

INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada desde hace algunos años ha constituido una práctica usual en varios países, práctica que consiste en que una mujer gestee el bebé de otra, entregándolo al momento del nacimiento. En el pasado, únicamente existía la figura de la adopción, la cual brindaba a los padres que sufrían de algún tipo de esterilidad o infertilidad, la posibilidad que tomen como su hijo a un niño o niña y así compensar dichas falencias mutuas y coadyuvar con la formación de una familia.

La procreación es una finalidad fundamental dentro del matrimonio, sin ser la única por supuesto, tal como lo estipula el artículo 81 del Código Civil ecuatoriano. El anhelo de convertirse en padres sobrepasa cualquier deseo humano, es por ello, que, cuando se presentan problemas relacionados con la incapacidad de procrear, el gran sueño de ser padres puede romper cualquier principio moral, ético y jurídico.

Son dos las razones por las que personas recurren a la maternidad subrogada. La causa más común y obvia por la cual una pareja se ve en la necesidad de recurrir a ésta es por su puesto, la imposibilidad de procrear. Esta imposibilidad puede deberse a problemas físicos o psicológicos, como son la esterilidad o la infertilidad, que son dos causas distintas, aunque muchas veces se las considera como sinónimos. La esterilidad es la incapacidad irreversible para concebir, en cambio la infertilidad se la puede remediar o curar con tratamientos médicoquirúrgicos.

La segunda razón por la que se recurre a la maternidad subrogada es por el deseo de la mujer de procrear y convertirse en madre, pero sin soportar los problemas que conlleva un embarazo, como pueden ser el ver afectada su figura, evitar las molestias propias de un embarazo o por motivo laborales.

La maternidad subrogada viene a constituir una opción suplementaria o diferente a la de la figura de la adopción, para solucionar los problemas de procreación antes descritos. La importancia que ha adquirido la maternidad subrogada recae en que puede existir una preferencia en recurrir a ésta, en vez de la adopción, debido a que la maternidad subrogada permite tener hijos con genes propios. Adicionalmente, no existe la posibilidad de llevar a cabo una adopción prenatal, sumado al hecho que el procedimiento de la adopción suele caracterizarse por ser largo y complicado.

La maternidad subrogada surgió con las “Técnicas de Reproducción Asistida”, más específicamente de la “Fecundación In Vitro”. La “Fecundación In Vitro” es la base del procedimiento de concepción a través de la maternidad de sustitución, ya que por medio de éste método se obtiene el embrión de la pareja que desea procrear, se lo conserva en el laboratorio, para después anidarlo en el vientre de la mujer subrogante; llamada madre subrogante.

De lo poco que existe en doctrina sobre el tema, se deduce que existen dos modalidades o variantes generales de maternidad subrogada. La primera modalidad que su vez es la más sencilla, consiste en que el embrión de una pareja, formado por el espermatozoide del padre y el óvulo de la madre, se lo implanta en el útero de otra

mujer, siendo el niño o niña genéticamente suyo. La segunda variante consiste precisamente en que el espermatozoide o el óvulo, o bien los dos elementos, sean de un tercero. Esto puede ser que, la misma mujer que accedió a gestar el bebé por nueve meses, aporte también su óvulo; que los espermatozoides provengan de un tercero, ya sea éste conocido o desconocido o que el óvulo fecundado sea de una mujer distinta a la madre subrogada y distinta de la madre subrogante.

Nuestro ordenamiento jurídico establece la presunción de la maternidad sobre un niño o niña, es decir el hecho de ser una mujer la verdadera madre, se da por quien da a luz físicamente a esa criatura. Por tanto, cualquier práctica de maternidad subrogada en el Ecuador, legalmente se presume que la madre es aquella quien da a luz a ese niño o niña. El Código Civil ecuatoriano establece que una persona tiene existencia legal desde el momento en que ésta es separada completamente de la madre, y que cualquier alegación de otra mujer sobre la maternidad de ese niño o niña, se podrá únicamente impugnar demostrando la falsedad del parto o la suplantación del pretendido hijo al verdadero.

El “contrato” de maternidad subrogada se lo puede asemejar a un contrato de arrendamiento, sin embargo de que no posee todas sus características. Como se mencionó, a través de este pacto la madre subrogante se obliga a gestar en su útero el embrión de una pareja y entregar el niño o niña después del nacimiento. Hablando de sus características, el “contrato” de maternidad subrogada podría ser tanto oneroso como gratuito. Oneroso en el sentido que se constituye una prestación y una contraprestación, en términos económicos y en términos humanos, es decir, que la madre subrogante reciba una remuneración. Gratuito, ya que puede darse, aunque no muy comúnmente, en que alguien se ofrezca a gestar el bebé de otra persona sin recibir nada a cambio; por ejemplo, por encontrarse relacionados familiarmente o por amistad. En este sentido se puede decir que un “contrato” de maternidad subrogada puede ser bilateral o unilateral, esto, es que cada una de las partes se obliga al cumplimiento de una prestación o donde solamente una de las partes es la obligada.

Como se analizará, podría también constituir un contrato consensual, ya que se perfeccionan con el solo acuerdo de voluntades: acceder a entregar la criatura y a recibir el dinero por ello (en el caso de tratarse de un contrato oneroso).

No existe uniformidad legislativa a nivel mundial en la forma de regular el asunto que nos compete. En los Estados Unidos, particularmente en el estado California, por ejemplo, se contempla y permite el contrato de maternidad subrogada. De otro lado, España es uno de los pocos países que tiene una ley denominada “Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida”, que prohíbe expresamente el contrato de maternidad subrogada, convirtiéndolo en nulo de pleno derecho por contener objeto y causa ilícitos.

Cabe mencionar el caso de Uruguay, ya que su realidad es bastante similar a la ecuatoriana. Dicho país no posee en la actualidad legislación sobre la maternidad subrogada, pero no impide que se constituya una práctica muy utilizada, sin que existan casos sometidos a procesos judiciales. Lo que existe en Uruguay es un proyecto de Ley denominado “Proyecto Batalla”, llamado así por la persona que lo redactó, que confiere la maternidad a la mujer a quien se le implantó el embrión, lo gestó y dio a luz al niño o niña.

Finalmente, se encuentra el sonado caso “Baby M” acaecido en los Estados Unidos en el año de 1985, en el cual un juez de Nueva Jersey que actuó como juez de primera instancia, declaró válido el contrato de maternidad subrogada. Luego, esta decisión fue apelada por la madre subrogante y el Tribunal Supremo del Estado, procedió a la revocación de dicho fallo, declarando la nulidad del contrato. Sin embargo de ello, se decidió que la niña debía permanecer con la madre subrogada, aunque después se reconoció a la madre subrogante como la madre legal, estableciéndole un régimen de visitas.

El mayor avance sobre el tema en nuestro país es el Proyecto del Código de Familia, presentado por la comisión de la mujer en el año 2000. En dicho proyecto se hace hincapié sobre la realidad de este tema, la importancia de regularlo y en tal virtud establece la prohibición de la maternidad subrogada. Además, dicho proyecto reitera

que la maternidad queda establecida por el hecho del parto y de la identidad del hijo, pero en caso de que la gestante cumpla de manera voluntaria el pacto, la criatura será de la madre genética sin que la madre gestacional pueda reclamar su restitución.

En el Ecuador, desde hace algunos años se han empezado a dar varios casos de maternidad subrogada, como una respuesta al problema de esterilidad que enfrenta el 15% de nuestra población. Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, no existe una regulación que acoja ésta práctica ni que la prohíba, lo que hace aún más difícil abordar este tema. Las normas preexistentes relacionadas con la maternidad, se encuentran en discordia con los fines que ofrece la maternidad subrogada, ya que se trata de una práctica realizada mediante una manipulación médica, contrariando así el derecho público ecuatoriano. Sin embargo este criterio es sumamente subjetivo que deberá ser valorado al momento de resolver cada caso concreto.

El objeto del contrato de maternidad subrogada vendría a ser el uso del útero de una mujer para gestar un bebé. Resulta complejo establecer la licitud o no de un contrato de maternidad subrogada, ya que dependerá exclusivamente de la valoración que aplique en cada caso el juez. Existirán diversas variables sujetas a dicha valoración y de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, todo lo que no se haya declarado como nulo, surtirá efectos. Por lo tanto, un contrato de maternidad subrogada teóricamente puede ser ilícito por objeto al contrariar el orden público, sin embargo, jurídicamente será válido mientras no se declare lo contrario de acuerdo al criterio de un juez.

En base a los criterios plasmados en la Doctrina, en las resoluciones judiciales, la legislación comparada y en especial la Teoría General del Contrato, se ha podido determinar que existe una tendencia a nivel mundial a no abordar y contemplar el tema. Siendo la maternidad subrogada una cuestión delicada, es necesario tomar en cuenta que países como el Ecuador, en el cual esta práctica es una realidad, se dicten de manera urgente regulaciones que adecuen las normas preexistentes.

A lo largo de esta tesina iremos abordando cada uno de los temas de importancia y relevancia con respecto al régimen jurídico de la maternidad subrogada en el Ecuador. En el capítulo primero se abordarán temas generales destinados a la

comprensión de la maternidad subrogada, su origen y alcance dentro de la esfera del ser humano. En el segundo capítulo se tratarán temas de legislación comparada y una resolución judicial, las cuales han marcado el sendero para una posible regulación a nivel mundial. Finalmente se analizara un posible contrato de maternidad subrogada en el Ecuador, de acuerdo a la teoría general de los contratos.

El Derecho es una ciencia que se encarga de regular las realidades de cada sociedad, pero a veces cuestiones nuevas como la maternidad subrogada se quedan excluidas durante algún tiempo, pese a verificarse de manera fáctica. Considero que es absolutamente necesario que se regule esta práctica en nuestro país para evitar que se sigan produciendo conflictos contrarios a las normas vigentes, afectando al interés superior del niño y la familia, cuestiones que conforman la base de una sociedad.

CAPÍTULO PRIMERO NOCIONES GENERALES

1.1 Concepto de Maternidad Subrogada

Considero necesario empezar por definir el concepto de subrogar para entrar en contexto. “Subrogar significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Se trata de una especie de reemplazo que cumple una función que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros”¹. De ahí se derivan las distintas acepciones y definiciones sobre lo que constituye la maternidad subrogada. La maternidad subrogada, o la subrogación uterina y más comúnmente conocida como el alquiler de útero, es una práctica por medio de la cual, “se anida el embrión en el vientre de una mujer distinta a la que quiere la maternidad, esto es, la que presta su vientre para llevar al hijo de otra”².

Los primeros casos de personas que se conocen que han nacido mediante ésta técnica datan del año 1975, en California (Estados Unidos), en donde un periódico de aquella ciudad anuncia que se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a

¹M, CANO. *Maternidad Subrogada* (www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0061.pdf). Editorial Astrea. Argentina, 2002. 15 de Febrero de 2007 Página 1

² J, SANZ. *Fecundación Asistida. Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2002 página 141.

pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración³. Posteriormente, en el año de 1982, en Francia se fundó el Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción (CEFER), asociación destinada a vincular a las parejas estériles con madres subrogadas.⁴

Existen varios tipos de maternidad según la doctrina. La maternidad genética, la maternidad biológica y maternidad legal. La primera es aquella que se obtiene mediante el material genético, en este sentido, sería la madre genética aquella que aporta su óvulo para la consecución de un embarazo. La maternidad biológica esta dada por quien lleva al niño en su vientre y lo da a luz, se fija por el hecho del nacimiento o parto. Y la maternidad legal es a quien la ley la atribuye esta calidad.

En nuestro sistema, la maternidad biológica y la maternidad legal, resultan estar otorgadas a la misma persona, ya que es aquella que para las dos se fija por el hecho del nacimiento o parto. Esto es de fundamental importancia y es esencial tomarlo en consideración al momento de una posible regulación jurídica dentro de nuestro ordenamiento respecto a un contrato de maternidad subrogada, análisis que será objeto del tercer capítulo.

1.1.1 Supuestos de la Maternidad Subrogada

El abarcar con exactitud todo lo que involucra la maternidad subrogada puede llegar a ser imposible. A pesar de no existir una opinión generalizada sobre ésta, se dicen que existen cuatro distintos supuestos de maternidad subrogada a saber: A) el más sencillo, que se encuentra implícitamente incorporado a la definición que se dio al inicio de esta tesina sobre la maternidad subrogada. Se trata de la implantación del embrión de una pareja, el cual contiene sus respectivas células en el útero de una tercera mujer, en este caso, aquella que ha aceptado tal procedimiento. B) El segundo supuesto consiste en que, la misma mujer que ha accedido a que le implantaran el

³ Cfr, A, CANO, *Maternidad Subrogada*, op.cit, página 23.

⁴ Ibidem, página 1

embrión de la pareja, sea quien aporta su propio óvulo. C) En el tercer supuesto, los espermatozoides son de un tercero, hombre conocido a desconocido ajeno a la mujer subrogante y a la subrogada. D) Finalmente, el cuarto supuesto consiste en que el óvulo fecundado no es ni de la mujer subrogada ni de la subrogante, sino de una mujer ajena a las dos antes mencionadas. Todos los supuestos podrían dar lugar a una discusión jurídica, debido a que en los cuatro casos, el material genético proviene de distintas personas, sin embargo, madre biológica o legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico se entiende que será aquella que dio a luz a la criatura.

1.2 la Maternidad Subrogada a la luz de las Técnicas de Reproducción Asistida

La maternidad subrogada surge como una solución o alternativa a los problemas de la infertilidad y esterilidad como lo veremos detalladamente más adelante. Lo que ha marcado trascendental importancia alrededor del tema de la maternidad subrogada es, el deseo de tener hijos y perpetuar su especie⁵. Si bien es cierto, existen varias medidas alternativas para solucionar los problemas de infertilidad de una pareja, como son los tratamientos médicos, las intervenciones quirúrgicas en algunos casos, tratamientos psicológicos en otros, sin embargo, la realidad que viven aquellas parejas que han luchado por traer un niño o niña al mundo, es otra. Las personas anhelan tener hijos propios, hijos que tengan sus mismos genes, alternativa que brinda la maternidad subrogada. Además, los deseos humanos se tornan sumamente intensos y cada vez más exigentes para la consecución de un proceso de herencia genética.

Para el desarrollo de la tesina, es necesario comprender de qué se trata esta práctica y de donde surgió. Esta nació a partir de las nuevas Técnicas de Reproducción Asistida, en adelante TRA. Entre las más comunes se encuentra la

⁵ Cfr: N, PERDOMO. *La Procreación médicamente asistida y el derecho de familia en el Uruguay actual*. En Rev. Uruguaya de Der. De Familia, 1995. Tomo 10. Página 129.

Inseminación Artificial, en adelante IA y la Fecundación In Vitro, en adelante FIV. Como un criterio generalizado, los entendidos en la materia sostienen que, por medio de la FIV se abrió la posibilidad de realizar la maternidad de sustitución en varios países. Estando conscientes de que la ciencia alcanza grandes logros, se debe partir de la premisa de que los avances científicos y tecnológicos, y en éste caso las nuevas TRA, no deben considerarse procedimiento ni buenos ni malos, simplemente lo que hay que hacer es usarlas de acuerdo a los valores que uno quiere preservar⁶.

“Algunos consideran que la práctica de la maternidad subrogada se encuentra vinculada con el hecho de que ciertas personas puedan tratar a otras como medios para alcanzar sus fines y que, por muy deseables que sean esas consecuencias, siempre es moralmente objetable y rechazable”⁷. Es cierto que la maternidad subrogada se considera un medio para alcanzar el fin último, que es la procreación, sin embargo, no deja de ser verdad que millones de mujeres en nuestro país y en todo el mundo, se encuentran a la disposición de estas necesidades a cambio de recibir una buena remuneración, en la mayoría de los casos. Por lo general, mujeres que acceden a prestarse para éste tipo de prácticas lo hacen más que nada por necesidades económicas. Adicionalmente, existen casos en que mujeres buscan a madres sustitutas para que lleven por nueve meses a su hijo o hija para así evitar las molestias del embarazo, no dañar su figura o no perder su trabajo.

Una de las ventajas que presenta la opción de recurrir a una maternidad de sustitución es que, mujeres de edad avanzada pueden tener hijos propios, ya que no existe limitación en la edad de la mujer, es decir, de la madre subrogada. “Pueden acceder a TRA mujeres de edad avanzada e incluso con trastornos menopaúsicos, así como para la prevención de enfermedades genéticas ligadas al sexo”⁸. En fin, las posibilidades que brindan las técnicas de reproducción asistida y que eran hace poco

⁶Cfr, N, Perdomo, *La Procreación médicamente asistida y el derecho de familia en el Uruguay actual*, op. cit, página 125.

⁷ G, Fernández y R, REVUELTA *Fecundación In Vitro, alquiler de vientres, maternidad subrogada. Análisis comparado*. “Apuntes para una nueva legislación”, Argentina, página 7

⁸ M, HIDALGO. *Análisis Jurídico- científico del concebido artificialmente*. Editorial Bosch S.A. Barcelona, 2002 página 37.

inimaginables, en actualidad acarrearán varias ventajas, pero a su vez plantean serios problemas éticos, que involucran temas sensibles como es el hecho de dar vida.

“La procreación desde sus inicios era siempre considerada un acto complejo que se realizaba únicamente entre el hombre y la mujer, pero hoy en día, existe la posibilidad de realizarlos separadamente e incluso con la intervención de terceras personas como es el caso de la maternidad subrogada”⁹. Con referencia a éste punto, existen aspectos negativos y positivos ante la posibilidad de que el ser humano pueda controlar la ciencia y la manipulación. En lo que se refiere al aspecto positivo, no se puede negar que es una ventaja enorme el que se pueda tener hijos propios. Por otro lado, en lo que se refiere al aspecto negativo, existe un rechazo a la maternidad subrogada ya que con ésta práctica se está dejando de lado el interés superior del niño, privándole de vivir con su familia biológica y de conservar el vínculo maternal al cual ha estado ligado por nueve meses, estableciendo así, estrechas relaciones físicas, psicológicas y afectivas. Es importante recalcar que las TRA deben ser usadas en forma consciente, madura y en especial, como una opción terapéutica más no sustitutiva, es decir; no debe ser de ninguna manera un medio o un camino para evadir las molestias del embarazo.

A partir de los descubrimientos y adelantos de la ciencia, se han formado diversos criterios alrededor de la maternidad subrogada. A pesar de no existir mayor información al respecto, hay quienes consideran que la maternidad subrogada es una práctica contraria a la ética, a la moral y a la religión, porque se considera que se rompe una fase indispensable entre el hombre y la mujer, es decir, la función de procrear de la pareja. Otros en cambio sostienen que la ciencia debe ir de la mano con el derecho ya que es justamente el derecho el que debe acoplarse a los avances tecnológicos y científicos, con el objetivo de alcanzar el desarrollo del ser humano. “Al hombre de ciencia le interesa avanzar en su investigación cada día más y al derecho le compete adecuar esa investigación a la moral, las buenas costumbres de

⁹ M, ESPINOSA Y OTROS. “*El arrendamiento de útero*” (monografía). Universidad de Chile, Escuela de Derecho (<http://members.fortunecity.es/petete3/bioetica.htm>) 17 de enero de 2007. página 3

cada país, a posibilitar la convivencia pacífica sin cercenar derechos, creando además obligaciones”¹⁰.

1.3. La Maternidad Subrogada: Una solución a la Infertilidad/esterilidad de las parejas

Como se mencionó en líneas anteriores, la maternidad subrogada surgió como una solución a la esterilidad e infertilidad de las parejas. Ésta se dio, a partir de la FIV en la mayoría de los casos y de la IA en otros, como por ejemplo cuando solamente se aporta con el espermatozoide, ya que el óvulo pertenece a la madre subrogante. El problema que se deriva del hecho que las parejas no puedan tener hijos, se debe a dos factores básicamente, los cuales se les ha considerado sinónimos, a pesar de ser estos dos factores distintos. La esterilidad por un lado es “la incapacidad definitiva e irreversible para concebir”¹¹. Ello quiere decir que con la esterilidad, no existe ninguna posibilidad de que por medio de tratamientos la persona pueda concebir naturalmente. Por otro lado, la infertilidad, se trata de un problema temporal y en la mayoría de los casos se puede corregir por medio de procedimientos medicoquirúrgicos¹².

Algunas de las causas de esterilidad en la mujer son “las lesiones o daños en las trompas de Falopio, producidas por infecciones específicas o en la cavidad abdominal. Otra de las causas son las adherencias fibrosas posquirúrgicas con bloqueo de trompas y a veces de ovarios. Adicionalmente, las causas se producen por tumores en el útero, lesiones del cuello uterino, alteraciones del moco cervical, trastornos hormonales y finalmente anomalías del aparato reproductor. Por otro lado, las causas de esterilidad en el hombre son las alteraciones del líquido seminal, trastornos de la glándula pituitaria, anomalías o trastornos testiculares producidos por malformaciones, tumores o tratamiento antitumorales, infecciones prostáticas o

¹⁰ N, PERDOMO, *La Procreación médicamente asistida y el derecho de familia en el Uruguay actual*, op. cit, página 139

¹¹ J, SANZ, *Fecundación Asistida. Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*, página 31.

¹² *Ibidem*, página 31

alteraciones de producción de semen. Hay causas mixtas, que se deben fundamentalmente a un rechazo de las células germinales de un miembro de la pareja por el otro¹³. Existen mitos sobre la infertilidad y la esterilidad, ya que antes se creía que las causas radicaban solamente por problemas de la mujer, pero ahora se conoce que las causas provenientes de los varones es alrededor de un 30% de los casos de esterilidad¹⁴.

En nuestro país, alrededor del 15% de las parejas son estériles, lo que lleva a que ellas estén dispuestas a utilizar los adelantos de la ciencia a favor de su bienestar, en formación de una familia. Sin embargo de ello, no tenemos elementos suficientes para estimar cuál sería el efecto e impacto social de una posible regulación jurídica y ética en una sociedad como la nuestra, donde lo primordial es la preservación del ser humano y la protección del interés del niño o niña con respecto a sus padres biológicos de acuerdo a lo que estipula el artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁵.

Quienes se encuentran a favor de la maternidad subrogada como una técnica para la procreación, sostienen que “los nacidos de técnicas de reproducción asistida son los niños más deseados y planeados del mundo”¹⁶. Es cierto que parejas que han intentado procrear durante varios años se frustran por no conseguir el sueño de ser padres y que lo que más anhelan en su vida es poder tener hijos, pero considero que todos los hijos de aquellas parejas que han sido planificados con amor, conciencia y concebido en forma natural, son igual de deseados que aquellos que nacen por medio de las TRA.

¹³ Ibidem, página 33

¹⁴ Ibidem, página 32

¹⁵ Artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia “Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia”

¹⁶ A, WAGMAISTER, *Maternidad Subrogada Derechos del Niño. En Revista de Derecho de Familia tomo 3* . Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1990, página 211

Quienes están a favor de la maternidad subrogada, sostienen que es un derecho constitucional de las parejas infértiles de reproducirse por medios no coitales, lo que se extiende también a la posibilidad de la subrogación¹⁷.

1.4 Inseminación Artificial y Fecundación in Vitro

La IA y la FIV, son métodos que se han venido utilizando como una solución al problema de la esterilidad de la pareja. Tanto la IA como la FIV, a pesar de utilizar un método distinto, el objetivo que se quiere alcanzar es el mismo, esto es; la procreación. La IA consiste en trasladar el semen previamente recogido de un varón e implantarlo al interior de la vagina o del útero de una mujer¹⁸. Comparto con la opinión de la Dra. María Inés Varela de Motta, quien establece que “la inseminación artificial es actualmente una más dentro de las técnicas médicas que pretenden dar respuesta al problema de la esterilidad en los seres humanos”¹⁹. La IA tiene amplia experiencia en lo que se refiere a tratar problemas de esterilidad y ha contribuido a que millones de parejas logren un embarazo con éxito. Los primeros niños que fueron fruto de la IA con éxito datan desde el año de 1884, en la Escuela de Medicina Jefferson de Filadelfia²⁰.

La FIV por otro lado, “se obtiene en el laboratorio y en una placa de cultivo, cuando el óvulo y el espermatozoide no pueden encontrarse por el mecanismo natural”²¹. Éste es un procedimiento que suele ser usado en forma más común respecto de la maternidad subrogada, aunque como segundo mecanismo al problema de la infertilidad, ya que como primera opción generalmente está la inseminación artificial. La FIV consiste en la extracción directa de varios óvulos, al mismo tiempo que se recolecta semen de su pareja o en caso de ser necesario de otro hombre, la cual puede

¹⁷ Ibidem, página 194

¹⁸ Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial, citado por J, Sanz, op. cit p.24

¹⁹ N, PERDOMO, *La Procreación médicamente asistida y el derecho de familia en el Uruguay actual*, op. cit, página 126

²⁰ Cfr, A, WAGMAISTER, *Maternidad Subrogada* op. cit, página 188

²¹ J, SANZ, *Fecundación Asistida. Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*, op. cit, página 25.

ser mediante dos técnicas²². La primera consiste en colocar directamente a los óvulos con los espermatozoides en un medio adecuado, mientras que la otra se lo hace por medio de una inyección de un espermatozoide en cada óvulo, más o menos a las 48 horas de haber sido fecundado el óvulo, se colocan los embriones dentro del útero de la madre para que se implanten y empiecen a desarrollarse²³. El método al cual se recurre en la maternidad subrogada es exactamente el mismo utilizado en la FIV, colocando el embrión en el útero de la madre subrogante.

²² Cfr, Grupo Televisa, *Reproducción Asistida. Métodos que ayudan a la pareja a tener un hijo propio, cuando han fracasado los intentos normales* <http://www.esmas.com/salud/home/sexualidad/391694.html>, México (9 de abril de 2007)

²³ Cfr, Grupo Televisa, *Reproducción asistida. Métodos que ayudan a la pareja a tener un hijo propio, cuando han fracasado los intentos normales*, op.cit

CAPÍTULO SEGUNDO

PERSPECTIVAS NORMATIVAS EN ALGUNOS PAÍSES

2.1 Estados Unidos (California)

La apertura a esta práctica es reciente, son algunos los países que han abordado este complejo asunto, siendo difícil encontrar información sobre el tema. En Estados Unidos, la maternidad subrogada no se encuentra legislada a nivel nacional, sino sólo en algunos estados, los cuales tienen sus propias leyes como es el caso de California. En el estado de California, se contempla que la madre que ha gestado al niño o niña de otra pareja no tiene derechos prenatales legales. En el año de 1992, se intentó implementar reformas a la normativa sobre maternidad subrogada entonces vigente, pero estas fueron vetadas por el gobernador de dicho estado. Sin embargo, estas adecuaciones por más que no fueron aprobadas, sirvieron como guía para los futuros contratos y sus recomendaciones fueron tomadas en cuenta por coordinadores de programas. Las adecuaciones establecían para la madre subrogante deberá tener un mínimo de 21 años, que tuviera por lo menos un hijo propio²⁴. Ésta

²⁴ Cfr, A, WAIGMASTER, *Maternidad Subrogada*, op. cit, página 211.

consideración es importante, ya que una madre con experiencia, sabe los cuidados, precauciones y consecuencias del embarazo a diferencia de aquella que lo hace por primera vez. Otro de los aspectos que establecía dicha reforma, consistía en que la subrogante reciba tratamiento psicológico antes de que se le implantara el embrión y después de que naciera el niño²⁵.

Es interesante revisar las posibles estipulaciones de un contrato de maternidad subrogada, según la legislación vigente del estado de California. Estas disposiciones contractuales, sin embargo se deberían adecuar a las necesidades y a cuestiones fácticas de los futuros padres. En dichos contratos, generalmente se contempla que debe existir aptitud médica de la madre subrogante antes de llevar a cabo cualquier procedimiento de maternidad subrogada. Esto debido a que en caso que exista alguna incapacidad médica de la mujer que llevará a cabo el embarazo, se deberá primordialmente precautelar su integridad, así como la del bebé.

La capacidad es uno de los requisitos de validez del contrato. Bajo la legislación de estado de California, en relación con la capacidad, las partes contratantes deberán ser mayores de edad y contar con la voluntad debidamente informada de la decisión que se va a tomar, previo a la manifestación de su consentimiento. El consentimiento de las madres es fundamental para la validez del contrato, pero también es importante que exista el consentimiento de sus esposos, tanto de la madre subrogante como de la madre subrogada. Además, la madre subrogante, deberá aceptar mediante su consentimiento, no tener ningún tipo de vínculo con la criatura que va a llevar en su vientre²⁶. Dicha disposición a primera vista resulta fácil de cumplirla, sin embargo, el vínculo maternal que se forma desde el primer día de embarazo es extremadamente fuerte, motivo que ha sido acogido por las madres subrogantes que desean quedarse con ese niño o niña al momento de su nacimiento.

²⁵ Ibidem, página 211.

²⁶ Ibidem, página 213

Bajo esta legislación, el contrato en sí también deberá referirse a los detalles, por ejemplo quienes serán los médicos, cuidados prenatales, el tipo de alimentación, medicinas, uso de drogas o realizar actividades peligrosas para el niño o niña. Otra de las cláusulas importantes que debería contener un contrato de maternidad subrogada debería basarse en la intención de realizar un aborto, ya que de acuerdo a las leyes de California, la subrogante podría elegirlo como posibilidad para preservar su salud²⁷. En el dicho estado, la información contenida en estos contratos deberá ser de carácter confidencial. Adicionalmente, se prevé que las partes podrían pactar sobre la posibilidad de la madre subrogante pueda o no tener relaciones sexuales, acerca de los seguros de vida, de enfermedad etc.

2.2 Estados Unidos (Nueva York) – Caso Baby M

Uno de los casos de maternidad subrogada más sonados, discutidos y conocidos por todo el mundo, fue el caso “Baby M” en Estados Unidos. Este fue el primer caso a nivel mundial que abordó la problemática de la maternidad subrogada. Dicho caso fue resuelto por un juez del de Nueva Jersey, que actuó como juez de primera instancia, creó precedentes al respecto y cuyo criterio ha sido analógicamente estudiado en otros países. A continuación se presenta el desarrollo del caso antes mencionado:

En el estado de Nueva York, los esposos de apellido Stern, optaron por someterse a un contrato de maternidad subrogada con otra pareja de apellido Whitehead. Este contrato estipulaba que la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con material genético del señor Stern y que por tanto, la señora Whitehead sería la madre subrogante, por lo que debía gestar a la criatura en su vientre para ser entregada al momento de su nacimiento.

La niña nació el 27 de marzo de 1986. La entrega de la criatura se verificó en el mismo momento del nacimiento, aunque la madre subrogante, la señora Whitehead se encontraba en un estado de depresión y angustia por la separación del bebé. Por ello, los esposos Stern le permitieron

²⁷ Ibidem, página 213

permanecer con la niña unos días adicionales. En el transcurso de esos días, la madre subrogante decidió no entregar a la niña y se negó a renunciar a la relación materno-filiar para que la señora Stern pudiese adoptar a la niña como se había pactado en el contrato.

El señor Stern, padre genético de la niña, acudió al Tribunal, el cual, mediante una orden judicial, se le ordenó a la señora Whitehead entregar a la hija del señor Stern, confiándole a éste, la custodia temporal. Posteriormente, el Tribunal de primera instancia determinó que el contrato de maternidad subrogada era válido y como consecuencia de éste, la custodia de la niña le pertenecía a los esposos Stern. Acto seguido, la señora Whitehead apeló la decisión del Tribunal y aseguró que lo importante sobre el conflicto no era la licitud o no del contrato, sino el bienestar de la criatura.

Luego de realizar una valoración de peritos, testigos y tomar en consideración elementos esenciales de la vida familiar de ambas parejas como es por ejemplo, la aptitud para proveer un ambiente estable a la niña, el Tribunal le concedió la custodia permanente a los esposos Stern. Sin embargo de dicha decisión, se estableció además, que la señora Whitehead mantendría la maternidad legal y un régimen de visitas.

Casos como el de “Baby M” en Estados Unidos, suceden diariamente en nuestro país, con la diferencia de que ninguno hasta el momento ha sido resuelto por un juez. Sin embargo, es evidente que la legislación mundial sobre maternidad subrogada se encuentra todavía rezagada. Es incomprensible que una práctica tan usual en el mundo actual y de tanta importancia, no se encuentre debidamente regulada; lo que podría prevenir tantos conflictos, que afectan siempre a la integridad del ser humano y al interés superior del niño.

2.3 Uruguay

Es conveniente analizar sobre la realidad de Uruguay. La importancia de aquello recae en que se parece mucho al Ecuador, para así poder tener una visión más amplia sobre la necesidad de incorporar en nuestro sistema la cuestión de la maternidad subrogada. Uruguay es un país pequeño en superficie y población, por ello es que son muy pocos los casos que se han planteado referentes a la procreación asistida y hasta el momento ninguno que haya llegado a los tribunales de justicia. Al

igual que en el Ecuador, en Uruguay actualmente no existe ninguna regulación en cuanto a la maternidad subrogada.

Existe sin embargo, un proyecto de Ley denominado “Proyecto Batalla”, llamado así por la persona que lo redactó. En dicho proyecto, unos de sus artículos estipula que: “a los efectos filiatorios, será reputada madre la mujer a quien se le hubiera implantado el embrión y que hubiese completado la etapa de gestación y dado a luz”²⁸. De acuerdo a lo antes mencionado, se puede ver que el principio de la maternidad se encuentra determinado con el hecho del parto, es decir el niño que ha nacido, ya sea por métodos naturales o distintos a aquellos como es el caso de la maternidad subrogada, y por tanto, será hijo que aquella mujer que efectivamente lo dio a luz.

Al respecto, hay quienes sostienen que la práctica o aplicación de la maternidad en Uruguay es contraria a todo tipo de procreación médicamente asistida basándose en lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución uruguaya. El mencionado artículo establece que “la familia es la base de nuestra sociedad; el estado velará por su estabilidad moral y material, para mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”²⁹.

De acuerdo a la norma antes citada de la Constitución uruguaya, se debe poner de manifiesto lo que dice la Constitución Política del Ecuador en su artículo 37. Dicho artículo dispone “reconocer y proteger a la familia, que es considerada célula fundamental de la sociedad; además protege el matrimonio, la *maternidad* y el haber familiar”³⁰. Hemos visto que en las dos legislaciones existe una concordancia sobre la protección del niño o niña en el haber familiar, más específicamente en el biológico o natural.

²⁸ N, PERDOMO, *La Procreación médicamente asistida y el derecho de familia en el Uruguay actual*, op. cit, página 130

²⁹ Artículo 40 de la Constitución uruguaya citado por, N, Perdomo, *La Procreación médicamente asistida y el derecho de familia en el Uruguay actual*, op. cit, página 126

³⁰ Artículo 37 de la Constitución Política del Ecuador, “El estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar, igualmente apoyará a las madres jefas de hogar”

En lo que se refiere a “contratos” de maternidad subrogada en Uruguay, no se conoce hasta el momento de ninguno que se haya celebrado. Según el criterio de la doctrina, de presentarse uno en este país, constituiría una nulidad del mismo por ilicitud de objeto por violar un principio de orden público como es el de indisponibilidad del cuerpo humano³¹.

Tanto el Código Civil como el Código de la Niñez uruguayos, fueron promulgados en una época que no se pensaba en la existencia ni desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida. Éste hecho en la actualidad presenta dificultades al momento de pensar en una posible incorporación de la maternidad subrogada de acuerdo a las normas preexistentes en dicha legislación.

A manera de conclusión, se puede decir, que tanto en la legislación uruguaya como en la ecuatoriana, se debe analizar y desarrollar nuevas normas relativas a las TRA en especial la maternidad subrogada, las cuales deberán contemplar adecuaciones a las normas de maternidad, derecho de familia y en materia contractual.

2.4 España

España siempre ha sido considerada un país de adelantos científicos y jurídicos, por ello considero positivo plasmar en esta tesina los adelantos que dicho país ha venido realizando en consecución a la maternidad subrogada por medio de una Ley. El 22 de Noviembre del año 1988, se incorporó al sistema legislativo español una ley denominada “Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida”. Mediante ésta ley, se establece que las TRA tienen como finalidad fundamental, paliar la esterilidad de la pareja humana³². Además, regula las distintas TRA específicamente la IA y la FIV como medios que han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces³³.

³¹ Cfr, N, PERDOMO, *La Procreación médicamente asistida y el derecho de familia en el Uruguay actual*, op.cit, página 126

³² Ley 35/1988 de 22 de noviembre. *Técnicas de Reproducción Asistida*. España, 1988.

³³ *Técnicas de Reproducción Asistida*, op. cit.

“La inseminación artificial con semen del marido o del varón de la pareja o con semen de un donante, se viene realizando desde hace bastantes años. Concretamente en España, el primer banco de semen data del año de 1978 y han nacido ya unos 2.000 niños y niñas en dicha nación, y varios de miles en el resto del mundo por medio de este procedimiento”³⁴.

En el capítulo primero, se hacía referencia a los distintos supuestos que podrían derivar de la maternidad subrogada. En este contexto, la Ley 35/88 establece que “desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena. La primera consiste en que la madre ha gestado a una criatura con su propio óvulo. La segunda, por el contrario, la mujer sólo aporta ya sea, la gestación o solamente su óvulo, pero no ambos”³⁵.

Según la legislación española y específicamente en referencia a la tantas veces mencionada Ley 35/88, se prohíbe expresamente el contrato de maternidad subrogada. La Ley 35/88 dispone que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante de un tercero”³⁶. Además, establece también que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución (maternidad subrogada) será determinada por el parto”³⁷.

En conclusión, la Ley española aborda el tema de las TRA como una solución al problema de la esterilidad en las parejas. Con la IA y la FIV nacen nuevas formas de procreación como alternativa a dichos problemas. Siendo la maternidad subrogada una derivación de las TRA, un contrato de éste tipo, se encuentra expresamente prohibido bajo la legislación española. En caso de que un niño o niña naciere bajo la figura de la maternidad subrogada, se entenderá que la madre legal será aquella que ha dado a luz a esa criatura.

³⁴ Ibidem

³⁵ Ibidem

³⁶ Ibidem

³⁷ Ibidem

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

3.1 La Maternidad en el Ecuador conforme al Código Civil ecuatoriano

En 1860, año en que nuestro Código Civil fue promulgado e incorporado al sistema, era impensable regular las técnicas de Reproducción Asistida, entre ellas, la maternidad subrogada. Para efectos de abordar ésta práctica, es necesario tomar en cuenta cuál ha sido el espíritu del legislador en lo que respecta al artículo 60 del antes mencionado cuerpo legal. Dicho artículo establece que el nacimiento es el hecho que fija la existencia legal de una persona. Cuando el niño o niña se encuentra todavía en el vientre materno, sin negar que tiene derechos, su existencia legal se encuentra suspensa hasta que la criatura sea separada completamente de su madre.

Posteriormente, en el artículo 261 del Código Civil estipula que la maternidad es un hecho, éste hecho deriva en el ser una mujer la verdadera madre. Esta estipulación exige que se cumplan dos condiciones, la primera, el nacimiento del hijo o hija y la segunda la identidad del mismo. “No es suficiente que una mujer de a luz un hijo para que se le considere madre de éste, es necesario establecer que dicho hijo

es el mismo que la mujer dio a luz; esto es, que haya identidad entre quien pasa por hijo de tal mujer y el que ésta dio a luz en realidad”³⁸.

Paralelamente se preve la posibilidad de impugnación de la maternidad, pero únicamente por motivos falsedad del parto o la suplantación del pretendido hijo al verdadero. La regla general está clara, la mujer que de a luz un niño o niña se entenderá que ese hijo o hija que es suyo, y en caso de impugnación, solo por las causales antes mencionadas, se deberá probar lo contrario.

A partir de lo que se puede entender del artículo antes mencionado, es posible realizar un breve análisis sobre la importancia por la cual nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que madre será aquella que de a luz. Durante el período gestacional, el feto realiza importantes interacciones con el fluido amniótico, el útero, los sonidos, los cambios hormonales, y responde a los estímulos de todos ellos, actividades vitales para un buen desarrollo del cerebro³⁹. Algunos de los estudios prenatales realizados han demostrado que lo que la madre siente a lo largo del embarazo como por ejemplo su estado mental, ejercen una influencia muy importante pues estas producen cambios artificiales que pasan a través de la placenta⁴⁰.

Teóricamente y como ya se mencionó, la maternidad biológica esta dada por quien lleva al niño en su vientre y lo da a luz, se fija por el hecho del nacimiento o parto. La maternidad genética esta dada por quien aporta el material genético, en este sentido sería la madre genética aquella que aporta su óvulo para la consecución de un embarazo. Y la maternidad legal es a quien la ley la atribuye esta calidad. De acuerdo a la interpretación personal del artículo 60 del Código Civil, en el Ecuador la maternidad legal siempre será atribuida a aquella mujer que dio a luz a una criatura. Ésta interpretación excluye como madre legal a la mujer que proporcionó el material genético o a aquella quien realmente quiere obtener la maternidad. “Madre legal será

³⁸ C, ROMERO, *La Maternidad (tesis de grado)*, Facultad de ciencia jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 1981, página 45

³⁹ M, SONIA, *Derecho y Reproducción Asistida*, Editora jurídica Cevallos, Quito, 2006, página 72

⁴⁰ Ibidem, página 73

siempre la que ha dado a luz, con independencia de que aquella proporcione el óvulo o proceda de la madre de deseo o de otra donante”⁴¹.

La maternidad es uno de los elementos más importantes de la filiación, ya que la maternidad deriva de un hecho visible, tangible que no puede ignorarse, además de que admite como prueba directa el parto⁴². La mujer a la que se realiza la implantación del embrión es, jurídicamente, la madre del niño o niña, debido a que la maternidad se determina por el parto⁴³.

Existe otra razón fundamental para darle preferencia a la madre gestante con un óvulo ajeno. Esto consiste en que el aporte biológico que la madre gestante hace durante la etapa del embarazo, derivado de la nutrición y del cuidado embrionario del nacido, debe prevalecer por sobre la aportación genética⁴⁴.

A manera de conclusión, se puede decir que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la maternidad biológica y la maternidad legal, recaen siempre en la misma persona, ya que las dos se determinan por el hecho del nacimiento o parto. Es decir, tanto la madre legal, como biológica será aquella que ha dado a luz al niño o niña, independientemente de si existe donación de óvulo o utilización del mismo por la madre gestacional. En caso de la maternidad subrogada, se le atribuye la maternidad legal a aquella mujer que ha gestado y dado a luz a un niño o niña. “En cualquier caso y sin cuestionar el alcance de las variantes que puedan existir, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo”⁴⁵.

⁴¹ I, BENÍTEZ, *Genética Humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*, ediciones Akal, Andalucía, 2002, página 214

⁴² C, ROMERO, *La Maternidad* op. cit, página 45

⁴³ E, ZAMBRIZZI, *La Filiación en la procreación asistida*, editorial el Derecho, Buenos Aires, 2004, página 166.

⁴⁴ Ibidem, página 169

⁴⁵ Ibidem, página 171

3.2 El Interés Superior del Niño o Niña de acuerdo al Código de la Niñez y Adolescencia

Alrededor del tema de la maternidad surrogada, lo que generalmente se encuentra en discusión es el embarazo, dejando de lado una de las cuestiones de mayor trascendencia, como es el interés superior del niño o niña. El código de la Niñez y Adolescencia, establece y hace énfasis en ese interés que le pertenece a todo niño o niña, el cual constituye un principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos, e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento⁴⁶.

Al ser la maternidad subrogada una práctica derivada de las TRA, se debe tomar en cuenta que, más allá del deseo de procrear por métodos alternativos, una vez que no se ha podido concebir por métodos naturales, el fin de la maternidad subrogada se encuentra orientada a traer un niño o niña al mundo y por ello, sus derechos deberán ser respetados, por más de que aún no nazca. Es indudable, que el derecho a la vida es uno de aquellos derechos que se aplica para todas las personas sin distinción alguna.

Es preciso agregar que el Código de la Niñez y Adolescencia hace referencia a la familia, aspecto indispensable para la formación y desarrollo de los niños. Sin dejar de lado que la familia puede estar constituida por uno de los padres en ciertas

⁴⁶ Artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, “El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”

ocasiones o de parientes cercanos por razones especiales. El artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia recalca el derecho a tener una familia, considerando que el niño o niña debe desarrollarse y vivir con su *familia biológica*, entendiéndose ésta como la madre que da a luz. En el Derecho nada es absoluto, la interpretación de las normas se encuentran generalmente en discusión, lo que quiere decir que en cuanto a la norma antes mencionada respecto a la familia, podrán darse casos como es la adopción, en donde los niños no se desarrollarán con su familia biológica, sin embargo siempre, se debe preservar es el interés superior del niño.

El artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia protege la vida a partir de su concepción y prohíbe las manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento. La maternidad subrogada, realizada mediante la FIV, involucra la manipulación médica a la que hace referencia el artículo antes mencionado, por lo que constituiría una práctica contraria al ordenamiento jurídico, por ende al orden público. Este aspecto lo analizaremos más adelante en detalle, por tratarse de una norma fundamental con respecto a la Maternidad subrogada.

3.3 Proyecto de Ley

Entre los años de 1998-1999, se trabajó un proyecto de Ley de la Familia, el cual fue presentado al Congreso Nacional en el mes de julio del año 2000. Dicho proyecto entre otros avances contempló la regulación de las TRA. Recordemos que de acuerdo a la norma existente sobre maternidad en nuestro Código Civil, “la madre subrogada carece de acción legal para reclamar a la madre subrogante o biológica que cumpla con lo convenido y entregue al hijo que ha dado a luz, por más de que se predique que es aquella y no esta última la que cultiva vocación maternal o voluntad procreacional”⁴⁷

En el Proyecto, uno de sus artículos disponía la maternidad subrogada “estableciendo la posibilidad de arrepentimiento eficaz de la madre portadora hasta después del nacimiento, aunque jamás después de verificada la entrega del niño o

⁴⁷ Comisión de la mujer. *Proyecto del Código de Familia ecuatoriano*. Ecuador, 2000.

niña, por lo que se le quitaba a la madre genética toda posibilidad de accionar contra la portadora”⁴⁸. Ello quiere decir, que si la madre subrogante cumple voluntariamente el pacto, queda de manifiesto su ausencia de vocación y la criatura será hija de la madre genética, sin que pueda reclamársele su restitución⁴⁹

En conclusión, se puede decir que, madre legal de acuerdo a la norma existente sobre maternidad en el Código Civil, será siempre, aquella que de a luz al niño o niña. De existir la posibilidad de implementación de ese proyecto Código de Familia a nuestro ordenamiento jurídico, se entenderá que madre legal será aquella que ha dado a luz al niño o niña a menos que voluntariamente renuncie a su maternidad y entregue la criatura a la madre genética o vocacional, quien en este caso pasará a ser la madre legal. En este punto cabe recalcar que, si la madre biológica renuncia a su derecho materno- filial, el trámite para el cumplimiento de la entrega del niño o niña a la madre genética o vocacional se deberá realizar por medio del trámite ordinario de la adopción que nuestra legislación provee. Este procederá una vez que el niño o niña haya nacido. Además cabe dejar claro que dentro de nuestro ordenamiento jurídico actual, no existe la adopción prenatal como figura legal.

3.4 Naturaleza Jurídica del Contrato de Maternidad Subrogada

Todo contrato, cualquiera que él sea, debe ser estudiado desde el punto de vista funcional (contenido y finalidad) y desde el punto de vista estructural (elementos y modo del formación)⁵⁰. La utilidad de los distintos contratos como fuente de obligaciones y la variedad de intereses en cada uno de ellos, nos obliga a clasificarlos dependiendo de sus objetivos, realidades y características propias.

3.4.1 Contrato Innominado

Dentro de la clasificación de los contratos, encontramos a aquellos que no están establecidos expresamente en la legislación, pero que sin embargo su existencia

⁴⁸ S, MERLYN, Consideraciones acerca del inicio de la persona natural en el derecho ecuatoriano, <http://www.revistapersona.com.ar/Persona34/34Merlyn.htm>, Ecuador (15 de Febrero de 2007).

⁴⁹ Comisión de la mujer. *Proyecto del Código de Familia ecuatoriano*, op. cit

⁵⁰ J, MELICH. *Doctrina General del Contrato*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993 página 22

es aceptada por la misma. Se trata de los contratos innominados o atípicos. Su organización es totalmente dejada al arbitrio de los contratantes⁵¹. No es ninguna sorpresa el que existan estos tipos de contratos, ya que en base al principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden llegar a tantos acuerdos como fueren necesarios. Sin embargo, se debe siempre respetar el marco legal, ya que la autonomía de la voluntad consiste en “la invitación que el legislador les hace a los particulares para que éstos, mediante sus actos jurídicos, participen en la función reguladora de la vida social”⁵².

El Ecuador no contempla la existencia expresa del contrato de maternidad subrogada, no constituye un contrato nominado al no encontrarse regulado formalmente bajo las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, al pensar en la posible existencia de un “contrato” de maternidad subrogada, es pertinente clasificarlo dentro de los contratos innominados. “Lo que puede suceder es que las partes interesadas celebren un contrato completamente disconforme con los tipos disciplinados por la ley, cosa que perfectamente lo pueden hacer por la autorización que les otorga la norma básica de la autonomía contractual o de la voluntad”⁵³.

Lo que preocupa respecto de los contratos innominados es que las partes, por más de que están amparadas por el principio de la autonomía de la voluntad, no pueden actuar con absoluta libertad. Hay que recordar que el efecto de los contratos innominados tiene que cumplir siempre una función relevante a los ojos de las orientaciones en las que se inspira el derecho y que deben estar dirigidos a la satisfacción de intereses dignos de tutela por parte del derecho⁵⁴. El principio de la autonomía de la voluntad tiene sus límites y es que las partes deben cumplir con las disposiciones comunes a los contratos típicos. En materia contractual, se debe tener

⁵¹ Cfr, J MELICH *Doctrina General del Contrato*, op. cit. ,página 51

⁵¹ O, FERNÁNDEZ, Melich *Doctrina General del Contrato*, op. cit. ,página 51

⁵² O, FERNÁNDEZ. *Teoría General del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Cuarta edición Temis. Colombia, 1994 página 29.

⁵³ R, SCOLOGNAMIGLIO, *Teoría General del Contrato*. Casa editorial Dr. Francesco Vallardi. Milán 1961 página 181

⁵⁴ Cfr, R, SCOLOGNAMIGLIO, *Teoría General del Contrato*, op. cit. , página 182.

en cuenta que la mayoría de las disposiciones legales son supletorias de la voluntad de las partes, esto es, dirigidas tan solo a suplir el silencio o la insuficiencia de la previsión de las partes.

3.4.2 Similitud con el Contrato de Arrendamiento

La figura de la maternidad subrogada y como vulgarmente se la ha conocido, alquiler de vientre, tal como su nombre lo indica, ha sido asimilada a uno de los contratos más utilizados en nuestro medio, como es el de arrendamiento. Me atrevería a decir que el término “alquiler de vientre” esta equívocamente utilizado, ya que si bien es cierto que la maternidad subrogada en algo se parece al arrendamiento, no considero que posea todas sus características.

El “arrendamiento” de útero no encaja perfectamente en ninguna de las clasificaciones que hace nuestro Código Civil en su artículo 1856 sobre las clases de arrendamiento. La primera consiste en el arrendamiento de cosa. El útero si bien es una parte del cuerpo, este no se encuentra separado del cuerpo de una mujer, por lo que no se le puede considerar en sí una cosa. Una parte del cuerpo que no se encuentra aún separada integra el sustrato físico de la persona y participan de su naturaleza, pero una vez separadas corresponde clasificarlas jurídicamente como “cosas”, y asignarle el carácter de “real” al derecho que la persona ejerce sobre ellas⁵⁵. Por lo antes mencionado, el útero no es una parte ni renovable ni una parte que para cumplir su función pueda ser separada del cuerpo de una mujer, y por ende no se puede considerar como una “cosa”.

En segundo lugar, el que sea un contrato de locación de obras, queda excluido del tema de la maternidad subrogada. En dicha clase de contrato, una persona se compromete con otra a realizar una determinada obra y a recibir un precio por ello. De ninguna manera se puede considerar que exista un arrendamiento de obra, ya que la formación y desarrollo del embrión para convertirse en ser humano no es una obra, no es como una pintura, o la confección de un traje. Un niño no es una comunidad

⁵⁵ R, STIGLITZ, *Contratos Teoría General tomo II*. Editorial Desalma Buenos Aires 1993 página 203

de bienes susceptible a “arrendar”, lo que de alguna forma se “confeccionaría” en el útero sería la criatura misma, que de ninguna manera es susceptible de trasacción. El embrión es una persona en potencia y por tanto no se le puede clasificar como una obra”⁵⁶.

Por ultimo, en cuanto al arrendamiento de servicios, ha sido la que más se ha asemejado con el “contrato” de maternidad subrogada, al considerar que se trata de un servicio que la madre subrogante está brindando para con la madre subrogada, a cambio de una contraprestación económica. Si bien se podría establecer que la maternidad subrogada se trata de un servicio, es sin duda un servicio de carácter especial, debido a que no consiste en un servicio material, sino uno natural. En el tema que nos ocupa, el servicio contempla riesgos para ambas partes y su cumplimiento también depende de éstas.

Si bien existen grandes diferencias entre lo que es la verdadera figura del arrendamiento y el llamado alquiler de vientre, no se puede dejar de lado que dicha figura podría abarcar algunos elementos del arrendamiento.

3.5 Características del posible Contrato de Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada, como un contrato innominado, debe regirse al igual que los contratos nominados por las reglas generales de la Doctrina de los contratos. De acuerdo al artículo 1454, un contrato 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”. En el artículo antes mencionado, el espíritu del legislador apunta a que contrato y convención es lo mismo. Existe mucha discusión al respecto y se podría usar los dos términos como sinónimos, sin embargo comparto la opinión que tiene el autor colombiano *G. Ospina* respecto a que la convención vendría a ser el género y contrato una especie, ya que todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato. “Las convenciones son acuerdos de las voluntades de dos o más agentes encaminados a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

⁵⁶ *Técnicas de Reproducción Asistida*, op. cit, página 28

Pertencen a éste género los contratos que son la fuente principal de las relaciones obligatorias”⁵⁷.

La maternidad subrogada vendría a ser una convención entre dos partes, encaminadas a crear obligaciones recíprocas; la una de entregar el niño o niña al momento del nacimiento y la otra dar algo a cambio, lo que podría ser una remuneración económica en la mayoría de los casos, dependiendo si el contrato sería oneroso o gratuito, cuestión que lo estudiaremos más adelante. Todas estas obligaciones recíprocas entre las partes vendrían a formar un contrato de maternidad subrogada.

3.5.1 La Maternidad Subrogada como Contrato Consensual

Cabe hacer otra distinción de los contratos en relación a su forma de perfeccionamiento y en este sentido se los puede clasificar en consensuales, reales y solemnes. Se llama real cuando no basta el simple consentimiento, sino que se requiere la entrega de la cosa objeto del contrato. Se habla de un contrato solemne cuando para el perfeccionamiento del contrato, se requiere que las partes cumplan con ciertas formalidades. El contrato se llama consensual cuando se perfecciona por el simple consentimiento de las partes.

El “contrato” de maternidad subrogada vendría a ser un contrato consensual, ya que se perfecciona con el consentimiento de ambas partes. El hecho de que la mujer que accede a que se haga uso de su útero, para entregar al niño o niña después del nacimiento y que la madre subrogada acceda a pagar una cantidad de dinero, en el caso de que éste contrato sea oneroso, constata que existe un perfeccionamiento de dicho contrato, por tanto, de carácter consensual. De igual manera sucede en el caso de que el “contrato” sea gratuito, ya que el acuerdo de voluntades se da por el consentimiento que manifieste cada una de las partes. Es decir, el contrato de maternidad subrogada es de carácter consensual, ya que se perfecciona con el simple consentimiento, sea este bilateral o unilateral, oneroso o gratuito.

⁵⁷ G, OSPINA, *Teoría General del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, op. cit, página 43

3.5.2 La Maternidad Subrogada como Contrato Bilateral o Unilateral

Los contratos pueden ser unilaterales o bilaterales, dependiendo si solo una de las partes se obliga para con otra o si las partes se obligan recíprocamente⁵⁸. Existen contratos unilaterales y bilaterales, y dicha distinción no se basa ni en el número de partes ni en el número de declaraciones de voluntades⁵⁹. Ésta distinción es importante respecto al número de prestaciones que nacen del contrato y de la relación que estas prestaciones tienen entre unas y otras. El “contrato” de maternidad subrogada podría ser tanto bilateral como unilateral, dependiendo de que de éste surjan obligaciones por parte de una o de ambas partes. Analizaremos en primer lugar la figura de la maternidad subrogada a la luz del contrato bilateral.

La maternidad subrogada podría ser un contrato bilateral o sinalagmático, en el que cada una de las partes se encuentra obligada al cumplimiento de una prestación. Es importante que estas prestaciones estén en relación de interdependencia entre sí, de modo que cada una de estas sea recíproca y en consecuencia, cada parte vendría a ser deudora y acreedora al mismo tiempo. De igual forma, ésta reciprocidad implica que para poder calificar un contrato como bilateral, se requiere que las obligaciones contrapuestas surjan en el mismo momento, esto es, que coexistan y no basta que se siga una después de otra⁶⁰.

Por otro lado, la maternidad subrogada podría ser un “contrato” unilateral. Consiste en que solo una de las partes está obligada hacia con la otra, quedando en la posición exclusiva del deudor⁶¹. El contrato unilateral por principio está compuesto por dos partes, y como ya se dejó, cabe recalcar que la diferencia no está en el número de partes sino en el número de prestaciones que surge del contrato como tal.

⁵⁸ Artículo 1455 del Código Civil ecuatoriano “ 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”

⁵⁹ Cfr, J, MELICH, *Doctrina General del Contrato*, op. cit, página 37.

⁶⁰ Ibidem, página 38

⁶¹ Cfr, R, STIGLITZ, *Contratos. Teoría General Tomo II*, op. cit, página 44

Independientemente de esto, en un “contrato” de maternidad subrogada siempre deberán existir dos partes.

Al establecer que la maternidad subrogada podría ser un contrato unilateral, la figura se asemejaría más a la donación, ya que conceptualmente, tanto en una donación como en un contrato de maternidad subrogada unilateral, una de las partes se compromete a cumplir con una prestación, sin recibir nada a cambio. En el caso de la maternidad subrogada, siendo el fin último la procreación de un niño o niña con aporte del embrión de una pareja estéril, solamente la madre subrogante, es decir, aquella que gesta al bebé, será la que debe cumplir la obligación de entregar a la criatura después de su nacimiento, a los padres genéticos. Por lo tanto, al estar en el supuesto de un “contrato” unilateral, éste deberá ser gratuito, característica que analizaremos enseguida.

3.5.3 La Maternidad Subrogada como Contrato Oneroso o Gratuito

En los contratos a título gratuito se tiene por objeto la utilidad solo de una de las partes, mientras que en los contratos onerosos se tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes⁶². La maternidad subrogada puede ser como un contrato oneroso, siendo éste bilateral y por ende existiendo dos obligaciones recíprocas que derivan del contrato como son: la entrega del niño o niña al momento del nacimiento a los padres genéticos y por otro lado la entrega del dinero a la madre subrogante, previamente pactado. Por otro lado, podría la maternidad subrogada ser un contrato a título gratuito, en el que solamente una de las partes, en este caso, la madre subrogante, se obliga a entregar al niño o niña al momento del nacimiento a sus padres genéticos.

El contrato oneroso se caracteriza pues, porque cada parte hace un sacrificio, en la mayoría de los casos económico, para conseguir como contrapartida una ventaja

⁶² Artículo 1456 del Código Civil ecuatoriano, “ 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”

de la otra. Pero en el caso de la maternidad subrogada se debería hablar también de un sacrificio físico, psicológico y moral. La onerosidad es una característica que se da siempre en los contratos bilaterales, pero hay que tener cuidado de no confundir éstas dos características como una sola ya que “la onerosidad hace alusión al cambio de prestaciones, pero no a la reciprocidad entre ellas, que por el contrario es lo característico de la bilateralidad del contrato”⁶³. No es necesaria una relación de equivalencia entre la prestación y la contraprestación ya que se admiten grados que se orientan en forma negativa o positiva habiendo un beneficiado y un perjudicado⁶⁴.

En el tema de la maternidad subrogada puede o no haber una utilidad equivalente para ambas partes, eso dependerá de consideraciones subjetivas referentes a cada caso. Podría ser que para la madre subrogante al recibir \$1.000 por gestar un embrión de otra persona le constituya un gran beneficio y que para la madre subrogada el poder tener un hijo con genes propios pueda ser invaluable. Sin embargo, para otras personas, será más o menos, el beneficio dependiendo de sus necesidades o anhelos propios.

Como se mencionó, el “contrato” de maternidad subrogada puede ser también gratuito, siendo en éste caso un contrato unilateral. Dicho contrato supone el cumplimiento de un sacrificio unilateral. Según la doctrina, el contrato gratuito ha sido subdividido en dos grupos: A) contratos de beneficencia o desinteresados y B) liberales. Los primeros se refieren cuando una persona procura una ventaja gratuita a otra pero sin empobrecerse ella misma⁶⁵. El segundo en cambio se refiere a que una persona enriquece a otra gratuitamente, disminuyendo su propio patrimonio⁶⁶. Bajo estos supuestos, se le podría situar al “contrato” de maternidad subrogada, en el segundo caso, ya que no existe ningún empobrecimiento de carácter económico, pero sí un sacrificio o ayuda física por parte de una persona que accede a gestar en su vientre el embrión de una pareja.

⁶³ J, Melich, *Doctrina General del Contrato*, op. cit, página 42

⁶⁴ Ibidem, página 49

⁶⁵ Ibidem, página 43.

⁶⁶ Ibidem, página 43

De acuerdo a lo que se ha podido estudiar, si se llegara a aceptar la validez los contratos de maternidad subrogada, considero que en su mayoría podría tratarse de contratos onerosos, debido a que la mayoría de mujeres que acceden a gestar el niño o niña de otra pareja, lo hacen únicamente por necesidades económicas. Sin embargo, quedan al margen ciertos casos especiales, cuando una hija, hermana, o amiga de otra, por una ayuda o colaboración desinteresada, a manera de sacrificio o favor, lo hacen sin recibir nada a cambio. En este segundo caso estaríamos hablando de un contrato a título gratuito de maternidad subrogada.

3.5.4 La Maternidad Subrogada como Contrato Conmutativo o Aleatorio

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 debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio⁶⁷.

Por otro lado, “el contrato es aleatorio cuando esa ventaja, en relación con el sacrificio que por ella se paga, no resulta determinable en el momento de la celebración del contrato y que al menos para una de las partes, no le reporte una ventaja en relación con el sacrificio que hace”⁶⁸. El término aleatorio viene de “alea”, que significa precisamente suerte o azar⁶⁹.

El “contrato” de maternidad subrogada puede ser un contrato conmutativo, ya que existe una ventaja que cada parte pretende obtener de la otra y el sacrificio que ofrece a cambio de aquellas, pueden ser determinados por cada parte en el mismo momento de la celebración del contrato⁷⁰. En conclusión, el “contrato” de maternidad subrogada puede ser un contrato oneroso conmutativo ya que las

⁶⁷ Artículo 1457 del Código Civil ecuatoriano, “El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira 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”

⁶⁸ J, MELICH, *Doctrina General del Contrato*, op. cit, Página 44

⁶⁹ Cfr, G, OSPINA, *Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, op. cit, página 55

⁷⁰ Cfr, J, MELICH. *Doctrina General del Contrato*, op. cit, página 44

prestaciones entre las partes se miran como equivalentes entre sí. Tanto la madre subrogada como la madre subrogante y sus respectivos esposos en caso de haberlos. Ambas partes quedan satisfechas, la primera utilizando el vientre de la otra para gestar a su hijo y la segunda recibiendo una remuneración a cambio.

3.5.5 La Maternidad Subrogada como Contrato Principal o Accesorio

El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella⁷¹.

Al respecto, observa el autor colombiano *Jaime Rodríguez Fonnegra*, que “no hay contratos principales y accesorios, según subsistan por sí mismos o no, respectivamente, pues todo contrato subsiste por si mismo. Lo que hay es contratos que producen obligaciones principales y contratos que producen obligaciones accesorias”⁷².

Si bien del contrato de maternidad subrogada nacen obligaciones tanto principales como accesorias, podría ser un contrato que subsistiría por sí mismo sin necesidad de una convención, por tanto, sería un contrato principal.

3.6 Requisitos de Validez del Contrato de Maternidad Subrogada

Son condiciones de existencia del acto jurídico, aquellas sin las cuales no puede formarse, o no puede nacer a la vida del derecho como son la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades⁷³. Son condiciones de validez aquella que, si bien pueden faltar en el acto, su concurrencia le da una existencia sana⁷⁴. Cabe mencionar que la falta de algún requisito de validez no impide la existencia de un acto, pero lo

⁷¹ Artículo 1458 del Código Civil ecuatoriano

⁷² J, RODRÍGUEZ, *De la compraventa y materias aledañas*, Ediciones Lerner número, Bogotá, 1960 citado por G. Ospina, *Teoría General del contrato y de los demás negocios jurídico*, op. cit, página 65.

⁷³ Cfr, A. ALESSANDRI, *Tratado e Derecho Civil Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1998 página 193.

⁷⁴ Cfr, A, ALESSANDRI, *Tratado de Derecho Civil Tomo II*, op. cit, página 193.

vicia y permite anularlo⁷⁵. Los requisitos de validez que entraremos a analizar a continuación son: la capacidad de las partes, la voluntad no viciada y el objeto y causa lícitos.

3.6.1 Capacidad

La capacidad legal consiste en poder obligar por si misma sin autorización de otra, de acuerdo al artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano. El poder ser parte de un contrato requiere tener personalidad jurídica⁷⁶. La idea de persona en el lenguaje jurídico se traduce a sujeto de derecho y todo individuo adquiere capacidad jurídica por el hecho del nacimiento. El concepto de personalidad jurídica se vincula con el de capacidad jurídica, siendo esta la “aptitud que se tiene según el ordenamiento jurídico positivo de ser titular de derechos y deberes, lo que equivale a decir que la capacidad jurídica es la medida de la personalidad jurídica reconocida”⁷⁷. A la incapacidad se le conoce como una privación de la capacidad, lo que afecta a los contratos.

Es menester hacer una distinción aunque muy básica, importante sobre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La primera es aquella que es inherente a todas las personas, aquella aptitud para adquirir derechos. La segunda en cambio es la “aptitud legal de una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones”⁷⁸. Es la capacidad de ejercicio la que se debería tomar en cuenta para la maternidad subrogada pues en principio y de acuerdo a lo que estipula el artículo 1462 del Código Civil ecuatoriano, todas las persona son capaces para celebrar contratos o actos jurídicos. En definitiva, “todo individuo, por el solo hecho de ser persona, tiene la capacidad de goce, esto es, la aptitud para adquirir derechos; pero para ejercitarlos es preciso que tenga discernimiento, vale decir, facultad para comprender el alcance de sus actos y que no esté declarado por la ley”⁷⁹.

⁷⁵ Ibidem, página 193.

⁷⁶ Cfr, J, MELICH, *Doctrina General del Contrato*, op. cit, página 66

⁷⁷ Ibidem, página 67

⁷⁸ C, DUCCI, *Derecho Civil parte general. Cuarta edición*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1995 página 281

⁷⁹ J, MELICH, *Tratado de Derecho Civil Tomo I*, op. cit., Página 149-150

La incapacidad puede ser absoluta o relativa, para los incapaces absolutos se les impide ejecutar actos jurídicos, por lo que sus actos no surten obligación alguna. Respecto a la capacidad relativa, permite la celebración de actos jurídicos, los cuales pueden tener valor en ciertas circunstancias. Personas que sean consideradas absolutamente incapaces por nuestro Código Civil, como son los impúberes, los dementes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito no podrán ser sujetos de contratación. “La incapacidad de los dementes y los impúberes obedecen a causa físicas, pero la incapacidad del sordomudo que no puede darse a entender por escrito radica en una falta de medios para expresar cabalmente su voluntad que lo anima”⁸⁰. Bajo estos supuestos, las partes, en un que se encuentren categóricamente declarados como incapaces absolutos, no podrán serlo de un “contrato” de maternidad subrogada.

Son incapaces relativos de acuerdo a nuestro Código Civil, los menores adultos y los disipadores que se encuentran bajo interdicción de administrar sus bienes. Se refiere a menor adulto, todo varón mayor de 14 y mujer mayor de 12 que aún no ha cumplido 18 años. Los actos de estas personas son válidos y producen efectos cuando han sido ejecutados con la autorización de su representante legal. Por otro lado, se entiende que si el disipador no ha sido puesto bajo interdicción es plenamente capaz.

Para explicar la ineficiencia del contrato celebrado por una persona que la ley no ha declarado incapaz, pero que se encuentra en un estado de privación de las facultades psíquicas normales de una persona adulta como son la ebriedad, el sonambulismo; la doctrina suele hablar de incapacidad natural. La incapacidad legal en cambio opera de jure, por cuanto responde a una situación del sujeto objetivamente comprobable y tal como lo establece el inciso segundo del artículo 1461 que “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma, y sin ministerio o autorización de otra”.

⁸⁰ A, ALESSANDRI, *Tratado de Derecho Civil Tomo I*, op. cit, página 250

La capacidad es uno de los requisitos de validez de los contratos y por tanto, este requisito debería ser analizado en todo “contrato” de maternidad subrogada sin duda alguna. Es conclusión si una o las dos partes en el llamado “contrato” de maternidad subrogada es incapaz absoluto, no podrán nacer de éste obligaciones, por tanto no podrán ser sujetos de contratación.

3.6.2 Consentimiento

Para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicios⁸¹. En los contratos jurídicos unilaterales se habla de una voluntad, pero en los contratos bilaterales es propio hablar de consentimiento, el cual consiste en el acuerdo de voluntades de dos o más persona, dirigido a lograr un resultado jurídico⁸².

El consentimiento es el segundo requisitos de validez de los contratos, que como mencionamos anteriormente constituye un acuerdo de voluntades y por ello es conveniente plasmar las palabras empleadas por el autor francés Baudry-Lacanti “yo puedo querer por mí solo, pero no puedo consentir solo, porque el consentimiento es un concurso de voluntades”⁸³. En el tema que nos ocupa, una mujer puede querer que otra mujer sea la portadora de su hijo, pero nada será posible si no existe ese consentimiento de la madre portadora para llevar el bebé de la primera. El contrato de maternidad subrogada depende del consentimiento de las partes para poder perfeccionarse, por ello, éste es uno de los elementos de mayor importancia dentro de los requisitos de validez.

El consentimiento resulta ser una unión de las manifestaciones de las partes para que se pueda llevar a cabo el acto jurídico. Cabe dejar claro, que el consentimiento opera de igual manera, tanto en el contrato bilateral oneroso como en el unilateral gratuito. “Vimos que a la formación del consentimiento concurren la

⁸¹ Artículo 1461 numeral 2 del Código Civil ecuatoriano

⁸² Cfr, A, ALESSANDRI, *Tratado de Derecho Civil Tomo II*, op. cit, página 194

⁸³ J, MELICH, *Doctrina General del Contrato*, op. cit, página 99.

voluntad de cada una de las partes y su manifestación”⁸⁴, y que con frecuencia, los contratos inician con ciertas propuestas dirigidas por una de las partes a otra y dependiendo de la propuesta se llega a una aceptación de la misma o no. En muchos contratos, la oferta y la aceptación se realizan en un mismo momento, de modo que las partes no pueden dudar en el momento en que se ha formado el consentimiento⁸⁵.

En el presente caso, quien hace la oferta por lo general es la madre subrogante y quien decide si aceptarla o no es la madre subrogada, aunque pueden plantearse situaciones inversas. La oferta es un acto jurídico por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato en términos tales que, para que éste quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte, cuando se trate de un contrato consensual⁸⁶.

Como hemos mencionado anteriormente, para que se pueda formar el consentimiento en estricto sentido, es necesario que se de la aceptación. La aceptación es el acto por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella⁸⁷. Dicha aceptación es libre, en el sentido de que el destinatario de la oferta puede darla o negarla. Por ello, suponiendo que la madre subrogante haga su oferta, pero que la madre subrogada no quiera aceptarla en esas condiciones, la primera queda libre de retirar su oferta. La aceptación a la oferta realizada por una de las partes significa que, a partir de ese momento, existe un consenso de voluntades para que el contrato pueda quedar perfeccionado.

Vicios del Consentimiento:

Los vicios que pueden adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1467 del Código Civil ecuatoriano. La sanción a los vicios del consentimiento se ha formado como una protección de la libertad individual y una garantía de la autonomía de la voluntad⁸⁸.

⁸⁴ Cfr , R, STIGLITZ, *Contratos. Teoría General del Contrato*, op. cit, página 87.

⁸⁵ Cfr, J, MELICH, *Doctrina General del Contrato*, op. cit, página 115.

⁸⁶ A, ALESSANDRI, *Tratado de Derecho Civil Tomo II*, op. cit, página 205

⁸⁷ Ibidem, página 207

⁸⁸ Cfr, C, DUCCI, *Derecho Civil*, op. cit, página 258.

Error:

El error puede definirse como el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa; o creer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero⁸⁹. En primer lugar, cabe hacer una diferencia entre el error de hecho y el error de derecho. El error de hecho se refiere al concepto equivocado que se tiene de una persona, cosa o hecho como se mencionó anteriormente, que, de acuerdo al artículo 1469 del Código Civil, el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra. Es menester mostrar un ejemplo sobre la materia que se trata. X tiene serias necesidades económicas, y ha escuchado que algo sobre la maternidad subrogada y su beneficio económico. Resulta que X se contacta con Y quien se encuentra buscando una madre subrogante. Finalmente se firma un contrato de maternidad subrogada entre X y Y, pero días posteriores X se da cuenta de que lo que ella entendía por el término “maternidad subrogada” era el cuidado de un bebé por los primeros 3 meses. Con este breve ejemplo, se puede comprender de una mejor manera que, existió error en el hecho sobre lo que X entendió como maternidad subrogada.

Por otro lado, el artículo 1470 del Código Civil establece que el error de hecho vicia 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. En el presente caso, el objeto sobre el cual recae el contrato es el uso del útero, por lo que una de las partes podría existir error en la calidad del objeto al establecer que el útero no se encuentra en condiciones físicas saludables como para portar el bebé de la otra parte. Sin embargo, el error en la calidad vicia únicamente cuando éste sea el principal motivo de una de ellas para contratar y este

⁸⁹ Cfr, A, ALESSANDRI, *Tratado de Derecho Civil Tomo II*, op. cit, página 222

motivo ha sido conocido por la otra parte de acuerdo a lo que estipula el artículo 1470 inciso segundo del Código Civil ecuatoriano.

El error de hecho sobre la persona en principio, no se podrá aplicar a la maternidad subrogada ya que lo importante no recae en quién sea la persona, sino que basta quien quiera hacerlo. Sin embargo, el artículo 1471 del Código Civil ecuatoriano establece que el error acerca de la persona con quien tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. En definitiva, podemos ver que la maternidad subrogada se acoge a la disposición del error de hecho en la persona siempre y cuando que se trate de una maternidad subrogada con donación de óvulos. Para explicar de mejor manera, pondremos un ejemplo. En el supuesto caso que X sea una mujer infértil, quien no puede retener el embrión en su útero y tiene a su vez un problema con sus óvulos. X consigue como donante de óvulos a Y, quien tiene su misma condición física como color de piel, pelo, ojos etc. Resulta que durante el procedimiento de FIV, se le implanta a Z (madre subrogante) los óvulo de Q en vez de los de Y, hecho conocido por la subrogante. En este caso, el error sí vicia el consentimiento por tratarse de la identidad de la persona, lo que es el motivo esencial para contratar.

Por otro lado, el error de derecho según el artículo 1468, no vicia el consentimiento. Ésta disposición tiene relación con la estipulación del Código Civil ecuatoriano, la cual establece que no se podrá alegar desconocimiento de la ley. Esto quiere decir que, aquél que haya contratado con una persona teniendo un concepto equivocado de la ley o ignorando una disposición legal, no puede alegar después este error para excusarse de cumplir sus obligaciones ni para pedir la nulidad del contrato⁹⁰. El error en el “contrato” de maternidad subrogada al igual que en los demás contratos, viciará el consentimiento siempre que éste sea un error de hecho.

⁹⁰ Ibidem, página 223

Fuerza:

De acuerdo al artículo 1472 del Código Civil, la fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio. Por otro lado, el artículo 1473 dispone que la fuerza viciará el consentimiento cuando se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el fin de obtener el consentimiento.

El segundo de los vicios es la fuerza, ésta es “el temor que experimenta una persona debido a una impresión física o moral, y que la obliga a manifestar su voluntad en un sentido determinado”⁹¹. La fuerza física se refiere al empleo de procedimientos materiales de violencia mientras que la fuerza moral se refiere a amenazas⁹².

Para que la fuerza pueda efectivamente viciar el consentimiento debe reunir tres condiciones: A) Injusta e ilegítima 2) Grave 3) Fuerza Determinante. La fuerza se entiende que es injusta o ilegítima cuando el procedimiento o la amenaza que se vale la persona que la ejerce, no son aceptados por la ley o el derecho⁹³. Se considera que la fuerza es grave cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo condición. Es conveniente decir que, ésta fuerza debe ser posible dentro de un contrato. Por último, la fuerza debe ser determinante, lo que quiere decir que éste debe ser empleado con el fin de obtener la declaración de voluntad o consentimiento como una respuesta a la fuerza utilizada. En base a lo antes mencionado, un “contrato” de maternidad subrogada que tenga los tres supuestos estipulados en líneas anteriores, constituirá fuerza, uno de los vicios del consentimiento.

Dolo:

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado según lo

⁹¹ Cfr, C, DUCCI, *Derecho Civil*, op. cit, página 271

⁹² Cfr, A, ALESSANDRI, *Tratado de Derecho Civil Tomo II*, op. cit, página 229

⁹³ Ibidem, página 231

establece nuestro Código Civil ecuatoriano en su artículo 1474. El Dolo es el tercer vicio del consentimiento y consiste en la intensión positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. En los actos o negocios jurídicos consiste en el empleo, por una de las partes, de maquinaciones, trampas, artificios, mentiras o engaños, respecto de otra persona, con el fin de inducirla a consentir un contrato, que, a no mediar dichas maniobras jamás habría celebrado⁹⁴.

El “contrato” de maternidad subrogada al igual que cualquier otro tipo de contrato dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puede viciarse, afectando uno de los requisitos de validez de los contratos. En caso de que el dolo sea determinante y que sea obra de una de las partes, acarrearía la nulidad relativa.

3.6.3 Objeto

Uno de los puntos de fundamental importancia dentro de los requisitos de validez de los contratos y de manera especial en el contrato de maternidad subrogada, es sin duda su objeto. “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”⁹⁵. “Los contratos tienen por objeto o la cosa que una de las partes contratantes estipula que se dará, y que la otra parte promete darle, o alguna cosa que una de las partes contratantes estipula que se hará o no se hará, y que la otra promete hacer o no hacer”⁹⁶. El objeto es el “qué” se han comprometido a efectuar las partes. Tampoco se debe confundir el objeto del contrato con el contenido del mismo, ya que el segundo involucra las reglas de conducta a que deben subordinarse las partes⁹⁷.

En los contratos típicos que se encuentran regulados por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, resulta más sencillo el determinar la licitud o ilicitud de su objeto. A diferencia de los antedichos contratos, el de maternidad subrogada se torna

⁹⁴ Cfr, A, ALESSANDRI, *Tratado de Derecho Civil Tomo I*, op. cit, página 237

⁹⁵ Artículo 1476 del Código Civil ecuatoriano, “Toda declaración de voluntad debe tener una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de declaración”

⁹⁶ J, MELICH, *Doctrina General del Contrato*, op. cit, página 181

⁹⁷ Cfr, R, STIGLITZ, *Contratos. Teoría General*, op. cit, página 160.

complejo, y requiere un análisis especial del objeto. Queda claro que, cuando las partes se ponen de acuerdo mediante su declaración de voluntad, lo hacen con el fin de obtener una operación jurídica-económica que entienden realizar, con el propósito, ya sea de crear, modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas obligacionales⁹⁸. El objeto del contrato puede contener varias obligaciones y cada una de estas obligaciones o declaraciones de voluntad debe tener un objeto, por tanto en un contrato pueden existir obligaciones lícitas y obligaciones ilícitas que contraríen al ordenamiento jurídico.

En el caso de la maternidad subrogada, las obligaciones que nacerían de dicho contrato, dependerán de acuerdo a lo que las partes estipulen, estas son en suma los efectos, producto de la operación jurídica llamada objeto. El objeto esencial materia del “contrato” de maternidad subrogada será el que una mujer ponga a disposición el uso de su útero para gestar en él el bebe de otra. No se debe olvidar que el objeto obedece a la pregunta “qué se deben las partes”⁹⁹ o “para qué” las partes quieren someterse a un contrato.

Para efectos de una mejor comprensión sobre la legalidad de un “contrato” de maternidad subrogada, es necesario tomar en cuenta la licitud o ilicitud del objeto. Nuestro Código Civil en su artículo 1478 menciona que existirá objeto ilícito en todo lo que contravenga al Derecho Público Ecuatoriano. Se puede considerar como Derecho Público, aquellas normas que son los cimientos de una organización del estado y de su actividad política.

Doctrinalmente, el contravenir al derecho público para determinar la ilicitud del objeto, puede hallarse motivada en los distintos órdenes de razones: el contrato ilegal, los contrarios al orden público y aquellos que contrarían la moral y las buenas costumbres¹⁰⁰. Uniremos dichos conceptos y analizaremos a continuación cada uno de los antes mencionados contratos, dándole especial importancia y énfasis al tema del orden público.

⁹⁸ Cfr, R, STIGLITZ, *Contratos. Teoría General*, op. cit, página 159-160

⁹⁹ Ibidem, página 160

¹⁰⁰ Cfr, R, STIGLITZ, *Contratos. Teoría General*, op. cit, página 162.

Es contrato ilegal todo aquel que contraría de manera expresa a una norma del ordenamiento jurídico. El “contrato” de maternidad subrogada al no existir normas relacionadas que la prohíban o la permitan, no puede existir una violación de norma expresa. Sería distinto el caso, en que existiendo una norma en que se prohíba la maternidad subrogada, la ilicitud del objeto estaría manifiesta, convirtiéndolo en nulo de acuerdo al artículo 1698 del Código Civil ecuatoriano.

El concepto de orden público ha sido estudiado a lo largo de los siglos, sin embargo hasta ahora no se ha podido llegar a un concepto exacto sobre el tema, por tratarse de una cuestión subjetiva. Se puede decir, que dicho orden se encuentra conformado por un conjunto de principios religiosos, morales, políticos y económicos predominantes a un determinado medio social y que se consideran indispensables para la conservación de tal medio¹⁰¹. Basta lo anteriormente mencionado para comprender que las buenas costumbres forman parte integrante del orden público porque la moralidad es esencial para la conservación y desarrollo de la vida social¹⁰².

Cabe preguntarse qué son las buenas costumbres y parece ser una situación complicada el poder definirla. Sin duda alguna, las buenas costumbres constituyen una limitación al principio de la autonomía de la voluntad y abarcan innumerables conceptos que trataremos de analizarlos. Son buenas costumbres, las conductas o actos que la sociedad mira como aceptados. Además dentro de las costumbres se encuentra la moral, por lo tanto se entiende que un contrato será inmoral si es contrario a las buenas costumbres. Sin embargo, al igual que las buenas costumbres, la noción de moral es subjetiva y personal.

Según la opinión del autor colombiano *G Ospina*, establece que son de orden público las normas que pertenecen al derecho público como son las relacionadas al

¹⁰¹ Cfr, G, OSPINA, *Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídico*, op. cit, página 245

¹⁰² Ibidem, página 245

campo del derecho privado, todas las instituciones concernientes al estado de las personas, a la organización de la familia¹⁰³.

El autor colombiano *Ospina* expresó que el orden público está conformado por las normas concernientes a la familia y a las personas, cuya opinión comparto y considero una afirmación acertada. Dicha aseveración nos conduce a analizar una de las normas más importantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, más específicamente del Código de la Niñez y Adolescencia, la cual podría constituir una barrera dentro del derecho público ecuatoriano, para aceptar la práctica de la maternidad subrogada en nuestro país.

El artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, hace referencia al derecho a la vida y dice al respecto expresamente: “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”. Es conveniente mencionar que la norma antes citada no tiene ninguna sanción para el caso específico, por lo que se la podría considerar como una sanción general establecida en el artículo 248 del Código de la Niñez y Adolescencia; siendo esta una multa de \$100 a \$500.

Debemos analizar detenidamente lo que involucra una “manipulación” como tal y una manipulación médica para efectos del tema de la maternidad subrogada y luego determinar si la figura de la maternidad subrogada es considerada una manipulación o no.

“Todas las personas poseen alrededor de cien mil genes, ordenados de a pares, los que constituye una unidad de información hereditaria compuesta por ADN el que es considerado como un vehículo de herencia genética”¹⁰⁴. Debe quedar claro

¹⁰³ G, OSPINA, Teoría General del Contrato... op. cit, página 245.

¹⁰⁴ M, MASSAGLIA, *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*, editorial ad. Hoc, Buenos Aires, 2001, página 128

entonces, que nuestros genes son aquellos que poseen toda nuestra información genética, y pasan de generación en generación a lo largo de nuestra vida.

Si bien la genética ha ido abriendo camino durante los años como una solución a muchos problemas derivados especialmente de la infertilidad, hay que tener cuidado en no dejar de lado el hecho de que estos adelantos deben estar dotados de límites. Éstos están dados por el respeto a otros valores superiores relacionados con los derechos humanos, como por ejemplo la dignidad del mismo¹⁰⁵. En este sentido, se debe tomar en consideración que la vida del niño o niña que está por nacer debe ser respetada desde todo punto de vista. Tal como señala *Kant*, se debe siempre recordar que “la vida del individuo anterior a su nacimiento es tan digna de protección jurídica como la que transcurrirá con posterioridad a ese acto”¹⁰⁶. Por ello, en menester hacer énfasis en la protección a la vida que debe dar desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

La norma del artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia no tiene una relación directa con la maternidad subrogada como tal, sin embargo mantiene una relación indirecta con el objeto del “contrato” de maternidad subrogada, esto es, el poner a disposición el útero de una mujer para gestar el bebé de otra. Dicha norma radica en la importancia de que una mujer ponga a disposición una parte del cuerpo para fines reproductivos de otra, lo que desde mi punto de vista genera una manipulación médica que se realiza en un ambiente *extra corpóreo*, contrario a todo procedimiento natural de procreación.

El término “manipulación” y sus derivados provienen de *manipulus*, *manipulare*, *manipulatio*, compuestas además de raíces latinas *manus* (mano) y *pleo* (llenar), por ello, su significado original está relacionado con la idea de lo que se lleva en la mano o de lo que puede ser contenido en la mano¹⁰⁷. La manipulación tiene como uno de sus objetivos el moldear las cosas o las personas para obtener resultados que de la forma natural son difíciles de conseguir, en este caso se está moldeando el ambiente natural que

¹⁰⁵ E, SAMBRIZZI, *La Procreación Asistida y la Manipulación del embrión humano*, editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2001.

¹⁰⁶ Conf. Blanco, Luis, *El reembrion humano* citado por, E, Sambrizzi, op. cit, página 147.

¹⁰⁷ N, BLÁZQUEZ, *Manipulación Genética*, editorial Católica S.A. Madrid, 1984 página 8

es el acto sexual. Con la manipulación se obtiene un resultado concreto partiendo de una alteración de la naturaleza. Aprovechando sus propiedades, sus cualidades, las energías y leyes intrínsecas de cada uno¹⁰⁸.

Resulta comprensible que por el hecho de que se intervenga mediante un proceso, algo que por esencia es natural, como es el caso de la fecundación (método mayormente utilizado para la realización de la maternidad subrogada), ya constituye algo contrario a la naturaleza sobre la procreación humana. Toda manipulación lleva una calificación negativa, haciéndolo a una dirección contraria a lo que postula la condición humana¹⁰⁹.

La maternidad subrogada sin duda, como hemos mencionado en capítulos anteriores, nace a partir de la FIV. Siendo ya una actividad o un procedimiento que se realiza en un laboratorio, con la intervención de “manos” de un médico o especialista ya existe una distorsión al proceso natural de la reproducción humana. La procreación asistida como es en el caso que nos ocupa, “trastrueca los valores y creencias tradicionales, disocia la sexualidad de la reproducción; la concepción de la filiación; las nociones de padre biológicos y padres afectivos y corre el riesgo de favorecer el sobredimensionamiento de la idea del derecho al hijo y no del derecho del hijo”¹¹⁰. Es necesario recalcar que en las TRA, se encuentra ausente el pilar básico de la procreación que es justamente la unión sexual. Sin dicho elemento, el dar vida mediante una forma *contra natura*, pone en juego y riesgo los principios y valores éticos de las personas y por ende de la sociedad.

Si bien hemos hablado de una manipulación, no es acertado hablar de que la maternidad subrogada, mediante la FIV conlleva una manipulación genética ya que de ninguna manera los genes de la pareja son moldados ni alterados. Sin embargo, lo que existe es una manipulación médica. El sólo hecho de que exista una intervención de un médico, para de cierta manera manipular y realizar un procedimiento en un laboratorio con el fin de obtener una exitosa reproducción humana ya constituye una alteración a la reproducción sexual natural y por tanto un procedimiento *contra natura*, que se convierte sin duda alguna en una manipulación médica (manipulación dada por un ser humano).

¹⁰⁸ Ibidem, página 8

¹⁰⁹ Ibidem, página 9

¹¹⁰ D, LOYARTE, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, página 183.

Una vez que se ha podido determinar las cuestiones que abarca la manipulación y más específicamente la manipulación médica, en conclusión se puede decir que la maternidad subrogada es una práctica que acarrea consigo procedimientos de manipulación médica; contrariando así una norma contemplada en una ley especial como es el Código de la Niñez y Adolescencia. Tal como lo estipula el Código Civil ecuatoriano, existe objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público ecuatoriano. En el caso concreto, un contrato de maternidad subrogada en el Ecuador contraviene a una norma de orden público dentro del derecho público ecuatoriano. Además considero que la maternidad subrogada es una práctica contraria a las buenas costumbres.

Por todo lo antes mencionado en referencia al objeto, es necesario establecer que debido a que el “arriendo” de útero, con o sin donación de óvulos, vendrían a ser contratos ilícitos, además de que contienen una flagrante oposición al orden público, la moral y las buenas costumbres, en cuanto afectan el derecho del hijo a una determinación de su identidad¹¹¹. Se debe reconocer que el “contrato” de maternidad subrogada conlleva como elemento indirecto del objeto un ser humano, que merece respeto a su identidad, dignidad, por tanto es necesario que se tome en cuenta que, a pesar de que existen adelantos de la ciencia, el ser humano se está aprovechando para intervenir en procesos artificiales, mermando el derecho que tiene el hijo o hija de ser concebido naturalmente y convivir con su familia biológica.

3.6.4 Causa

El último de los requisitos de validez de los contratos en general y aplicable al contrato de maternidad subrogada es la causa. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato según lo dispone el artículo 1483 del Código Civil ecuatoriano. “Todo acto consciente de los seres racionales se ejecuta en procura de un fin, cuya consideración anticipada es causa del obrar.

La causa como un elemento de formación y validez de los contratos o negocios jurídicos constituye una materia imprecisa y oscura ya que en un acto

¹¹¹ E, SAMBRIZZI, *La Filiación en la procreación asistida*, op. cit, página 166.

jurídico se pueden encontrar varias causas. En este sentido, en un “contrato” de maternidad subrogada pueden existir causas distintas como por ejemplo que para la madre subrogada, se constituya una causa el hecho de beneficiarse económicamente. Para la madre subrogante por otro lado, la causa podrá ser la procreación.

La palabra causa en el Derecho puede tener algunas acepciones. Por un lado la que se refiere a causa de las obligaciones y por otro lado la causa final. Esto es lo que los glosadores llamaban *causa finalis*, esto es, la causa próxima, el fin inmediato, la que se revela como determinante del acto de voluntad¹¹². Para comprender de una mejor manera la causa, se pueden plantea dos interrogantes: ¿por qué nos obligamos?

La causa en principio no tiene por qué se ilícita, ya que el fin último de dicho contrato es la procreación como tal. Muchos podrán sostener que la procreación es un derecho y que no atenta de ninguna manera al derecho a la vida, por el contrario, es una práctica que da vida. Sin embargo, habrá quienes sostengan que la procreación se debe lograr por los procesos naturales y que cualquier otra práctica contraria a la natural se considera contrario a las buenas costumbres dentro de una sociedad.

La causa final en el contrato de maternidad subrogada vendría a ser que una parte desea beneficiarse con tener un hijo con sus propios genes y la otra parte quiere beneficiarse de esa prestación económica, cuando se trata de un contrato oneroso o un beneficio personal cuando se trata de un contrato gratuito. La causa al igual que el objeto, es aquella que permite realizar una diferenciación entre los distintos tipos de contratos, ya que un contrato de compraventa por ejemplo difiere de un contrato de arrendamiento; esto se da gracias a la causa que cada uno de estos contratos persigue. Por más de que la causa sea vista muchas veces como sinónimo del objeto, una cosa que cabe destacar sobre la causa y es precisamente que ésta es la que motiva a las partes a contratar.

En nuestro ordenamiento, el principio de la autonomía juega un importante papel entre los particulares ya que éstos en principio, pueden obligarse sin necesidad de recurrir a los actos o contratos nominados. La aplicación irrestricta de la

¹¹² Cfr, J, MELICH, *Doctrina General del Contrato*, op. cit, página 215

autonomía de la voluntad haría considerar válidas declaraciones emitidas para dar origen a relaciones ilícitas o continuarlas y con el objeto de suprimir este peligro, se requiere la licitud del fin, la causa ilícita para así evitar obtener algo contrario a la ley, orden público o a las buenas costumbres¹¹³.

Ya hemos determinado que podría existir ilicitud del contrato de maternidad subrogada por adolecer de objeto ilícito, ya que dicha práctica es contraria a las buenas costumbres y al orden público. Al igual que doctrinalmente el objeto, el Código Civil dispone que habrá causa ilícita la que se encuentre prohibida por ley, sea contraria al orden público o a las buenas costumbres.

Debe existir causa en todos los contratos sin que sea indispensable expresarla; un contrato no puede dejar de tener una causa, es decir un móvil que ha impulsado a la creación de dicho contrato. Hay que recordar que la causa es siempre común a las dos partes, pero puede existir una inmoralidad respecto de una parte.

3.7 La Nulidad:

Es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato¹¹⁴. La nulidad producida por una causa u objeto ilícito son nulidades absolutas de acuerdo a lo que establece el artículo 1698 del Código Civil ecuatoriano. Una vez que se han analizado los requisitos de validez de los contratos, se puede llegar a la conclusión de que un “contrato” de maternidad subrogada en el Ecuador, teóricamente sería ilícito por objeto al contrariar el orden público y las buenas costumbres. Sin embargo jurídicamente, un contrato de maternidad subrogada sería válido hasta que un juez declare su ilicitud, las cuales dependerán exclusivamente de la valoración social y personal que este haga y de las circunstancias específicas en cada caso concreto.

La nulidad, dice el artículo 1699 de nuestro Código Civil, puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. La nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato, de acuerdo

¹¹³ Cfr, A, ALESSANDRI, *Tratado de Derecho Civil Tomo I*, op. cit, página 282-283

¹¹⁴ Artículo 1697 del Código Civil ecuatoriano

con la significación que a la palabra “manifiesto” da el Diccionario de la Lengua, cuando, para que quede establecida, basta sólo leer el instrumento en el que el acto o contrato se contienen sin relacionarlo con ninguna otra prueba o antecedente del proceso¹¹⁵.

“La nulidad tiene carácter de una sanción, es decir, de una pena de índole civil. Esto determina que, para aplicarla debe estar expresamente establecida en la ley, que debe interpretarse restrictivamente y que es un derecho escrito, no pudiendo ser aplicada por analogía”¹¹⁶. La maternidad subrogada no es una cuestión que se encuentra prohibida ni regulada en la ley, por lo que no se puede establecer que dicha norma es nula. Por todo lo antes expuesto, un contrato particular de maternidad subrogada sería válido hasta que no exista una resolución judicial al respecto.

¹¹⁵ Cfr, A, ALESSANDRI, *Tratado de Derecho Civil Tomo I*, op. cit, página 331

¹¹⁶ C, DUCCI, *Derecho Civil*, op. cit, página 336.

CONCLUSIONES

El estudio realizado sobre la maternidad subrogada y de acuerdo a lo tratado o a lo largo de la obra, ha demostrado tener trascendental importancia e interés no sólo en el ámbito jurídico, sino también, un relevante interés social. Esto se debe a la importancia que ha adquirido en la actualidad la práctica de la maternidad subrogada generalmente en países sin regulación, convirtiéndose en un elemento fundamental y esencial en materia de filiación, de comercio y especialmente en materia contractual.

La maternidad subrogada es una práctica por medio de la cual, una mujer accede a gestar nueve meses un bebé de una pareja que no puede hacerlo, a cambio de una remuneración económica en la mayoría de los casos o de un beneficio personal en otros. La maternidad subrogada nació como una Técnica de Reproducción Asistida, mediante la Fecundación In Vitro, para solucionar los problemas relacionados con la esterilidad. Mediante este método han nacido millones de criaturas en todo el mundo, algunas legalmente, otras clandestinamente.

Uno de los fines del matrimonio es la procreación, por ello, parejas que tienen problemas de esterilidad, recurren a la maternidad subrogada, con el fin de tener hijos con genes propios. No se discute sobre el avance en la ciencia, sino su uso en

determinados casos como es el que nos ocupa, ya que su práctica podría contrariar al orden público, la moral y a las buenas costumbres.

Por lo general, se ha asemejado el “contrato” de maternidad subrogada con el de arrendamiento, ya que algunos de los elementos que podrían integrar un contrato de maternidad subrogada, lo integran también los de arrendamiento. Sin embargo, considero que es un término equivocado hablar de “alquiler de vientre” ya que no se trata de un arrendamiento de cosa ni de obra, ya que el útero al ser una parte no separable ni revocable del cuerpo humano no se considera una cosa. y el embrión es un ser humano en potencia más no un plan, una obra. El arrendamiento de servicios es la figura más aceptable dentro de lo que sería un contrato de arrendamiento de útero, siendo un servicio de carácter especial y humano.

El “contrato” de maternidad subrogada podría ser un contrato bilateral, ya que cada una de las partes se obliga al cumplimiento de una prestación. En el contrato de maternidad subrogada, la madre subrogada se obliga a dar una cantidad de dinero a cambio de que la subrogante entregue al niño o niña después del nacimiento, siendo este un contrato oneroso. Por otro lado, también se podría hablar de un contrato unilateral, en el caso de que sea a título gratuito por tratarse de un beneficio o ayuda que recibe una de las partes y que la otra solamente de obliga. Se trataría además, de un contrato consensual, ya que su perfeccionamiento de daría al momento de que exista un acuerdo de voluntades: acceder a entregar la criatura y a recibir un beneficio económico o personal.

De acuerdo a los requisitos de validez de los contratos que son el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa, nos encontramos teóricamente ante una ilicitud de objeto por contravenir el orden público ecuatoriano, considerando a éste como una parte de lo que constituye el derecho público ecuatoriano. Si bien es difícil establecer un concepto universal sobre el orden público, es comprensible que éste vaya acorde con las normas, los valores y principios de una sociedad. Sin embargo, el poder identificar la licitud o no de un contrato innominado como lo sería el de maternidad subrogada, tan sólo dependería de la

valoración que el juez le de en cada uno de los casos. Además, se presume que todo acto o contrato es válido hasta que no se declare lo contrario, por ello, un contrato de maternidad subrogada celebrado en el Ecuador es válido hasta que no exista una declaración de nulidad emitida por el juez competente.

La maternidad subrogada no está sujeta a regulación universal, sin embargo, algunos de los países han adoptado su propia legislación sobre el tema. En el caso de Estados Unidos, California, se ha permitido el contrato de maternidad subrogada, haciéndolo lícito en dicho estado. Otro es el caso de España por ejemplo, en el cual lo han prohibido expresamente en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida del año 1988 y que en caso de que nazca un niño o niña mediante la maternidad subrogada, la madre legal será aquella que ha dado a luz. La realidad, tanto de Uruguay como del Ecuador es similar ya que no se cuenta con una regulación que prohíba o permita la maternidad subrogada. En nuestro país, lo más cercano a una futura implementación normativa sobre el tema es el proyecto del Código de Familia, en el cual se prohíbe la maternidad subrogada por constituir objeto y causa ilícitos.

La discusión a nivel mundial sobre el régimen jurídico de la maternidad subrogada no ha finalizado aún, más bien podría tomar nuevos giros a medida que el concepto tradicional de la maternidad vaya modernizándose. Sin embargo, no deja de ser un tema de discusión apasionante, sobre todo considerando la trascendental importancia, jurídica, social y moral en distintos ámbitos de las legislaciones.

RECOMENDACIONES

En base a lo que se ha analizado a lo largo de esta tesina, es evidente que nos encontramos aunque un vacío legal sobre la práctica de la maternidad subrogada en el Ecuador. Si bien nuestro ordenamiento jurídico y más específicamente el Código Civil traen consigo muchas normas que en el pasado eran útiles pero que en la actualidad es necesario evolucionar más hacia la realidad de nuestro medio con el fin de regular y prevenir violaciones a principios fundamentales del ser humano, incluyendo su integridad física, personal y moral.

Es conveniente legislar de forma inmediata la maternidad subrogada en nuestro país, con el fin de cesar la clandestinidad de los casos que en la actualidad se encuentran millones de ecuatorianas. Para ello considero necesario promulgar una norma en la que se prohíban los contratos de maternidad subrogada, por ser contrarios al derecho público ecuatoriano, afectando por medio de una manipulación médica una norma de una ley especial como es el Código de la Niñez y Adolescencia. Además, se deberá reformar el artículo 60 del Código Civil ecuatoriano de la siguiente manera: “El nacimiento de una persona fijará el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. *Madre legal se entenderá como aquella que ha dado a luz al niño o niña, a pesar de que la criatura nazca mediante cualquier técnica de reproducción asistida, con o sin donación de material genético.* 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 presumen que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo”

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, ARTURO. *Tratado de Derecho Civil Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1998.
- BEJARANO, MANUEL. *Obligaciones Civiles*. Quinta edición. Editorial Oxford. México, 1999
- BENÍTEZ, IGNACIO. *Genética Humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos. Sociedad, cultura y educación*. Ediciones Akal. Andalucía 2002
- BONIVENTO, JOSÉ. *Los principales Contratos civiles y sus paralelos son los comerciales*. Ediciones Librería del Profesional. Décima cuarta edición. Colombia, 2000
- BORDA, GUILLERMO. *Manual de Contratos*. Editorial Perrot. Buenos Aires.
- CALÓ, EMMANUEL. *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*. Ediciones la Roca. Buenos Aires, 2000.
- CHÁVEZ, MANUEL. *La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, Editorial Porrúa. México 1997.
- CANO, MARÍA. *Maternidad Subrogada* www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0061.pdf (15 de Febrero de 2007).
- CIFUENTES, SANTOS. *Negocio Jurídico*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2004.
- COELLO, HERNÁN. *Teoría del Negocio Jurídico*. Serie: Textos Universitarios. Cuenca, 2006.
- DUCCI, CARLOS. DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL. CUARTA EDICIÓN ACTUALIZADA. EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE. SANTIAGO, 1995
- ESPERT, VICENTE. *La Frustración del fin del contrato*. Editorial Tecnos. Madrid, 1968
- ESPINOSA, MARÍA JOSÉ Y OTROS. "El arrendamiento de útero" (monografía). Universidad de Chile, Escuela de Derecho. En <http://members.fortunecity.es/petete3/bioetica.htm> (12 de Diciembre de 2006).

FERNÁNDEZ , GUSTAVO y REVUELTA , ROSINA. *Fecundación In Vitro, alquiler de vientres, maternidad subrogada. Análisis comparado. Apuntes para una nueva legislación.* Argentina

GARZA, RAÚL. *Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles.* Editorial Trillas. México, 2000.

Gros, Héctor. *Ética, bioética y derecho.* Editorial Temis S.A. Colombia, 2005

GROSMAN Y OTROS. *Los Derechos del Niño en la Familia* .Editorial Universidad. Buenos Aires, 1998

GUZMÁN, ALEJANDO Y OTROS. *El Contrato en el sistema jurídico Latinoamericano.* Colombia, 1998.

HIDALGO, MARÍA CRISTINA. *Análisis Jurídico científico del concebido artificialmente.* Editorial Bosch S.A. Barcelona, 2002.

Ley 35/1988 de 22 de noviembre. *Técnicas de Reproducción Asistida.* España, 1988

LOYARTE, DOLORES Y OTRO. *Procreación Humana Artificial: n desafío bioético.* Editorial Depalma. Buenos Aires, 1995

MASSAGLIA, MARÍA VALERIA. *Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal.* Editorial Ad- Hoc. Buenos Aires, 2001

MELICH, JOSE. *Doctrina General del Contrato.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993.

MESSINA, GRACIELA. *Bioderecho* .EditorialAbeledo-Perrot. Buenos Aires.

MESSINEO, FRANCESCO. *Doctrina General del Contrato.* Tomo 1. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires, 1952.

NELLY, PERDOMO. *La Procreación médicamente asistida y el derecho de familia en el Uruguay actual.* En Rev. Uruguay de Der. De Familia, 1995. Tomo 10. página 125.
SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Teoría General del Contrato.* Casa Editorial Dr. Francesco Vallardi. Milán, 1961.

OSPINA, G. *Teoría General del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos.* Cuarta edición Temis. Colombia, 1994.

ROMERO, CLARA INÉS. “ *La Maternidad*”(tesis de grado). Pontificia Universidad Javeriana. Colombia, 1981.

SACOTO, SONIA. *Consideraciones acerca del inicio de la persona natural en el derecho ecuatoriano*. <http://www.revistapersona.com.ar/Persona34/34Merlyn.htm> (15 de febrero de 2007).

SAMBRIZZI, EDUARDO. *La Filiación en la procreación asistida*. Edición Universitas. Buenos Aires, 2001

SAMBRIZZI, EDUARDO. *La Procreación Asistida y la Manipulación del embrión humano*. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 2001

SÁNCHEZ, MANUEL. *Obligaciones Civiles*. Quinta edición. Editorial Oxford University Press. México, 2002.

SANZ , JAIME. *Fecundación Asistida. Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2002.

STIGLITZ, RUBÉN. *Contratos. Teoría General tomo II*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1993

VÉLEZ, LUÍS. *Ética Médica. Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*. Segunda edición. Ed Corporación para investigaciones biológicas. Colombia, 1996.

VILLAGOMEZ, GABRIELA y otras“ *Subrogación Uterina*”(proyecto de ley). Universidad San Francisco de Quito, facultad de derecho. Quito, 2006.

WAGMAISTER, ADRIANA. “*Maternidad Subrogada. Derechos del Niño*”. Editorial Ribinzal- Culzoni.

