo para llevar adelante algo que ellas consideran

adecuado y al mismo tiempo asumir la responsabilidad de sus actos, es innegable que la mujer que se presta para llevar adelante un proceso de maternidad subrogada necesitará como toda mujer embarazada tener cuidados especiales, una dieta, vitaminas, suplementos alimenticios y controles médicos, etc., en sí el embarazo significa cambios hormonales, psicológicos y físicos, por lo que ciertamente es aceptable que la mujer que colaborará en este proceso reciba una contribución voluntaria que ayude de una u otra manera a cubrir los gastos normales que pueden presentarse antes, durante y luego de terminar el proceso de gestación (Sanchez, 2010, p.35).

1.1.2. Concepto de Maternidad Subrogada

Un gran número de seres humanos siente la necesidad de experimentar la maternidad o paternidad y cuando éstas no son posibles utilizando medios naturales, las técnicas de reproducción asistida permiten satisfacer las expectativas de procreación del ser humano (Sanchez, 2010, p.76).

Uno de los métodos utilizados por aquellas parejas deseosas de tener hijos es la maternidad subrogada, también conocida como maternidad por subrogación, que ocurre cuando una mujer acepta libre y voluntariamente portar dentro de su vientre un niño cuya responsabilidad se encuentra a cargo de otra mujer, otro hombre o una pareja, esta mujer adquiere el compromiso de entregar al recién nacido a aquellas personas que lo encargaron, renunciando de esta manera a la filiación que podría tener sobre el recién nacido (Lopez Fangler, 2005, p.506).

La maternidad subrogada muestra grados de intervención por parte de la mujer en el proceso de procreación; de esta manera, puede ocurrir que una mujer acordase con otra en gestar un embrión compuesto total o parcialmente de los gametos de la pareja subrogante manifestando por su parte el deseo de entregar voluntariamente a la criatura una vez que esta nazca; en este caso, no

habría ningún tipo de relación genética con la mujer que decide prestar su útero(Merlyn Sacoto, 2006, p.30).

Otra forma es que la mujer no sólo presta su útero para la gestación sino que también aporta con sus óvulos para que estos sean inseminados con los espermias del hombre(Merlyn Sacoto, 2006, p.30).

Como se ha explicado la maternidad subrogada o gestación por sustitución es un procedimiento que actualmente puede ser considerada como una técnica de reproducción asistida.

Frente a este tipo de procedimiento son tres las situaciones que pueden ocurrir:

- a) Que exista una mujer incapaz de cargar el producto del embarazo reflejado en el hecho de intentar la gestación y originar un aborto involuntario; por esta razón recurre a implantar su óvulo fertilizado con el espermia del marido en el útero de una segunda mujer, que vendría a ser la “incubadora”; es esta ultima quien es conocida como la madre subrogante, reemplaza a la madre únicamente en la gestación del feto;
- b) Que exista una mujer quien lleva en su útero el producto de una inseminación artificial realizada con su óvulo fertilizado y el semen de una tercera persona o el hombre de la pareja subrogada quien luego de producida la gestación será quien solicite al niño; y,
- c) Que exista una pareja que solicita a otra el encargo de un niño con genes de la pareja gestante y esta se encuentre dispuesta a entregarlo (Sanchez, 2010, p.37).

Por lo tanto la maternidad por sustitución es una práctica que se basa en la decisión libre y voluntaria de adultos que practican sus derechos y obligaciones (Merlyn Sacoto, 2006, p.33), sin perjudicar a sí mismos ni a terceros, motivo

por el cual sería negativo tachar a las personas que deciden participar de este proceso; todos los participantes se benefician de este acto ya que el niño nace por un acuerdo entre la pareja subrogada y la madre subrogante y es éste el que motiva a las partes por lo que el niño tendrá una familia que lo recibe, lo ama y lo desea mucho; los padres logran ese objetivo y tienen mucho deseo de dar amor y brindarle todos los cuidados que sean necesarios, al mismo tiempo la mujer portadora logra ayudar a otras personas; sin la presencia de la madre subrogante el anhelo de aquella pareja no hubiera sido posible; y, por su esfuerzo, podría recibir una compensación económica voluntaria que ciertamente podría mitigar las posibles complicaciones secundarias que puede originar la gestación.

Ante el surgimiento de la maternidad subrogada, la doctrina civil sostiene que los elementos biológicos de la gestación y el parto son fundamentales para determinar quién es la madre (Moran de Vicenzi, 2005, p.193).

Trabucchi (Moran de Vicenzi, 2005, p.193) mantiene que “tratándose de la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de tipo sociológico”, por lo que le da a la mujer gestante una labor que solo puede ser utilizada para sí misma y no para beneficio de otras, siendo ella quien asumirá frente a la sociedad la relación “madre-hijo”, será únicamente ella, negando cualquier convenio celebrado con otras personas; por lo que, a decir del tratadista, la maternidad es una figura imposible de dividir debido a que determina el elemento responsabilidad, implantando las relaciones parentales.

Vercellone (Moran de Vicenzi, 2005, p.195), “sin desconocer la importancia de la relación biológica, reconoce la presencia del elemento voluntario en la maternidad, de acuerdo con el principio de voluntad de procreación, madre es la mujer que guarda algún tipo de relación biológica con el nacido, pero que además también desea el hijo para sí”. De esta manera se elimina la

responsabilidad que la madre subrogante pueda tener con la criatura por el hecho de gestarla, lo mismo ocurre con la mujer que dona el óvulo.

Hay corrientes que apoyan la posibilidad de utilizar la maternidad subrogada modificando lo que conlleva el parto, es decir cambiar la responsabilidad de gestar por la libertad y la responsabilidad de procrear por la voluntad de la pareja subrogada; de esta manera el interés superior del niño no se vería afectado (Moran de Vicenzi, 2005, p. 194).

Gorassini (Moran de Vicenzi, 2005, p.195) afirma: “la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre”; por lo tanto, la maternidad de la mujer no hubiera sido posible sin la ayuda de su pareja, de esta manera se da origen a un nuevo ser humano; así, en la maternidad subrogada se debe reconocer a la mujer que desea ser la madre legal y ha colaborado genéticamente para que este hecho ocurra.

Una parte de la doctrina apoya el separar la maternidad del hecho biológico, protegiendo la maternidad que tiene como base la voluntad de las partes que intervienen en la misma.

Si la manifestación de la voluntad de la mujer es tener su hijo a través de las técnicas de reproducción asistida, entre las cuales se encuentra la maternidad subrogada, esta mujer deberá asumir la responsabilidad de la procreación y se deberá apoyar en la madre subrogante.

1.1.2.1. Madre Subrogante

La madre gestante (madre subrogante) pone a disposición de otras personas algo intransferible ligado a su integridad física, presta momentáneamente su

útero para llevar a cabo la gestación con el embrión de la pareja subrogada (Moran de Vicenzi, 2005, p.197).

Su responsabilidad es de “tracto sucesivo”: comienza con la inseminación artificial en la que es implantado el óvulo fecundado en su útero; prosigue con el proceso de gestación que durará un período de nueve meses; en algunas ocasiones se puede extender hasta el periodo de lactancia (Merlyn Sacoto, 2006, p.73).

La madre subrogante recibe y aloja en su cuerpo algo que a nivel físico puede causar muchas alteraciones entre transformaciones propias del estado de gravidez y dificultades que son normales durante este periodo; y, ya en el postparto, pueden existir secuelas y consecuencias permanentes producto del estado de gravidez, por lo que cabe la posibilidad para la pareja subrogante la entregue una compensación económica voluntaria a la madre subrogante para de esta manera mitigar dichas afectaciones (Sanchez, 2010, p.30).

Debido a los diversos cambios tanto físicos como fisiológicos que la mujer sufre durante el embarazo, es necesario mantenerla informada todo el tiempo acerca de los mismos, ya que su cuerpo va a experimentarlos antes, durante y una vez que este termine, para que tenga presente todo lo que conlleva aceptar ser parte del proceso de maternidad subrogada (Lopez Fangler, 2005, p.277).

Por lo anotado no es casualidad que varios de los conflictos generados por este tipo de maternidad lleguen a tribunales teniendo como principal causal el hecho de que la madre subrogante se arrepiente de lo previamente acordado y manifiesta su voluntad de quedarse con el recién nacido (Sanchez, 2010, p.45).

1.1.2.2. Pareja Subrogada

Una pareja ve la necesidad de recurrir a este tipo de maternidad por dos razones : la primera por la imposibilidad de procrear (la esterilidad(wikipedia) y

la infertilidad(wikipedia); siendo la esterilidad la incapacidad irreversible para concebir, mientras que infertilidad es aquella que puede ser tratada o curada a través de tratamientos quirúrgicos); y, la segunda razón se encuentra en el hecho de que existen mujeres que desean convertirse en madres sin tener que buscar el proceso gestacional.

La pregunta que surge a raíz de la maternidad subrogada es: ¿qué piensa la pareja subrogada al decidir optar por este método para lograr reproducirse? la respuesta puede ser la necesidad de procrear un niño con sus genes, sin importar lo que se tenga que hacer, ya que la adopción no es la respuesta a sus deseos (Sanchez, 2010, p.37).

La ventaja que tienen las técnicas de reproducción asistida es que permiten que bajo el principio por el cual todas las personas tienen derecho a intentar reproducirse biológicamente, transmitiendo de esta manera su propia información genética, se cumpla (Sanchez, 2010, p. 28).

1.2. La maternidad subrogada como solución a los problemas de infertilidad

La maternidad subrogada es la gestación de un embrión en el útero de una mujer, en nombre, comisión o encargo de otra, quien es la que recibirá el producto del mismo como madre propia (Moran de Vicenzi, 2005, p.197).

El proceso de maternidad subrogada consiste en que la mujer portadora, es decir la madre subrogante, pone a disposición su útero (parte no separable de su cuerpo) para ser utilizado por otros, en beneficio de otros. Dichas personas, luego de terminada la gestación, podrán hacer suyo el fruto de la misma, teniendo en cuenta que el objeto cedido, es decir, el recién nacido, no es propiedad de la madre subrogante; a diferencia del arrendamiento de cosas, la madre subrogada o la pareja subrogada necesita del vientre de la madre subrogante para llevar adelante la gestación; y, es de esta manera, que se

compromete explícita o implícitamente a hacer todo lo que esté a su alcance para que éste embrión (posteriormente feto), pueda nacer, lo que implica un cuidado vigilado durante el embarazo, evitando actividades que puedan poner en peligro la vida del embrión.

1.2.1. Clases de Maternidad Subrogada

a) **Maternidad Subrogada Parcial.-** Se lleva a cabo con los gametos de la pareja subrogada, donados en su totalidad o en parte (puede ocurrir que los donantes sean anónimos en su totalidad o en parte) en este tipo de subrogación la función de la madre subrogante está limitada únicamente a ser la incubadora sin tener aportación de material genético. De esta manera la condición de “madre” puede ser dividida en tres planos diferentes: Madre subrogante, madre subrogada y madre genética (Sanchez, 2010, p.16).

b) **Maternidad Subrogada Plena o Total.-** Ocurre cuando el material reproductor de la madre subrogante puede ser fecundado por los gametos del varón que forma parte de la pareja subrogada o con los de un donante (Sanchez, 2010, p.16).

La maternidad subrogada fija su éxito en la aplicación previa de las técnicas de reproducción asistida por lo que la madre subrogante no se convertirá en la madre real, porque no es ella quien posee la voluntad de tener al hijo (Moran de Vicenzi, 2005, p.170).

No puede ser considerado (Junquera de Estefaní,1998, p.68) como ejemplo de maternidad subrogada: el hecho de que una mujer es inseminada de forma directa por su pareja, debido a que es ella quien va a llevar a cabo la gestación. En el caso que nos ocupa la situación es totalmente diferente ya que quien recibe la inseminación o la implantación del embrión tiene como objetivo portar en su vientre y alumbrar al hijo que otra mujer desea.

Una de las principales objeciones que se presenta a la maternidad subrogada es que la mujer (la madre subrogante) es utilizada como un depósito que albergará temporalmente un ser que está formándose, el cual es parte de un plan familiar diferente al de la madre subrogante, lo que ciertamente puede afectar a la dignidad e integridad de la madre subrogante ya que su misión es ser el medio a través del cual otras personas (madre y padre subrogados) puedan satisfacer el deseo de ser padres.

Médicamente se ha demostrado que la maternidad subrogada es una solución para parejas en las cuales la mujer puede concebir pero por alguna razón no puede culminar la gestación como cuando la mujer padece de malformaciones en el útero o afecciones que ponen en riesgo la vida del feto y de la madre.

El problema jurídico en relación a la maternidad subrogada gira alrededor del contrato y la determinación de la filiación, como consecuencia de la disociación entre lo que implica el material genético y la gestación.

Para algunas legislaciones el parto otorga la calidad de madre, solo por el hecho del alumbramiento, sin importar los orígenes genéticos del feto; sin embargo la realidad de la maternidad subrogada es que el parto es un dato que no proporciona la suficiente información para determinar la verdadera maternidad, es por esto que surge la necesidad de concretar criterios legales que permitan indicar quien es la verdadera madre de la criatura.

1.3. Maternidad Subrogada en la Legislación Extranjera

La legislación de los países “commonlaw” admite con mayor amplitud la celebración de los contratos de maternidad subrogada, situación que favorece a este tipo de reproducción.

En la **India** se encuentra un caso “especial” ya que la maternidad subrogada fue declarada legal por una sentencia expedida por la Corte Suprema, la cual

se basa en la excelente infraestructura médica, la alta demanda internacional, la disponibilidad de madres subrogantes a bajo costo y la agilidad de los tramites; por estas razones la India se ha convertido en el destino elegido por aquellas parejas que por diferentes razones no pueden ser padres (Sanchez, 2010, p.30).

En el **Reino Unido** la Human Fertilization and Embryology Act de 1990 prevé que una pareja subrogada pueda acceder a una maternidad subrogada y al mismo tiempo obtener la filiación natural del bebé a favor de una pareja heterosexual casada, el bebé debe ser gestado por una madre subrogante a la que previamente se le haya transferido un embrión o a su vez haya sido inseminada artificialmente (Sanchez, 2010, p.30).

En **Israel** la maternidad subrogada fue legalizada en 1996 por la Embryo Carrying Agreements Law, en su comienzo fue sometida a controles estrictos por parte del Estado, es así que los contratos de subrogación solo podían ser suscritos entre ciudadanos israelíes con la misma religión y a su vez debía ser autorizado por un comité nombrado por el estado; por otra parte las mujeres que decidían ser madres subrogantes debían ser solteras, viudas o divorciadas y solo podían participar en una única inseminación por parejas heterosexuales (Sanchez, 2010, p.30).

En **Ucrania** el Código de Familia vislumbra la posibilidad de que un embrión aportado por los esposos sea implantado en la madre subrogante, de esta manera la filiación del producto de la gestación es para la pareja, otorgando preeminencia al hecho genético sobre el hecho obstétrico. Para que este fenómeno pueda ocurrir en este país las parejas deben tener la imposibilidad fisiológica o médica para desarrollar el embarazo; la madre subrogante debe tener entre 20 y 35 años, estar en plena salud física y mental y debe tener un hijo sano (Sanchez, 2010, p.30).

En **Brasil** la maternidad subrogada es permitida siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos; existe un catalogo de normas éticas utilizadas para las técnicas de reproducción asistida que no tienen ninguna naturaleza jurídica, se dispone que los centros, clínicas, servicios de reproducción humana puedan utilizar las técnicas de reproducción asistida para originar una maternidad subrogada únicamente cuando exista en la madre subrogada un problema que impida que esta gesté a su hijo; además, las madres subrogantes deben pertenecer a la familia de la madre subrogada, hasta el segundo grado de parentesco; los demás casos que se presentasen deberán ser sometidos a la autorización del Consejo Regional de Medicina; y por último la maternidad subrogada no podrá ser remunerada o tener un carácter mercantil (Sanchez, 2010, p.30).

En **Canadá** en 2004 la Assited Human Reproduction Act hace posible la maternidad subrogada, prohibiendo desde un principio la compensación económica a favor de la madre subrogante; la edad mínima establecida para la madre subrogante es de 21 años, su voluntad no puede estar influenciada por otra persona. La ley toma en cuenta la posibilidad de reglamentar la maternidad subrogada permitiendo que la madre subrogante reciba un reembolso por gastos médicos incurridos como consecuencia de la gestación, incluidas las rentas de trabajo que la madre subrogante haya dejado de percibir por la gestación (Sanchez, 2010, p.30).

En **Estados Unidos** la situación es diferente entre estado y estado; no existen normas específicas para permitir o prohibir la maternidad subrogada; su situación legal depende del tratamiento hecho por los tribunales teniendo como base las normas sobre filiación y técnicas de reproducción asistida (Sanchez, 2010, p.30).

La **Florida** examina la posibilidad de aceptarla debido a que su legislación permite la existencia de esta maternidad solo para ser utilizada por parejas heterosexuales, casadas y mayores de edad (Sanchez, 2010, p.30).

Texas solicita para la validez de la maternidad subrogada que el contrato que se firme entre las partes sea registrado desde el comienzo del proceso(Sanchez, 2010, p.30).

Por otra parte en **California** es válido el contrato cuando la pareja subrogada haya colaborado con su propio material genético(Sanchez, 2010, p.30).

En **Massachusetts** para que este tipo de contrato sea válido no debe existir una retribución económica a favor de la madre subrogante y esta a su vez debe dar su consentimiento hasta cuatro días después de haber dado a luz para entregar al niño, por lo que no basta el consentimiento previo al embarazo (Sanchez, 2010, p.30).

CAPÍTULO II

2.2. Análisis sobre el contrato de maternidad subrogada

2.2.1. Análisis de la naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada

2.2.1.1. El Contrato

Cabanellas (Espinosa Prado, 2002, p.27) precisa que el acto jurídico como la manifestación de voluntad debe ser realizada con intención de producir efectos jurídicos. El acto puede ser una manifestación de una sola voluntad o el resultado de un acuerdo entre varias voluntades; por lo que ocurre una convención y esta se encasilla como una declaración de la voluntad que puede producir cierta clase de consecuencias dentro del derecho. La convención que tiene como fin crear obligaciones es denominada contrato.

Por ende el contrato al ser un acuerdo de voluntades puede crear obligaciones, tanto en el campo de derecho patrimonial, como en el de familia. Para Manuel SanchezZuraty: “El contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (Sanchez Zuraty, 2000, p.360).

Según el artículo 1454 del Código Civil Ecuatoriano “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (Código Civil, 2010, p.235).

La sociedad en general tiene su origen en un contrato, pacto o convenio, sea este explícito o tácito, el cual está conformado por el consentimiento de los individuos que forman parte del mismo, sometido a las leyes y a la justicia, siendo administradas con total imparcialidad y moralidad (Espinosa Prado, 2002, p.34).

2.2.1.2. El Nacimiento

El Código Civil ecuatoriano establece en su artículo 60 (Código Civil, 2010, p.14): “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre; la criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás; se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo”.

Es decir que se establece la existencia legal de una persona sólo en el momento que es separada de su madre y cualquier alegación de otra mujer sobre la maternidad de aquel niño solo podrá ser demostrada por la falsedad del parto o la suplantación del hijo verdadero (Código Civil, 2010, p.14).

La existencia legal de las personas naturales comienza con el nacimiento, entendido como la separación completa de su madre; si la criatura muere dentro del vientre o muere antes de estar completamente separada de la persona que permitió la gestación, para la ley nunca habrá existido. Por lo tanto la existencia legal comienza únicamente con el nacimiento y solo este la determina.

Existe vida desde que el principio vital habita el cuerpo, desde el momento en que el alma y el cuerpo forman un compuesto llamado hombre; por lo que en el mismo principio la vida termina con la separación de estos dos elementos el alma y el cuerpo (Larrea Holguin, 2008, p.175).

Por lo expuesto, las personas que están por nacer no pueden ejercer por sí mismas ningún derecho, es por esto que el Código Civil en el artículo 63 dice: “Los derechos que le corresponderán a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectuó. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia,

entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del artículo 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a todas personas, como si la criatura no hubiese jamás existido” (Código Civil, 2010, p.14).

Para que el niño se considere como persona y empiece a ejercer sus derechos y deberes, es necesario que el nacimiento se haya constituido como tal, es decir el nacimiento debe cumplir con determinadas condiciones:

- a) Es necesario que el niño haya sido alumbrado, independientemente de los medios que se hayan utilizado para cumplir este fin, en derecho no se distingue el nacimiento natural del nacimiento quirúrgico (artículo 60) (Código Civil, 2010, p.14).
- b) Se debe cumplir con la separación completa, el cordón umbilical debe ser cortado completamente y el niño debe tener vida totalmente independiente de la persona que lo gestó (artículo 60) (Código Civil, 2010, p. 14).
- c) Es preciso que la criatura después de haber sido separada totalmente de la persona que lo gestó sea capaz de sobrevivir, es decir debe mostrar señales de vida, como respirar, llorar, etc., si muere después de ocurrida la separación completa y haber mostrado señales de vida no importará el tiempo que haya sobrevivido, se considerará que ha existido. Ciertas legislaciones necesitan que concurra el requisito de la viabilidad, que es la aptitud física para sobrevivir (Claro Solar, 1975, p. 217).

En concordancia con lo anterior, el nacimiento se prueba por los siguientes medios (Claro Solar, 1975, p.217):

- a) Testimonio del doctor que atendió el parto o la partera.

- b) Testigos que hubieran oído la respiración, el llanto, o notado cualquier signo de vida que haya presentado la criatura.

El perfeccionamiento de la ciencia determina que es necesario considerar la importancia que se atribuye al hecho de que haya penetrado aire a los pulmones, sin descuidar la falta del mismo.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano cuenta con el principio de protección a la vida del que está por nacer debido a que expresamente manifiesta que se deben tomar todas las providencias que sean necesarias para proteger la existencia del no nacido. La criatura tiene derechos adquiridos desde la concepción (artículo 61) (Código Civil, 2010, p.14).

Las legislaciones actuales han reconocido la diferencia que existe entre el principio de existencia legal y el principio de existencia natural y sin dar la capacidad de derecho a la criatura que esta por nacer, garantizan sus derechos, dejándolos en suspenso mientras ocurre su nacimiento; a partir de este momento los adquiere (debido a que puede ocurrir que se presuma que la criatura jamás existió por diversas circunstancias lo que no ocasionaría problemas en temas como la sucesión por causa de muerte), así entrará en el uso pleno de sus derechos si nace y como si hubiese existido al tiempo que se concedieron esos derechos (Claro Solar, 1975, p.217).

El Pacto de San José de Costa Rica “CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”, en su artículo 4 dice “DERECHO A LA VIDA.- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la Ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Ratificando que la vida comienza desde el momento mismo de la concepción y que se encuentra científicamente comprobado que el espermatozoide fecunda al óvulo y nace un ser humano único e irrepetible, diferente a los otros (Organizacion de Estados Americanos, 1969).

Es importante mencionar que el embrión es un ser humano y por lo tanto una persona sujeto del derecho.

2.2.1.3. Principio de existencia legal

La diferencia entre el nacimiento y el principio de existencia legal se encuentra expresada en dos doctrinas: la vitalidad y la viabilidad.

La teoría de la vitalidad indica que para que el nacimiento sea considerado como parte del principio de existencia legal se requiere que el producto de la gestación nazca vivo; lo que se prueba de varias formas, como por ejemplo, en la actualidad, con pruebas experimentales que pueden llegar a establecer si una criatura vive o ha vivido. Otro sistema es corroborar la vida del recién nacido a través de la manifestación de signos vitales que deben manifestarse dentro de un período de tiempo (Larrea Holguin, 2008, p. 178).

El anterior Código Civil Ecuatoriano requería la sobrevivencia por un periodo de 24 horas a partir del nacimiento, pero luego de la reforma al Código en el año 1989 el nacimiento ocurre cuando la criatura es separada totalmente de la madre y logra sobrevivir sin considerar el tiempo, es decir, puede ser un minuto, una hora o un día; y, el que no esté de acuerdo debe probar lo contrario, es decir, probar no solo la muerte sino además que esta ocurrió antes del nacimiento (Larrea Holguin, 2008, p. 178).

La teoría de la viabilidad exige que la criatura nazca con aptitud para continuar viviendo, aunque existan manifestaciones de vida y no hubiesen órganos esenciales (Larrea Holguin, 2008, p.178), según Alessandri (Larrea Holguin, 2008, p.178) “la doctrina de la viabilidad se basa en unpronóstico, no en un hecho”, por lo que las 24 horas que antiguamente requería el Código Civil Ecuatoriano para declarar vivo a un recién nacido iban en contra del pronóstico (Larrea Holguin, 2008, p.179).

2.2.1.4. La Filiación

La reproducción de una persona por otras es la estructura natural de la relación jurídica a la que se la denomina filiación: es decir maternidad y paternidad. El derecho no solo considera el hecho de la procreación sino que también se centra en el conjunto de nexos humanos, sentimentales y económicos, protegidos a través de la ley civil (Artículo 69 numeral 7, Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 60).

La filiación es el medio legal para identificar a los padres, quienes serán los titulares de la patria potestad, por lo que se les atribuyen derechos y deberes correspondientes a la misma, es decir que no puede ser utilizada para discriminar o crear cierto privilegio entre los hijos (Moran de Vicenzi, 2005, p.230).

La atribución es para cada hijo (de deberes y derechos), producto de un vínculo jurídico de filiación, la única forma de mostrar los derechos y deberes del hijo frente a sus progenitores es determinar legalmente la relación entre ellos.

Este derecho es reconocido a todos los hijos que sin discriminación tienen derecho a que su filiación sea determinada y conocer su origen biológico, incluso los hijos adoptivos.

La filiación tiene a la igualdad como principio rector ya que como se dijo se prohíbe cualquier tipo de discriminación por el nacimiento (artículo 44 y 45) (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.45).

La tutela de la filiación está inspirada en dos caminos que tienen como objetivo fundamental proteger la parte más débil de la relación paterno-filial, es decir la criatura. Los principios de filiación buscan eliminar cualquier tipo de discriminación entre los hijos y cuidarlos de situaciones en que sus derechos e intereses puedan verse amenazados (Moran de Vicenzi, 2005, p. 198).

Otro principio de la filiación es el de interés del hijo, que está íntegramente asociado a la solución de conflictos familiares; así se ha logrado crear derechos fundamentales como la educación, la asistencia social, la patria potestad, la maternidad y la paternidad incluso de los nacidos por fecundación artificial (Moran de Vicenzi, 2005, p.240).

Por ello, con base en el principio de veracidad biológica, se logra determinar la filiación, (si por alguna razón la madre gestante rechaza la maternidad que es atribuida para sí, sería muy posible permitir que la madre genética se convirtiera en madre legal). En la maternidad subrogada, la condición de madre estaría determinada a favor de la madre gestante y de la madre genética (Moran de Vicenzi, 2005, p.191).

2.2.2. El Contrato de Maternidad Subrogada

Como se explicó el contrato de maternidad subrogada es una convención a través de la cual una mujer se compromete a recibir o alojar en su vientre un embrión humano que ha sido procreado artificialmente utilizando óvulos y espermatozoides de los padres biológicos. La madre subrogante se obliga a cuidar al embrión, lo que implica cuidados especiales, a fin de evitar abortos o futuras complicaciones (como si fuera propio) y culminar con éxito el proceso de gestación, junto con esta obligación va la de los padres biológicos que deben cumplir con el pago de los gastos médicos que generen el periodo de gestación y el parto; además, es posible que la madre reciba una compensación económica voluntaria por parte de los padres biológicos (Merlyn Sacoto, 2006, p.37).

Este contrato debe contener las consideraciones manifestadas por las partes y los compromisos aceptados por las mismas, que pueden ser:

1. La forma de entrega de la compensación económica voluntaria por parte de los padres biológicos.

2. El consentimiento de los padres biológicos para que la madre subrogante lleve en su vientre el material genético.
3. La declaración de la madre subrogante después de terminada la gestación, donde conste que no tiene ningún tipo de reclamo hacia los padres biológicos.
4. El consentimiento para que los padres biológicos inscriban a su hijo como tal, este consentimiento de la madre subrogante debe tener testigos (Moran de Vicenzi, 2005, p.200)

Existen determinadas obligaciones de hacer o no hacer que forman parte de este contrato, como por ejemplo: el compromiso que adquiere la madre subrogante de llevar la gestación libre de vicios, en un ambiente tranquilo, de tal manera que la gestación llegue a su fin con gran éxito; y el deber que es entregar a la criatura a sus padres; al mismo tiempo la madre o la pareja subrogada se compromete a entregar cierta cantidad de dinero, acordada con anticipación con la madre subrogante no siendo esta una condición obligatoria, mas bien debe ser considerado como un aporte voluntario; al estar presentes estas obligaciones, el contrato se aleja del concepto de arrendamiento y se aproxima más a un contrato de servicios (Villagomez, 2007, p.28).

Su naturaleza jurídica lo describe como un contrato de naturaleza privada, en el que consta la declaración de la voluntad de las partes expresada en un documento privado; si se configura como un contrato representaría una relación de tipo patrimonial por lo que se le otorga poder a las partes para que estas decidan sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si es que se convalidaría a la vida humana que se está formando como el objeto del contrato y por lo tanto los contratantes podrían disponer sobre esta (http://surrogacy.ru/es/legal_aspects.php).

Pero este contrato no es solamente privado, debido a que interviene el interés público, porque se discute la vida humana y la salud de la madre subrogante, que se constituyen como bienes jurídicos protegidos por el sistema y el ordenamiento jurídico (Mallma Soto, 2008, p.4).

La maternidad por subrogación tiene relación con la adopción y sus respectivas normas, ya que el resultado de la misma es que automáticamente producido el alumbramiento, una criatura queda desamparada como efecto de las obligaciones contraídas por la madre subrogante y la pareja subrogada aunque esto haya sido premeditado con anticipación, por lo que la pareja subrogada debe asumir el rol protector inmediatamente (Sanchez, 2010, p.25).

Según Díez Picazo (Díez Picazo, 1993, p.122) es posible emplear la idea de que el contrato sirve para identificar todos los negocios jurídicos bilaterales de derecho privado dentro de los cuales se puede contar con los de derecho patrimonial, los de derecho de familia y los de derecho sucesorio, por lo tanto debe contarse como contrato al acuerdo de maternidad subrogada.

Como se dijo la maternidad subrogada a nivel mundial se encuentra rodeada de pocos o nulos elementos de regulación por parte del Estado; en menor número se encuentran los países en los se admite este tipo de contratos y si lo hacen lo admiten solo en determinados casos y bajo ciertas características y con ciertas restricciones, tal como se había mencionado en el subcapítulo 1.3 de esta investigación.

2.2.3. Elementos controvertidos respecto al contrato de maternidad subrogada

Jurídicamente existen dos aspectos que pueden causar controversia:

1. Aspectos Relativos a la filiación del niño nacido en estas circunstancias

Existen tres puntos:

- a) El tipo de Filiación
- b) El medio a través del cual se determina la filiación.
- c) La persona o personas sobre las cuales se determina la filiación.

El artículo 24 del Código Civil dice que se establece la filiación y las correspondientes paternidad y maternidad:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre (Código Civil Ecuatoriano, 2010, p. 8).

2. Aspectos respecto a la validez y eficacia del contrato entre la pareja subrogada y la madre subrogante

Existen dos formas admisibles: por naturaleza y por adopción, siendo por naturaleza la verdad biológica, es difícil determinar la filiación de una mujer que no ha gestado ni alumbrado a la criatura, aunque esta haya aportado con material genético para formar el preembrión (Moran de Vicenzi, 2005, p.199).

Para aquellas personas que apoyan la maternidad subrogada, es claro que la validez y eficacia de este tipo de contratos se presentan previas a la concepción de la criatura y mientras la voluntad sea manifestada, de esta manera se neutralizarían las posibles presunciones legales tanto de maternidad como de paternidad, por lo que se recurría al contrato para demostrar la intención de ser padre o madre; dicha voluntad debería ser expuesta ante un notario y antes de que el óvulo fecundado sea implantado en la madre

subrogante; además, el centro de fecundación autorizado donde se realiza la implantación del óvulo deberá emitir un documento que demuestre que el óvulo fecundado provenga genéticamente de la pareja subrogada y que la madre subrogante acepta que dicho óvulo proviene de la pareja subrogante, por lo que la filiación de la criatura les corresponde (Arambula, 2008, p.61).

La pareja subrogada asume la responsabilidad de cancelar todos los gastos que la maternidad subrogada genere, además del parto, el postparto y eventualmente entregar una retribución económica voluntaria no obligatoria; ellos podrán tomar decisiones relacionadas con la salud del feto (Segi Guillot, 2008, p.331).

El contenido del contrato se fundamenta en los derechos y obligaciones que nacen para las partes: la madre subrogante toma la responsabilidad de someterse a la implantación del óvulo fecundado y llevar a cabo de manera correcta y sana el periodo de maternidad, lo que puede significar asumir hábitos sanos y visitar al médico los días y fechas designadas; y, una vez concluido el periodo de gestación, entregar a disposición de la pareja subrogada al bebé y, ocasionalmente, participar del periodo de lactancia (Segi Guillot, 2008, p.332).

Los sujetos de derecho que forman parte de este contrato se encuentran frente a un acto de libre disposición del cuerpo de la madre subrogante o madre portadora en beneficio de otras personas, mismo que debería tener una finalidad altruista, por lo que la parte beneficiada no está obligada a la compensación económica obligatoria, pero una ayuda voluntaria podría cubrir los gastos en los que debe incurrir la madre subrogante luego del parto, por las posibles complicaciones que el proceso de gestación puede generar para una mujer a futuro.

2.2.4. Características Generales del Contrato de Maternidad Subrogada

Como se dijo, el objeto de este contrato es la criatura, es decir el producto de la gestación, lo que obliga a la madre subrogante a hacer todo lo que sea posible para que el embarazo llegue a su fin satisfactoriamente y asumir la obligación de entregar la criatura una vez terminada la gestación (Segi Guillot, 2008, p.333).

Es un pacto que da el carácter de cosa al embrión o feto para que de esta manera sea sujeto de derechos, convirtiéndolo en un objeto de deseo que momentáneamente prescinde de su derecho de identidad, porque se convierte en huésped temporal.

Teniendo en cuenta si la maternidad subrogada fue llevada a cabo con un embrión que genéticamente posee la herencia de la pareja subrogada; el producto de la gestación será de la misma, muy a pesar de que la madre subrogante sea quien lleva adelante la maternidad.

La maternidad subrogada puede significar un acto de generosidad de una mujer a otra sin que signifique la comercialización del embarazo.

Según la teoría para que la maternidad subrogada sea factible deben cumplirse ciertos presupuestos tanto en la madre subrogada como en la madre subrogante:

2.2.4.1. Madre subrogada

La madre subrogada debe presentar determinadas características fisiológicas(Sanchez, 2010, p.9):

- Ausencia de útero por cualquier razón.

- Deformación en la cavidad del cuello uterino por algún tipo de alteración congénita del desarrollo, o por una enfermedad.
- Sinequias de la cavidad del útero que no tengan remedio con tratamiento.
- Enfermedades somáticas que como consecuencia arrojen la prohibición de gestar.
- Cuando existan muchos intentos frustrados en la utilización de la fecundación in vitro, a pesar de haber logrado obtener embriones de excelente calidad sin resultar en embarazo.

2.2.4.2. Madre subrogante

La madre subrogante debe cumplir los siguientes requisitos(http://surrogacy.ru/es/legal_aspects.php):

- Tener entre 20 y 35 años.
- Tener por lo menos un hijo nacido, sano.
- Tener excelente salud mental y física.

2.2.5. Estructura jurídica del contrato de maternidad subrogada

Este contrato está estructurado de la siguiente manera(Camacho, 2009, p.20):

1. Este debe ser celebrado ante notario público con anterioridad a la implantación del embrión.
2. Que exista un documento expedido por un establecimiento sanitario autorizado, que de preferencia sea una Clínica de Procreación Humana; que acredite que el embrión pertenece a la pareja subrogada.
3. Aceptación, por parte de la mujer que prestó su útero, para llevar a cabo el proceso de gestación de la pareja subrogada.

2.2.6. Naturaleza Jurídica del Contrato de Maternidad Subrogada

Por su naturaleza, el contrato de maternidad puede ser considerado como:

Primero como un acto constitutivo debido a que es posible hablar de un contrato de inseminación en el que se consideran como partes a el embrión de la pareja subrogada, el útero de la madre subrogante y el pacto profesional.

Luego como objeto de derechos disponibles cuando se dispone de una parte del cuerpo, que se quiere utilizar para lograr así la maternidad subrogada para este caso, el útero de la madre subrogante, lo que forma una relación jurídica derivada que puede ser prohibida o autorizada por el ordenamiento jurídico.

Y por último como relación jurídica derivada, ya que este contrato puede ser encasillado en diversos tipos de contratos, como uno de arrendamiento, de obra, de servicio entre el médico, la pareja y la madre portadora; o, un contrato atípico realizado entre la madre gestante y la pareja subrogada (Segi Guillot, 2008, p.333).

El contrato como tal deberá contemplar aspectos como: que los padres se encuentren debidamente casados y al momento conviviendo; y, que la madre subrogante sea mayor de edad y se encuentre en goce de todas sus capacidades (Segi Guillot, 2008, p.335).

Algunos autores han pretendido encasillar a la figura del contrato de maternidad subrogada como un contrato típico, logrando cierta similitud con el contrato de obra debido a que la actividad de la madre es pasiva, pero lleva consigo el esfuerzo físico y psicológico que implica en sí el embarazo (Sanchez, 2010, p.35).

Otros autores en cambio lo encasillan como un contrato atípico, cuyo objeto es la aspiración de la pareja de concebir, por lo que esta teoría ha sido dividida en

dos partes: una admisible y la otra inadmisibles. La primera acepta que sean celebrados este tipo de contratos, sin embargo condiciona la validez de su cumplimiento al acatamiento de ciertos requisitos como, por ejemplo, que hayan sido celebrados por parejas heterosexuales estériles; y, que no hayan convenido ninguna contraprestación a cambio de la gestación, con la excepción de los gastos que en sí implica la maternidad. De esta manera se lo considera como un acto lícito en el que existe una disposición del propio cuerpo que no daña el orden público o va en contra de las buenas costumbres; además, este contrato contiene intereses individuales, que merecen tutela debido a que da una respuesta afirmativa a la esterilidad y las necesidades que la adopción no satisface (Jimenez Dominguez, 2010, p.354).

A pesar de que estos autores defienden la maternidad subrogada como una práctica lícita, aun hay circunstancias que pueden generar conflictos, como por ejemplo, el hecho de que deba ejecutarse forzosamente el convenio si es que la pareja subrogada o la madre subrogante llegaran a fallar dentro de lo convenido; si este caso se presenta la doctrina tiene dos opciones: una de ellas acepta la exigibilidad del convenio de acuerdo a lo pactado y la otra propone condenar a la madre subrogante o la pareja subrogada, respectivamente, al resarcimiento de daños y perjuicios causados a la contraparte.

Pero existe una posición nueva que mantiene este tipo de contrato como un acto unilateral con voluntad lícita y fácilmente revocable por la madre subrogada en cualquier momento; además el acto de la madre subrogante esta dentro de la liberalidad de un acto altruista, como una expresión de libertad de autodeterminación del sujeto, y no pueden ser prohibidos.

Es necesario defender la tesis de que el vínculo materno se constituye a favor de la madre genética de esta manera se reconocería un derecho irrenunciable para adoptar, porque la maternidad constituye una transmisión de patrimonio genético que solo la fecundación puede ofrecer.

2.2.7. Interés Superior del Niño

El interés familiar representa el interés de todos los miembros de la familia.

Tratar de definir lo que forma el interés superior del niño es casi imposible; la doctrina manifiesta que este concepto es interpretado por el Juez según el caso, debido a que debe tomar en cuenta las circunstancias personales del niño (Linacero de la Fuente, 1999, p.1573).

Para Linacero de la Fuente “La fijación del interés del menor vendrá dado por las circunstancias que rodean a cada caso concreto el amplio margen de discrecionalidad que se reconoce al juzgador en los procesos de familia” (Linacero de la Fuente, 1999, p.1573). Por lo tanto, el interés del niño debe estar determinado por la relación entre este principio y el respeto de sus derechos fundamentales; así el juez tiene límites a su discrecionalidad dentro de los que se encuentra:

- a) La racionalidad frente a la apreciación de los hechos.
- b) Evitar cualquier clase de prejuicio ante el bienestar espiritual de los hijos.
- c) La protección de los derechos de los niños a nivel internacional.

Dice Rivero Hernandez, “estableciendo una contraposición entre el interés-abstracto e interés-concreto, afirmando que no es posible determinar cuál sea el interés del menor en general, sino que siempre ha de concretarse en un caso particular”(Rivero Hernandez, 2012, p.156). Por lo que deberá observar la realidad histórica, social y cultural de la sociedad en la que la criatura va a comenzar a desarrollarse, de esta manera la vida personal y familiar podrá permitir establecer lo que es más conveniente para la misma; tal como ocurre en la adopción.

La doctrina permite conciliar el principio de verdad biológica con el fin tuitivo de la norma, es así que una vez que se establece la verdad biológica el juez debe

decidir si el reconocimiento le conviene o no al niño, luego de analizar la situación personal, psicológica, y patrimonial; para determinar así el interés superior del niño (Moran de Vicenzi, 2005, p.240).

El principio de interés superior del niño puede ser determinante para desestimar la filiación que ha sido acreditada. Teniendo como base la posible similitud que tiene la fecundación artificial con la adopción, mantiene el supuesto de que las criaturas nacidas por esta vía deben determinar su filiación teniendo como base el principio del interés superior del niño. Esta valoración permite la introducción de un criterio subjetivo y determinable imposible de unir con la certeza jurídica y el dato de la realidad biológica que tienen que ver con la filiación (Grossman, 1998, p.41).

La determinación de la filiación a favor de los padres subrogantes posiblemente arrastre consigo una falta de armonía familiar, al existir carencia de voluntad por parte de estos a tener un hijo para sí, lo que se manifiesta con la negativa de tener algún tipo de contacto con la criatura (Villagomez, 2007, p.34).

La manera de determinar la filiación de los nacidos bajo la procreación artificial, entre los que se encuentran los nacidos bajo maternidad subrogada, se aleja del principio de filiación normal (Villagomez, 2007, p.34).

2.2.8. Clasificación de los contratos y ubicación del contrato de maternidad subrogada según la legislación ecuatoriana

2.2.8.1. Contratos bilaterales y unilaterales

Artículo 1455 del Código Civil Ecuatoriano dice: "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

El contrato bilateral es un acuerdo de voluntades que origina derechos y obligaciones recíprocas para todas las partes que intervienen. En este tipo de contratos tienen la condición resolutoria en el caso de que una de las partes se niegue a cumplir con lo pactado. Solo en este tipo de contratos existe la posibilidad de la extinción de la obligación por caso fortuito; al existir una falta de cumplimiento ambas partes purgarían el no cumplimiento de la obligación (Espinosa Prado, 2002, p.24).

El contrato unilateral puede estar compuesto por varias personas y la diferencia con el contrato bilateral no está dada por el número de partes que participan sino por el número de obligaciones o prestaciones que nacen del contrato (Villagomez, 2007, p.42).

En un contrato de maternidad subrogada siempre van a existir dos partes, pero puede, tomando como base lo mencionado en el párrafo anterior, ser considerado como un contrato unilateral, ya que existe el compromiso de una de las partes de cumplir con la prestación sin recibir nada a cambio (Villagomez, 2007, p.42).

2.2.8.2. Contratos gratuitos y onerosos

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

En los contratos a título gratuito solo una de las partes genera una utilidad, en los contratos a título oneroso buscan la utilidad para ambas partes, cada parte hace un sacrificio (generalmente económico) como contrapartida, para obtener una ventaja (Espinosa Prado, 2002, p.25).

El contrato de maternidad subrogada puede ser pactado como un contrato oneroso cuando sea considerado como bilateral, al encontrarse presentes dos obligaciones recíprocas originadas por el contrato, como por ejemplo, entregar el niño a sus padres genéticos, y entregar una cantidad de dinero voluntariamente por parte de la pareja subrogada a la madre subrogante, previamente pactada (Villagomez, 2007, p.43).

En el caso de que el contrato de maternidad subrogada sea considerado como gratuito una de las partes, en este caso la madre subrogante se obliga a entregar a la criatura luego de terminado el proceso de gestación (a sus padres genéticos). Al ser considerado como unilateral este contrato supone el cumplimiento de un sacrificio unilateral; para aclarar este punto la doctrina ha dividido al contrato gratuito en dos grupos (Villagomez, 2007, p.43):

- a) De beneficiarios o desinteresados.- Ocurre cuando una persona procura una ventaja gratuita sin empobrecerse.
- b) Liberales.- Ocurre cuando una persona enriquece a otro gratuitamente, disminuyendo su propio patrimonio.

El contrato de maternidad subrogada se encasilla en el grupo de contratos gratuitos liberales ya que no existe una disminución de capital, pero si representa un sacrificio físico, psicológico y moral por parte de la persona que decide llevar adelante el proceso de gestación con embriones de una pareja subrogada.

2.2.8.3. Contrato Aleatorio o Conmutativo

El artículo 1457 del Código Civil Ecuatoriano dice: "El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez;

y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio” (Código Civil Ecuatoriano, 2010, p.238).

En el contrato aleatorio el beneficio y el gravamen recíproco de las partes son fortuitos, es decir, depende del azar, por lo que es imposible medir con certeza la magnitud; según el caso, puede significar un valor superior o inferior a la contraprestación de la otra persona (Espinosa Prado, 2002, p.26). Cuando en el momento de la celebración del contrato la ventaja en relación al sacrificio, (es imposible de determinar), es un indicador que manifiesta que para una de las partes no representa una ventaja con relación al sacrificio (Espinosa Prado, 2002, p.26).

En el contrato conmutativo el beneficio que cada parte sigue es proporcional o equivalente al gravamen que tiene. En este caso el contrato de maternidad subrogada es conmutativo porque existe una ventaja que cada parte quiere obtener y el sacrificio que se da a cambio de eso es determinado por cada parte en el mismo momento de la celebración del contrato (Villagomez, 2007, p.44).

Un contrato de maternidad subrogada puede ser oneroso conmutativo debido a que las prestaciones entre las partes son equivalentes entre sí, es decir, ambas partes quedan satisfechas ya que una utiliza el vientre de otra para gestar a su hijo, y la dueña del vientre recibe una remuneración voluntaria a cambio (Villagomez, 2007, p.46).

2.2.8.4. Contrato Principal o Accesorio

El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo, es decir sin necesidad de otra convención y es accesorio cuando su objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no puede subsistir sin ella (artículo 1458, Código Civil, 2010).

Jaime Rodríguez Fonnegra citado por Ospina, dice: “no hay contratos principales y accesorios según subsisten por sí mismo o no, pues todo contrato subsiste por sí mismo respectivamente; lo que hay es contratos que producen obligaciones principales y contratos que producen obligaciones accesorias” (Ospina Fernández, 1976, p.65).

Del contrato de Maternidad Subrogada se originan obligaciones tanto principales como accesorias, pero es un contrato principal que subsiste por sí mismo.

2.2.8.5. Contrato innominado.

El contrato innominado es el que sin adaptarse a los que tienen nombre en la ley, celebran las partes usando la libertad de pactar (<http://www.lexjuridica.com/diccionario/c.htm>, 2012). Es decir son aquellos que no se encuentran establecidos expresamente en la legislación, pero su existencia es admitida por la misma.

Están conformados por la autonomía de la voluntad por lo que las partes pueden llegar a tantos acuerdos como creyeren convenientes, teniendo siempre presente el marco legal y la autonomía de la voluntad (Espinosa Prado, 2002, p.32).

En el Ecuador la existencia de un contrato de maternidad subrogada no se encuentra contemplado por la ley, por lo que es adecuado encasillarlo dentro de los contratos innominados (Villagomez, 2007, p.65).

La autonomía de la voluntad tiene límites que consisten en que cada una de las partes debe cumplir con las disposiciones comunes a los contratos típicos; en materia contractual la mayor parte de las disposiciones legales son secundarias a la voluntad, es decir la ley solo suple el silencio o la falta de previsión por parte de los intervinientes en el contrato (Villagomez, 2007, p.65).

En los países donde este tipo de maternidad es aceptada, el contenido del contrato posee cláusulas que garantizan, por ejemplo, que la madre subrogante no pueda abortar, que si lo hace primero debe verificarse que exista alguna malformación en la criatura; además se establecen también tipos de conductas que deberán ser llevadas a cabo para cuidar el embarazo y así permitir llegue a feliz término; evitando, de esta manera, poner a la criatura en peligro; en cuanto a los gastos, es decir a aquellos en los que se deberá incurrir para llevar adelante la gestación y el pago voluntario por las futuras consecuencias que puede acarrear el proceso de gestación una vez que haya llegado a su fin; son ciertas características particulares que permiten pueda ser catalogado como un contrato innominado (Villagomez, 2007, p.65).

CAPÍTULO III

3.1. Requisitos de validez del contrato de maternidad subrogada

3.1.1. Requisitos de los Contratos

La doctrina hace una distinción entre requisitos necesarios que permiten la existencia del contrato y los requisitos para la validez del mismo (Villagomez, 2007, p.65).

Una vez comprobada la existencia, de un contrato, su eficacia depende de reunir los requisitos de validez, tal como lo indica el artículo 1486 del Código Civil ecuatoriano que dice: “Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas (Corporacion de Estudios y Publicaciones;, 2010)”.

3.1.1.1. Requisitos de Validez

Dentro de los requisitos exigidos para la validez de los contratos se encuentran:

Capacidad de los contratantes

La validez del contrato se encuentra sujeta a que las personas que lo celebran tengan aptitud legal para obligarse.

Como se dijo, el ser humano es sujeto de derecho desde antes de nacer, siendo este el antecedente de los derechos subjetivos; se considera que la personalidad y la capacidad de goce están relacionadas entre sí para celebrar cierto tipo de actos jurídicos (Vidal Ramirez, 2007, p.110).

La capacidad de ejercicio es una aptitud que tiene el ser humano para realizar actos por sí mismo, es decir, es la capacidad que le permite obtener y practicar, a través de su voluntad, derechos y deberes jurídicos mediante sus actos (Espinosa Prado, 2002, p.36).

Por lo tanto la capacidad legal obliga por si misma sin necesidad de autorización de un tercero. El artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano dice: “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

- 1.- Que sea legalmente capaz.
- 2.-Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3.- Que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4.- Que tenga una causa lícita” (Código Civil Ecuatoriano, 2010, p.236).

Es decir que la persona es un sujeto de derechos que adquiere capacidad jurídica por el hecho de nacer.

Es necesario conceptualizar la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio: siendo la capacidad de goce innata de los individuos y considerada como la aptitud para alcanzar derechos, mientras que la capacidad de ejercicio es la aptitud legal de un individuo para ejercitar derechos y contraer obligaciones(Ducci Claro, 1995, p.280). Es esta la que debe ser considerada en la maternidad subrogada, basándose en el artículo 1462 del Código Civil ecuatoriano que dice “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”.

Por lo tanto toda persona, solo por el hecho de ser persona, adquiere la capacidad de goce, es decir aquella aptitud para obtener derechos y por lo tanto la obligación es considerada como la capacidad que posee el ser humano para entender el alcance de sus actos (Melich, 1993, p.149).

Por otra parte la incapacidad puede ser absoluta o relativa, siendo incapaces absolutos los impedidos para celebrar actos jurídicos, debido a que sus actos no surten efectos ni generan obligaciones: como son los impúberes, los dementes, los sordomudos y los que no puedan darse a entender por escrito; mientras que la incapacidad relativa da paso a la ejecución de actos jurídicos que pueden tener validez en ciertos casos; dentro de este grupo se encuentran los menores adultos y los disipadores, quienes están bajo interdicción para administrar sus bienes.

En el caso de los menores adultos (todo varón mayor de 14 años y la mujer mayor de 12 que aun no cumpla los 18 años) (Código Civil Ecuatoriano, 2010, p.12) sus actos son validos y pueden producir efectos siempre y cuando hayan sido ejecutados con la autorización correspondiente de quien posea la patria potestad o su curador; si la persona no ha sido declarada por la ley como incapaz pero sus facultades síquicas no son normales, como ocurre en la ebriedad y el sonambulismo, la doctrina habla sobre una incapacidad natural, debido a que la situación responde a un sujeto comprobable de incapacidad, todo lo contrario a lo mencionado en el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano que su el numeral 2 menciona que para que el acto o declaración sea válida debe carecer de vicio. Según esta categorización las personas que se encuentran dentro de alguna limitación no pueden realizar ningún tipo de contrato, incluyendo el de maternidad subrogada (Código Civil Ecuatoriano, 2010).

Consentimiento

Para que un individuo sea obligado ante otro es necesario que exista la declaración de voluntad como un acto necesario y conste en el su consentimiento (por lo que es necesario que esté se encuentre libre de vicios) para ejecutar determinado acto jurídico (Vidal Ramirez, 2007, p.121).

El consentimiento es un acuerdo de voluntades (un concurso de voluntades) que en el contrato de maternidad subrogada se explica de la siguiente manera: una mujer (madre subrogada quiere que otra lleve adelante un embarazo con su descendencia genética (madre subrogante o madre portadora), por lo que este contrato va a depender del consentimiento de ambas mujeres, pero sobre todo de la madre subrogante, quien es la que va a llevar adelante el periodo de gestación lo que implica una serie de cambios que deben ser conocidos a cabalidad por ellas antes de contratar.

El consentimiento es la unión de varias manifestaciones de voluntad necesarias para poder ejecutar un acto jurídico; este consentimiento opera tanto en un contrato bilateral oneroso como en un unilateral gratuito (Villagomez, 2007, p.26). Por lo general los contratos comienzan con una propuesta en el que una persona plantea a otra la celebración de uno que si es del agrado de la otra parte se constituye en una aceptación, es el acto a través del cual la persona a quien se dirigió la oferta se encuentra totalmente de acuerdo con esta; es libre ya que quien recibe la oferta la puede cambiar, transformándose en una contraoferta, o puede negarse (Vidal Ramirez, 2007, p.155).

Para la maternidad subrogada la parte que hace la oferta es la madre subrogada, quedando abierta la opción de aceptar o no la propuesta para la madre subrogante.

Vicios del Consentimiento

Los vicios que pueden dañar el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, como lo indica el artículo 1467 del Código Civil ecuatoriano vicios que son sancionados para proteger la libertad y la autonomía de la voluntad.

Error

Comprende la ausencia de conocimiento o la existencia de un conocimiento erróneo; el error afecta la función cognoscitiva del sujeto debido a que la

voluntad interna se crea con la falta de conocimiento o la existencia de un conocimiento equivocado, este produce una discrepancia entre la voluntad interna y la finalidad que persigue a través de su manifestación (Vidal Ramirez, 2007, p.155).

Es un concepto equivocado de la ley, de un individuo, de una cosa o creer verdadero algo falso y al revés; así ha sido planteado desde el derecho romano, en el que la ignorancia era utilizada por los jurisconsultos para catalogar el vicio como un desconocimiento o simplemente un falso concepto de la realidad (Villagomez, 2007, p.36).

Características (Vidal Ramirez, 2007, p.156):

- a) Es producido naturalmente como resultado de la falta de conocimiento, o un conocimiento equivocado.
- b) Forma un desacuerdo entre la voluntad interna y la manifestación.
- c) La manifestación de la voluntad no representa los efectos buscados.

Stolfi (Vidal Ramirez, 2007, p.156) señala que “el error consiste en la falsa representación de la realidad determinada por la ignorancia, es decir por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias”.

Hay que diferenciar el error de hecho del error de derecho, como lo estipula el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1469 “el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiéndose empréstito, y la otra donación; o borre la identidad de la cosa específica de que se trata como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiéndose vender cierta cosa determinada y el comprador entendiéndose comprar otra.”(Código Civil, 2010, p.237)

Es decir que este error vicia el consentimiento cuando recae sobre el acto o contrato que se está celebrando.

El artículo 1470 del Código Civil del Ecuador establece que “El error de hecho vicia así mismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante” (Código Civil, 2010, p.237); es decir que el objeto sobre el que recae el contrato es el útero o más bien su uso.

Cuando exista error en la calidad, el vicio cae solo sobre el motivo principal para contratar y el mismo es conocido por la otra parte como lo estipula el inciso dos del artículo 1470 del Código Civil ecuatoriano “El error acerca de otra cualquier calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar y este motivo ha sido conocido de la otra parte” (Código Civil, 2010, p.237).

Según el artículo 1468 del Código Civil ecuatoriano “El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento” (Villagomez, 2007, p.51). Lo que quiere decir que si se ha contratado con una persona teniendo un conocimiento equivocado de la ley o un desconocimiento sobre la disposición legal, no puede ser utilizado como excusa para no cumplir la ley aquel desconocimiento ni podrá pedir la nulidad del contrato, debido a que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad.

Fuerza

Es el temor que se puede ejercer sobre una persona, utilizando la fuerza física o moral, a través de esta impresión el sujeto es obligado a manifestar su voluntad sobre algún tema en específico. De esta manera se entiende que la

fuerza física es el uso de violencia mientras que la fuerza moral son las amenazas sobre otra persona (Vidal Ramirez, 2007, p.215).

El artículo 1472 del Código Civil ecuatoriano dice: “La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave” (Código Civil, 2010, p.238).

Es decir que la fuerza vicia el consentimiento cuando produce una impresión fuerte sobre una persona de sano juicio. El Código Civil ecuatoriano dispone en su artículo 1473 lo siguiente “Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona, con el fin de obtener el consentimiento” (Código Civil, 2010, p.238).

Para que la fuerza pueda afectar al consentimiento debe cumplir los siguientes requisitos (Alessandri, 2005):

- a) Que sea injusta e ilegítima.- Ocurre cuando la amenaza va en contra de la ley o el derecho.
- b) Que sea grave.- Ocurre cuando se produce una impresión fuerte en otra persona en sano juicio, para ello se toma en cuenta su edad, sexo y condición.
- c) Que tenga fuerza determinante.- Es empleada para conseguir una declaración de voluntad como resultado de su uso.

Aplicando lo anteriormente expuesto al contrato de maternidad subrogada si se encuentra que existe alguno de estos requisitos automáticamente el dolo se encontraría presente afectando en el consentimiento y el contrato sería nulo.

Dolo

El dolo es un factor que distorsiona la creación de la voluntad jurídica, que afecta al sujeto alterando su voluntad interna, a diferencia del error este es un engaño premeditado, es por eso que en este primará la mala fe debido a la clara intención manifestada de perjudicar a otro (Vidal Ramirez, 2007, p.195).

El dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes, este se manifiesta claramente ya que sin el daño premeditado no hubiera existido el contrato, como lo dice el artículo 1474 del Código Civil ecuatoriano: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y cuando, además aparece claramente que sin el no hubieran contratado” (Código Civil, 2010, p.238). Es así que el dolo tiene la intención clara y manifiesta de causar un daño, injuria a la persona o a su propiedad.

Cuando se trata de actos jurídicos el dolo se manifiesta a través de la utilización por una de las partes de trampas, engaños, confabulaciones, falsedades, hacia otra parte para de esta manera lograr que esta de su consentimiento para que se produzca el contrato, mismo que sin las artimañas no se hubiera producido.

El contrato de maternidad subrogada, como los otros contratos, puede ser víctima de algún tipo de vicio y, al igual que en los demás contratos, uno de estos vicios ocasionaría su nulidad.

Objeto

En general el objeto del contrato está formado por obligaciones que nacen de él; por lo que las prestaciones que contiene deben ser lícitas, por ende conforme a la ley.(artículo 1503, 1504,1505) (Código Civil, 2010, p.243)

Según Fernando Vidal Ramirez “el objeto debe ser lícito, es decir no debe el acto jurídico como contenido referirse a algo opuesto a la moral, buenas costumbres, y orden público, en general repudiado por el derecho mismo” (Vidal Ramirez, 2007, p.118).

Requisitos del objeto (Vidal Ramirez, 2007, p.117):

- a) Debe existir o tener la posibilidad de existir porque las cosas futuras pueden ser parte del objeto de una obligación futura.
- b) Ser determinado o determinable.
- c) Ser posible.
- d) Ser lícito.

En el acto jurídico la persona toma distancia del objeto, puesto que el acto jurídico es celebrado entre personas y la relación jurídica se forma entre ellas, por más que una de ellas adquiera un derecho y la otra un deber; puede hacer posible la exigibilidad de una prestación, incluso de alguna parte del cuerpo como en la donación de órganos (Villagomez, 2007, p.54).

El objeto puede ser material, corporal o incorpóreo, según sea o no percibido por los sentidos; es aplicable a la mayoría de actos jurídicos y en estos el objeto constituye los derechos y obligaciones que integran la relación jurídica (Vidal Ramirez, 2007, p.121).

Para Melich (Melich, 1993, p.181) “Los contratos tienen objeto determinado por las partes contratantes, y estipulan que se dará a la otra parte”. El objeto del contrato puede contener una serie de obligaciones o manifestaciones de la voluntad que pueden ser lícitas o ilícitas.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano es difícil determinar la licitud o la ilicitud del objeto en el contrato de maternidad subrogada, ya que las partes acuerdan mediante su declaración de voluntad un acto jurídico y económico.

Las obligaciones que nacerían de este tipo de contrato van a depender del acuerdo al que las partes lleguen, que serán el producto del objeto. Por lo tanto el objeto principal de este tipo de contratos es que una mujer manifieste la voluntad de poner su útero a disposición de otra (Villagomez, 2007, p.54).

Al analizar el objeto del contrato de maternidad subrogada se debe citar el artículo 1478 del Código Civil ecuatoriano que dice “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano”; se considera Derecho Público a las normas que forman parte de la estructura de una organización del Estado y a su actividad política; en lo que respecta al contrato de maternidad subrogada por no existir normas que lo permitan o lo prohíban, no existe la violación a la norma expresa, lo que sería distinto en el caso de que existiese la norma que claramente impida la licitud del contrato lo que probaría la nulidad del mismo.

Cuando se habla de maternidad subrogada el orden público y las buenas costumbres son mencionadas constantemente, ya que para muchas legislaciones estos dos conceptos prohíben la existencia de la misma, por lo que es necesario aclarar que es cada uno y es así que el orden público está formado por un grupo de principios económicos, religiosos, morales y políticos de un determinado medio social; y las buenas costumbres, son limitaciones al principio de autonomía de la voluntad que pueden ser conductas y sucesos que la sociedad mira como buenos y aceptados (Villagomez, 2007, p.55). Siendo así que un contrato será inmoral si estuviera en contra de las segundas (Villagomez, 2007, p.55).

El artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia dice: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que

ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral” (Código Civil ecuatoriano, 2012, p.4). Esta norma no tiene una sanción específica más bien existe una sanción general a quien viole cualquier norma establecida en el.

El mismo Código en el artículo 248 dice “El que de cualquier forma amenace o viole alguno de los derechos o garantías contemplados en este Código y más leyes, en favor de un niño, niña o adolescente, y cuya conducta de acción u omisión no tenga asignada una sanción especial, será condenado al pago de una multa de 100 a 500 dólares, por cada amenaza o violación de éstos” (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, p.61).

Las normas citadas mantienen una relación indirecta con el objeto del contrato de maternidad subrogada, debido a que como se dijo, el útero de una mujer se pone a disposición de otra para llevar adelante el proceso de la gestación de su bebé.

La maternidad subrogada es un proceso que comienza con fertilización invitro, que es realizada fuera del cuerpo humano; lo que se altera con este procedimiento es el acto sexual, (una parte de la doctrina manifiesta que la fecundación invitro permite la separación de la sexualidad y la reproducción), mientras que la manipulación genética altera las cosas o personas para obtener formas que la naturaleza no permite (Villagomez, 2007, p.55).

Por lo tanto la maternidad subrogada no es una manipulación genética, ya que no se manipulan los genes de las parejas subrogadas, lo que existe es una manipulación médica porque quien hace la implantación del óvulo fecundado es el médico, es decir que solo interviene la mano del hombre; por lo que es contraria a la norma estipulada en el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia (Villagomez, 2007, p.57).

El contrato de maternidad subrogada tiene al ser humano como un elemento con derecho a su identidad, su dignidad, y aun a pesar de los avances de la ciencia, este ser humano tiene derecho a nacer en un hogar estable y que sobre todo lo que desee.

Causa lícita

La causa es el motivo que incita al acto o contrato como lo dispone el artículo 1483 del Código Civil ecuatoriano que dice: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita (Villagomez, 2007, p.60); pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente”. Para el contrato de maternidad subrogada la causa sería la procreación.

La causa en un comienzo no tiene porque ser ilícita, debido a que el fin como tal es la procreación. La doctrina sostiene que procrear es un derecho que por ningún motivo afecta al derecho a la vida, y que además todo lo que sea contrario a la naturaleza es contrario a la moral y a las buenas costumbres. La otra parte afirma que en el contrato de maternidad subrogada ambas partes se benefician a que una de ellas da origen a su bebé y la otra recibe un aporte económico voluntario o puede ser simplemente gratuito (Villagomez, 2007, p.60).

Cumplimiento de solemnidades

Existen cierto tipo de contratos que deben ser perfeccionados a través del cumplimiento de solemnidades, por lo que la formalidad se convierte en un requisito de validez.

3.1.2. Elementos de los Contratos

Para iniciar con la elaboración de un contrato en general, se deberá tener en cuenta ciertos elementos que darán forma al mismo y estos son tres (Espinosa Prado, 2002, p.21):

- a) Elementos de la esencia.-** Según el ordenamiento jurídico ecuatoriano son elementos que constituyen la razón de ser del contrato; además pueden darle una forma particular.

- b) Elementos de naturaleza.-** No son esenciales, pero se sobreentiende que están implícitos.

- c) Elementos accidentales.-** Son elementos que se agregan por medio de cláusulas especiales, y las partes pueden recurrir a estos según los intereses de cada uno, según la autonomía de la voluntad.

3.1.3. Efectos de los Contratos

El contrato encuentra su forma obligatoria en la voluntad de las partes, por lo que es natural que sus efectos sean aplicables a las partes involucradas. La doctrina francesa dispone explícitamente que en principio los contratos no se aprovechen ni perjudiquen a terceros; a pesar de aquello admite que el contrato es ley para las partes (Vidal Ramirez, 2007, p.121).

Tal como lo expresa el artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano que dice: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

3.1.3.1. Efectos entre las partes

En un contrato son las partes las que le dan vida, debido a que gracias a su manifestación de voluntad para crear. Por lo tanto se denominan partes de un

contrato a los individuos que intervienen personal o representados a la celebración de un contrato (Espinosa Prado, 2002, p.21).

El artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano dice: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (Código Civil, 2010, p.252)”.

Al dar al contrato el carácter de ley para las partes, estas tienen la libertad de fijar las normas que van a regular sus relaciones y requieren fuerza de ley; por lo tanto las disposiciones del contrato se imponen además para los jueces, quienes deben respetarlo, acatando la voluntad contractual; es así que no pueden los jueces alterar lo manifestado en el contrato, que ha sido celebrado legalmente, restando o aumentando obligaciones a las partes.

En caso de incumplimiento o controversia corresponde a los jueces interpretar el contrato ya que les corresponde determinar su sentido y el de las manifestaciones expresadas en el.

3.1.3.2. Ejercicio de la buena fe

El artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano dice “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre pertenecen a ella” (Código Civil, 2010, p.253).

3.1.3.3. Autonomía de la Voluntad

Las partes según este principio son libres de manifestar el tiempo de duración, la materia, el objeto y los efectos del contrato, debido a que este tiene fuerza de ley. Al momento de contratar la libertad tiene únicamente las limitaciones impuestas por la moral, las buenas costumbres y el orden público, lo que

permite que la voluntad tenga el poder para crear relaciones jurídicas, incluso de aquellos que tienen características especiales como los innominados; en su generalidad los contratos son consensuales por lo que el consentimiento por si solo es suficiente para perfeccionarse (Espinosa Prado, 2002, p.37).

3.1.3.4. La intención de las partes

El ordenamiento jurídico ecuatoriano establece que la regla de interpretación es aquella en la que la voluntad real de los contratantes prevalece sobre los términos en que se ha formulado la declaración de la voluntad (Villagomez, 2007, p.57).

En el artículo 1576 del Código Civil ecuatoriano dice: “Conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella mas que a lo literal de las palabras”. No significa que el que interpreta la manifestación contenida en el contrato deba olvidar los términos del mismo, sino que deben ser claros como también lo será la intención de las partes (Código Civil, 2010, p.255).

3.1.3.5. Disolución de los Contratos

Por disposición expresa del Código Civil ecuatoriano en su artículo 1583 manifiesta: “Las obligaciones se extinguen en todo o en parte: 1. Por convención de las partes interesadas que sean capaces de disponer libremente de lo suyo; 2. Por solución o pago efectivo; 3. Por la novación; 4. Por la transacción; 5. Por la remisión; 6. Por la compensación; 7. Por la confusión; 8. Por la pérdida de la cosa que se debe; 9. Por la declaración de la nulidad o por la rescisión; 10. Por el evento de la condición resolutoria; 11. Por la prescripción.”

El contrato puede tener un fin auspiciado por las partes que concurrieron a la celebración del mismo.

3.1.3.6. Nulidad

El artículo 1698 del Código Civil ecuatoriano dice “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato” (Código Civil, 2010, p.269).

CAPÍTULO IV

4.1. Modelos de contratos de maternidad subrogada

Los siguientes ejemplos podrían ser considerados como referentes para los posibles contratos elaborados de maternidad subrogada:

4.1.1. Acta de compromise

Formato

ACTA DE COMPROMISO

A los quince días del mes de mayo del dos mil doce, asisten a suscripción del acta de compromiso por una parte la señora Maria Antonia Sandoval de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, casada, portadora de la cédula de identidad numero 102938476-5, con domicilio en esta ciudad de Quito, quien comparece junto con su esposo el señor Pedro Salinas, ecuatoriano, mayor de edad, portador de la cédula número 170123546-7, con domicilio en esta ciudad de Quito; por otra parte comparece la señora Alexandra Venegas de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, casada, portadora de cedula de identidad número 1743674389-9; se comprometen al tenor de las siguientes cláusulas:

PRIMERA. ANTECEDENTES.- Mediante la presente acta de compromiso, la señora Alexandra Venegas denominada madre subrogante en pleno uso de su capacidad física y mental, y en ejercicio de sus derechos manifiesta su libre voluntad de ayudar a la pareja conformada por la señora Antonia Sandoval y el señor Pedro Salinas denominados la pareja subrogada, para que sean padres biológicos de un hijo, sometiéndose para ello a un tratamiento médico de fertilización asistida (vía IN VITRO), resultante del espermatozoides del señor Pedro

Salinas y el óvulo de la señora Antonia Sandoval, lo anterior en razón de que la señora Antonia Sandoval se encuentra impedida para sostener un embarazo.

SEGUNDA. OBJETO.- Por el presente instrumento la señora Alexandra Venegas manifiesta voluntariamente conocer que el EMBRION que será implantado en su útero, ha sido concebido por fertilización IN VITRO del óvulo de la señora Antonia Sandoval y del espermatozoides del señor Pedro Salinas, siendo ellos los padres biológicos del niño o niña producto de la gestación, quienes asumirán los derechos y obligaciones que le corresponda como tal; además la señora Alexandra Venegas declara conocer y entender en qué consiste el proceso de fecundación in VITRO, y que el óvulo fecundado implantado en su útero pertenece genéticamente a la pareja de la señora Antonia Sandoval y Pedro Salinas.

TERCERA.- DURACIÓN.- La presente carta compromiso tiene vigencia desde la implantación del óvulo fecundado hasta un periodo máximo de nueve meses (40 semanas) periodo en el cual se desarrollará la gestación.

CUARTA.- PRECIO.- Recibirá voluntariamente la cantidad de 292 USD (doscientos noventa y dos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) valor que será utilizado para movilización, y alimentación; se debe mencionar que las consultas médicas, ultrasonidos y demás gastos que genere el periodo gestacional serán cubiertas íntegramente por la pareja conformada por los señores Antonia Sandoval, y Pedro Salinas.

QUINTA.- INCUMPLIMIENTO.- Si por alguna razón la señora Alexandra Venegas, luego de haberse implantado el óvulo fecundado con éxito no guardará el reposo y cuidados debidos durante el periodo gestacional, y producto de aquello resultare una afectación grave al feto, la mencionada señora se obliga a devolver los valores entregados por la pareja subrogada íntegramente hasta el día en el que ocurrió el suceso.

SEXTA.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO.- Este contrato podría darse por terminado si por alguna razón se faltare al artículo 1583 del Código de Procedimiento Civil numerales uno y ocho; además se debe considerar que al terminar el contrato, quedará sin efecto lo estipulado en el mismo. Las partes se someten a los jueces competentes de esta ciudad de Quito y al trámite de juicio verbal sumario.

SEPTIMA.- FIRMAS.- Para constancia las partes contratantes firman y se ratifican en el contenido de todos y cada una de las cláusulas.

Firman la presente acta:

Alexandra Venegas
1743674389-9

Antonia Sandoval
102938476-5

Pedro Salinas
170123546-7

4.2. Acuerdo de maternidad subrogada

4.2.1. Acuerdo de maternidad subrogada

ACUERDO DE MATERNIDAD SUBROGADA

En Quito a los 18 días del mes de marzo del año 2012, comparecen una parte la pareja conformada por el señor Martin Gallo portador de la cedula de identidad número 171509786-5 y la señora Dalia Cobo portadora de la cedula de identidad número 170367890-1; casados entre sí, con nacionalidad ecuatoriana, domiciliados en esta ciudad de Quito denominados pareja subrogada y la señora Lucia Mena portadora de la cedula de identidad numero 171598765-3, con nacionalidad ecuatoriana, casada, domiciliada en esta ciudad de Quito llamada madre subrogante. Se comprometen al tenor de las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- Lucia Mena declara ser capaz de procrear y concebir niños, estar de acuerdo con proteger los intereses del niño, acepta que no formará ni intentará formar una relación de madre- hijo con cualquier niño o niños que pueda concebir por subrogación de maternidad.

SEGUNDA.- La pareja subrogada aceptan y declaran estar casados desde el 12 de Abril del 2002, que la señora Dalia Cobo ha intentado por múltiples ocasiones concebir un niño pero lamentablemente no ha sido su útero capaz de retener el feto por más de tres meses, motivo que los ha motivado como pareja a recurrir a la maternidad subrogada escogiendo como madre subrogante a la señora Lucia Mena, quien se someterá libre y voluntariamente a la fecundación in vitro implantando en ella un óvulo fertilizado con material genético de la pareja subrogada, para de esta manera cumplir con el sueño de ser padres biológicos.

TERCERA.- La madre subrogante será inseminada artificialmente por un profesional de la salud con el semen de Martin Gallo, una vez que esta fecundación sea realizada con éxito se compromete a llevar adelante la gestación (en un plazo aproximado de 40 semanas de gestación). Ella está de acuerdo en cooperar con la investigación médica sobre historia personal e historia médica, otorgando la información más exacta para un mejor conocimiento; están de acuerdo en renunciar a la custodia del niño entregándosela a la pareja subrogada, firmando cualquier tipo de declaraciones juramentadas, documentos, papeles necesarios para llevar a feliz término el motivo de este acuerdo; declara que entiende que el niño va hacer concebido para el solo y único propósito de formar parte del hogar de la pareja subrogante, entregándolo a sus padres naturales; declara que está de acuerdo en firmar todas las declaraciones juradas necesarias, y documentos posteriores al nacimiento del niño, a participar libre y voluntariamente en cualquier procedimiento de paternidad necesario para que el nombre de los padres naturales figure en el certificado de nacimiento del niño como los padres naturales y biológicos.

CUARTO.- La consideración de este acuerdo está en la compensación para los servicios y gastos que de ninguna manera será entendida como una cuota para la terminación de derechos paternales o como un pago a cambio de dar el consentimiento y renunciar al niño en una adopción, además de otras clausulas contenidas en este acuerdo será de a) 5000 USD (cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), pagando la pareja subrogada a la madre subrogante, en cuotas proporcionales al periodo de gestación; b) El pareja subrogada pagará los gastos incurridos para llevar adelante la gestación, además de todos los gastos del periodo de maternidad dentro de lo que incluye: medico, hospitalización, farmacia, laboratorio, ecos, y terapia, seguro médico mientras dure el embarazo y el pago de apoyo sicológico por un año luego de terminado el periodo de gestación; gastos para transferir la paternidad, adopción, reconocimiento, ADN.

QUINTO.- La madre subrogante es consciente, y entiende, que debe asumir todos los riesgos, incluso el riesgo de muerte que es incidental a la concepción, al embarazo y al parto, sabe además que incluye pero no se limita a complicaciones subsecuentes; la madre subrogada para el caso de que los eventos mencionados anteriormente ocurran cuenta con un seguro de vida contratado previamente por la pareja subrogada de tal manera que ayude a la madre subrogante en el caso fortuito de ocurrir los hechos mencionados.

SEXTO.- La madre subrogante a través de este acuerdo se comprometen a asistir a la evaluación siquiátrica por un periodo de un mes, (siquiatra designado por la pareja subrogada); la pareja subrogada pagará todos los gastos de la misma; al concluir dicha evaluación la madre subrogante se compromete a firmar un descargo medico que permitirá la difusión del mismo para conocimiento de la pareja subrogada.

SÉPTIMO.- La pareja subrogante está de acuerdo a través de la presente que es derecho exclusivo y solo de la pareja subrogada nombrar al niño nacido.

OCTAVO.- El término niño incluirá todos los niños, simultáneamente nacidos consiguientes a las inseminaciones contempladas en este acuerdo.

NOVENO.- En el caso de que niño fuera abortado de manera accidental, dentro de los 90 días de gestación, los gastos mencionados en el numeral cuatro, se reembolsarán a la pareja subrogada.

DÉCIMO.- Tanto la madre subrogante como los padres naturales deben someterse a un examen físico y genético completo, bajo la supervisión de un medico autorizado, para de esta manera determinar si la salud física y bienestar sicológico con satisfactorios. El examen físico incluirá un examen de SIDA, y enfermedades venéreas.

DÉCIMO PRIMERO.- En el caso de que el embarazo no ha ocurrido dentro de un tiempo razonable, los padres naturales podrán terminar el presente acuerdo por escrito notificando a otra parte, en su domicilio o a su apoderado legal.

DÉCIMO SEGUNDO.- El aborto solo está autorizado en el caso de que el médico lo autorice al encontrarse la vida de la madre subrogante en peligro o el feto tenga algún tipo de malformación congénita.

DÉCIMO TERCERO.- La madre subrogante se compromete a llevar una gestación tranquila, seguir las indicaciones del médico al pie de la letra, vivir sano, no fumar, no consumir bebidas alcohólicas ni drogas ilegales; tomar todos los medicamentos recetados por el médico en las horas indicadas; se compromete a asistir a las citas medicas fijadas mes a mes puntualmente, al igual de practicarse exámenes solicitados por el médico.

DÉCIMO CUARTO.- Cada una de las partes da fe, que antes de firmar el presente acuerdo han visitado a su abogado de confianza, reconocen y comprende el efecto legal al firmar el presente.

DÉCIMO QUINTO.- Cada una de las partes reconocen haber leído detenidamente el presente, comprender su efecto legal y firman libre y voluntariamente; ninguna de las partes tiene alguna razón para creer que la otra parte no ha entendido, y aceptan cumplir el mismo.

DÉCIMO SEXTO.- Este acuerdo será firmado en dos ejemplares.

El presente acuerdo se gobernará por la fuerza del acuerdo de las partes y la ley de la Republica del Ecuador.

Martin Gallo
170986765-3

Dalia Cobo
171598765-3

Lucia Mena
171509786-5

CAPÍTULO V

5.1. Conclusiones

Cuando una pareja no puede procrear tiene la posibilidad de acudir a los avances de la tecnología y la medicina para que por medio de la reproducción asistida y con la ayuda de la maternidad subrogada le sea factible llegar a un embarazo que culmine con el nacimiento de un nuevo ser humano.

La maternidad subrogada permite que parejas que tienen el sueño de tener un hijo con su propia carga genética lo realicen; bajo estas premisas el fin de la maternidad subrogada radica en la posibilidad de permitir que parejas con problemas de procreación accedan a este método para, de esta manera, cumplir con su deseo de ser padres de un niño o niña cuya herencia genética les corresponda; por ello se debe establecer que la maternidad subrogada no implica que el material genético de los padres este vinculado con la persona que brinda el vehículo necesario para que este nuevo ser nazca.

Como se ha visto, existen distintas corrientes a nivel mundial que aceptan la viabilidad de la procreación por medio de este método, proponiendo un cambio a la gestación y sustituyéndola por la libertad y responsabilidad de ser padres, defendiendo así el interés superior del niño.

Por su naturaleza jurídica la maternidad subrogada es un acto jurídico en el cual interviene como característica principal la voluntad, ya que sin esta no se podría desarrollar el contrato; es por el consentimiento entre personas que la madre subrogante acuerda con la madre subrogada ayudar a la gestación de una nueva vida. Así la maternidad subrogada se basa en una decisión libre de las personas de la cual nacen derechos y obligaciones que benefician a los involucrados en esta relación; es decir, los que buscan la paternidad al cumplir su objetivo de poder ser padres y transmitir su material genético y la madre portadora que busca ayudar al prójimo.

A pesar de que se ha abierto un gran debate de carácter ético, moral, político y jurídico, se debe entender que es una práctica jurídica que no lesiona derechos y que más bien propende a la procreación responsable.

Al entender a la maternidad subrogada como un acuerdo entre personas legalmente capaces, las cuales por medio de su voluntad, a través del consentimiento, deciden crear una relación jurídica en la cual una mujer acepta ser madre subrogante y otra ser madre subrogada, por medio de un acuerdo gratuito, queda clara una de sus principales características, pues este tipo de contrato no involucra una disminución o aumento de carácter pecuniario para las partes de la relación.

En base a lo dicho se puede determinar la finalidad de esta clase de acuerdos que sería la gratuidad; a pesar de que existen gastos en los cuales la madre subrogada se deberán incurrir como alimentación de la madre gestante, los gastos médicos, seguros y entre otros, está claro que el pilar fundamental del acuerdo es la ayuda al prójimo y no la contraprestación económica. Como consecuencia se desprende que en esta clase de acuerdos la buena fe será la que prime entre las partes debido a que ésta es una característica intrínseca motivadora del acuerdo.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano puede enmarcar a la maternidad subrogada dentro de lo que se denomina una relación contractual pura, debido a que no existe una prohibición tácita ni expresa que impida que se realice; esta relación jurídica estaría además dentro de la esfera del derecho civil ya que en ese campo se tiene como precepto que todo lo que no está prohibido por la ley es posible, de lo que se desprende que esta nueva forma de contrato se encontraría regulada bajo la figura de un contrato innominado, consecuencia de lo cual es posible afirmar que este acto jurídico cuenta con un marco regulatorio adecuado para su existencia, el cual se basa en principios garantizados y protegidos por la Constitución de la República ya que el Ecuador, como un estado constitucional y de justicia social, cuenta con un

conjunto de normativas que reconocen y garantizan a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

5.2. Recomendaciones

Está claro que el derecho es una ciencia que se encuentra en constante evolución, cambio y perfeccionamiento; es por este motivo que el ordenamiento jurídico puede ajustarse o modificarse a las nuevas situaciones jurídicas. Con el desarrollo tecnológico y médico, varias prácticas que hace un tiempo resultaban inverosímiles ahora son posibles, con lo que el involucramiento del estado por medio del ordenamiento jurídico es innegable y necesario.

En el Ecuador es posible practicar la maternidad subrogada gratuita y parcial, clase de maternidad en la cual no existe una retribución pecuniaria y no interviene el material genético de la madre subrogada, es decir que la madre subrogante solo presta su cuerpo para que se produzca la gestación sin recibir contraprestación económica y sin influencia de su propio material genético.

Bajo esta premisa, si se desea practicar la maternidad subrogada en el Ecuador se recomienda especial atención en las características de gratuidad y parcialidad cuando se elaboren los contratos, con la finalidad de que esta práctica se encuentre protegida por el ordenamiento jurídico; caso contrario, otra especie de maternidad subrogada podría no ser reconocida por el derecho nacional. Con esto, en los contratos de maternidad subrogada que se pretendan celebrar se deberán incluir necesariamente las mencionadas cláusulas.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la práctica de la maternidad subrogada no podría ser prohibida ni castigada pues no constituye una especie penal relevante por lo que esta práctica es completamente posible.

En base a esto la determinación de la legalidad o ilegalidad solo se podría desprender del carácter civil de quien quiera aplicar una norma en un caso específico y es justamente en este punto donde se presenten escenarios no regulados, siendo el juez el llamado a resolverlos de manera particular y concreta, con lo que sería aconsejable que se establezcan al menos principios generales estipulados para los métodos de procreación asistida entre los cuales se encuentra la maternidad subrogada con la finalidad de que la población conozca de antemano los posibles escenarios, para evitar que los jueces por medio de sus resoluciones apliquen principios que por análogos desvinculen el carácter de esta clase de acuerdos.

Adicionalmente, las técnicas de reproducción asistida en las cuales se incluyen la maternidad subrogada se recogen en varios ordenamientos jurídicos a nivel mundial. Las regulaciones de esta clase de actividades, además, limitan la posibilidad que de que se de un mal uso del contrato, estableciendo claramente su carácter pecuniario en el caso de existir, que si es normado, procuraría el bienestar de las partes que intervienen en estas prácticas pero que si, por el contrario, no se regula podría conducir una inadecuada utilización de este acto jurídico.

Hay que resaltar que en los últimos tiempos, se está produciendo un fenómeno a nivel mundial de personas que desean ser padres y deciden utilizar este tipo de maternidad acudiendo a países con limitada regulación o donde los costos son inferiores, sobre el tema; bajo esta premisa la inclusión explícita de estas prácticas en el ordenamiento jurídico es necesaria, pues con esto se limita la posibilidad de abuso en países donde el factor económico podría ser un fuerte motivador para limitar la voluntad de las partes.

Finalmente, estableciendo que el marco jurídico nacional e internacional reconoce y ampara este contrato es necesario concluir señalando que en sociedades como la ecuatoriana es necesario que las autoridades de salud pública y otros entes involucrados se relacionen en procesos de difusión y

capacitación que preparen a los sujetos del derecho para conocer e intervenir en este tipo de actos, garantizando los derechos de las partes y del niño que nacerá al amparo de esa relación jurídica.

REFERENCIAS

- Alessandri, A. (2005). *Tratado de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica.
- Arambula, R. A. (2008). Maternidad Subrogada. Recuperado el 12 de mayo de 2012, de www.diputado.gob.mx/cedia/sia/spe/SPF-ISS-14-08.PDF
- Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- asesores, A. y. (2001-2012). *Lexjuridica*. Recuperado el 12 de mayo de 2012, de <http://www.lexjuridica.com/diccionario/c.htm>
- Camacho, J. M. (2009). *Maternidad subrogada, una práctica meramente aceptable, Análisis Crítico de las argumentaciones de sus defensores*. Recuperado el 12 de mayo de 2012, de <http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
- Carlos, M. S. (s.f.). *Alquiler de vientre y sus problemas de filiación*. Recuperado el 10 de mayo de 2012, de <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-ventre-problemas/alquiler-ventre-problemas.pdf>
- Claro Solar, L. (1975). *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago de Chile : El Imparcial.
- Código Civil del Ecuador*. (2010). Recuperado el 10 de mayo de 2012, de http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4112
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2005). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Corporacion de Estudios y Publicaciones;. (Abril de 2010). Código Civil, Legislación Conexa Concordancias. *Ley de Compañías, Legislación Conexa Concordancias*. Quito, Pichincha, Ecuador: Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Diccionario de la Lengua Española*. (2001). Recuperado el 10 de Mayo de 2012, de http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=maternidad

- Díez Picazo, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Teoría del Contrato*. Madrid: Tecnos.
- Ducci Claro, C. (1995). *Derecho Civil parte general*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Espinosa Prado, O. (2002). *Principales Contratos en el Código Civil del Ecuador: Y semejanza con la legislación de Colombia y Chile*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Grossman, C. (1998). *El interés superior del niño, los Derechos del niño en la familia, discurso y realidad*. Buenos Aires: Editorial Buenos Aires.
- http://surrogacy.ru/es/legal_aspects.php. (s.f.). Obtenido de Maternidad Subrogada en Rusia y el Mundo: http://surrogacy.ru/es/legal_aspects.php
- Jimenez Dominguez, D. (2010). *Legalización de la Contratación de alquiler de vientre con subrogación de maternidad*. Lima: Increscendo.
- Junquera de Estefaní, R. (1998). *Reproducción Asistida. Filosofía Ética y Filosofía Jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Larrea Holguin, J. (2008). *Manual de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Linacero de la Fuente, M. (1999). La protección del menor en el Derecho Civil Español. *Actualidad Jurídica*, 1573-1626.
- Lopez Fangler, I. (2005). *La prueba Científica de la Filiación*. Recuperado el 10 de mayo de 2012, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2288/4.pdf>
- Mallma Soto, J. C. (2008). *Alquiler de vientre y sus problemas de filiación*. Recuperado el 10 de mayo de 2012, de <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-vientre-problemas/alquiler-vientre-problemas.pdf>
- Melich, J. (1993). *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Jurídica Venezuela.
- Merlyn Sacoto, S. (2006). *Derecho y Reproducción Asistida. Retrato de la Evolución Médica y sus perspectivas legales en el Ecuador*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Moran de Vicenzi, C. (2005). *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial*. Lima: ARA.

- Organizacion de Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana de Derechos Humanos. *CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS "PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA"*. San Jose, Costa Rica: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>.
- Ospina Fernandez, G. (1976). *Tratado General de las obligaciones*. Bogota: Temis.
- Rivero Hernandez, F. (2001-2012). *El Derecho de visita*. Recuperado el 12 de mayo de 2012, de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=11228>
- Sanchez Zuraty, M. (2000). *Diccionario Basico de Derecho*. Quito: Editorial Juridica.
- Sanchez, A. R. (abril de 2010). *La Gestación por Sustitución: Dilemas éticos y jurídicos*. Recuperado el 10 de mayo de 2012, de http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/papel.pdf
- Segi Guillot, R. A. (julio de 2008). *La maternidad portadora, sustituto, subrogada o de encargo*. Recuperado el 12 de mayo de 2012, de espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1994-7-F4D6C07&dSID=pdf
- Suarez Parada, A. L. (2008). *Reproducción Asistida y Filiación en Derecho de Familia*. Recuperado el 10 de mayo de 2012, de <http://viei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.pdf>
- Vidal Ramirez, F. (2007). *Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Villagomez, M. G. (2007). Régimen Jurídico sobre la Maternidad Subrogada en el Ecuador. Quito, Ecuador: Colegio de Abogados, Universidad San Francisco de Quito .
- wikipedia. (s.f.). Recuperado el 10 de mayo de 2012, de <http://es.wikipedia.org/wiki/Infertilidad>
- wikipedia. (s.f.). *esterilidad*. Recuperado el 10 de mayo de 2012, de <http://es.wikipedia.org/wiki/Esterilidad>