



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO
FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

**“LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VALIDEZ DEL
CONTRATO DE SUBROGACIÓN EN EL ECUADOR”**

**Trabajo de Titulación como consecuencia del Seminario de fin de carrera para
optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.**

Autora:

María Alejandra Carofilis Hernández

Tutor:

Abg. Tito Quintero Jaramillo, MSc.

Samborondón, Noviembre del 2014

CARTA DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

Samborondón, 5 de noviembre del 2014

Doctora

MARÍA DELIA AGUIRRE MEDINA

DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

En su despacho.-

De mis consideraciones:

Por medio de la presente, en virtud de la designación como Tutor del trabajo de titulación como consecuencia del Seminario de fin de carrera de la señorita **MARÍA ALEJANDRA CAROFILIS HERNÁNDEZ**, con código estudiantil No. **2002080374**, informo a usted lo siguiente:

El día 5 de junio del 2014, luego de haber discutido de varios posibles temas, la estudiante en mención enuncio el siguiente tema como trabajo de titulación como consecuencia del Seminario de fin de carrera **“LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL ANALISIS JURIDICO DE LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE SUBROGACION EN EL ECUADOR”**.

Una vez que el estudiante ha APROBADO el trabajo de tesis, para el cual nos reunimos en las siguientes fechas:

No	Fecha de la Reunión	Lugar de la Reunión	Observaciones
1	10 de junio del 2014	UEES	Se definió el tema y se habló del material que va ser utilizado.
2	24 de junio del 2014	UEES	Presentación del material que va a ser utilizado en el trabajo
3	15 de julio del 2014	Vía Correo Electrónico	Presentación del avance logrado, índice general y objetivos
4	29 de julio del 2014	Vía Correo Electrónico	Se envía por correo los avances en el trabajo
5	19 de agosto del 2014	UEES	Presentación de avances con el marco teórico
6	2 de septiembre de 2014	Vía Correo Electrónico	Se envían consultas y respuestas por correo electrónico
7	23 septiembre de 2014	UEES	Presentación del Capítulo 3
8	28 de octubre del 2014	UEES	Presentación del trabajo terminado

Después de haber tenido las siguientes reuniones, a la alumna se le APRUEBA el trabajo de tesis.

Atentamente,

Abg. Tito Quintero Jaramillo, MSc.

DEDICATORIA

Este trabajo de titulación está dedicado principalmente a Dios por darme la fortaleza y la paciencia para sobrellevar todos los obstáculos que se me han ido presentando a lo largo de este camino, que se me hizo extenso pero que gracias a él logre culminar.

También lo dedico a toda mi familia, a mis padres que han sido el pilar fundamental de mi vida, y a mis hermanos a los que amo con todo mi corazón, y que sin duda alguna sin ellos esto no hubiera sido posible.

Por último lo dedico a mis sobrinos: a mí Bianquita, a mí morenito y a mí gordita, quisiera ser ejemplo para ellos que si se proponen algo lo puede lograr, no importa el tiempo que se tarde, todo es perseverancia.

AGRADECIMIENTO

Sin duda alguna agradezco de manera infinita a mis padres por haber confiado en mi capacidad y por nunca dejar de creer en que esta meta se iba a cumplir; además de toda la comprensión y apoyo recibido a lo largo de mi vida universitaria.

Y de manera muy especial le agradezco a mi Tutor de Tesis, el Abogado Tito Quintero, que además de ser mi tutor se convirtió en mi amigo y me brindó su apoyo y su ayuda, puedo decir que sin su colaboración esto no hubiera sido posible.

ÍNDICE GENERAL

PÁGINAS PRELIMINARES

Carátula	I
Carta de Certificaciones	II
Dedicatoria	IV
Agradecimientos	V
Índice General	VI
Resumen	IX
Introducción	X

CAPÍTULO I

Antecedentes	1
Objetivos	
Objetivos Generales	2
Objetivos Específicos	2
Justificación	3

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Reproducción Artificial: Técnica clave en la Maternidad Subrogada	5
La Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial	6
Normas de Regulación Maternidad Subrogada Varios Países Mundo y en Ecuador	
Estados Unidos – Ciudad de Nueva York	8
Colombia – Cali	9
Uruguay	12
Ecuador	13
Análisis Jurídico sobre la Validez del Contrato de la Maternidad Subrogada en el Ecuador	15
Naturaleza Jurídica del Contrato de Maternidad Subrogada	
	VI

Contrato Innominado o Atípico	15
Maternidad Subrogada como un Contrato de Arrendamiento	16
El Contrato de Maternidad Subrogada y sus Posibles Características	
La Maternidad Subrogada como Contrato Consensual	18
La Maternidad Subrogada como Contrato Unilateral o Bilateral	19
La Maternidad Subrogada como un Contrato Oneroso o Gratuito	20
La Maternidad Subrogada como un Contrato Conmutativo o Aleatorio	21
La Maternidad Subrogada como Contrato Principal o Accesorio	22
Los Requisitos de Validez del Contrato de Maternidad Subrogada	
Capacidad	23
Consentimiento	24
Vicios del Consentimiento	
Error	26
Fuerza	28
Dolo	29
Objeto	29
Causa	34
Nulidad	35

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

Tipo de Investigación	37
Diseño de la Investigación	37
Instrumentos, herramientas y procedimientos	38

CAPÍTULO IV

Conclusiones y Recomendaciones	39
--------------------------------	----

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40
-----------------------------------	-----------

UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO
FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

**“LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE
SUBROGACIÓN EN EL ECUADOR”**

Autora: Ma. Alejandra Carofilis Hernández

Tutor: Ab. Tito Quintero Jaramillo

RESUMEN

El siguiente trabajo de titulación tiene por objeto definir el concepto de la maternidad subrogada y el avance que ha tenido en algunos países del mundo en las últimas décadas, tomando en cuenta que también vamos a analizar algunos de los casos que han sido más relevantes en algunos países, como lo son Estados Unidos, Colombia y Uruguay. A la par también vamos a hacer una pequeña introducción a los diferentes métodos de Reproducción Asistida que existen, y vamos a hacer una breve descripción de cada uno de ellos y en qué consisten; dentro de los métodos más reconocidos son la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, que son los métodos que han venido a reemplazar la adopción en las parejas que presentan problemas de procreación. Por ultimo en este trabajo de titulación, se hace un análisis del contrato de subrogación de maternidad en el Ecuador y la semejanza que se podría presentar con el contrato de arrendamiento; analizando los requisitos de validez de los contratos, como lo son el consentimiento, el objeto y la causa; también sin dejar de lado los vicios del consentimiento como lo son error, fuerza y dolo, y por último analizaremos la nulidad.

Palabras Clave: Maternidad Subrogada, Contrato de Subrogación, Reproducción Asistida.

INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada es una práctica novedosa que se ha venido suscitando desde hace pocos años hasta la fecha, esta práctica consiste en que una mujer, previo un pacto o compromiso, lleve el embarazo y dé a luz a un bebé que genética y legalmente le pertenece a otros padres; es usual escuchar los términos como vientres de alquiler o madres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Anteriormente, sólo se conocía la adopción para poder llenar el vacío de una familia cuando éstas sufrían de algún tipo de esterilidad o infertilidad.

Como lo dicta el artículo 81 del Código Civil ecuatoriano uno de los fines del matrimonio es procrear, y es justamente este deseo de crear y formar una familia lo que lleva a determinado grupo de personas a tomar la decisión de acudir a la maternidad subrogada, tomando en cuenta que se desconoce si se está sobrepasando algún tipo de normal legal o algún principio moral o religioso.

Las razones por las que una pareja recurre a la maternidad subrogada tiene dos ramas, la primera es la más obvia que sería la incapacidad de procrear por motivos clínicos, uno de estos puede ser la infertilidad, que es una imposibilidad curable, y la otra es la esterilidad, que es una incapacidad del ser humano para procrear que no es curable; la segunda causa es más estética y debatible, porque existen casos en los que se ha dado que la madre aportadora no quiere sufrir los estragos del embarazo, ya sea por temor al sobrepeso o por los cambios hormonales que el embarazo conlleva.

Esta práctica se la ha preferido por encima de la adopción, ya que aquí se permite tener un hijo que estará ligado genéticamente a los padres; además que, no está permitida la adopción prenatal, sin contar con lo complicado y demorado que puede llegar a ser una trámite de adopción.

Tomando en cuenta nuestro ordenamiento jurídico, hablamos de la presunción de maternidad, ya que según nuestras leyes madre de un niño o niña es la mujer que pare o que trae al mundo a una persona viva, por lo tanto aquí en el Ecuador cualquier tipo de maternidad subrogada no tiene base legal, porque la madre que lo trae al mundo es distinta de la madre que hizo el aporte genético; también analizando que nuestra legislación a su vez establece que se considerara que una persona tiene existencia legal cuando es separada completamente de su madre, y para impugnar la maternidad se deberá comprobar que no existió el parto o determinar que hubo una suplantación del niño o niña al nacer.

El contrato de subrogación de maternidad se lo podría asemejar con un contrato de arrendamiento, aunque éste no contenga todas sus características en sí. Como lo mencione debe existir un pacto o acuerdo entre las parte en el cual la madre subrogante está obligada a gestar en su útero el embrión de otra pareja y a entregar al niño o niña una vez que nazca.

Otra característica del contrato de subrogación es determinar si será oneroso o gratuito; lo que nos lleva a analizar la poca probabilidad de que se efectúe por familiaridad o amistad sin percibir una remuneración económica a cambio. Llevando ese sentido, podemos decir que, el contrato de maternidad subrogada puede ser bilateral o unilateral, porque se puede dar el caso en el que las dos partes se obligan a una prestación o sólo una parte se ve obligada, dependiendo del sentido y la forma en la que se elabore.

El contrato de maternidad subrogada, se lo analizara como un contrato consensual, debido a que se perfecciona sola y exclusivamente con la aceptación y el acuerdo de voluntades, que es entregar a la criatura y a recibir el dinero, siendo el caso que se un contrato oneroso.

A nivel mundial, no existe una uniformidad legislativa o una reglamentación sobre la maternidad subrogada, por ejemplo en Estados Unidos, específicamente en el estado de California se contempla y se acepta el contrato de subrogación de maternidad; sin embargo viendo la otra cara de la moneda, en España se prohibió de manera expresa la maternidad subrogada, lo que lo hace un contrato nulo por pleno derecho, ya que la causa y el objeto son ilegales.

Justamente aquí podemos mencionar el caso de Uruguay, porque su situación legal es similar a la nuestra, que es la inexistencia de una normativa que trate el tema de la maternidad subrogada o por lo menos que sea mencionada; en Uruguay existe un proyecto de ley denominado “Proyecto Batalla” en el que se le otorga la maternidad a la mujer que lo gestó y lo trae físicamente al mundo.

En el caso de Ecuador, lo más avanzado que hemos llegado es un proyecto del código de la Familia, que se presentó por la Comisión de la familia en el año 2000, proyecto en el cual se habla de la realidad de este tema en la actualidad, y además se trata de la necesidad de tener una regularización al respecto, y justamente como no existe tal cosa se habla de la prohibición de la maternidad subrogada; aunque por confuso que parezca también en el mismo proyecto se plantea que la maternidad queda establecida por el parto y la identidad del hijo, pero que en el caso de que las dos partes cumplan con lo que se establece en el contrato, el niño o niña será de la madre genética sin que la madre gestacional tenga la opción a reclamarlo posteriormente.

Ahondando el tema en el Ecuador, como lo mencione anteriormente, no existe una legislación específica, y ya se han dado casos de maternidad subrogada, y debido a la falta de ley que la apruebe o la prohíba, se empieza un debate, por lo que se trata de una práctica realizada por profesionales de la salud. Lo más importante al momento de la valoración, es determinar el objeto del contrato que es el uso del útero de una mujer para gestar un bebé, y dependerá de la valoración que le dé un juez para establecer la licitud del mismo; es por este motivo que podría ser ilícito porque estaría alterando el orden público, pero también podría ser válido mientras un juez no lo declare como tal.

Conforme nos vayamos adentrando en mi trabajo de titulación, iremos analizando los temas de mayor importancia y relevancia del contrato de maternidad subrogada en el Ecuador. En el primer capítulo trataremos temas generales para ir comprendiendo la maternidad subrogada como tal. En el segundo capítulo hare un análisis de legislación comparada con otros países. Y, finalmente se hará un análisis de un posible contrato de maternidad subrogada en nuestro país, tomando en cuenta la teoría general de los contratos.

CAPÍTULO I

Antecedentes

Históricamente, el primer caso de un acuerdo de maternidad subrogada se dio en Estados Unidos en el año 1976, este caso se dio a través de la inseminación artificial, y quien patrocinó el mismo fue el abogado Noel Keane, que a su vez creó un instituto de ayuda para casos similares llamado el Surrogate Family Service Inc.

También un caso que causo polémica y controversia en los Estados Unidos, fue lo que se denominó como el Caso Baby M, la mujer gestante era Mary Beth Whitehead de 29 años de edad, ella firmó un contrato el 6 de febrero de 1985 para tener un hijo de William y Elizabeth Stern; en el contrato se establecía que Whitehead, que había sido inseminada con el material genético de William Stern, renunciaba a todos los derechos sobre el niño, y que ella no establecería ningún vínculo con el mismo, dejando la total custodia a Stern. Aunque la sorpresa se dio cuando nació la niña, ya que Whitehead y su marido decidieron no entregar a la recién nacida a la pareja contratante, y es así como empezó la disputa legal, que terminó después de una serie de apelaciones y el juez terminó dando la custodia al padre biológico, pero estableciéndole un régimen de visitas a la madre gestante.

Este caso en particular nos lleva al análisis de los tipos de maternidades que se establecen según la doctrina. La maternidad genética, la maternidad biológica y la maternidad legal.

La maternidad genética se obtiene mediante el material genético, es decir, que la madre sería aquella que aporta un óvulo para la fecundación. La maternidad biológica se establece que la madre es aquella que culmina la gestación y la que lo trae al mundo de manera física, y esta se

determina mediante el parto. Y la maternidad legal es aquella maternidad que es atribuida mediante la ley.

En nuestro sistema jurídico la maternidad legal y la maternidad biológica son las mismas, porque las dos se definen por el nacimiento, y esto debería ser tomado en cuenta al momento de implementar algún tipo de legislación sobre la maternidad subrogada.

OBJETIVOS

Objetivo General

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo general el análisis jurídico del contrato de subrogación, ajustándose exclusivamente a un posible contrato de maternidad subrogada.

Objetivos Específicos

- 1.-** Dar a conocer la maternidad subrogada y en que consiste esta práctica en las últimas décadas tanto en el Ecuador como en varios países, como lo son Colombia y Estados Unidos.
- 2.-** Establecer y dar a conocer cuáles son los métodos de Reproducción Asistida que existen en la actualidad, como lo son la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial.
- 3.-** Identificar la semejanza del contrato de arrendamiento con un posible contrato de maternidad subrogada en el Ecuador.

Justificación

El presente trabajo tiene como finalidad dar a conocer el concepto de maternidad subrogada o vientre de alquiler en el Ecuador y en algunos países como Colombia y Uruguay; para lo cual he tomado como referencia los casos más relevantes de esos países, los mismos que han generado jurisprudencia y han sido un punto clave para poder resolver casos similares que se presentaron posteriormente.

Así también, lo más importante es el análisis jurídico de la validez que tiene el contrato de maternidad subrogada y su semejanza con el contrato de arrendamiento en nuestro país. Poco a poco se va entrando en las teorías generales de los contratos, y se analiza punto por punto y se le va dando una semejanza apropiada al contrato de subrogación, para así poder determinar qué tipo de contrato civil sería y cuáles de las características posibles son las más acertadas.

Realizar un detalle conceptual de los requisitos de validez de los contratos, y su respectiva base legal, todo relacionado con el contrato de subrogación de maternidad.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Para hablar de la maternidad subrogada, primero empezaré definiendo el concepto de subrogación, y para esto citaré la autora María Cano 2007 que nos dice:

“Subrogar significa sustituir o poner a 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 a los primeros” Pág. 1.

Es decir, la subrogación es un término legal que se emplea para relacionar la delegación o el reemplazo de una obligación hacia otra persona, se lo conoce como un negocio jurídico mediante el cual una persona sustituye a otra en una obligación. Es aquí donde se deriva el concepto de maternidad subrogada, que es cuando una mujer acepta, mediante un acuerdo, quedar embarazada mediante técnicas de reproducción asistida para poder engendrar y dar a luz a un niño o niña de otra persona que está aportando su material genético, de manera coloquial se dice que es la aceptación de una mujer para gestar el hijo de otra mujer que se ve incapacitada de procrear.

La maternidad subrogada también se la conoce como gestación sustitutiva y vientre de alquiler, se lo denomina de esta manera porque la mayoría de las veces se pacta una remuneración económica por este servicio, que lo estaría elevando al nivel de un contrato de arrendamiento.

Las causas para realizar un contrato de maternidad subrogada pueden ser variadas, pero entre las más comunes están las siguientes:

- Esterilidad o infertilidad de la persona o pareja, lo que incapacita a la misma para culminar un embarazo
- Incapacidad física para soportar las posibles complicaciones que se presentan durante la etapa de gestación
- Parejas del mismo sexo que manifiestan la voluntad y el deseo de tener un hijo
- Hombre o mujer que manifiestan el deseo de tener un hijo y no están casadas ni pretenden estarlo, lo que comúnmente conocemos como padres solteros.

Reproducción Artificial: Una Técnica Clave en la Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada nace como una solución para las personas que, por diferentes motivos que ya hemos establecido, no pueden tener hijos, y la ciencia a través de varios métodos que iremos analizando más adelante en este trabajo de titulación, ha sido parte de una nueva esperanza de tener un hijo con el mismo material genético.

Para poder analizar el tema de la maternidad subrogada es necesario entender las diferentes Técnicas de Reproducción Asistida, TRA; las mismas se definen como el conjunto de técnicas que tienen como objetivo, lograr un embarazo a término, permitiendo asistir a un proceso generativo que por diferentes razones no se produce en forma espontánea y natural. Entre las más comunes se encuentra la Inseminación Artificial IA y la Fecundación In Vitro IV.

El autor Gustavo Fernández, 1998, sostiene que:

“Algunas 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

finis y que por muy deseables que sean esas consecuencias, siempre es moralmente objetable y rechazable". Pág. 7

Aquí debemos recordar el hecho que para poder cumplir nuestros deseos de ser padres y formar una familia estamos traspasando barreras morales, y no nos percatamos que estamos utilizando un cuerpo ajeno por el sólo hecho de cumplir un deseo personal, sin pensar en las consecuencias tanto legales como sociales y morales.

La Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial

La FIV y la IA son métodos que se han venido utilizando como ya lo hemos establecido anteriormente como una solución para los problemas de infertilidad entre las parejas hoy en día, si bien los métodos que se utilicen pueden variar pero el objetivo de la reproducción asistida es la procreación.

La FIV es una modalidad de fecundación que como lo indica la palabra in vitro se realiza en un vidrio, se refiere a que la mencionada fecundación se la lleva a cabo en un laboratorio de manera extra corporal, es decir, fuera del cuerpo. Este método de reproducción asistida se ha venido realizando con éxito desde 1978, el cual consiste en retirar el óvulo del cuerpo de la mujer e inseminarlo con el espermatozoide, que puede como no puede ser de la pareja, una vez que el óvulo este germinado se procede a introducirlo en el útero de la mujer para que se proceda con el embarazo, esperando que concluya sin complicaciones.

Mientras que la IA, siendo también una técnica de reproducción asistida, mantiene su diferencia con la FIV, porque se realiza dentro del cuerpo de la mujer; se procede a extraer el semen, de la pareja o de un tercero, y se lo implanta dentro del útero de la mujer; y cabe recalcar que es la técnica más efectiva para dar solución a las parejas que tienen problemas de infertilidad, además de ser la más antigua, ya que data desde 1884 como la primera IA realizada en los Estados Unidos.

Sobre esta técnica de Reproducción Asistida comparto 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 de los seres humanos”*, Pág. 126. Esta técnica ha contribuido a que millones de parejas logren un embarazo con éxito.

Retomando el tema de la maternidad subrogada, la técnica que más se utiliza para estos fines es la FIV, justamente por su característica de ser extra corporal, como lo hemos venido aclarando se toma material genético de los padres, se los fecunda en un laboratorio y se lo inserta en el útero de la madre subrogante o de la madre de alquiler como se lo conoce comúnmente.

En el tema de la procreación citaré a María José Espinosa 2006:

“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”. Pág. 3

Normas de Regulación sobre Maternidad Subrogada en Varios Países del Mundo y en el Ecuador

Estados Unidos – Ciudad de Nueva York

Caso Baby M

El primer caso a nivel mundial que abordó el tema de la maternidad subrogada o vientre de alquiler se dio en la ciudad de Nueva York en el año 1986, este caso fue resuelto por una Jueza de Nueva Jersey en primera instancia, este caso marcó la legislación de los Estados Unidos y también sirvió de referencia en casos similares a nivel mundial.

En el estado de Nueva York los esposos Stern deciden realizar un contrato de maternidad subrogada con los esposos Whitehead; el contrato era muy específico, en el cual se dejaba muy en claro que la Señora Whitehead iba a ser inseminada de manera artificial con material genético de los Stern, es decir, la señora Whitehead debía gestar la criatura en su vientre y entregarle a sus padres genéticos al momento del nacimiento.

La bebé nació sana y sin complicaciones el 27 de marzo de 1986, y como era lo acordado fue entregada a los Stern; pero al mismo tiempo la señora Whitehead cayó en una profunda depresión por ser separada de la bebé que llevó 9 meses en su vientre, lo que genera la disputa legal de la bebé en cuestión, ya que los esposos Stern le permitieron que se quedara con la niña unos días hasta que se recupere, pero fue después de ese tiempo que la Señora Whitehead

decidió no entregar a la bebé, y no permitió que los Stern adopten a la niña como se había estipulado en el contrato.

El Señor Stern decide acudir a los Tribunales y solicitar se le entregue la custodia legal de la niña, y efectivamente así sucedió, porque el contrato era totalmente válido; después del litigio se le fue entregada la custodia temporal a los Stern. A la par con estos eventos la Señora Whitehead apeló dicha decisión alegando que lo importante no era el contrato sino la estabilidad y la salud de la menor.

Después de una serie de investigaciones y de pasar los períodos de entrevistas y pruebas, la Jueza decidió que la bebé en cuestión estaría mejor con sus padres genéticos, los Stern, pero que la custodia legal era de la Señora Whitehead y ella podía visitarla según el régimen establecido de visitas, para que no pierda contacto con la niña.

Sin embargo, cuando Melissa Stern cumplió la mayoría de edad decidió renunciar a la maternidad legal de Mary Beth Whitehead, siendo adoptada legalmente por los señores Stern.

Colombia – Cali

Caso Sarai Salomón

En el año 2004, una pareja constituida por Salomón, de nacionalidad colombiana, y Raquel, de nacionalidad dominicana, deciden entablar contacto con una joven llamada Sarai de

la ciudad de Cali, Colombia; la pareja reside en Estados Unidos, y es por esto que los contactos se dan vía telefónica o mediante el uso del internet.

Después de varios meses de conversaciones con Sarai, la pareja y ella establecen un trato en el cual Sarai se va a someter a una inseminación artificial con material genético de la pareja contratante; en efecto la inseminación se llevó a cabo en el Centro FECUNDAR de la ciudad de Cali, pero el cuerpo de la joven colombiana rechazo los óvulos de Raquel, por varias ocasiones lo intentaron pero el cuerpo de Sarai seguía sin aceptar los óvulos y no se podía concluir la inseminación artificial.

En el 2005, Salomón decide viajar hasta Colombia y visitar personalmente a Sarai, entablan una amistad, y es aquí cuando Salomón convence a la joven para que se realice un nuevo procedimiento, sólo que esta vez usaría sus óvulos para evitar el rechazo; la joven acepta puesto que Salomón le ofrece una vida económicamente estable, y a su vez le dice que el bebé en cuestión lo podrán cuidar juntos.

Sarai acepta el ofrecimiento y se realiza una nueva inseminación artificial en el Centro Imbanaco de la Ciudad de Cali, usando sus óvulos y los espermatozoides de Salomón, siendo todo un éxito y dando como resultado un embarazo gemelar.

Hasta los 5 meses de gestación, Salomón le envía una suma de dinero a Sarai para los controles y para su alimentación, pero a partir de ese periodo Sarai perdió contacto con el padre de los gemelos.

El 21 de marzo del 2006, como resultado de una inseminación artificial nacen los gemelos Samuel y David, en buen estado de salud y sin ninguna complicación para ellos; sin embargo, Sarai al sufrir de preclamsia tuvo que quedarse unos días hospitalizada, pero los niños para poder darlos de alta, a la ausencia total del padre, el hermano pago los gastos del hospital, y los gemelos fueron registrados con los dos apellidos de la madre.

Pasados 9 meses del nacimiento de los gemelos, y ya encontrándose registrados por el padre, Salomón, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar decidió quitarle la custodia a la madre, y ponerlos a tutela de una tía paterna, debido a que los niños se encontraban en condiciones no aptas para su crecimiento y además estaban fuertemente enfermos al momento de su traslado.

El Juzgado Décimo de Familia de Cali, decide el 29 de agosto del 2008 decide otorgar la custodia definitiva a Salomón y a Raquel, y basan su decisión tomando en cuenta las condiciones en la que los gemelos van a crecer, ya que la madre no contaba con los medios necesarios para criarlos sanamente, el padre podía darles un hogar formado y además la oportunidad de crecer en un país desarrollado como los Estados Unidos; además, se tomó en cuenta que Salomón y Raquel desde el inicio hicieron todo lo posible para poder tener una familia y fue por eso que acudieron a Sarai.

Este caso se extendió hasta el año 2009, en donde una serie de apelaciones por parte de la madre indicaban que no importaban las condiciones en las que ella viviera sino en el hecho que

nadie iba a cuidar bien a los gemelos como ella que era la madre; la disputa legal llego más allá y se dispuso una prohibición de salida del país en septiembre del 2009, pero en diciembre del mismo año la Corte Constitucional decidió que el bienestar de los gemelos estaría junto a su padre y permitió la salida de los menores del país.

En Colombia casos como estos suceden a diario, ya que es uno de los países más buscados por parejas que tienen problemas para concebir alrededor del mundo, todo esto debido a la situación económica del mismo; la maternidad subrogada o vientre de alquiler en Colombia se ha convertido en un negocio en los últimos 10 años, existiendo centros que se prestan para esta práctica que se lucran de la desesperación y el anhelo de formar una familia de parejas extranjeras.

Uruguay

Proyecto Batalla

En Uruguay, un país pequeño tanto en extensión como en población, se vive una realidad similar a la de nuestro país; ahí se redactó el denominado Proyecto Batalla, nombrado así en honor a la persona que lo consignó.

En este proyecto de ley se establece que será reputada madre a la mujer a la que se le implanta el embrión, y que complete la etapa de gestión y lo traiga al mundo de manera exitosa;

esto nos lleva a la conclusión que la maternidad se la regula con el hecho del parto, ya sea por medios naturales o por asistencia quirúrgica.

En este país en lo que corresponde a maternidad subrogada o vientres de alquiler no se encuentran al momento casos registrados ni disputas legales sobre este tema, pero según el criterio de la doctrina uruguaya si llegase a suceder uno de estos casos se lo consideraría como nulo ya que estaría violando la licitud del objeto, el principio de orden público como lo es la indisponibilidad del cuerpo humano.

Cabe recalcar, que tanto en Uruguay como en nuestro país, las legislaciones fueron creadas hace muchos años y no se han actualizado, ya que la realidad del mundo ahora es diferente y las legislaciones deberían avanzar conforme avanza la humanidad.

Ecuador

En 1860 cuando se dio la creación y publicación de nuestro Código Civil, era algo ilógico pensar en las técnicas de reproducción asistida que existen en la actualidad, tomando en cuenta que nuestro Código Civil establece que una persona es reconocida como tal al momento de nacer vivo, y su existencia legal se da desde el momento que es separada totalmente de su madre.

Sobre este tema el autor Colombiano Carlos Romero 1981, nos dice que: *“No es suficiente que una mujer dé 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”, pág. 45. Esto es, que debe haber identidad entre quien paso por hijo de tal mujer y el que ésta dio a luz en realidad.

Además, que también se estipula en nuestra legislación que la madre legal es también a su vez la madre genética de la criatura, es decir están ligadas entre sí, que la mujer que da a luz a un bebé es la madre tanto genética como legal, lo que deja fuera toda concepción de creer que madre genética es aquella mujer que aporta su ovulo o material genético para la concepción.

La maternidad es algo tangible, que no podemos ignorar ya que se admite como prueba directa el parto; la mujer a la que se le implantaría un embrión fecundado sería la madre legal del niño por nacer, ya que como lo hemos establecido, la maternidad en nuestro país se deriva del parto y no del material genético.

Esto nos lleva a la conclusión que en nuestro país, la maternidad genética y la maternidad legal siempre van a recaer sobre la misma persona, porque ambas se determinan por el parto.

Es debido a esto que, entre los años 1998 y 1999 se redactó un Proyecto de Ley de la Familia, el mismo que fue presentado ante el Congreso Nacional en el mes de julio del año 2000, en este proyecto se establecían las técnicas de reproducción asistida, recordando que según nuestra legislación la madre subrogada no posee ningún derecho en reclamar a la madre subrogante o biológica para que le entregue el niño o la niña en cuestión o para que cumpla lo establecido en el contrato.

En este proyecto también se abarcaba el hecho del arrepentimiento, es decir, que la madre subrogada podía arrepentirse de hacer la entrega del bebé, pero una vez que lo hiciera también perdía toda posibilidad al reclamo a la madre subrogante, es decir que si de principio se cumple con lo pactada la criatura sería hija de la madre genética y la portadora perdería todo el derecho al reclamo posterior.

Como conclusión podemos decir que, en nuestro país la madre siempre será aquella que da a luz al niño o niña en cuestión, pero de existir la posibilidad de aprobar este Proyecto de Ley, la madre legal será siempre la que dé a luz al niño o niña, la cual puede renunciar a su maternidad, y esto se realizaría a través de un trámite de adopción que nuestra legislación lo estipula, y también vale la pena recordar que se procederá a la adopción una vez dado a luz al niño o niña, ya que en nuestra legislación no se contempla la figura de la adopción prenatal.

Análisis Jurídico sobre la Validez del Contrato de la Maternidad Subrogada en el Ecuador

Naturaleza Jurídica del Contrato de Maternidad Subrogada

Los contratos en derecho se deben estudiar en todos sus aspectos, además de abarcar tanto lo funcional como el contenido y la finalidad, y también la parte estructural que le corresponde a los elementos y al modo en el que este se forma.

Contrato Innominado o Atípico

Estos contratos no se encuentran denominados por la ley, es decir, no se encuentran tipificados y la ley no los reconoce como tal, sin embargo esto no hace que no existan, estos

contratos a su vez carecen de interés porque se podrían inventar todo tipo de contratos según dé la imaginación del contratante, y pueden ser celebrados según el principio de autonomía de la voluntad, que establece que se puede pactar cualquier tipo de contrato, de cualquier naturaleza, siempre y cuando se respete el orden público y las buenas costumbres.

En nuestro país la ley no contempla el contrato de maternidad subrogada, es por esto que no se trata de un contrato nominado, ya que no existe regulación alguna en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, cuando pensamos en la posible existencia de un contrato de maternidad subrogada es pertinente que lo clasifiquemos como un contrato innominado.

Debemos tener siempre presente que el efecto primordial de los contratos innominados es que se tiene que cumplir con una función relevante a lo que el derecho está encaminado que se debe satisfacer además un interés digno de tutela por parte del derecho.

Cabe recalcar que en los contratos la mayoría de las normas legales viene a suplir las voluntades de las partes, ya que se encargan de sustituir el silencio y lo que las partes no han previsto al momento de celebrarlo.

Maternidad Subrogada como un Contrato de Arrendamiento

La subrogación de la maternidad o el alquiler de vientre como se lo conoce más comúnmente, es una figura legal que no existe en nuestra legislación, sin embargo ha sido asimilado como uno de los contratos más utilizados en nuestro medio, es decir, el contrato de arrendamiento o de alquiler.

Si analizamos el hecho de alquiler el vientre, esta figura no encaja de manera perfecta en el artículo 1856 del Código Civil ecuatoriano, que habla de los tipos y clases de arrendamiento. Primero se habla del arrendamiento de una cosa, y bueno el útero no es una cosa en sí, ya que no

se encuentra separado del cuerpo humano, es una parte de él que no podemos separar para alquilarlo porque perdería su funcionalidad.

La segunda clase nos habla de un contrato de locación de obra, esto obviamente no tiene relación alguna con la subrogación de maternidad, porque en esos contratos se habla de la realización de una obra y se recibe dinero a cambio de eso, y alquilar el vientre no consiste arrendar una obra, ya que la formación y el desarrollo del embrión no constituye una obra, no se está hablando de hacer un vestido o de hacer un mueble de cocina, tampoco se trata de un condominio que se puede alquilar; el embrión es lo que está creciendo en el vientre y se desarrolla por sí solo, por lo tanto no se lo consideraría una obra.

Por último se habla en el tercer tipo de un arrendamiento de servicios, que es la figura que más relación tiene con la maternidad subrogada, ya que se supone la madre gestante está brindando el servicio de engendrar la criatura a cambio de una remuneración económica, se toma en cuenta como un servicio, pero es un servicio especial porque se trata de algo natural no de algo material.

En realidad existen muchas diferencias entre la figura y las características del contrato de arrendamiento con el contrato de la maternidad subrogada, pero no podemos obviar que esta figura como tal también se encuentra abarcando algunas características del arrendamiento.

El Contrato de Maternidad Subrogada y sus Posibles Características

Siguiendo el artículo 1454 de nuestro Código Civil, 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”*.

Existe en doctrina una discusión al respecto sobre la diferencia entre convención y contrato, porque en nuestra legislación hacen que exista una igualdad, es decir que convención y contrato son lo mismo, cuando tomando en cuenta la opinión del autor colombiano Ospina 1994, nos dice que: *“la convención vendría a ser el género y el contrato una especie; ya que todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato,”* pág. 43

Las convenciones son un acuerdo de voluntades de dos o más personas que se proponen crear, modificar o extinguir alguna relación jurídica, y aquí se habla de los contratos obligatorios.

Es aquí que colocamos la maternidad subrogada, porque vendría a ser una convención que se da entre dos partes, y ambas partes se proponen cumplir una obligación que es recíproca, una parte debe entregar el niño o niña al momento en el que nace, y la otra parte entrega una remuneración económica, en la mayoría de los casos, que también resulta valedero si se trata de un contrato gratuito, que ya lo veremos más adelante.

La Maternidad Subrogada como Contrato Consensual

Los contratos según su forma de perfeccionamiento se pueden clasificar en contratos reales, solemnes y consensuales; siendo los contratos reales aquellos que se perfeccionan cuando el objeto real del contrato es entregado, es decir, no basta sólo con su consentimiento; el contrato solemne es aquel que se perfecciona cuando las partes cumplan con ciertos requisitos o formalidades que se estipulan en el mismo; y el contrato consensual es aquel que se perfecciona sólo con el consentimiento de las partes.

Es por esta justa razón que me atrevería a decir que, la maternidad subrogada es un contrato consensual, ya que se perfecciona con el consentimiento de ambas partes. El simple hecho que la mujer acepte a que se haga uso de su útero, y entregar el niño o niña después de su

nacimiento, y que la madre subrogada acepte dar una remuneración económica por éste, se está perfeccionando el mismo.

A su vez, también si el contrato fuese oneroso, con el simple hecho que la madre gestante acepte el uso de su útero y entregar posteriormente al niño o niña, lo perfecciona, porque el consentimiento así lo permite, sea el contrato bilateral, unilateral, oneroso o gratuito.

La Maternidad Subrogada como Contrato Unilateral o Bilateral

Los contratos a su vez también pueden ser unilaterales o bilaterales, esto varía dependiendo si se obligan ambas partes o sólo es una parte la que está obligada a cumplir con el mismo. Es por esto, que el contrato de maternidad subrogada puede ser a su vez un contrato bilateral como unilateral, todo depende de las obligaciones que se desprendan por parte de una o de ambas partes.

La maternidad subrogada podría bien ser un contrato bilateral, en el cual se establece que cada una de las partes se encuentra obligada a cumplir con una prestación, y cabe recalcar que es de suma importancia que estas prestaciones se encuentren ligadas entre sí, de modo que cada una de ellas sea recíproca y se de en consecuencia de la otra, es decir, cada parte vendría a ser acreedor y deudor al mismo tiempo; un punto importante además es la coexistencia, que se den ambas prestaciones en el mismo momento, y no que se dé una primero y otra después.

Así mismo, la maternidad subrogada puede ser un contrato unilateral, esto se da como lo dije anteriormente cuando sólo una parte se obliga a cumplir con una prestación u obligación, siendo esa parte el deudor exclusivo. El contrato unilateral está compuesto por dos partes, y cabe mencionar su condición de unilateral no es el número de partes, sino el número de prestaciones u

obligaciones que se desprendan del mismo; y bueno más aun en un contrato de maternidad subrogada, siempre deben existir dos partes.

Si se asume que el contrato de maternidad subrogada es un contrato unilateral, nos estaríamos acercando más a una donación, ya que una de las partes solamente se está comprometiendo a cumplir con la prestación, sin que esta reciba nada a cambio, en este caso, dinero. Tomando el caso de la maternidad subrogada, el fin último es la gestación de un niño o niña con el aporte genético de una pareja estéril, y la madre subrogante, es decir, aquella que gesta al bebé, será la única que deberá cumplir una prestación, que es cuando nazca el niño o niña entregarlos a sus padres genéticos.

La Maternidad Subrogada como un Contrato Oneroso o Gratuito

Cuando hablamos de un contrato gratuito el único objeto que se tiene es que sólo una de las partes reciba una utilidad o beneficio, mientras que en los contratos onerosos el objeto del mismo es que ambas partes reciban una utilidad o beneficio.

En el caso particular de la maternidad subrogada, podemos decir que se hablaría de un contrato oneroso cuando el contrato es bilateral, ya que ambas partes reciben un beneficio o utilidad, en el cual los padres genéticos reciben al niño o niña y la madre subrogada recibe una cantidad de dinero por la gestación del mismo. A su vez, también se podría hablar de un contrato de maternidad subrogada unilateral, que como lo dije anteriormente, sólo una de las partes recibirá un beneficio o utilidad que es la entrega del niño o la niña por parte de la madre subrogada.

Una de las características principales de los contratos onerosos es que cada una de las partes involucradas hace un sacrificio, que por lo general es económico, para así poder obtener de la otra parte una ventaja o una utilidad.

Según el venezolano José Melich 1993, los contratos que son gratuitos están divididos en dos grupos, *el primero que son los contratos de beneficencia o también los llamados contratos desinteresados; y el segundo que son los contratos liberales*. En la primera división se está refiriendo a los contratos que se dan cuando una persona busca obtener una ventaja gratuita de otra persona pero sin que esta implique su empobrecimiento. Mientras que, en la segunda división, nos habla de enriquecer a una persona gratuitamente, es decir disminuyendo el patrimonio del primero. Es aquí, que se puede colocar al contrato de maternidad subrogada, debido a que no existe ningún empobrecimiento que sea de carácter económico, pero si existe un desgaste físico, como lo es la gestación de un ser humano en el vientre de la madre subrogada.

Si la legislación de nuestro país, en algún momento dado llegase a considerar la validez del contrato de maternidad subrogada, me atrevería a decir de debería encajar en los contratos onerosos, ya que las madres gestantes aceptarían una oferta similar únicamente por necesidades económicas, existiendo muy pocos casos en los que realmente se acceda por amistad o por solidaridad, en los que ya estaríamos hablando de un contrato gratuito.

La Maternidad Subrogada como un Contrato Conmutativo o Aleatorio

El contrato oneroso es un contrato conmutativo cuando una de las partes se está obligando a dar o hacer una cosa que es equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer, es decir que se miran como iguales las prestaciones o las utilidades; y cuando el equivalente consiste en un hecho incierto de ganancia o pérdida estamos hablando de un contrato aleatorio.

Sobre este tema el colombiano G. Ospina 1994 nos dice que:

“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”. pág. 55.

Es decir, que muchas veces el pago que se recibe por una prestación al celebrar un contrato no es del todo justa o va acorde a lo que se ha dado en contra prestación.

Pero, hablando del contrato de maternidad subrogada, que es el objeto de nuestro estudio, podemos decir que se lo podría ver como un contrato conmutativo, ya que existe una ventaja, porque cada una de las partes está esperando obtener una ventaja la una de la otra, ya lo que resta es determinar el sacrificio de cada una de las partes al momento de la celebración del mismo.

Entonces, hasta ahora podemos decir, que el contrato de maternidad subrogada es un contrato oneroso conmutativo, porque las prestaciones de cada uno de los involucrados se miran como equivalentes entre sí. Ambas partes quedaran satisfechas, tanto la madre subrogada que recibirá dinero como la madre subrogante que está utilizando el vientre de la otra para gestar a su hijo o hija.

La Maternidad Subrogada como Contrato Principal o Accesorio

Los contratos son principales cuando estos pueden subsistir por ellos mismos sin que exista la necesidad de otra convención; y se habla de un contrato accesorio cuando para asegurar el cumplimiento del mismo se necesita de una obligación principal, es decir, que no subsiste sin aquella.

Al respecto el autor colombiano Jaime Rodríguez Fonnegra 1960, observa que “*no hay contratos principales y accesorios, según subsistan por sí mismos o no, respectivamente, pues todo contrato subsiste por sí mismo*” pág. 65; esto es, que lo que hay son contratos que producen obligaciones principales contratos que producen obligaciones accesorias.

Tomando en cuenta el caso de la maternidad subrogada, estaríamos hablando de un contrato principal, ya que no necesita de alguna otra convención, y de este contrato se estarían desprendiendo obligaciones que serán tanto principales como accesorias, pero es un contrato que tranquilamente puede subsistir por sí mismo, es por esto que le damos la calidad de principal.

Los Requisitos de Validez del Contrato de Maternidad Subrogada

Cuando analizamos un contrato debemos analizar las condiciones para la existencia de este acto jurídico, es decir, los requisitos sin los cuales este acto legal no podría formarse o no podría nacer al derecho, como lo son la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades. Se llaman condiciones de validez a aquellas que no pueden faltar en el acto legal, porque estas vendrían a darle una existencia sana, cabe mencionar, que si llegase a faltar alguno de estos requisitos de validez no hace que el contrato no exista, pero genera un vicio y se podría anular.

Los requisitos de validez que vamos a analizar a continuación son la capacidad de las partes que formaran el contrato, la voluntad no viciada y, el objeto y causa lícitos.

Capacidad

El artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano, nos dice que la capacidad legal se da cuando una persona es capaz de obligarse por sí misma sin la necesidad de tener la autorización

de otra. Esto se llama personalidad jurídica, que es el poder ser parte de un contrato, es decir, ser sujeto de derecho, y según nuestra legislación toda persona obtiene la capacidad jurídica con el sólo hecho de nacer.

Por otro lado, la incapacidad es conocida como la falta o la ausencia de capacidad, lo que va a afectar al momento de contratar. Vale la pena hacer una pequeña diferencia sobre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio; la capacidad de goce es aquella que se encuentra inherente a todas las personas, es aquella aptitud que nos hace adquirir derechos; mientras que la capacidad de ejercicio es aquella aptitud legal que posee una persona para ejercer sus derechos y a su vez contraer obligaciones.

Entonces, siguiendo el rumbo de la maternidad subrogada es la capacidad de ejercicio la que debería tomarse en cuenta, ya que de acuerdo con lo que estipula el artículo 1462 del Código Civil ecuatoriano, todas las personas son capaces para celebrar contratos o actos jurídicos, lo que se resume que todas las personas por el sólo hecho de serlo tienen la capacidad de goce, es decir, la aptitud para adquirir derechos, pero para poder ejecutarlos se necesita tener discernimiento, la facultad de comprender el alcance de sus actos.

Si hablamos de la capacidad es valedero que hablemos también de la incapacidad; ésta puede ser absoluta o relativa, a los incapaces absolutos se les impide ejecutar actos jurídicos, por lo que sus actos no surten obligación alguna, y a los incapaces relativos se les permite la celebración de ciertos actos que tendrán valor dependiendo las circunstancias.

Las personas que nuestro Código Civil reconoce como incapaces absolutos son los impúberes, los dementes y los sordomudos que no sepan leer ni escribir; y los incapaces relativos son los menores adultos y los disipadores, que son los que se encuentran en interdicción y no se

les permite administrar sus bienes; los actos de estas personas son válidos y producen efectos cuando han sido ejecutados con la autorización de su representante legal.

Es necesario recalcar que la capacidad es uno de los requisitos de validez de los contratos y por tanto, éste debería ser analizado en cada uno de los contratos de maternidad subrogada que se presentasen.

Consentimiento

Para poder obligar una persona a otra mediante un acto de declaración de voluntad, se necesita que dicho acto o declaración, y a su vez su consentimiento no este viciado; esto lo podemos explicar tomando en cuenta los contratos unilaterales en donde se habla de la voluntad, pero en los contratos bilaterales es propio hablar de consentimiento, lo que consiste en un acuerdo de voluntades de dos o más personas, que es lo que logra un resultado jurídico.

El consentimiento es el segundo requisito de validez de los contratos, que ya como hemos dicho es un acuerdo de voluntades entre todas las partes que formen parte del contrato en sí. Según las palabras del autor francés Baudry-Lacanti “*yo puede querer por mii solo, pero no puedo consentir solo, porque el consentimiento es un concurso de voluntades*”, pág. 99. Hablando propiamente de la maternidad subrogada sobre el consentimiento, una mujer puede querer que otra sea gaste a su hijo en su vientre, pero nada de esto se podrá realizar si no existe el consentimiento de la madre subrogada, es decir si ella no acepta llevar el bebé de la otra mujer.

Es aquí, cuando establecemos que para realizar un contrato de maternidad subrogada necesitamos del consentimiento de ambas partes para que éste se pueda perfeccionar, lo que nos

lleva a decir que es uno de los requerimientos más importantes dentro de los requisitos de validez de los contratos.

El consentimiento es la manifestación de ambas partes para poder celebrar un acto jurídico, es decir a unión de ellas; y refiriéndonos al contrato de maternidad subrogada, la persona que hace la oferta es la madre subrogante, y la persona que decide o no aceptar el trato es la madre subrogada, aunque se pueden dar situaciones inversas, que serían poco probables.

Se realiza una oferta en el cual una persona propone a otra celebrar un acto jurídico en los términos que se establezcan para que se dé de manera perfecta, y basta con que el destinatario acepta la oferta para que se trate de un contrato consensual.

Parte primordial del consentimiento es la aceptación, como ya lo hablamos, y la aceptación es el acto por el cual la persona a la que se dirige el ofertante manifiesta que está conforme con la propuesta. Esta aceptación se debe dar de manera libre, es decir, que quede constancia que hubo un consenso de voluntades para que el contrato quede perfeccionado.

Vicios del Consentimiento

Los vicios que se pueden presentar en el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, como lo estipula el artículo 1467 del Código Civil ecuatoriano; y la sanción a los vicios del consentimiento se han dado como una forma de proteger la libertad de cada persona y de garantizar su voluntad.

Error

El error se podría decir que es el concepto equivocado que se tiene de las normas legales, también podría ser de una persona o de una cosa; es lo que nos hace creer que algo falso es

verdadero o viceversa. Justamente, para esto necesitamos hacer una diferencia entre el error de hecho y el error de derecho.

El error de hecho es aquel que se da cuando se tiene un concepto erróneo de una persona, cosa o hecho, y como se lo menciona en el artículo 1469 del Código Civil ecuatoriano, éste vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o se celebra, pongamos un ejemplo tomando en cuenta la maternidad subrogada: Teresa, la cual tiene una urgencia económica, ha escuchado hablar de la maternidad subrogada, entonces esto hace que ella se ponga en contacto con Juana, que está justamente buscando a alguien dispuesta a celebrar este tipo de contrato, lo que lleva a que ambas partes pactan un acuerdo y firmen un contrato de maternidad subrogada; pero resulta que Teresa no sabía bien de que se trataba la maternidad subrogada, ella pensó que era cuidar de un bebé durante un determinado tiempo como su madre y alimentarlo y demás cuidados, pero no estaba al tanto de la gestación del niño o niña, es decir, existió un error de hecho, ya que se creyó algo distinto de la realidad.

En este caso específico, el objeto sobre el cual recae el contrato es el uso del útero, lo que nos llevaría a interpretar que se podría tratar de un error de hecho cuando se descubra que la mujer no tenía un útero sano o apto para gestar, sin embargo, el error en la calidad vicia únicamente cuando éste sea el principal motivo de una de ellas para contratar y este motivo ha sido ya conocido por la otra parte.

El error de hecho sobre la persona no se puede aplicar a la maternidad subrogada, porque lo importante no recae en quien sea la persona, sino que basta con que tenga la voluntad de celebrar el contrato, es decir, basta con que quiera gestar en su útero el bebé de otra mujer.

Sin embargo, nuestro Código Civil establece que el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, sólo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato; lo que nos lleva a concluir que la maternidad subrogada se acoge a la disposición del error de hecho en la persona, siempre y cuando se trate de una maternidad subrogada en la cual se han donado los óvulos, por ejemplo: Juana es infértil y quiere ser mamá, entonces ella habla con Lucy para que le done sus óvulos y se los puedan implantar mediante una fecundación in vitro a Teresa, la cual está consciente de que los óvulos que le van a implantar son de Lucy pero el hijo tendrá que entregarlo a Juana; pero resulta que al momento de la inseminación le implantan a Teresa los óvulos de Carmen; este hecho si vendría a viciar el consentimiento, porque el error se está dando en la identidad de la persona, lo que es motivo esencial para contratar.

Por otra parte, el error de derecho, según lo establece el artículo 1468 del nuestro Código Civil no vicia el consentimiento, ya que se relaciona con la estipulación de la ley en la que se habla que no se puede alegar desconocimiento de la ley; es decir, que aquella persona que contrata teniendo una idea errónea de lo que la ley dicta o ignorando la misma, no puede alegar error para librarse de cumplir sus obligaciones ni mucho menos para pedir que se anule el contrato.

Fuerza

Según lo que establece el artículo 1472 del Código Civil ecuatoriano, la fuerza no vicia el consentimiento, sólo cuando sé es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, pero por otro lado el artículo 1473 del mismo Código nos dice que la fuerza viciara el consentimiento cuando se haya empleado por cualquier persona con el fin de obtener el consentimiento para un contrato.

La fuerza, que más bien está relacionada con el temor, se da por una impresión física o moral que se hace hacia una persona, la cual obliga a esta a manifestar su voluntad en un sentido determinado; cuando hablamos de fuerza física se habla de utilizar procedimientos materiales de violencia, mientras que la fuerza moral se refiere a las amenazas.

Existen tres condiciones para que la fuerza se considere como vicio del consentimiento que son: 1) Que la fuerza sea injusta e ilegítima, 2) Que sea grave y 3) Que se trate de una fuerza determinante. Hablamos de una fuerza injusta e ilegítima cuando el procedimiento o la amenaza que se hace, no son aceptados por la ley o por el derecho; se considera que la fuerza es grave cuando la misma es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, y se toma en cuenta su edad, sexo y condición; por último se habla de una fuerza determinante cuando se la ha usado con el fin de obtener la declaración de la voluntad o consentimiento, es decir que la voluntad o la aceptación se da como respuesta a la fuerza utilizada.

Dolo

El dolo vicia el consentimiento sólo cuando es obra de una de las partes, y cuando se demuestra que si no se hubiera utilizado el dolo el contrato no se hubiera pactado.

El dolo es el tercer vicio del consentimiento, y se trata de la intención positiva de inferir o de causar una injuria a una persona o hacia la propiedad de otro. Cuando hablamos de dolo dentro de un contrato, se habla del empleo de artificios, maquinaciones, trampas, engaños o mentiras por una de las partes hacia la otra persona que formara parte del contrato, esto se hace con el fin de inducir el consentimiento del mismo, que obviamente de no ser por todos los engaños o mentiras jamás se hubiese celebrado.

Si tomamos nuestro caso específico como es el contrato de maternidad subrogada, al igual que los otros contratos puede viciarse a través del uso del dolo, lo que afectaría la validez del mismo; y de comprobarse el dolo determinante estaríamos hablando de una nulidad relativa.

Objeto

Dentro de los requisitos de validez de los contratos, uno de los puntos primordiales es el objeto, sobre todo tomando en cuenta de manera especial al contrato de maternidad subrogada.

Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, ya sea para dar, hacer o no hacer; los contratos tendrán por objeto lo que una de las partes contratantes estipula que se dará, y además la otra parte promete darle; también se puede dar el caso en que una de las partes estipule que hará o que no hará, y la otra parte se comprometa a su vez a que hará o no hará algo.

El objeto del contrato se basa en determinar el qué, es decir a que se comprometieron las partes a dar, hacer o no hacer; esto no debe confundirse con el contenido del contrato, porque eso es simplemente el contenido legal, las reglas y la conducta que debe seguirse.

Dentro de los contratos, se debe identificar si el objeto sobre el que recae el mismo es lícito o ilícito, y basándonos en nuestro tema central que es el contrato de maternidad subrogada, debemos hacer un análisis especial del objeto de éste. Está claro que, las partes se encuentran de acuerdo para la celebración de este contrato, y ha declarado su voluntad de manera libre, pero el objeto del contrato conlleva consigo varias obligaciones, y cada una de estas obligaciones debe tener un objeto, es decir, dentro de un contrato se puede tener un obligaciones lícitas y obligaciones ilícitas que se van a encontrar en contradicción con la ley.

En la maternidad subrogada, las obligaciones van a nacer del mismo contrato, y van a depender entre ellas según se haya estipulado en el mismo, que será la suma de los efectos, productos de la operación jurídica que se llama objeto.

El objeto esencial de la materia del contrato de maternidad subrogada sería que una mujer ponga en entera disposición el uso de su útero para gestar el bebé de otra mujer. No debemos olvidar que el objeto responde a una pregunta específica que es a qué se deben las partes o para qué las partes quieren someterse a un contrato.

Vamos a analizar, como lo dije en párrafos anteriores, la licitud o la ilicitud del objeto del contrato de maternidad subrogada; en el artículo 1478 del Código Civil ecuatoriano se dice que el objeto ilícito es todo lo que contravenga al Derecho Público Ecuatoriano, es decir, todo aquello que vaya en contra de la organización del Estado y su actividad política.

Debido a esto, se considera ilegal todo contrato que de manera expresa se ponga en contra de una de las normas de nuestro ordenamiento jurídico. El contrato de maternidad subrogada, no existe tipificado en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, ni se encuentra prohibido por nuestra ley ni tampoco está permitido, es por esto que no se considera una violación a nuestras normas jurídicas de manera expresa. Un caso muy distinto sería, que existiese una norma que lo prohíba, aquí ya se estaría hablando de una ilicitud del objeto de manera manifiesta, y al pactar un contrato de esta índole se trataría de un contrato nulo.

Partiendo un poco sobre la línea de lo que se conocería como orden público, el autor colombiano Ospina 2006, establece que: *“son de orden público las normas que pertenecen al derecho público como son las que están relacionadas al derecho privado, todas las instituciones que pertenecen al estado de las personas, y a la organización de la familia”*, pág. 46. El orden

público, a su vez, se encuentra conformado por un conjunto de normas que tienen relación con la familia y con las personas en general.

Aquí es donde debemos analizar si el contrato de maternidad subrogada estará o no respetando las normas del orden público, y es por esto que analizaremos los derechos del niño y niña que se encuentran plasmados en el Código de la Niñez y Adolescencia de nuestro país.

El artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, nos dice que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde el momento de su concepción; y además que es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios posibles el alcance de esta, es decir, su supervivencia y desarrollo.

Dice de manera expresa lo siguiente: *“Se prohíbe de manera expresa 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.”* Si bien es cierto, esta norma no tiene ningún tipo de sanción estipulada de manera específica, lo que nos llega a considerar que de no cumplirse se estaría en la facultad de imponer una sanción general, también establecida en el mismo Código, siendo una multa que oscila entre \$100.00 y \$500.00 dólares de los Estados Unidos de América.

Lo que sería correcto analizar es lo que involucra en si una manipulación como tal y lo que es una manipulación médica para efectos del tema de la maternidad subrogada, y después de esto analizar si la figura de la maternidad subrogada se considera como una manipulación o no.

Toda nuestra información genética se encuentra en nuestros genes, y estos son pasados a través de generaciones y generaciones a lo largo de nuestra existencia. El campo de la genética

ha avanzado de manera extraordinaria con el paso de los años, y se ha hecho con miras a mejorar nuestra calidad de vida dando solución a muchos problemas que se derivan especialmente de la infertilidad, lo que no hace que estos avances carezcan de límites, y estos límites son establecidos por los derechos humanos, como por ejemplo la dignidad del ser humano como tal.

La vida del niño o niña que está por nacer debe tomarse en cuenta y debe respetarse desde cualquier punto de vista que se valore; debemos recordar que la vida de cada individuo antes de su nacimiento es tan digna de protección jurídica como la posterior del parto, es justamente por esto que hago hincapié en la protección de la vida que se debe dar desde el momento en que el espermatozoide fecunda un óvulo.

El artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, no nos habla directamente de la maternidad subrogada, pero si es necesario decir que mantiene una estrecha relación con el objeto del contrato de maternidad subrogada, esto es, poner a disposición el útero de una mujer para gestar el bebé de otra; es aquí en donde radica la importancia de que una mujer ponga a disposición una parte de su cuerpo para fines reproductivos de otra, lo que se podría entender como una manipulación médica, ya que este procedimiento, como lo aclaramos el primer capítulo se realiza fuera del cuerpo, lo que es contrario a todo procedimiento natural de procreación.

En el caso de la FIV, como ya se sabe es un proceso que es contrario a la naturaleza de la procreación humana, es comprensible que se lo vea como una manipulación negativa, porque va en contra de lo que se postula; es un proceso que se desarrolla en un laboratorio, con la intervención de un médico o especialista, y demás situaciones que ya analizamos, y esto es lo

que pone en juego y en riesgo los principios y los valores éticos de las personas y por ende de la sociedad.

Pero si analizamos el caso de la maternidad subrogada, no sólo estamos hablando de una manipulación para procrear sino que estamos tocando el tema de una manipulación genética, ya que mi material genético lo está gestando una persona totalmente extraña.

Entonces, podemos decir que la maternidad subrogada es una práctica médica que conlleva consigo procedimientos de manipulación médica, y que de esa manera se encuentra contrariando una norma jurídica contemplada en una ley especial como lo es el Código de la Niñez y Adolescencia; además como lo estipula nuestra Código Civil, existe un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano, por lo tanto la maternidad subrogada contraviene a una norma de orden público.

Por todo lo que se estableció anteriormente sobre el objeto del contrato, necesitamos establecer que el arriendo del útero, con o sin donación de óvulos, vendría a ser un contrato ilícito, además que tiene una oposición clara y contundente al orden público, la moral y las buenas costumbres, ya que afecta al derecho del niño o niña al momento de determinar su identidad.

Causa

La causa es el último de los requisitos de validez de los contratos, se entiende por causa lo que motiva o lo que induce al acto o al contrato, según lo que se establece en el artículo 1483 del Código Civil ecuatoriano, que todo acto consciente de los seres racionales se ejecuta en procura de un fin, cuya consideración anticipada es causa del obrar.

La causa es un elemento de formación y validez de los contratos o de los negocios jurídicos, porque constituye una materia imprecisa y a su vez oscura, porque en un acto jurídico se pueden encontrar varias causas. Tomando en cuenta nuestro tema central, la maternidad subrogada puede tener diferentes causas como por ejemplo para que la madre subrogada tenga un beneficio económico, y para que la madre subrogante también, por otro lado, pueda ser mamá.

La causa puede ser tanto para las obligaciones o también la que se refiere a la causa final, lo que se conoce como la causa próxima, el fin inmediato, la que se revela como determinante del acto de voluntad.

Se debe plantear la interrogante de por qué nos estamos obligando, y la causa en sí no tiene por qué ser ilícita, ya que el fin último es la procreación como tal, y la procreación es un derecho y no está en contra de ningún derecho a la vida, por el contrario es una práctica que genera una vida; cabe recalcar que hablamos de procreación, no de las forma en la que estaríamos procreando.

La causa final del contrato de maternidad subrogada sería que una parte del mismo busca beneficiarse con tener un hijo que lleve sus genes y la otra parte se beneficiaría con una remuneración económica o un beneficio personal, dependiendo si el contrato es oneroso o gratuito.

La causa de igual manera que el objeto, es aquella que nos permite hacer una diferencia entre los distintos tipos de contratos, por ejemplo la causa de un contrato de arrendamiento es totalmente distinta de la causa de un contrato de compra venta de un vehículo. Es por esto que, debemos dejar muy claro que la causa no es lo mismo que el objeto, ya que aquí valoramos lo que nos motiva a contratar no sobre qué estamos contratando.

Ya vimos que en el contrato de maternidad subrogada se puede hablar de ilicitud por tener el objeto ilícito, y que esta práctica es contrario a lo que establece el orden público; de igual manera se establece que existiría una causa ilícita, ya que nuestra legislación la determina como tal, será causa ilícita cuando sea contraria a las normas de orden público o a las buenas costumbres.

Por último, en los contratos debe existir siempre una causa, y no es necesario expresarla, pero siempre debe tener un móvil que lo impulsa para la creación de dicho contrato. La causa siempre es común entre las dos partes, pero puede existir una inmoralidad por una de las partes contratantes.

Nulidad

Se considera nulo todo acto o contrato al que le falte un requisito que la ley prescribe para que se le de validez al mismo. La nulidad se puede producir por una causa ilícita o un objeto ilícito, aquí se trataría de una nulidad relativa como lo dice el artículo 1698 del Código Civil ecuatoriano.

Podemos decir que el contrato de maternidad subrogada en el Ecuador, de manera teórica, es ilícito porque el objeto es contrario a las normas de orden público, sin embargo si hablamos de manera jurídica, un contrato de maternidad subrogada sería licito o válido hasta que un juez declare su ilicitud, lo que vendría a depender de la valoración social, y de las circunstancias específicas en cada caso en concreto.

Según el artículo 1699 de nuestro Código Civil, puede y debe ser declarada por un juez, así las partes no lo hayan solicitado, cuando aparece de manera expresa en el acto o contrato.

La nulidad tiene carácter de sanción, lo que se trata de una sanción; esto determina que para poder aplicarla debe estar expresamente establecida por la ley, de manera escrita, en la cual no caben las analogías.

La maternidad subrogada no es un acto que se encuentra prohibido ni tampoco regulado por la ley, lo que nos permitiría decir que la norma sobre la maternidad subrogada es nula, pero no existe una norma. Es por esto, y por todo lo analizado en las páginas anteriores que, el contrato de maternidad subrogada sería válido hasta que no se determine una resolución judicial al respecto.

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

Tipo de Investigación

El presente trabajo de titulación, teniendo en cuenta la realidad y el objetivo del tema basa su investigación en el tipo descriptivo puesto que explicamos la realidad del problema, además del estudio de los diferentes temas de investigación explicativa y a su vez explorando debido a que se basa en la relación causa y efecto ya que da un resultado de los fenómenos que se producen y se busca el porqué de los hechos.

Diseño de la Investigación

En cuanto al diseño de la investigación el presente trabajo se basa en la bibliografía obtenida, puesto que se permite explicar el tema principal y los conceptos en diferentes lugares y en nuestro país, este diseño nos ha permitido lograr cumplir el objetivo principal señalado en la investigación, así también como el lector del mismo podrá asimilarlo de manera didáctica debido que existen diferentes autores a los que he recurrido para poder cumplir con mi trabajo final.

Instrumentos, herramientas y procedimientos

Este trabajo se realizó conforme a la investigación de jurisprudencia e información de legislación comparada con países como los Estados Unidos, Colombia, España y Uruguay; y esta investigación realizada ha sido beneficiosa y de manera positiva para cumplir con el objetivo deseado, así como también la investigación realizada en cuanto a los diferentes métodos de Reproducción Asistida como lo son la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro.

CAPÍTULO IV

Conclusiones y Recomendaciones

Incorporar en la legislación ecuatoriana la normativa para regular el contrato de subrogación de maternidad, con la finalidad de evitar que se sigan ejerciendo estas prácticas al margen de la ley, como hasta la actualidad.

Es necesario empezar ahora a determinar y a legislar sobre la maternidad subrogada en nuestro país, ya que estaríamos atacando a la clandestinidad de esta práctica, que va a generar futuros inconvenientes sobre paternidades.

Limitar el tema de la manipulación médica que estable el Código de la Niñez y Adolescencia de nuestro país, para poder procrear debería limitarse a prohibirse exclusivamente cuando su fin sea la maternidad subrogada, ya que la FIV es un método que ayuda a miles de parejas a tener hijos y a formar hogares.

Reformar el artículo 60 del Código Civil ecuatoriano, y establecer que el nacimiento fijará el principio de su existencia legal desde que la criatura sea separada completamente de su madre; y que la madre legal será la mujer que lo haya dado a luz al niño o niña, a pesar de que la criatura nazca por cualquier método de reproducción asistida, y que no importe si hubo o no donación genética.

Referencias Bibliográficas

ALESSANDRI, ARTURO. *Tratado de Derecho Civil Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1998.

BEJARANO, MANUEL. *Obligaciones Civiles*. Quinta Edición. Editorial Oxford. México, 1999.

BORDA, GUILLERMO. *Manual de Contratos*. Editorial Perrot. Buenos Aires.

CANO, MARIA. *Maternidad Subrogada* [www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0061](http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0061.pdf). Pdf, 15 de febrero del 2007

ESPINOSA, MARIA JOSE Y OTROS. “*El arrendamiento de útero*” (monografía). Universidad de Chile, Escuela de Derecho. [http:// members.fortunecity.es/petete3/bioética.htm](http://members.fortunecity.es/petete3/bioética.htm) 12 de diciembre del 2006.

FERNANDEZ, GUSTAVO Y REVUELTA, ROSINA. *Fecundación In Vitro, alquiler de vientres, maternidad subrogada. Análisis Comparado. Apuntes para una nueva legislación*. Argentina.

GROSMAN Y OTRO. *Los Derechos de los Niños en la Familia*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1998.

Ley 35/1998 de 22 de noviembre. *Técnicas de Reproducción Asistida*. España 1998.

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

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

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 del 2007.

STIGLITZ, RUBEN. *Contratos. Teoría General Tomo II*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1993.

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.

