



EL DERECHO A SER PADRES:

**ROMPIENDO LOS PARADIGMAS DEL DERECHO DE FAMILIA,
BAJO UNA CONCEPCIÓN LEGAL O ILEGAL.**



**El derecho a ser padres:
Rompiendo los paradigmas del
derecho de familia, bajo una
concepción legal o ilegal.**

Autor/es:

Samaniego-Quiguiri, Delia Paulina

Bonilla-Morejón, Diego Marcelo

Martínez-Tapia, José David

Navarrete-Valladolid, María Isabel

Solis-Miranda, Diego Fernando

Zambrano-Villacrés, Dayana Estefanya

Bucheli-Cárdenas, Cristhian Marcelo

Murillo-Ramos, Franklin Remigio

Erazo-Zela, Víctor-Hugo

Guala-Agualongo, Carlos Javier

© **Publicaciones Editorial Grupo AEA Santo Domingo – Ecuador**

Publicado en: <https://www.editorialgrupo-aea.com/>

Contacto: +593 983652447; +593 985244607 **Email:** info@editorialgrupo-aea.com

Título del libro:

El derecho a ser padres: Rompiendo los paradigmas del derecho de familia, bajo una concepción legal o ilegal

© Samaniego Quiguiri Delia Paulina, Bonilla Morejón Diego Marcelo, Martínez Tapia José David, Navarrete Valladolid María Isabel, Solis Miranda Diego Fernando, Zambrano Villacrés Dayana Estefanya, Bucheli Cárdenas Cristhian Marcelo, Murillo Ramos Franklin Remigio, Víctor Hugo Erazo Zela, Guala Agualongo, Carlos Javier

© Noviembre, 2023

Libro Digital, Primera Edición, 2023

Editado, Diseñado, Diagramado y Publicado por Comité Editorial del Grupo AEA, Santo Domingo de los Tsáchilas, Ecuador, 2023

ISBN: 978-9942-651-11-2



<https://doi.org/10.55813/egaea.l.2022.51>

Como citar: Samaniego-Quiguiri, D. P., Bonilla-Morejón, D. M., Martínez-Tapia, J. D., Navarrete-Valladolid, M. I., Solis-Miranda, D. F., Zambrano-Villacrés, D. E., Bucheli-Cárdenas, C. M., Murillo-Ramos, F. R., Erazo-Zela, V. H. & Guala-Agualongo, C. J. (2023). El derecho a ser padres: Rompiendo los paradigmas del derecho de familia, bajo una concepción legal o ilegal. Primera edición. Editorial Grupo AEA. Ecuador. <https://doi.org/10.55813/egaea.l.2022.51>

Palabras Clave: Adopción, maternidad subrogada, institución jurídica, familia, vínculos afectivos.

Cada uno de los textos de Editorial Grupo AEA han sido sometido a un proceso de evaluación por pares doble ciego externos (double-blindpaperreview) con base en la normativa del editorial.

Revisores:



Ph.D. (c) Hugo Enrique
Mendoza Armijos, Mgs.

Universidad Santander – México
Instituto Superior Tecnológico Los Andes



Ab. Borja Cuadros, Odilia
Margarita, Mgs.

Universidad de Ciencias Aplicadas y
Ambientales UDCA - Colombia



Los libros publicados por “**Editorial Grupo AEA**” cuentan con varias indexaciones y repositorios internacionales lo que respalda la calidad de las obras. Lo puede revisar en los siguientes apartados:



Editorial Grupo AEA

-  <http://www.editorialgrupo-aea.com>
-  Editorial Grupo AeA
-  editorialgrupoea
-  Editorial Grupo AEA

Aviso Legal:

La informaci3n presentada, así como el contenido, fotografías, gráficos, cuadros, tablas y referencias de este manuscrito es de exclusiva responsabilidad del/los autor/es y no necesariamente reflejan el pensamiento de la Editorial Grupo AEA.

Derechos de autor 

Este documento se publica bajo los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0).



El “copyright” y todos los derechos de propiedad intelectual y/o industrial sobre el contenido de esta edici3n son propiedad de la Editorial Grupo AEA y sus Autores. Se prohíbe rigurosamente, bajo las sanciones en las leyes, la producci3n o almacenamiento total y/o parcial de esta obra, ni su tratamiento informático de la presente publicaci3n, incluyendo el diseño de la portada, así como la transmisi3n de la misma de ninguna forma o por cualquier medio, tanto si es electr3nico, como químico, mecánico, 3ptico, de grabaci3n o bien de fotocopia, sin la autorizaci3n de los titulares del copyright, salvo cuando se realice confines académicos o científicos y estrictamente no comerciales y gratuitos, debiendo citar en todo caso a la editorial. Las opiniones expresadas en los capítulos son responsabilidad de los autores.

RESEÑA DE AUTORES

**Samaniego Quiguiri, Delia Paulina**

Fiscalía General del Estado- Bolivar

samaniegod@fiscalia.gob.ec<https://orcid.org/0000-0002-2051-3431>

Madre, esposa, hija y profesional, Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, Licenciada en secretariado Gerencial, Maestrante egresada en Derechos Humanos de las poblaciones vulnerables en la UASB, Maestrante en Derecho Procesal Penal en la UNEMI, Maestrante egresada de Procesal Penal investigadora y escritora. He laborado por más de 15 años en el Sector Público, de ellos 11 años para la Fiscalía General del Estado en Sucumbíos y Bolívar. He realizado diversas publicaciones en temas de investigación, como Responsabilidades civiles por el mal manejo de fondos públicos; La doble taxación y sus afectaciones jurídicas en el Ecuador; El derecho a la libertad de opinión y expresión y su vulneración como derecho fundamental; La explotación sexual comercial infantil, una realidad poco observada en el Estado ecuatoriano, How in constitutional protection, the right to helathy environmente can be guaranteed, Causas que determinan la ineficacia del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia en la consecución del objetivo del interés superior de los NNA en la legislación ecuatoriana, Los derechos humanos desde la perspectiva de las poblaciones vulnerables.

**Bonilla Morejón, Diego Marcelo**

Consejo de la Judicatura

diego.bonilla@funcionjudicial.gob.ec<https://orcid.org/0000-0001-5481-151X>

Profesional, que se ha formado en el pre grado como Abogado, Master en Fiscalidad Nacional (UNIR), Maestrante en Derecho Procesal Penal (UNEMI), Maestrante egresada de Procesal Penal y Formador de Formadores, lo que me ha permitido alcanzar conocimientos para crecer como persona y profesional. Como estudiante me desempeñaba como ayudante jurídico laborando con excelentes profesionales del derecho, para luego dar un gran paso al ámbito público he laborado en la Fiscalía Provincial de Sucumbíos, así como en la Fiscalía Provincial de Bolívar, y actualmente desempeño mis funciones en el Consejo de la Judicatura en Bolívar. Mi anhelo es colaborar con los futuros profesionales del país, donde su formación debe ser de calidad con calidez, fomentando una verdadera educación, ya que la única forma en la que podremos alcanzar una sociedad de excelencia, es a través de conocimiento que debe ser impartido en las aulas de clase como lo he venido realizando como docente universitario en la Universidad Estatal de Bolívar en las diferentes ramas del derecho público, y como miembro activo del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario.

RESEÑA DE AUTORES



Martínez Tapia, José David



Defensoría Pública del Ecuador



jdmt_2605@hotmail.com



<https://orcid.org/0009-0007-5562-2551>



Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador, Magister en Derecho Procesal por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES), Maestrante Egresado de Derecho en Argumentación Jurídica y Litigación Oral por la Universidad Católica del Ecuador sede Ambato (PUCESA). Profesional apasionado por el Derecho Constitucional, Derecho de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, Derecho Laboral. He tenido la oportunidad de laborar en el sector público en varias dimensiones del derecho como: Secretario de compras públicas del Gobierno Autónomo Descentralizado de la provincia de Bolívar, me he desempeñado como asistente jurídico del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado de la provincia de Bolívar, me he desempeñado como Abogado litigante en libre ejercicio profesional, actualmente me desempeño como Defensor Público de la Provincia de Bolívar.



Navarrete Valladolid, María Isabel



Consejo de la Judicatura



mariaisabel050989@hotmail.com



<https://orcid.org/0009-0000-8252-4657>



Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador de la Universidad Estatal de Bolívar, Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Más allá de sus habilidades legales excepcionales. Con una sólida formación académica en derecho y una trayectoria profesional ha demostrado valores de calidad en su desempeño dentro de la función judicial. Fuera de los tribunales, María Isabel despliega una admirable habilidad para equilibrar su exitosa carrera con su papel fundamental como madre y esposa. Su amor y compromiso con su familia son evidentes en cada gesto y acción. La capacidad de María, para gestionar múltiples roles con gracia y determinación es verdaderamente inspiradora. En resumen, María Isabel Navarrete Valladolid, no solo destaca en la judicatura, sino que también ejemplifica la excelencia en la vida cotidiana. Su valía como abogada, madre, esposa y persona solidifica su lugar como un modelo a seguir tanto en el ámbito legal como en la vida personal.

AUTORES

RESEÑA DE AUTORES



Solis Miranda, Diego Fernando



Consejo de la Judicatura



diegosolis78@hotmail.com



<https://orcid.org/0009-0005-1353-4268>



Diego Fernando Solis Miranda, nacido el 10 de septiembre de 1986, en la Provincia Bolívar, ciudad de Guaranda, de padres, Fernando Solis y Cecilia Miranda, mis estudios los curse en mi ciudad natal, primaria en la Unidad Educativa Verbo Divino, secundaria en la Unidad Educativa San Pedro de Guanujo, obtuve mi título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República en la Universidad Estatal de Bolívar, poseo una Maestría en Derecho con Mención en Estudios Judiciales por el Instituto de Altos Estudios Nacionales, Formador de Formadores, en lo que se refiere a mi vida profesional fui Abogado en Libre Ejercicio en los Tribunales y Juzgados del Ecuador, Docente de la Escuela de Formación de Conductores Profesionales, Director Provincial de Salud - Bolivar, Ayudante Judicial del Consejo de la Judicatura, al momento me desempeño como Asesor Jurídico de la Dirección Provincial de Bolívar del Consejo de la Judicatura.



Zambrano Villacrés, Dayana Estefanya



Estudio Jurídico Poveda & Asociados



dayazambrano88@gmail.com



<https://orcid.org/0009-0004-2589-4941>



Se formó en la Facultad de Derecho y se graduó como Abogada de los Juzgados y Tribunales de la Republica en la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, posee una Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Tecnológica Ecotec. Se ha desarrollado en el área electoral por más de 17 años, formador de formadores, observadora electoral y experta en gestión por procesos.

RESEÑA DE AUTORES



Bucheli Cárdenas, Cristhian Marcelo



Consejo de la Judicatura



cristian_bucheli22@hotmail.com



<https://orcid.org/0009-0007-6081-796X>



Nací el 04 de octubre de 1985 en la Provincia de Bolívar, en el cantón Guaranda, siendo el tercer hijo de mis padres Gustavo y Rocío. Desde temprana edad, la provincia de Bolívar fue el telón de fondo de mi infancia, y la influencia de sus paisajes y comunidades resonó en mi desarrollo como individuo. Después de completar mis estudios secundarios, ingresé a la Escuela Politécnica del Ejército, donde obtuve mi primer título en Ingeniería Comercial. Esta experiencia no solo amplió mi comprensión de los aspectos comerciales y económicos, sino que también me brindó una perspectiva integral para abordar los desafíos en el mundo de los negocios. Mi búsqueda de conocimientos y el deseo de comprender más a fondo el sistema legal me llevó a emprender una nueva etapa en mi educación. Ingresé a la carrera de Derecho, donde, con dedicación y perseverancia, me encuentro como egresado de esta maravillosa carrera.



Murillo Ramos, Franklin Remigio



Consejo de la Judicatura



fremy76@hotmail.com



<https://orcid.org/0009-0005-7359-3390>



Se formó en la Facultad de Derecho y se graduó como Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, posee una Especialización en Derecho de Control y Prevención de la Corrupción en la Universidad Andina Simón Bolívar. Su sensibilidad lo lleva a cursar la Maestría en Derechos Humanos de Poblaciones más Vulnerables, en Bolivia, Universidad Andina Simón Bolívar, se ha involucrado en el estudio del medio ambiente y la protección del entorno, siendo par escritor de los artículos: Adaptación, enfrentando los impactos del cambio climático y Cómo, en la protección constitucional, se puede garantizar el derecho a un medio ambiente saludable. “Realizando acercamientos importantes a los estados que han positivo los derechos de la naturaleza dentro de sus ordenamientos jurídicos, con protecciones débiles” Se ha desarrollado en diferentes áreas como la social, la lucha contra la corrupción ha sido veedor del Consejo de Participación Ciudadana, mediador, formador de formadores, es miembro activo de la RIJA Red Internacional de Justicia Abierta, candidato a PhD en el programa de Doctorado En Derecho de la Universidad Latina de América, México.

RESEÑA DE AUTORES



Erazo Zela , Víctor Hugo



Gobierno Autónomo Descentralizado
Municipal del cantón Guano



hugojonas89@gmail.com



<https://orcid.org/0009-0000-3006-0141>



Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Nacional de Chimborazo. Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral por la Universidad Internacional SEK (Quito, Ecuador). Cursante de la Especialización Superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Quito, Ecuador. Maestrante en Derecho Constitucional, Mención Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Nacional de Chimborazo. Ha ejercido la profesión en las áreas: constitucional, administrativo, civil, niñez y familia. Ha desempeñado sus labores como: Procurador Síndico de Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, Asesor Jurídico de Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales, secretario de concejo de Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, Asesor Jurídico de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Chimborazo.



Guala Agualongo, Carlos Javier



Consejo de la Judicatura



javierguala87@gmail.com



<https://orcid.org/0009-0006-2054-6248>



Nací el 21 de julio de 1984 en Guaranda, y desde mis primeros días la educación ha sido mi faro. Mis primeros pasos académicos los di en la Escuela Ángel Polibio Chávez, luego continué en el Colegio Pedro Carbo, donde senté las bases para mi futuro. En la Universidad Estatal de Bolívar, obtuve mi título de Tecnólogo en Informática y egresé en la carrera de Derecho, explorando así diferentes áreas del conocimiento y forjando mi camino. Como el octavo hijo de María Delfina y Segundo Humberto, aprendí desde temprano el valor del esfuerzo y la dedicación para alcanzar metas. Aunque mi trayectoria profesional específica no se detalla aquí, mi sólida educación y la diversidad de disciplinas que estudié han sido pilares en mi desarrollo. Estos pasos educativos me han enseñado a enfrentar desafíos con determinación y a equilibrar múltiples áreas de la vida. Creo firmemente en la constante búsqueda del conocimiento y en la capacidad de adaptación para crecer en diferentes campos.

Índice

Reseña de Autores	VII
Índice	VIII
Índice de Tablas.....	XI
Introducción	XII
Capítulo I: La maternidad subrogada y su afectación legal	1
1.1. Generalidades	3
1.1.1. Infertilidad.....	4
1.1.2. Esterilidad.....	4
1.1.3. Técnicas de reproducción humana asistida	4
1.1.4. Maternidad	5
1.1.5. Maternidad subrogada.....	6
1.1.5.1. Madre subrogada o portadora.....	7
1.1.5.1.1. Padres Subrogantes	7
1.1.6. Características de la maternidad subrogada o gestación por sustitución.....	8
1.1.7. Modalidades de la maternidad subrogada	8
1.1.8. La maternidad subrogada y sus antecedentes	8
Capítulo II: La maternidad subrogada en España y Ecuador.....	13
2.1. Aspectos generales de la maternidad subrogada en España.....	15
2.1.1. Marco legal español.....	16
2.1.1.1. Ley núm. 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	16
2.1.1.2. Código Civil.....	17
2.1.1.3. Constitución Española (1978)	17
2.1.1.4. Sanciones	18
2.1.2. Jurisprudencia en España	20

2.1.2.1.	Sentencia emanada por el Juzgado Primera Instancia de Valencia 21	
2.1.2.2.	Dirección General de Registros y del Notariado, Instrucción de 5 de octubre del 2010.....	22
2.1.2.3.	Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011 .	23
2.1.2.4.	Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero del 2014 (recurso 245/2012)	24
2.1.2.5.	El Tribunal Supremo y su decisión judicial	24
2.1.3.	La maternidad subrogada en el Ecuador	26
2.2.	Jurisprudencia en el Ecuador.....	27
2.2.1.	Realidad ante falta de ley que regule la maternidad subrogada en el Ecuador	28
2.2.2.	Las TRHA en el Ecuador	30
2.2.3.	Proyecto de Código Orgánico de Salud.....	31
2.2.4.	Reconocimiento de la maternidad subrogada en otros países.....	33
2.2.5.	Posturas de clasificación referente al tratamiento internacional... ..	33
2.2.6.	Países que condicionan la maternidad subrogada.....	34
2.2.6.1.	Reino Unido	34
2.2.6.2.	Israel	35
2.2.6.3.	Canadá	35
2.2.6.4.	Brasil.....	35
2.2.6.5.	Argentina.....	36
2.2.7.	Países que admiten ampliamente la maternidad subrogada.....	36
2.2.7.1.	Ucrania	36
2.2.7.2.	Rusia.....	36
2.2.7.3.	India	37
2.2.7.4.	Estados Unidos	37
2.2.8.	Países que prohíben la maternidad subrogada.....	38

2.2.8.1. Austria.....	38
2.2.8.2. Alemania	38
2.2.8.3. Francia.....	39
2.2.8.4. Suecia.....	39
2.2.8.5. Suiza.....	39
2.2.9. Análisis comparativo entre las legislaciones que regulan la maternidad subrogada	40
2.2.10. Problemática legal respecto a la maternidad subrogada	43
2.2.10.1. Problemas Jurídicos entre padres comitentes y la ley	43
2.2.10.2. El contrato en la maternidad subrogada	46
2.2.11. Posturas en contra y en favor de la maternidad subrogada	48
2.2.11.1. Argumentos en contra	48
2.2.11.2. Argumentos a favor	50
2.3. Conclusiones	51
Capítulo III: La adopción: Una forma legal de ser padres	53
3.1. Generalidades	55
3.1.1. La adopción y sus características	58
3.1.1.1. Principios que rigen a la adopción.....	60
3.1.1.2. La adopción desde su enfoque internacional	61
3.1.1.3. La adopción internacional y su fundamento en el CONA.....	62
3.1.1.4. Procedimiento para la adopción internacional	63
3.1.1.4.1. ¿Quiénes son aptos para ser adoptados?.....	63
3.1.1.4.2. ¿Quiénes pueden adoptar?	64
3.1.2. Proceso para la Adopción.....	65
3.1.2.1. Fase administrativa	66
3.1.2.2. Fase Jurisdiccional.....	67
3.1.3. La resolución judicial	68

3.1.3.1. Del seguimiento, como obligación	69
3.1.4. Instrumentos Internacionales que rigen la A.I.	69
3.1.4.1. Convención de la Haya	70
3.1.4.1.1. Las condiciones de la Haya	71
3.1.4.2. La Convención sobre los derechos de los NNA.....	71
3.2. Conclusiones	75
Referencias Bibliográficas.....	77

Índice de Tablas

Tabla 1 <i>Análisis comparativo entre Estados que permiten la maternidad subrogada</i>	40
Tabla 2 <i>Países Sudamericanos y La Haya</i>	72

Introducción

El ser padre o madre va más allá de una capacidad natural, es aquel derecho que todo hombre y mujer buscan alcanzar. Si bien es cierto, es una condición natural el poder concebir, sin embargo, cuando no existe dicha capacidad de serlo, sea por condiciones de salud, o simplemente porque no desean constituir una familia en pareja.

Con el pasar de los años se han establecido diversos mecanismos que sirven para combatir la infertilidad, encontrado en la adopción nacional e internacional una opción legal para su acceso y con el avance de la ciencia se ha ido implementando la maternidad a través de diversas técnicas como la, inseminación artificial o fecundación *in vitro*, e incluso llegar alquilar un vientre.

Esta obra aborda un tema macro el cual deriva en subtemas que abordan aspectos legales, y sociales sobre ¿Cómo acceder al derecho de ser padres a través de las técnicas de reproducción asistidas, aun cuando estas carecen de legalidad?

La maternidad subrogada o *vientre de alquiler*

Los avances de la ciencia, tecnología y de la medicina reproductiva, han permitido que se den fenómenos evolutivos en lo relativo a los problemas de infertilidad. Si retrocedemos en el tiempo cuando un hombre o una mujer eran estériles, la única forma de acceder a la paternidad o maternidad era mediante la adopción.

En la actualidad gracias a las técnicas de Reproducción Humana y Asistida (TRHA), se han abierto posibilidades de que aquellas parejas que no podían concebir lo puedan realizar. Lamentablemente, siempre existirán resultados desfavorables, y esto ocasiona que no todos puedan acceder, ya sea por sus costos elevados o porque la legislación interna lo restringe.

En esta obra analizaremos un tema controvertido actualmente en algunos países, pero centraremos la investigación principalmente en España donde existe alto porcentaje de casos sobre la maternidad subrogada, frente al Ecuador.

En el primero de estos países existen debates sobre la legalidad o no de esta opción, centrándose la discusión en el ámbito del Derecho de Familia español, pues se encuentra prohibida en España conforme a lo estipulado en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín oficial del Estado, 27 de mayo del 2006, que trata sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Pese a estar prohibida en la legislación española, se han admitido sistemas de convalidación, para permitir la inscripción registral de la filiación obtenida mediante TRHA, que se han realizado fuera de España. Con la finalidad de garantizar el interés superior del menor, la Dirección General de Registros y del Notariado, emitió una resolución de fecha 18 de febrero del 2009, para posteriormente emitir la instrucción de 5 de octubre del 2010, respecto al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En tanto que, en el Ecuador, la maternidad subrogada no está regulada, se pretendió normar estos procedimientos de reproducción humana dentro de su ordenamiento jurídico, lo que ha ocasionado que existan divergencias de criterios entre los legisladores y que no concluyan en nada, lo que conlleva a que siga existiendo este tipo de procedimientos sin que garanticen el interés superior del menor, ni de los padres subrogantes.

El tema a abordarse es de gran importancia y trascendencia, pues permitirá conocer la maternidad subrogada desde su concepto con diferentes argumentos, causas, así como la situación legal en diferentes países, así como los problemas tanto legales como sociales, pues la satisfacción de los padres está por encima del interés superior del menor.

La maternidad subrogada es un tema que ha ido evolucionando y que muchos famosos son participes de estas técnicas de reproducción humana asistida, ya sea por problemas en su salud o porque simplemente quieren ser padres a través de estos métodos, pero ninguno de ellos considero que el menor es comercializado incluso antes de su nacimiento, lo que altera el ciclo normal de la vida, atentado contra los derechos del niño.

Es por ello que al último de esta investigación, se citarán diferentes posturas y argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada, así como cuáles serían las posibles soluciones mediante la regularización de un convenio que permita garantizar los derechos de aquellos que intervengan en este tipo de proceso.

El objetivo principal de esta temática es conocer cuáles son los argumentos legales respecto a la Maternidad Subrogada en la legislación española, ecuatoriana y en otros Estados donde en algunos países es admitida, en otros países es condicionada y en algunos no es admitida.

Para alcanzar este objetivo será necesario indagar en la legislación vigente tanto en España, Ecuador y los aspectos relevantes de otros Estados respecto a la maternidad subrogada, a fin de establecer si existe normativa legal para este tipo de procedimientos que en la actualidad están en boga, y que muchos famosos acceden sin problema alguno, pero no todos tienen la posibilidad quizá por sus costos elevados o porque aún mantienen ese respeto por la naturaleza intrínseca del ser humano.

Finalmente se realiza un análisis de los problemas legales que conlleva la no legalización de esta técnica de reproducción humana asistida como es la maternidad subrogada.

La adopción, una forma legal de ser padres

La adopción en Ecuador se caracteriza como una institución jurídica que facilita el establecimiento de vínculos afectivos entre aquellos padres que carecen de hijos y viceversa. Para aquellos que anhelan tener un hijo, es necesario cumplir con los requisitos establecidos por la legislación vigente, ya que el simple deseo no es suficiente.

En esta obra, se abordan diversas temáticas relacionadas con la adopción, incluyendo su definición, la adopción internacional y sus antecedentes históricos, la adopción internacional en Ecuador, así como aspectos como jurisdicción y competencia. Este análisis busca examinar la legislación que respalda los procesos de adopción internacional en Ecuador.

El objetivo general de este trabajo se centra en determinar el impacto de la adopción internacional en la legislación ecuatoriana. Se busca indagar acerca de la normativa legal que respalda este tipo de adopciones en el Estado ecuatoriano, analizar las consecuencias en el proceso de adopción internacional y proponer soluciones que faciliten dicho procedimiento.

La importancia de este tema se fundamenta en dos perspectivas: la jurídica y la social. Ambas están interconectadas, ya que la adopción proporciona la oportunidad de formar un hogar y una familia, considerando que estos son fundamentales para el tejido social.

Es crucial destacar que la obra no tiene la intención de emitir juicios sobre la corrección o incorrección del proceso de adopción internacional. Más bien, se reconoce que estos procesos contribuyen a proporcionar un hogar al menor, donde se le brinde amor, buenas costumbres y se protejan sus derechos esenciales.

Invitamos a nuestros lectores revisar esta obra académica, donde se plasman diversos criterios legales y sociales que harán de ésta obra, una lectura sencilla y fácil de comprender.

Delia Paulina Samaniego Quiquiri

Investigadora

01

CAPITULO

**LA MATERNIDAD
SUBROGADA Y SU
AFECTACIÓN LEGAL**



La maternidad subrogada y su afectación legal

1.1. Generalidades

El descubrimiento de nuevos procedimientos tecnológicos ha permitido que se pueda alterar el ciclo natural de reproducción que resultaba de la concepción natural, en la actualidad, ya no es necesario, pues existen técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) que permiten ser padres a aquellos que, por diferentes motivos, no pudiesen serlo naturalmente, pues no todas las personas son fértiles, siendo menester citar conceptualizaciones de la infertilidad, conocida también como esterilidad, pero que son utilizadas la una para el género femenino y la otra para el masculino.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2001) define a la infertilidad como “la invalidez del hombre para engendrar y en el caso de la mujer se refiere a la imposibilidad de poder alumbrar”.

Al ser una definición mínima será necesario profundizar lo referente a estos dos términos que suelen estar presentes en muchas de las personas, pero algunas no los consideran sino hasta el momento en el que tienen una pareja estable y desean tener hijos.

A nivel mundial existen países que han regulado la maternidad subrogada, y muchos de ellos han incluido dentro de su ordenamiento jurídico. Así, tenemos a Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Georgia, Kazajistán y la India, como ejemplo. Dichos Estados han regulado este tipo de procedimientos mediante un contrato por lo que estarán regidos por el derecho civil de cada Estado.

En Latinoamérica son pocos los países que tienen regulada la maternidad subrogada. Por ejemplo, en México existe una ley sobre maternidad subrogada. Este tipo de procedimientos se formalizará mediante la suscripción de un contrato sin fines de lucro, con la finalidad de evitar que el menor sea un objeto que tenga precio.

Brasil es otro de los países que tienen, dentro de su legislación, regulada la maternidad subrogada, pero únicamente si se llegase a comprobar medicamente

la infertilidad o la esterilidad por parte de los padres subrogantes y, adicionalmente, quien prestará su vientre será un familiar de estos padres.

1.1.1. Infertilidad

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2010) en su glosario de términos establece que la Infertilidad es una *«Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas»*.

La infertilidad se concibe con la imposibilidad para concebir. Para determinar si una persona es infértil es necesario darle un tiempo oportuno, por ello la misma OMS y la Sociedad Europea de reproducción y embriología Humana señala que hay que esperar entre uno o dos años, considerando siempre los aspectos de la pareja y su entorno.

1.1.2. Esterilidad

La esterilidad según Botella, Clavero (1993, p. 987) es *«La incapacidad para la reproducción, tanto en el varón como en la hembra»*, es decir la esterilidad es aquella que se presenta cuando no se puede fecundar. Por esta razón, la OMS ha establecido que son enfermedades del sistema reproductivo y, dependiendo de su afectación, se podrá tomar uno de los tratamientos médicos, sea por reproducción asistida con las diferentes técnicas y procedimientos.

1.1.3. Técnicas de reproducción humana asistida

Las siglas para referirnos a las técnicas de reproducción humana asistida son TRHA, y estas técnicas son un conjunto de métodos médicos, que permitirán que exista descendencia en un hogar cuando por causas ajenas a la voluntad se les sea imposible, pero para entender es preciso considerar algunos criterios establecidos por algunos autores.

Las técnicas de reproducción asistida son aquellos métodos de colaboración establecidos por la genética que permiten a las personas infértiles o estériles tener una descendencia (Martinez, 1993).

Según Medical dictionary (2005), denominan a las técnicas de reproducción asistida son aquellos métodos y técnicas enfocados a conseguir un embarazo, cuando por vía natural resulta imposible cuando padecen de infertilidad.

Como se denota, las técnicas de reproducción asistida brindan la posibilidad de satisfacer necesidad psico-afectivas de las personas. Si nos remontamos a la historia, pese a que no se ha demostrado, las TRHA surgen en Inglaterra en el siglo XIV, ya que el alquimista Amau de Vilanova habría sido el primer médico en realizar una precoz técnica de inseminación artificial utilizando un per cannam aurean (cánula de oro) (Marañón G., 1930).

1.1.4. Maternidad

La maternidad puede ser considerada como el vínculo existente entre la madre y el hijo, pero este vínculo puede ser natural o jurídico, es decir puede ser determina por el aspecto biológico o por la ley cuando se produce una adopción.

Cabanellas (2006, p.313) señala que la maternidad es «*el término utilizado para quien tiene la condición de madre sea porque ha parido o se le ha asignado legalmente*». En la antigüedad, el Derecho Romano estipulaba que la maternidad surgía cuando una mujer alumbraba al niño y que la paternidad podía surgir a partir del matrimonio, «*mater semper certa est, quem nuptiae demostrant*». Si analizamos esta afirmación, la reproducción asistida no cabría en esta concepción puesto que, para que exista, estas técnicas se necesita la intervención de terceras personas incluso, pero eso no le daría la potestad de dejar de ser madres a quienes entreguen voluntariamente el ovulo y esperma para ser inseminados en otro cuerpo.

Con la definición citada del jurista Guillermo Cabanellas queda establecida que la posibilidad de ser madre es factible por cualquiera de los métodos asistidos, pese a que en la mayoría de legislaciones de Latinoamérica se establece que la maternidad se determina por el parto. Incluso la legislación ecuatoriana contempla ese particular, determinándose que la filiación materna era por el simple hecho de dar a luz.

1.1.5. Maternidad subrogada

La maternidad subrogada es un acuerdo de voluntades entre las partes, puesto que una pareja entregará un gameto fecundado para ser implantado en el útero de una mujer que llevará por nueve meses un feto.

Gomez (1994, p.136) define a la maternidad subrogada como aquella técnica conocida como alquiler del vientre o gestación por subrogación, refiriéndose a que la gestante previo acuerdo entre las partes lleva en su vientre un niño al que renunciará cuando este nazca, los derechos del menor serán cedidos a otra mujer que figurará como la madre legal del menor.

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana asistida, la misma que se destina para aquellas parejas que padezcan de infertilidad y les priva el tener hijos naturales.

Las parejas pueden recurrir a procedimiento médicos en los cuales exista el aporte de gametos propios tanto hombres como mujeres. Una de las técnicas más utilizadas es la fecundación in vitro, técnica que permite anidar el óvulo en un útero prestado, con la finalidad del que se forme el embrión hasta ser un feto, y cuando llegue a término se produzca el alumbramiento.

Al momento de darse el nacimiento del bebe mediante subrogación, este no va a tener genes o parentesco con la mujer gestante que lo tuvo por nueve meses en su vientre, puesto que, no apporto con los óvulos para este procedimiento, en tanto que con los padres genéticos tendrá relación que está por demás entendida, ya que, ellos aportaron con sus gametos.

Delgado (2010, p.67), define a la maternidad subrogada *«Como el proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar un bebé de otra pareja hasta el momento de su nacimiento, tras su nacimiento, es entregado a la pareja en cuestión, y la “madre de alquiler” que lo ha gestado durante todo el embarazo, debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el recién nacido a cambio de un beneficio económico»*.

La maternidad subrogada conocida también como Gestación por sustitución, ha ido posicionándose en los Estados, pues, brinda la posibilidad de formar una familia, cuando por diferentes motivos les ha sido imposible.

Algunos Doctrinarios definen a la maternidad subrogada como: «un convenio que puede ser gratis o tener un costo, en que existen dos partes involucradas, la primera parte interviniente es la gestante quien podrá solo prestar su útero para la fecundación o también pudiese aportar con su óvulo. La otra parte interviniente en el proceso de Maternidad subrogada serán los padres comitentes quienes hubiese podido o no aportar con los gametos. La gestante se obliga a entregar al recién nacido a los padres subrogantes» (Perez, 2002 p. 329).

Para Farnos la maternidad subrogada es:

El acuerdo, mediante el cual una mujer, quien será la madre de alquiler, acepta someterse a la TRHA, a fin de llevar a cabo la gestación a favor de una pareja o individuo, los cuales son conocidos como padres comitentes o intencionales pues ellos tienen el deseo de convertirse legalmente en padres del menor, para lo cual, la madre de alquiler se compromete a entregar al recién nacido a los padres intencionales” (2010, p. 4-5).

Como podemos denotar la maternidad subrogada se refiere al acuerdo de voluntades entre las partes, pues aún no se ha comprobado que la maternidad subrogada sea impuesta. Este tipo de contratos o acuerdos deberán contener las solemnidades correspondientes, en el que se establecerá el tipo de convenio pudiendo ser oneroso o gratuito, incluso algunos autores lo asemejan doctrinariamente a un contrato de arrendamiento.

1.1.5.1. Madre subrogada o portadora

Gimeno (2011, p. 7) define madre subrogada como «*La mujer que acuerda quedarse embarazada con el fin de concebir un niño que será criado por otros, quienes serán reconocidos por la ley como sus padres*». Para que exista la figura de portadora, debe existir un acuerdo o un contrato con quienes serán los padres legales del menor, incluso el menor pudiese ser hijo biológico si los padres o uno de ellos hubiesen donado el óvulo o la esperma.

1.1.5.1.1. Padres Subrogantes

Son aquellos que pretenden convertirse en padres legales del menor, producto del acuerdo de la maternidad subrogada.

1.1.6. Características de la maternidad subrogada o gestación por sustitución

La Maternidad Subrogada tiene ciertos aspectos característicos, entre los cuales citaremos:

- El acuerdo al que llegan los involucrados se plasma en un contrato, el cual no contendrá de antecedentes legales.
- El contrato puede ser gratuito u oneroso, considerando gratuito cuando el embarazo tiene fines de lucro, a pesar de tener esa figura se deberá cubrir gastos de molestias y movilización de la gestante, inclusive este aspecto se encuentra regulado por la legislación interna, en tanto que, oneroso se refiere a la prestación económica para quien gesta al bebé.
- Los contratos son bilaterales o multilaterales, el primero cuando entre las dos partes acuerdan la maternidad subrogada, y el segundo en la que intervienen la pareja que contrata un vientre de alquiler, quienes pueden o no portar gametos; la mujer que prestará su útero para la gestación, y el médico encargado de llevar a cabo la TRHA, mediante la inseminación artificial.

1.1.7. Modalidades de la maternidad subrogada

Existen dos clases de modalidades de gestación por sustitución conocida como maternidad subrogada, (Farnos *et al.* 2010 p.5) la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestacional surrogacy*). En tanto que para Perez (2002 p.1) la subrogación es “tradicional o parcial” o “gestacional o plena”.

1.1.8. La maternidad subrogada y sus antecedentes

Noel Kaene, abogado de profesión, crea en el año de 1976, el término «maternidad subrogada», nombre con el cual denominó a la primera agencia de alquiler de vientres. Por medio de su sociedad “surrigate Family Service, Inc”, se realizó el primer contrato o acuerdo en el que, mediante un TRHA (inseminación artificial), se pudo apoyar a las parejas que presentaban dificultad para concebir.

En 1985, se presentó ante la administración de justicia uno de los casos más relevantes, pues el caso Baby M. tuvo que ser ventilado en el Tribunal Supremo de New Jersey en el año de 1988 (In Re Baby m., 1987). La síntesis del caso es que la madre subrogada se sometió a una TRHA, con el espermatozoide del padre comitente, al cumplir el término de gestación la madre gestante después del alumbramiento se negó a entregar a la niña, pese a que existió un contrato entre las partes intervinientes.

El 3 de febrero de 1988, el Tribunal Supremo de New Jersey dictó sentencia en el caso de Baby M. n° A-391988NJ. Dicha resolución plantea la validez del contrato de maternidad subrogada. El ámbito del contrato puede sintetizarse así: por unos honorarios de diez mil dólares una mujer (M. B. Whytehead) convino en ser inseminada artificialmente con el semen del marido de otra (W. Stern), acordando concebir esa criatura, gestarla, procrearla y entregarla al padre biológico y a su esposa. Se establece en el contrato que la madre natural o biológica se separe permanentemente de su hijo, que será adoptado por la esposa del oferente del semen, y los componentes de este matrimonio serán a todos los efectos los padres de la nueva criatura. Nacida la criatura, la Sra. Whitehead se la llevó a su casa negándose a entregarla a los esposos Stem, con lo que la polémica quedó servida.

El Tribunal Superior de New Jersey, expediente n° 25314-86E, dictó sentencia el 31 de marzo de 1987. Al juez H. Sorkow correspondió la ardua tarea de decidir la controversia y comienza la sentencia destacando que la *questio iuris del pleito*, a la que deben subordinarse cualesquiera otros intereses, es el bienestar de la criatura. Ello incluye determinar si un arreglo singular entre un hombre y una mujer no casados entre sí crea un contrato. En caso afirmativo, si se puede hacer cumplir dicho contrato. Y en caso negativo, cuáles son los derechos y deberes de las partes en lo que respecta a la custodia, visitas y sostenimiento del niño. La sentencia recoge la validez del contrato, toda vez que las partes expresaron sus respectivas ofertas y sus acuerdos se plasmaron por escrito. A Juicio del citado juez la madre subrogada ha roto su contrato por dos motivos:

- Por no haber entregado al Sr. Stem la criatura nacida de ella y del Sr. Stem.
- Por no renunciar a sus derechos de progenitora con relación al niño. Atendiendo al mejor bienestar del niño, la sentencia obliga a su entrega al Sr. Stem, a quién se atribuye su custodia. Frente a la tesis de esta resolución, el Tribunal Supremo del Estado.

El Tribunal Superior de New Jersey, en sentencia dictada el 3 de febrero de 1988, revoca la impugnada y declara la nulidad del contrato por infringir la legislación y la política pública estatal, declarando en consecuencia su inexigibilidad en base a los siguientes fundamentos:

Primero: Uno de los fines del contrato es conseguir la adopción de un niño a través de las gestiones de una agencia privada, pero la utilización de dinero para tal propósito resulta ilegal.

Segundo: La renuncia a todo derecho, deber y responsabilidad sobre Baby M. se estima y declara nula, porque tal renuncia se encuentra revestida de interés público y solo puede otorgarse una vez que se han cumplido los requisitos señalados en la ley, lo que en este caso no aconteció.

Tercero: Constitucionalmente el derecho de procreación es simplemente el derecho de tener hijos según la naturaleza, a través de relaciones sexuales o por inseminación artificial. No es nada más que eso.

El Tribunal de New Jersey, determino en su resolución que los padres de la menor era el padre comitente y la madre que lo pario, pues no existía validez del convenio, ya que, atentaba contra el ordenamiento público del Estado, la administración de justicia bajo su sana crítica y conforme a la normativa legal existente determino que la custodia de la niña la tendrían los padres comitentes, y que la madre gestante tendría un régimen de visita a la menor.

La maternidad subrogada es muy común en ciertos Estados, por ejemplo, en Estados Unidos por ello es el país pionero en la subrogación gestacional o maternidad subrogada, aplicaron el método FIV es decir la fecundación in vitro.

Existieron casos legales que permitieron cambiar las leyes en algunos casos en otros se creó la jurisprudencia respecto al tema, incluso hay Estados donde la postura del gobierno acerca de la maternidad subrogada es diversa, pues unos la admiten, otros la limitan, muchos los prohíben, otros simplemente la toleran por falta de ley que la regule.

02

CAPITULO

**LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN
ESPAÑA Y
ECUADOR**



La maternidad subrogada en España y Ecuador

La Maternidad Subrogada es conocida como maternidad de alquiler de encargo, portadora sustitutiva, la que consiste en que una mujer lleva implantado en su útero un embrión hasta su alumbramiento y posterior nacimiento, producto de un previo acuerdo mediante el cual se entrega el nacido vivo a una pareja que estén unidos bajo el matrimonio o bajo hecho, sean estos heterosexuales u homosexuales.

En cuanto al tema de la homosexualidad es menester mencionar que existe normativa legal que respalda esta condición de género, pues la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) determina en sus artículos “...Art. 7... respecto a la vida familia...Art. 14... prohíbe la discriminación...”.

En Europa se reconoce el derecho que las mujeres lesbianas, o las mujeres solas tienen respecto a la maternidad, así como se reconocen los derechos de paternidad a la pareja de homosexuales que se encuentren casados entre sí. La fundamentación legal está establecida en los artículos 8, 9 20 y 21 de la Convención de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Jurisprudencialmente, mediante sentencia del Tribunal Provincial de Valencia, define al convenio de maternidad subrogada como aquel contrato que inmiscuye o no un valor económico, en el que una mujer en su estado consiente permite que le sea inseminado un embrión mediante una TRHA, comprometiéndose a entregar al recién nacido a los padres comitentes, que bien hubiesen podido o no aportar con sus gametos.

2.1. Aspectos generales de la maternidad subrogada en España

El contrato de maternidad subrogada puede ser considerado como un contrato de arrendamiento de obra, pues en este intervienen diferentes partes, mediante la TRHA, (fecundación in vitro).

El Código Civil Español, determina que el contrato debe cumplir con ciertos requisitos, entre ellos la voluntad de las partes y que recaiga sobre un objeto

lícito. No se pueden realizar contratos sobre objetos no permitidos por la ley y que vayan en sentido contrario a la ética y moral. La misma normativa legal delimita los objetos del contrato, siempre apegado a la moral, a la licitud, tanto en bienes como en servicios.

Al existir un contrato de maternidad subrogada, este será nulo, puesto que, no es lícito. Por tanto, carece de efecto jurídico. Para entender mejor estos aspectos jurídicos, a posterior se detallará lo determinado en el ordenamiento jurídico español.

2.1.1. Marco legal español

En España existe un marco legal amplio, mediante el cual se determina aspectos relevantes a la gestación por sustitución. Por ello es necesario citar en forma sintetizada que señala cada uno de ellos en cuanto al tema.

2.1.1.1. Ley núm. 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Esta ley fue publicada el 26 de mayo del 2006, y en ella se abarcan temas sobre la Reproducción Humana asistida. Existe un artículo dentro de esta ley que estipula la anulación de los derechos de los contratos referentes a la maternidad subrogada, sean estos onerosos o gratuitos, pues al renunciar la gestante y ceder los derechos del menor a una tercera persona es ilegal. «La filiación será determinada por el hecho de haber alumbrado al recién nacido, quedando excepto la acción para reclamar la paternidad por parte del padre biológico, siempre y cuando este haya aportado con el gameto masculino, para este tipo de acción se interpondrá conforme lo establecido en las normas legales»¹.

En España es ilegal esta TRHA, respecto a la maternidad por sustitución, pues en base al texto ut supra la filiación materna se determina por el parto. Es decir,

¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 10. Gestación por sustitución

1. 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 o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

la gestante, será la madre, y esta lo podrá inscribir como suyo sin la identidad del padre biológico para inscribir al niño, o niña en el Registro Civil. Con lo antes expuesto la madre gestante no tiene obligación alguna de entregar a su vástago, aun cuando, haya existido algún tipo de acuerdo.

2.1.1.2. Código Civil

Al existir un contrato sobre un objeto ilícito este carece de validez jurídica², por tanto, si nos referimos al contrato por gestación sustituta será nulo en todo su aspecto.

Cuando los contratos no tienen una causa específica, por ejemplo: la exposición de motivos por los que se lleva a cabo el acuerdo, este no tendrá ningún efecto, y si la causa existe, pero es ilícita por atentar contra los principios legales, morales y éticos, de igual forma carecen de validez.

Al ser la gestación una etapa intrínseca del cuerpo humano esta no puede ser transmitida a otra persona, por lo que no pueden ser objeto de contrato, ya que estaría contenido en lo inmoral y antijurídico, pues recae sobre facultades personales como es la reproducción y al ser una función biológica natural, no debe ser objeto de comercio.

2.1.1.3. Constitución Española (1978)

Al existir acuerdos para la gestación sustituta, se estaría afectando a la dignidad humana de la madre y del hijo, pues sería antijurídico, ya que, los derechos fundamentales y libertades constitucionales se vulnerarían.

Cuando hablamos de dignidad humana hacemos hincapié en la parte intrínseca del ser humano, el distinguir lo correcto de lo incorrecto, lo que caracteriza a cada uno en base a los principios morales y sociales.

Esta dignidad está contemplada en el art. 10 numeral 1 de la CE, siendo un principio inviolable, pues forma parte del ser humano. De igual forma, el art. 15 del cuerpo legal ut supra establece el derecho a la integridad moral, si se diera

² Código Civil español, Sección 3ª. De la causa de los contratos: Art.1275 Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.

paso a cualquier tipo de acuerdo atentarían contra los principios y derechos contenidos en la carta suprema española. Incluso está determinado en el Art. 39 numeral 2 que los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil (Villar, 2014).

2.1.1.4. Sanciones

Al existir prohibición expresa para realizar este tipo de procedimientos en cuanto a la maternidad subrogada, existe un cuerpo legal en el que se establecen las sanciones respectivas cuando se incumpla lo determinado en la ley, pues se estaría actuando contra el orden público del Estado, lo que conllevaría a establecerse responsabilidades en contra de quienes inobserven la ley.

a) Código Penal

La antijuricidad está determinada en este Código Penal, y actuar en contra de lo establecido conlleva responsabilidades penales que son juzgadas por las autoridades de justicia en el ámbito de su competencia y jurisdicción. En lo referente a los delitos relacionados con la gestación por sustitución, se establece penas privativas de libertad tanto para aquellas personas que, a sabiendas de la prohibición de estos tipos de procedimientos en la Legislación Española lo realicen. De igual forma, será sancionada la persona que reciba al menor como suyo sin serlo. Las penas oscilan entre los 6 meses a 5 años, dependiendo del cometimiento del delito.

Lo que causa admiración es que, a pesar de existir prohibición expresa sobre la maternidad subrogada, se hayan propuesto y aceptado leyes que permitan admitir las inscripciones en el Registro Civil, cuando exista una resolución judicial extranjera en firme, lo que dará a entender que en el país donde surgió el acto legal, se haya declarado la filiación del recién nacido como hijo legal de los padres comitentes, por lo que existe contraposición entre lo establecido en la LTRHA, con la Ley sobre el Registro Civil (en adelante LRC), puesto que, la LTRHA señala que este tipo de contratos están prohibidos, y la LRC admite la resolución judicial extranjera, mediante la cual se produce un efecto jurídico legal, pese a estar prohibida por la legislación española.

b) Registro Civil (RC)

Mediante la Instrucción del 5 de octubre del 2010, la Dirección General de Registros y del Notariado emite ciertas condiciones para acceder a la inscripción en el Registro Civil Español de los nacidos en otros países distinto a este, a través de la maternidad subrogada, tomándose como referente el interés del menor, así como el de la mujer gestante. Con ello se podrán garantizar sus derechos y, a la vez, permitirá evitar posibles casos del tráfico de menores a nivel internacional.

Para inscribir en el RC al nacido en el extranjero mediante un contrato de maternidad subrogada, se debe presentar una resolución judicial emitida por la autoridad competente. Documento importante a fin de verificar que el contrato cumpla con la normativa del país donde se lo ha efectuado, coadyuvando a la protección del interés del menor y de la gestante.

La DGRN indica que es importante la decisión judicial, al ser la que determina el régimen de filiación, es decir esta constituye la relación a favor de un nacional español, por un lado, y por el otro, excluye la relación de la madre biológica, solo la decisión judicial es la que desarrollará efectos en España³.

El art. 83 del Reglamento del Registro Civil, determina que la resolución judicial es necesaria como un documento previo para acceder a la inscripción en el RC. La instrucción emitida por la DGRN establece criterios que, de cierta forma, están elaborados en base a las leyes vigentes, como, por ejemplo, se debe interponer ante los juzgados de primera instancia el procedimiento para la inscripción.

Para que surta efecto el reconocimiento incidental, se deberá comprobar que los requisitos determinados en la instrucción de la DGRN del 5 de octubre del 2010, estén correctos. Para ello se observará:

- La autenticidad de la resolución judicial extranjera.

³ La Resolución fue dictada ante la reclamación presentada por dos varones valencianos casados entre sí a los que se denegó en virtud del artículo 10.1 LTRHA la inscripción de la filiación de dos menores nacidos a través de una GS en Los Ángeles.

- Que el Juzgador del Estado de origen emita sus criterios en base a la competencia judicial internacional, mediante discernimientos iguales a los de la Legislación Española.
- Que exista garantía en los derechos procesales de las partes, sobre todo de la madre gestante.
- Que el interés superior del niño prime, sobre cualquier otro, de igual forma se verificará que el consentimiento de la madre haya sido voluntario sin presión alguna, a fin de que no exista error, dolo y fuerza.
- Al existir una resolución judicial esta será en firme es decir estará ejecutoriada y lo que se ha otorgado será inapelable, pues el término de apelación se entenderá que habrá transcurrido.

Cuando se haya verificado el cumplimiento de los requisitos antes descritos, proseguirán con la inscripción de filiación en el Registro Civil de España.

2.1.2. Jurisprudencia en España

Al existir fallos judiciales respecto a la maternidad subrogada, surgen argumentaciones jurídicas que han servido como base para exigir derechos. Existe un caso referente para que las entidades de España hayan planteado posibles soluciones aun cuando estas, están prohibidas por la Ley.

Citaremos el caso de una pareja homosexual de nacionalidad española acude al Registro Consular de España en los Ángeles, para registrar a los recién nacidos como hijo suyo. El responsable del registro les negó la inscripción de los niños, pese a existir los certificados de nacimiento mediante los cuales se reconocía la paternidad a la pareja, los niños habían sido concebidos mediante la gestación por sustitución en California- Estados Unidos, los certificados fueron otorgados, ya que, uno de los comitentes era el padre biológico de los menores.

Como era lógico el responsable del Registro motivó su argumento negativo en base a lo establecido por la LTRHA, haciendo mención del art. 10 de la ley antes invocada. La pareja interpone ante la DGRN un recurso y esta dirección concede el mismo, argumentando que no existen problemas en cuanto a la filiación (Vela

Sánchez, 2015) ⁴, pues no atenta contra el orden público de España, razón por la cual podían acceder a la inscripción en el RC.

Con lo antes descrito vemos que la resolución emitida por la DGRN vulnera lo determinado por la ley, pues, al validar la resolución judicial extranjera, inmediatamente existe un efecto jurídico, permitiendo este tipo de procedimientos que están prohibidos por la Ley Española.

2.1.2.1. Sentencia emanada por el Juzgado Primera Instancia de Valencia

Al avocar conocimiento el Juzgado de primera instancia de Valencia, del caso de la pareja homosexual, citado en el texto *Ut supra*, anula la resolución emitida por la DGRN, pues esta vulnera lo determinado en el art. 23 de la LRC, que no debe existir duda de la realidad del hecho inscrito, así como de la legalidad.

Es decir, pese a que la pareja formalmente conste como padres de los niños, biológicamente no es posible, por ende, surge la duda de la realidad del hecho inscrito y su legalidad.

El juez considera que no existe discriminación en cuanto al matrimonio de varones, pues se daría el mismo procedimiento al matrimonio heterosexual o a un matrimonio de mujeres. Adicionalmente, sugiere que lo más lógico sería que el padre biológico reclamará su paternidad y su cónyuge iniciará un trámite de adopción, lo cual está enmarcado dentro del ordenamiento jurídico de España.

Por último, no se analiza si se ha producido *fórum shopping* fraudulento o no. Doctrinariamente se dice que El *fórum shopping* fraudulento es cuando los particulares sitúan la resolución de un caso ante los tribunales o autoridades de un Estado que no presentan una relación sustancial con el caso en asunto.

⁴Tras la Instrucción DGRN de 2010 han sido bastantes las resoluciones recaídas admitiendo la inscripción de la filiación jurídica derivada de un CS. El 15 de abril de 2013 la DGRN emitió una Resolución que pareció dar un giro a la doctrina anterior al negar a una pareja la inscripción de dos gemelas nacidas en California. Ahora bien, no se trata de un cambio doctrinal sino de que en este caso no se cumplían los requisitos establecidos por la Instrucción de 2010 para dar fe de la filiación de la inscrita

2.1.2.2. Dirección General de Registros y del Notariado, Instrucción de 5 de octubre del 2010

Esta instrucción fue emitida por la Dirección General de Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En ella se establecen como requisitos previos:

La resolución judicial emitida por el Tribunal competente de cada Estado donde se llevó a cabo el contrato de maternidad subrogada, que la madre haya renunciado a su filiación, así como se haya presentado ante el RC. Con ello se demostrará que existe una capacidad jurídica de la mujer gestante, al igual que el valor legal del consentimiento proporcionado con la finalidad de no incurrir en error, dolo y fuerza.

Suyapa y Sancho señalan “Verificado que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico ilegal de menores, así como la eventual previsión y posterior respecto a la facultad de revocación del consentimiento u otros requisitos previos en la normativa legal del país de origen”. (2011, pg. 12)

Exigencia de *exequátur*, que es un mecanismo que permite que una sentencia de otro país sea válida en España. Esta sentencia es producto de una acción personal, a la vez no debe haberse dictado en casos de rebeldía. Es decir, cuando no hayan comparecido los litigantes, que sea legal en España. Además, la sentencia deberá haber reunido los requisitos pertinentes en el Estado donde se haya dictado la misma, a fin de, que se la pueda considerar como auténtica, por último, los demás necesarios para que en España tengan validez.

Cuando exista la resolución judicial como resultado de un proceso voluntario, no se exigirá el *exequatur*, sino más bien, la resolución estará sometida al reconocimiento para la inscripción de filiación en el RC.

Cuando exista un reconocimiento incidental se debe verificar que la resolución judicial así como los demás documentos sean legales y auténticos; que el Tribunal de Justicia haya basado su competencia judicial internacional en criterios semejantes a los de la legislación española para que este no carezca de efecto jurídico; Que se encuentren garantizados los derechos procesales de

las partes; Que el interés superior del niño se encuentre garantizado a plenitud, y que en el consentimiento de la madre se vea reflejado su voluntad sin presión alguna; La resolución judicial no será susceptible de modificación siempre que esta sea en firme, pues se entenderá que transcurrió el tiempo para su apelación.

Es notable que la instrucción pretende regular las inscripciones de los nacidos en el extranjero, a pesar de que este tipo de prácticas se encuentran prohibidas por ende son ilegales.

Si recordamos antes de la instrucción a la madre se le consideraba como aquella mujer que alumbra al menor. En la actualidad, se puede inscribir a la pareja que alquila el vientre como progenitores, siendo esto contrario a lo establecido al art. 10.1 de la Ley 14/2006. Algunos autores la consideran como una orden de carácter público, pues responde al principio común, por lo que estas prácticas darían paso a diferentes actividades comerciales donde la gestante alquila su vientre y hace de su cuerpo un negocio.

2.1.2.3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011

Una vez que el matrimonio interpone el recurso de apelación contra la resolución emitida por el Juzgado Primera instancia de Valencia, el órgano jurisdiccional se pronuncia en cuanto a la certificación de nacimiento de California como contraria a lo determinado en el Ordenamiento Jurídico de España. Razón más que suficiente para haber denegado la inscripción en el RC, considerando que las personas no pueden comercializar sus órganos reproductores.

Acota de igual manera que no existe discriminación alguna respecto a su tendencia sexual, haciendo hincapié que lo que se está garantizando es el interés superior de los menores sobre cualquier otra persona, y que de existir supuestas vulneraciones los recurrentes pueden acudir a otros medios para lograr su objetivo, pudiendo ser la adopción una opción. Ante este pronunciamiento, los recurrentes interponen un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

2.1.2.4. Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero del 2014 (recurso 245/2012)

La Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 6 de febrero de 2014, analiza de forma clara el problema implícito e indica que no debe imponerse lo determinado en la LTRHA, como un condicionante para los procesos de inscripción. Pues existen otros cuerpos legales que respaldarían este tipo de procedimientos como son la Ley del registro Civil y el Reglamento a la ley del Registro Civil, simplemente que hay que ser más objetivos para su aplicación.

Lamentablemente no cabe la inscripción de los menores en el RC, pues atenta contra el Orden Público del Estado, siendo un limitante para que los recurrentes consigan su objetivo.

Además, el TS señala que existen otros mecanismos por los cuales pudiesen optar los comitentes, siendo la adopción lo más pertinente, pues, al comprobarse que existe un padre biológico este puede reclamar la paternidad de los menores, lo cual beneficiaría al menor, pues así se garantizara su adecuado desarrollo en el entorno familiar.

2.1.2.5. El Tribunal Supremo y su decisión judicial

Existen dos sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos humanos (en adelante TEDH) (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2003) en estas se condenó a Francia por haber desaprobado la inscripción en el RC de las certificaciones de nacimiento provenientes de EEUU, con un argumento parecido a la sentencia del TS de España, es decir, que estas inscripciones atentaban contra el orden público de Francia.

Ante este pronunciamiento, mediante el abogado de los demandantes (padres comitentes) solicitan la nulidad de las actuaciones, amparados en lo establecido en la LEC, art.228.1, pues el derecho así los asiste, tomando en consideración que ellos eran parte legítima dentro del proceso, y esta debía ser solicitada antes de haya una resolución definitiva con la que concluya el proceso teniendo en cuenta que no exista otros recursos como los ordinarios y los extraordinarios. El recurso interpuesto fue establecido en contra de la sentencia del Tribunal Supremo emitida el 6 de febrero del 2014.

Los padres comitentes alegaron que los derechos fundamentales de estos habían sido vulnerados, y estos son: El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva determinada en el Art. 24 de la Constitución Española; el derecho a la igualdad sin discriminación y el derecho a la intimidad familiar.

El Tribunal Supremo, respecto a las aseveraciones de los recurrentes, determina que, en el caso de Francia, se había vulnerado el art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, respecto a la vida privada de las menores, pues el matrimonio que bajo una gestación por sustitución no pudo registrar el reconocimiento de filiación de la menor con éstos, en el Estado francés.

En tanto, que en el Estado español el TS sintetiza en la sentencia, que la filiación paterna era posible siempre que sea por la filiación biológica por el padre, pues el apporto con sus gametos, o también, por la situación familiar de facto, es decir por medios como la adopción. El TS, vela por el interés superior del menor, solicitando al Ministerio Fiscal adopte medidas pertinentes para proteger y garantizar los derechos del menor⁵.

⁵ En este Auto, el TS insistió en las diferencias existentes entre el caso planteado en nuestro país y los franceses que dieron lugar al pronunciamiento del TEDH antes comentado: «Las similitudes entre la sentencia del Tribunal de Casación francés y la sentencia de esta Sala cuya nulidad sesolicita se circunscriben a que ambas deniegan la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución. Pero a partir de ahí, las diferencias son importantes. Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (*fraus omnia corrumpit*, el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias de los casos Labassee y Mennesson), por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar *de facto*.

En Francia, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de esta Sala acordó que solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar *de facto* (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos.

El Tribunal de Casación francés afirma que ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Nuestra sentencia, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español (art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), y evitando en todo caso su desprotección, para lo que se instó al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*.

Es lamentable que, en España a pesar de estar prohibida la maternidad subrogada, se proceda a regularizarla a través de resoluciones, más bien se debería modificar la ley para que con ello se eviten maquillar algo que ya está escrito, pues se ha planteado una salida aquellos que esperan los procesos de filiación para traer a los bebés desde el país que llevaron a cabo un contrato no permitido, pero ya ejecutado, perjudicando únicamente al menor y a la gestante.

2.1.3. La maternidad subrogada en el Ecuador

Después de 12 años de haberse realizado la primera inseminación artificial en Michigan, en el Ecuador el Dr. Iván Valencia es el pionero en realizar la primera fecundación *In vitro*, en el año de 1992.

En los asuntos franceses, los comitentes habían solicitado que se determinara la filiación de las niñas no solo con base en las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica (determinadas por la existencia de sendos contratos de gestación por sustitución que, una vez homologados judicialmente sus efectos, dieron lugar a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil con determinación de la filiación respecto de los padres comitentes): en ambos casos se pidió, de modo alternativo o subsidiario, que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, pues constaba que tanto el Sr. Labassee como el Sr. Mennesson eran los padres biológicos de las respectivas niñas. Y en el caso del matrimonio Labassee, se solicitó también que se realizara la inscripción de la filiación con base en un acta de notoriedad de posesión de estado civil puesto que constaba que el matrimonio Labassee había criado y educado a la niña desde su nacimiento. El Tribunal de Estrasburgo hace constar que en ambos casos está constatado que los matrimonios demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución por ellos contratada formaban sendos núcleos familiares *de facto*. El litigio que dio lugar al recurso resuelto por nuestra sentencia es distinto. Consistió en una impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California. En este litigio, los demandados han sostenido la regularidad del reconocimiento en el Registro Civil español de la inscripción extranjera, alegando que el hecho de que los niños hayan sido fruto de un contrato de gestación por sustitución no impide que se reconozca en España la relación de filiación reconocida a los comitentes en el ordenamiento de California». Concluye pues el Auto que: Nuestra sentencia permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar *de facto* entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores. El Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias Labassee y Mennesson, no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor. Las molestias e inconvenientes que para los recurrentes (y en menor medida para los niños, que por su corta edad no serán conscientes siquiera de la situación) puede suponer la situación provisional que se produzca por la sustitución de la filiación resultante de la transcripción de las actas de nacimiento de California por la filiación que resulte de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico español, no alcanzan una entidad suficiente como para considerar que se produce el desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños, en su aspecto de fijación de una identidad determinada. Se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve (determinación de la filiación paterna respecto del progenitor biológico y adopción por el cónyuge), y el Estado de Derecho provee de suficientes medios para evitar perjuicios a los menores durante esta interinidad, siguiendo el criterio de protección del núcleo familiar *de facto* afirmado en la sentencia».

La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida emitió un informe en el año 2008, en el cual se destaca que existen en el Ecuador cuatro centros médicos en los que se llevan a cabo procedimientos de reproducción asistida, y aproximadamente 474 ciclos de procedimientos de los mismos (Zegers, F. et al., 2008). En el Ecuador han nacido aproximadamente 11000 niños por TRA, desde los años 1990 hasta el 2011.

Lopez (2005), señala que: *«La maternidad subrogada es una práctica médica que ha llegado a obtener gran importancia tanto para derechos constitucionales como para los derechos reconocidos internacionalmente, sin embargo, no es una práctica regulada por el ordenamiento jurídico ecuatoriano»*.

Si bien es cierto que el Ecuador pretende regular las técnicas de Reproducción Humana Asistida, es por ello que este tema se está planteando en el Proyecto del Código Orgánico de la Salud, dentro del art. 189 *“Contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos o embriones o de la subrogación del vientre, con la excepción del pago de los costos de la atención durante la gestación y el parto” (Proyecto Código de la Salud)*.

Como vemos, los legisladores pretenden regular estas prácticas bajo normas, requisitos y demás que las Autoridades Sanitarias los determinen, pero al existir limitantes como la compensación económica, produce divergencias en los criterios de quienes conforman la comisión de la Salud en la Asamblea Nacional.

Valdiviezo, experto en tratamientos de fertilidad, manifiesta que las TRHA, referente a la maternidad por sustitución no suelen darse en el Ecuador, y en caso de existir se considera a un miembro de la familia como madre subrogada.

2.2. Jurisprudencia en el Ecuador

En el Ecuador no existe jurisprudencia en cuanto al tema de Reproducción Asistida. Según Sacoto (2006) estas posibles causas de ausencia absoluta de jurisprudencia se pueden dar:

- a) Por temor al qué dirán o a pasar momentos ridículos. Este aspecto es considerado pues el exponer su intimidad ante la administración de justicia resultaría bochornoso.

- b) Desconocer los derechos reproductivos que les amparan.
- c) Vacíos legales dentro del ámbito correspondiente.
- d) Retardo en los procesos judiciales.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) es la norma suprema que protege y garantiza los derechos de las personas. Es por ello, que en el este cuerpo legal se establece en el art. 66.9 que *«las personas decidirán libremente, sobre su vida y orientación sexual, estas decisiones estarán debidamente informadas, y serán libres y voluntarias»*. La mujer decidirá cuántos hijos desea tener, pues es la única que decide sobre su cuerpo.

El Ecuador no ha legislado sobre la maternidad subrogada. Por ende, no está prohibida, pero tampoco existe norma alguna que lo permita. Es por ello que el Estado ecuatoriano, busca regularizar estos procedimientos dentro de su ordenamiento jurídico. Pues actualmente existen técnicas de reproducción humana asistida, avaladas legalmente. Pero no existe respaldo legal respecto a la maternidad subrogada, lo que conlleva a que se violen ciertos principios, establecidos en la norma suprema. Ya que al no existir leyes que amparen estos procedimientos, hacen que estas técnicas se vuelvan clandestinas, incluso que no haya exigibilidad a falta de cumplimiento de un acuerdo, pues al no estar regularizado, carece de efecto jurídico y contribuye a la vulneración de derechos.

2.2.1. Realidad ante falta de ley que regule la maternidad subrogada en el Ecuador

El Centro de Fertilidad Nacional estima que una de cada diez parejas tiene complicaciones o imposibilidades para traer un hijo al mundo (Expreso, s.f.). Esta realidad ha permitido que exista carta abierta para la apertura a la maternidad asistida, con un mayor incremento en las ciudades de Quito y Guayaquil.

En el Ecuador existen clandestinamente sitios digitales de compra y venta en los que se ofertan vientres de alquiler. Al no existir normas legales que regulen este tipo de procedimientos, pueden dar origen a problemas legales, físicos y sociales, pues se involucra la gestante, los padres comitentes y el menor.

La revista Vistazo (2018) en su artículo publicado vientres de alquiler genera controversia en Ecuador, dicho medio de comunicación entrevistó a Cela M. quien manifestó haber intentado por más de tres años ser madre, sometiéndose a diferentes tratamientos de fertilidad, ninguno sin éxito. La opción de adoptar fue desechada por la cantidad de documentos que debe presentar.

Dentro de su círculo de amigos ha escuchado sobre el alquiler de vientre, es decir que sus óvulos se han fecundados en el útero de otra mujer, y que cuando el bebé nazca se lo entreguen, este tratamiento es costoso y debe garantizarse a través de la firma de un contrato.

Es aquí cuando surge el problema pues en el Ecuador no existe una ley que regule y ampare la legalidad de estos procedimientos médicos a través de técnicas de reproducción humana asistida, lo que conlleva a la necesidad de crear una ley que ampare a la gestante y a los padres comitentes.

A pesar de que la sociedad ha sido consciente de la necesidad de normar la actividad de alquilar un vientre, en el Ecuador el único intento formal se dio en el año 2003, cuando el Congreso Nacional, no respaldó a las comisiones especializadas para regular el tema respecto a las técnicas de reproducción.

En la actualidad, las comunidades científica y civil insisten en regular la maternidad subrogada, por ello han enviado la propuesta a la Asamblea Nacional del Ecuador, y la Comisión de Salud de la Asamblea, desde el año 2018 ha venido trabajando en la propuesta para aprobar el proyecto del Código Orgánico de la Salud.

Diario el Expreso, en una de las entrevistas realizadas a Flores M. Médico Ginecólogo, director del centro especializado Concebir en la ciudad de Quito, manifiesta y ratifica la necesidad de contar con una legislación que permita evitar problemas. Por ejemplo, que un vientre de alquiler arrepentido, refiriéndose a que la gestante no entregue el recién nacido a los padres comitentes, arrebatándoles el derecho de custodia, a pesar de haber aportado con el material genético inicial.

En Ecuador no es ilegal este procedimiento, pero tampoco están regulados, por lo que muchas parejas que han experimentado la práctica se han sentido

desprotegidas, a la deriva. Pues nueve de cada diez ecuatorianos consideran esta técnica de reproducción humana asistida como socialmente inaceptable, estos datos fueron socializados por una encuesta realizada por la Pontificia Universidad Católica (2014), en las que se demuestran las notorias contradicciones morales de la sociedad.

Existen tantas personas que desde el anonimato acuden a estas técnicas médicas, que no tienen respaldo legal alguno quedando desamparadas, incluso el temor social es el principal detonante en coactar sus derechos de reclamo, en caso de incumplimiento. Para dar origen a una ley que evite la degeneración de estas técnicas de reproducción humana asistida en el Ecuador, se debe romper paradigmas y eliminar prejuicios sociales.

2.2.2.Las TRHA en el Ecuador

Entre las técnicas de reproducción humana asistida, el estado ecuatoriano, cuenta con:

Inseminación Artificial (IA): Consiste en la introducción directa de espermatozoides en el útero de la mujer para facilitar la fertilización.

Fecundación in vitro (FIV): Implica la combinación de óvulos y espermatozoides fuera del cuerpo, seguido por la implantación del embrión resultante en el útero.

Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI): Esta técnica implica la introducción directa de un espermatozoide en un óvulo para favorecer la fertilización en casos de problemas de fertilidad masculina.

Maternidad Subrogada (Gestación por Sustitución): Puede ser considerada por parejas que enfrentan dificultades para llevar a cabo un embarazo. No obstante, es importante tener en cuenta que las regulaciones al respecto pueden variar, y no todos los países permiten esta práctica.

Preservación de la Fertilidad: Incluye métodos como la criopreservación de óvulos y espermatozoides para su utilización en el futuro, especialmente beneficioso para aquellos que desean postergar la paternidad o la maternidad.

2.2.3. Proyecto de Código Orgánico de Salud

Ha existido un sin número de controversias y criterios en contra, de varios temas que abarca el proyecto de Código Orgánico de Salud (en adelante COS). El COS abarca un tema polémico como el vientre sustituto, dicho aspecto está contenido en la propuesta sobre la reproducción humana asistida. La normativa busca dejar de lado el término vientre de alquiler, poniendo énfasis en la sustitución.

Es importante señalar que la propuesta respecto a las técnicas de reproducción humana asistida se enmarca en el fallo de la Corte Constitucional (en adelante CC) mediante sentencia No. 184-18-SEP-CC, dictada el 29 de mayo de 2018⁶,

⁶ La sentencia declara la vulneración de los derechos constitucionales ante la tutela judicial efectiva; al debido proceso en la garantía de motivación; a la identidad personal en relación a la obtención de la nacionalidad; a la igualdad y no discriminación; a la familia en sus diversos tipos: así como también al principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

Se establecen las siguientes medidas de reparación integral:

- 1.-Medidas de restitución de los derechos vulnerados por las judicaturas en la acción de protección y en la sentencia dictada en primera instancia.
- 2.-Medidas de investigación, determinación de responsabilidades y sanción en caso de verificarse la existencia de infracciones.
- 3.- Como medida de restitución de los derechos vulnerados por la autoridad administrativa, dispone que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, a través de su representante legal proceda de manera inmediata a la inscripción como ecuatoriana de la niña Satya Amani Bickell Rotheron, manteniendo sus nombres, apellidos y reconociendo su filiación como hija de Helen Louise Bickenell y de Nicola Susan Rotheron, sus madres.
- 4.- Como medida de satisfacción de los derechos vulnerados por la autoridad administrativa, la disposición a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, a través de su representante legal, que efectúe la publicación de la presente sentencia en su portal web en un lugar visible.
- 5.-Como medida de satisfacción de los derechos vulnerados por la autoridad administrativa, la disposición a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, a través de su representante legal ofrecer disculpas públicas a la víctima y su familia.
- 6.-Como medida de garantía de no repetición, en procura de la tutela de los derechos de las mujeres y familia a su integridad personal, libertad reproductiva, y el goce de los beneficios y aplicaciones del progreso científico; disponer que la Asamblea Nacional en un plazo no mayor de un año adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida en forma armónica con los preceptos constitucionales.
- 7.-De igual manera como medida de no repetición capacitar a los funcionarios de la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación en materia de derechos y garantías constitucionales, con especial énfasis en los derechos a la identidad personal, a la nacionalidad, a la igualdad y no discriminación, a la protección de la familia en sus diversos tipos y al principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes.

en favor de los derechos de la niña ecuatoriana Sayta Bicknell Rothern y de su familia, para que pueda ser inscrita con los apellidos de sus dos madres de nacionalidad inglesa.

En el Ecuador las mujeres prestan su vientre a quienes no pueden tener hijos, a cambio de una compensación económica. El COS regula la práctica de subrogación de vientre y prohíbe la contraprestación económica o de cualquier tipo. El enfoque benévolo que tiene el apartado legal es evitar un negociado entre las partes donde se vuelva mercancía el cuerpo humano.

Existen legisladores que apoyan que el proyecto de Código de Salud contenga aspectos referentes a la subrogación de vientre, en tanto, que otros no como la asambleísta Ugarte P. ha señalado que se debería eliminar el artículo del cuerpo legal, por ser improcedente, ya que, de aprobarse en el Ecuador se abriría un mercado de comercialización de vientres.

La comisión ha emitido un informe en el que precisa que las prácticas de reproducción humana asistida podrán realizarse en el país cumpliendo con principios bioéticos universales y con las normas y regulaciones determinadas por la autoridad Sanitaria Nacional, incluyendo los que atañen al acceso a estos métodos.

El Ministerio de Salud, a través de la Comisión Nacional de Bioética en Salud, realizó un criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador. En el libelo recomienda que la Asamblea Nacional y el Ministerio de Salud, al ser parte de las funciones del Estado ecuatoriano, elaboren una legislación de reproducción asistida, que incluya normativa respecto a la maternidad subrogada.

La legislación debería regular la realidad social del país, contemplar la gratuidad, combatir el lucro y la explotación de los seres humanos, garantizar el estatus del embrión, considerar en forma holística a los involucrados en el proceso, así como

8.- Emisión de la sentencia, y su publicación en el Registro Oficial como medida de satisfacción de todos los derechos declarados como vulnerados en la sentencia.

se debería realizar un amplio debate en la sociedad civil. Es deber primordial del Estado asegurar el bienestar del nuevo ser y proteger sus derechos.

El art. 189 del COS, en su párrafo segundo determina la contraprestación económica o compensación de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos o embriones o de la subrogación del vientre, con la excepción del pago de costos de atención durante el prenatal.

2.2.4.Reconocimiento de la maternidad subrogada en otros países

Al existir técnicas de reproducción humana asistida, denominadas “TRHA”, han terminado con el paradigma romano “*mater Semper certa est*”, pues la maternidad natural ya no es la única, existiendo diferentes tipos de maternidad. Así tenemos:

- La maternidad genética, en la que se aporta un gameto femenino
- La gestacional en la que se alquila el vientre, en donde la filiación se da por el parto.
- La social en la que prima el deseo de las parejas por ser padres, este tipo de maternidad está ligada a una maternidad jurídica.

La maternidad en la actualidad ya no surge solamente del poder ser, sino del querer ser, coincidiendo con lo que ALKORTA (2003, p. 277) señala, “La mujer es quien decide sobre su vida respecto a la procreación, así como la donación de algún órgano de su cuerpo, ella podrá establecer o no un costo por ello”.

Este tipo de concepciones e ideologías conlleva que los Estados establezcan requisitos, condiciones y demás aspectos jurídicos que les permitan delimitar derechos y obligaciones de aquellos que intervienen en este tipo de técnicas de reproducción asistida, incluso, si no están de acuerdo lo prohíban y lo sancionen lo cual estará previsto en su ordenamiento jurídico.

2.2.5.Posturas de clasificación referente al tratamiento internacional

Según Perez (2010), en su publicación de noticias jurídicas, establece tres posturas el tratamiento internacional, y esto depende de la aceptación,

condicionamientos o prohibiciones que se tienen al interior de cada Estado en cuanto a la maternidad subrogada o vientres de alquiler.

Legal (Países que permiten la maternidad subrogada): Estados Unidos con los Estados de Arkansas, Tennessee, Virginia y California, Chipre, Hungría, Países Bajos, Rumania, Rusia, Ucrania, India, Irán, Nueva Zelanda y Sudáfrica.

- **Regulada por circunstancias específicas (Países que condicionan la maternidad Subrogada):** Estados Unidos (con los Estados de Florida, Nevada y Luisiana), Bélgica, Grecia, Holanda, Reino Unido, Israel, Canadá, México DF, Brasil, Sudáfrica, Australia (Queensland, New South Wales, South Australia, Victoria, Western Australia, Australian Capital Territory) y Nueva Zelanda.
- **Ilegal (Países que la prohíben):** Algunos Estados de Estados Unidos (Arizona, Utah, Nuevo México, Michigan y Nueva York), Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Portugal, Suecia, Suiza, China y Japón.

2.2.6. Países que condicionan la maternidad subrogada

Algunos países condicionan la maternidad subrogada y esta es admitida cuando es altruista.

2.2.6.1. Reino Unido

El informe Warnock, es el que influencia la legislación británica, pues dicho informe recomienda declarar ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada, incluso se sancionará a los establecimientos en los que se lleve a cabo estos procedimientos médicos o que sean intermediarios para este fin.

En Gran Bretaña, la maternidad subrogada no es ilegal, siempre que esta sea gratuita es decir no exista precio. Caso contrario las dos partes pueden infringir lo determinado en la ley, mediante la penalización de este tipo de actividades comerciales que se derivan de la maternidad subrogada.

Cuando exista contratos benévolos y sin intermediarios son aceptados, y la filiación en primera instancia es a favor de la mujer que alumbra al menor y luego esta puede transferir a los padres comitentes. Después que ellos lo hayan solicitado ante los tribunales inclusive se le otorga a la gestante un periodo de 6

semanas para que ella pueda pensarlo para poder retractarse. Si no lo hace el menor tendrá dos actas de nacimiento, pues la última será a favor de los padres comitentes.

2.2.6.2. Israel

Dentro de su ordenamiento jurídico se establece la Ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996, mediante la cual se determina las condiciones para llevar a cabo la maternidad subrogada:

- Ser una pareja heterosexual
- Ser infértil médicamente comprobado.
- Los embriones, provendrán de la esperma de padre comitente, y el ovulo podrá ser de una donante.
- Se realizar este convenio para gestar con una mujer soltera, en caso de demostrar que no existiese con ese Estado, se permitirá el acuerdo con otra mujer.
- Deberán ser de la misma religión, en caso de no existir de la misma religión judía se obviará ese requisito.

La paternidad legal será autorizada por orden judicial la misma que recaerá sobre los comitentes. En este país la filiación es establecida mediante la adopción, gracias a que el Comité gubernamental aprobó el acuerdo como valido pues cumple con los requisitos establecidos por la Ley (Farnos Amoros, 2010).

2.2.6.3. Canadá

La gestación por sustitución está regulada mediante la ley “Assisted Human Reproduction Act” expedida en el 2004, la que en su parte fundamental señala que está prohibida cualquier remuneración por el servicio de prestación de útero, y esto solo será permitido cuando sea sin fines de lucro.

2.2.6.4. Brasil

A pesar de que este país no tiene legislado específicamente lo referente a la maternidad subrogada, existe una resolución en la determina que los establecimientos médicos debidamente acreditados por el Organismo correspondiente. Pueden realizar las TRHA para que mediante la maternidad

subrogada se brinde la posibilidad de ser padres a aquellos que no lo pueden ser. Pero esto únicamente se dará cuando exista un problema médico que imposibilite el embarazo en la mujer contratante, y la gestación será por parte de una mujer que se halle en el segundo grado de consanguinidad de la madre biológica. Está prohibido algún tipo de fin de lucro.

La Constitución Federal establece que el cuerpo humano no es objeto de comercio, por tanto, si no existe compensación económica alguna puede ser legal este tipo de actividades.

2.2.6.5. Argentina

No existe normativa legal sobre la maternidad subrogada, solo existe la Ley nacional de salud sexual y procreación responsable N° 25673.

2.2.7. Países que admiten ampliamente la maternidad subrogada

Existen países que admiten libremente la maternidad subrogada. A continuación, se detallan los siguientes:

2.2.7.1. Ucrania

El Código de la Familia⁷ ley número 524-V de 22 de diciembre de 2006, en su art. 123 párrafo 2 determina que la maternidad subrogada es legal puesto que el embrión proveniente de los gametos de los padres comitentes es implantado en el útero de la gestante, la cual, mediante consentimiento expreso en el acta de nacimiento, entrega él bebe a los padres comitentes para que ellos figuren como padres.

2.2.7.2. Rusia

En Rusia es legal la maternidad subrogada, así lo establece el Código de Familia de la Federación de Rusia 57, el cual establece que los padres que hayan alquilado un vientre para que el embrión sea implantado, serán inscritos como

⁷ La legislación en Ucrania es una de las legislaciones más liberales pues permite las técnicas de gestación por sustitución para todos los ciudadanos del mundo, el amparo de la legalidad resulta de lo estipulado en el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud. El art. 123.2 del Código de Familia establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño será la pareja. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes.

padres, previo el consentimiento de quien lo gestó, así también, los padres que hayan emitido por escrito el consentimiento para someterse a una TRA se inscribirán en el libro de nacimientos como padres del menor a través de TRA.

Para ser candidata a madre gestante en el Estado Federal Ruso, las mujeres oscilarán en la edad de 20 a 35 años, tener un hijo propio que goce de buena salud y que sus condiciones físicas, psíquicas y emocionales estén en buen estado.

2.2.7.3. India

La subrogación en la India es legal y está regulada para proteger el interés del menor, de la madre que lo gesta y de los padres comitentes. En el caso de la gestante será una mujer que no sobrepase los 45 años, deberá realizarse exámenes médicos de VIH, pudiendo gestar máximo por tres ocasiones. Cuando los padres comitentes busquen la necesidad de requerir estas técnicas de reproducción asistida, será porque no están aptos para concebir

Al ser la maternidad subrogada legal en la India, se entiende que la filiación les corresponde a los padres comitentes, por ende, la mujer gestante y los donantes de no tendrán derecho alguno de reclamar la paternidad, ni maternidad.

Considerándose la maternidad subrogada como un contrato, los comitentes están obligados a retribuir económicamente a la gestante, incluso serán quienes cubran los gastos propios de la gestación, siempre y cuando se haya acordado entre los involucrados.

Es necesario crear una regulación en cuanto a la maternidad subrogada, pues se han dado casos en los que se han incumplido con los pagos acordados, lo que conlleva a un problema social, abortos no consentidos, incluso a seguir fomentado la pobreza.

2.2.7.4. Estados Unidos

A partir de la década de los ochenta y luego del controversial caso “Baby M”, se vio la necesidad de reglamentar las situaciones que conlleva la maternidad subrogada, es menester señalar que no existe una legislación unitaria respecto a este tema.

Desde 1987, hubo proyectos de ley en la mayoría de Estados, por ejemplo en Arkansas la normativa específica señala que si una pareja contrata a una gestante soltera ellos son los padres legales; en Nevada se prohíbe el pago que rige para adoptar al bebe, esto conforme a la ley; en Louisiana no son reivindicatorios los contratos de gestación sustituta, pues este Estado tenía leyes aprobadas anteriormente.

Cinco de los Estados (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin), dentro de sus proyectos de ley, establecen la prohibición de la maternidad subrogada, en tanto que los Estados de Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregón y Pensilvania intentan prohibir la gestación sustituta con fines de lucro y comerciales. Por último, aquellos que lo permiten se delimitan a una extensa regulación. California al ser extenso, es uno de los Estados de Norteamérica que oferta arreglos, y agencias que se encargan de intermediar en la gestación por sustitución.

2.2.8. Países que prohíben la maternidad subrogada

Existen países como España, Austria, Alemania, Francia, Suecia, entre otros, que dentro de su ordenamiento jurídico manifiestan expresamente la prohibición de contratos de gestación por sustitución, pues al no tener efecto jurídico son nulos.

A continuación de forma sintetizada se cita lo que contempla cada legislación en el ámbito correspondiente.

2.2.8.1. Austria

Este país dentro de su ordenamiento jurídico establece la Ley Federal sobre reproducción asistida del 1 de julio de 1992, misma que determina en su art. 2 párrafo 3, «Los ovocitos y embriones solo se pueden utilizar en la mujer de la cual proceden». Como podemos ver no existirá posibilidad de donar los óvulos ni de prestar su útero.

2.2.8.2. Alemania

El Ordenamiento Jurídico alemán es claro en proteger al embrión, a tal punto que establecieron la Ley alemana de protección del embrión, N. 745/90 del 13

de diciembre de 1990, en la que se establece las sanciones respectivas con pena privativa de libertad a quien incumpla con determinado por la ley. Es por ello que en este país está prohibida la Gestación por sustitución.

2.2.8.3. Francia

La postura que el Estado Francés ha mantenido es en contra de estas TRHA, pues estas prácticas son consideradas como comerciales lo cual conlleva a la explotación psicológica y física de la mujer gestante, incluso la del menor.

De igual forma la gestación subrogada atenta contra la dignidad humana y puede causar trastornos que afecten el desarrollo emocional del menor. El código penal de Francia prohíbe este tipo de prácticas y los califica como delitos los cuales constan en los artículos 345 y 353 párrafo 1.

2.2.8.4. Suecia

En Suecia existe la ley del 1 de marzo de 1985, en la que se prohíbe la maternidad subrogada cuando exista compensación económica, incluso, en esta ley se impide que la mujer estéril contrate la maternidad subrogada, para luego proceder a adoptar al niño o niña nacido, pues al existir una compensación económica incumple la ley respecto a la adopción.

La Ley 11/1984, del 14 de junio, referente a la fecundación in vitro, es clara al manifestar que este procedimiento se realizará cuando se introduzca en el útero de la mujer un embrión fecundado externamente. Este procedimiento será permitido únicamente cuando la mujer es casada y autorice su consentimiento. De igual forma el cónyuge previamente expresará de forma escrita su consentimiento y el óvulo deberá ser de la mujer inseminado con la esperma del marido. Al establecer este articulado se puede concluir que la maternidad subrogada está prohibida.

2.2.8.5. Suiza

El art. 119 párrafo 2 letra d) de la Constitución Federal de Suiza, prohíbe llevar a cabo un proceso médico para la gestación por sustitución. Incluso la Ley Federal respecto a la procreación medicamente asistida de 1998, la cual fue

reformada en el 2006, determina la prohibición en todas las formas, sea oneroso o gratuito.

2.2.9. Análisis comparativo entre las legislaciones que regulan la maternidad subrogada

Como se indicó en el capítulo anterior, existen Estados que, dentro de sus ordenamientos jurídicos, han establecido leyes que permiten la maternidad subrogada como una opción para aquellas personas que por motivos ajenos a su voluntad no pueden concebir.

Tabla 1

Análisis comparativo entre Estados que permiten la maternidad subrogada

Estados	Quienes acceden	Condiciones	Prohibiciones	Excepciones
Canadá	Cualquier modelo de familia heterosexual, homosexual o personas solas. No existe discriminación por nacionalidad.	Madre gestante de más de 21 años, es un acto altruista, no existe compensación económica, los comitentes pueden hacerse cargo de los gastos implícitos del embarazo y no superaran los 22 mil dólares.	La ley prohíbe que cualquier persona o agencia actúe como intermediaria o publicitaria en el proceso de maternidad subrogada.	La provincia de Quebec, prohíbe la maternidad subrogada.
Estados Unidos	Depende de la legislación de cada Estado, acceden Cualquier modelo de familia, existen dos grupos en lo que es legal y otro donde no existe una ley que dé cobertura y los tribunales	La gestante debe elegir a los padres de intención y estos pueden escogerlo o a su vez rechazarla. Considerando que la sanidad es privada en Estados Unidos el costo final del proceso de maternidad subrogada supera los 100 mil euros.		

		deciden en cada caso.	
Rusia	Solo acceden parejas heterosexuales, y mujeres solteras.	La madre de intención debe demostrar la imposibilidad de gestar, que su vida corre riesgo. La madre gestante tendrá entre 20 y 35 años, deberá gozar de buena salud física y emocional, deberá tener un hijo previamente. Debe renunciar al bebe tras el parto, si ni lo hace ella se quedará con él bebé.	
		Se realiza un contrato.	
Ucrania	Las parejas homosexuales casadas.	La madre de intención demostrara la razón medica que evidencie que no pueda gestar. No se establece límite de remuneración, pero el costo oscila entre 35 mil y 55 mil euros.	La madre gestante tiene prohibido reclamar la maternidad del bebé, pues se considera el hijo de los padres que aportaron el material genético. Es necesario que renuncie al bebé, en caso de no querer firmar el documento, el juez será quien le obligue a realizar.

Grecia	Parejas heterosexuales como mujeres solteras, que no puedan tener hijos.	Deberán presentar un certificado médico que avale la infertilidad. Se debe pagar a la mujer no solo gastos médicos, sino también las molestias del proceso, así como los días que no labore.	Está prohibido pagar más de los 12 mil euros.
Reino Unido	Parejas casadas heterosexuales y homosexuales.	Proceso altruista, únicamente se reconoce el pago por gastos médicos propios del embarazo. Los padres comitentes tienen un plazo de seis meses para solicitar la paternidad del bebé, sino pasara hacer hijo de la gestante y de su pareja si lo tuviera. El costo total puede ascender a costar 50 mil libras.	Personas solteras.
Tailandia	Matrimonio heterosexual, uno de ellos debe ser tailandés.	La mujer debe ser medicamente comprobada su infertilidad. La gestante deberá tener más de 25 años y ser pariente de los padres comitentes. Proceso altruista y la madre no cobra nada, más que gastos médicos propios del embarazo.	Se limitó el acceso a la maternidad subrogada a los nacionales.

Nota: Autores (2023)

2.2.10. Problemática legal respecto a la maternidad subrogada

Los problemas legales respecto a la maternidad subrogada son latentes en la mayoría de los estados, pues no todos han establecido dentro de su ordenamiento jurídico leyes que regulen o prohíban este tipo de procedimientos de reproducción asistida.

Las personas beneficiadas de este tipo de TRHA, son quizá las únicas que defiendan su legalización, pues el único propósito de estos es tener un hijo al cual criaran con amor y velaran por su cuidado, sin embargo, no se considera los derechos que tiene el menor cuando es sometido a este tipo de procedimientos que vulneran sus derechos.

La necesidad de implementar una normativa internacional surge cuando el mercado mundial de la maternidad subrogada alcanza más o menos unos cinco mil millones de dólares anuales, por tanto, es menester que los Estados regulen estos procedimientos que muchas de las ocasiones simplemente sirven para el lucro personal y se aprovechan de las necesidades de las personas deseosas por tener un hijo.

La Conferencia sobre Derecho Privado Internacional de la Haya, ha reunido a expertos y representantes de los gobiernos miembros, afín de establecer un texto que contenga reglas y establezca las formas de contrato transnacionales respecto a la maternidad subrogada y progenitorialidad, lamentablemente si se procede con la firma de esta convención respecto al tema de la maternidad subrogada, ocasionaría grandes problemas legales, éticos y morales, pues se convertiría en una decisión de cumplimiento que atenta contra la ley natural.

2.2.10.1. Problemas Jurídicos entre padres comitentes y la ley

Al hablar de un contrato de maternidad subrogada, se establecerá primero la voluntad de las partes en donde una pareja deseosa de tener un hijo suscribe un contrato con una mujer que llevará en su vientre un menor y una vez que alumbre, entregará el bebé a los padres comitentes.

Al no existir una normativa legal que establezca la obligación de entregar el menor, siempre existirán problemas para las partes, pues como lo habíamos señalado en capítulos anteriores la gestante puede decidir en entregar o no al menor.

Si consideramos que las partes involucradas en los contratos de gestación por sustitución o maternidad subrogada están ubicadas en diferentes lugares del mundo, por tanto, las legislaciones son diferentes lo que conlleva a que las leyes difieren de un lugar a otro.

Si analizamos son pocos los países que han incorporado dentro de su ordenamiento jurídico temas respecto a la maternidad subrogada, y en un número muy reducido están los países que admiten la maternidad subrogada remunerada como Ucrania y la India.

Así también después de analizar diferentes situaciones ciertos países admiten la maternidad subrogada únicamente como altruista es decir que no haya remuneración como por ejemplo Reino Unido, y los Países Bajos y ciertos países de Latinoamérica como Argentina y Brasil, y otros que ni siquiera la permiten como Francia, España y Austria.

Pero el verdadero problema ocurre cuando los procedimientos por técnicas de Reproducción Humana asistida, respecto a la maternidad subrogada, están prohibidos como tal, dentro de la legislación interna de los Estados que así lo determinen, son interpuestos ante los Tribunales de Justicia para que autoricen el reconocimiento de los menores, es allí cuando existe controversias al momento de inscribir al menor, pues los contratos fueron celebrados en otros países tornándose en una verdadera dificultad. Pues en la maternidad subrogada deberá definirse quién es el progenitor y como la tecnología ha ido avanzando habrá donantes de espermatozoides y de óvulos, lo cual impide identificar al progenitor o dueño del gameto.

Si nos remontamos al pasado el principio «*mater semper certa est*», ya no existe. Pues antes se consideraba madre a quien paría a su hijo, por ser un principio natural, donde la madre tenía esa bendición de alumbrar a su hijo, incluso el cuerpo humano se adapta a los cambios físicos y fisiológicos en esta etapa que

es única, pero al transformarse la sociedad mediante la evolución, han alterado el ciclo normal de la vida.

La labor más dura la tienen los Estados mediante los legisladores pues ellos son quienes dan paso o no a la creación de leyes que regulen o prohíban estos procedimientos, pues hay que analizar profundamente el tema, en las repercusiones y en los beneficios, pues la maternidad subrogada no está al alcance de todos por los costos que inmiscuye estos procedimientos.

La tarea no es fácil, pues existen partes involucradas como aquellos que donaron su esperma y óvulos que pueden ser los mismos padres comitentes o donantes anónimos, la madre gestante que llevara en su vientre a un bebe por nueve meses incluso al marido de ella que muchos Estados lo reconocen como padre y por último a los padres comitentes o deseosos quienes demandan la paternidad legal , por haber deseado al menor y haber acordado con la gestante a través de un contrato que en la mayoría de Estados es ilegal.

Por último y lo más importante el niños , que al ser la parte más vulnerable, es quien más sufre con estos procedimientos, pues sus derechos reconocidos en los Instrumentos Internacionales son afectados así tenemos: El derecho a estar con su familia biológica, a la relación con su madre y su padre y al derecho de no ser sometido al comercio o trata de personas, quizá no parezca pero eso es en lo que realidad se comete cuando existe la maternidad subrogada, incluso no podrá ser alimentado con leche materna y ese vínculo afectivo que se transmite por medio de la lactancia no existirá.

La Convención Internacional sobre la maternidad subrogada deberá adoptar dentro de su texto legal, no solo el regular estos procedimientos en lo que se afecta a los menores que están por nacer, pues los niños no piden venir al mundo, sino son los padres que buscan traer niños para satisfacer sus necesidades afectivas y constituir una familia, pero hay contraposiciones cuando vemos que medidas como la adopción se van perdiendo y existen niños en el abandono, pues el acceder a esta técnica de reproducción humana asistida como es la maternidad subrogada les da la oportunidad de escoger al bebé que está por nacer, lo que incluso se vuelve discriminatorio hacia los niños que esperan por un hogar. Los enfoques de la maternidad subrogada y de la

adopción son distintos, pues el primero se enfoca en la necesidad de los padres, el deseo de tener un hijo a través de procedimientos médicos, en tanto que la adopción busca el interés superior del niño el cual será asignado a una familia para que su desarrollo sea normal e idóneo.

Se debería condenar toda forma de maternidad subrogada, pues atentar contra la naturaleza del ser humano no es correcto independientemente que sea remunerada o no, pues muchos Estados consideran en su legislación como gratuita, o altruista, sin darse cuenta de que el afectado sigue siendo el menor en este tipo de procedimientos.

Los Estados no deberían reconocer ni homologar actos jurídicos extranjeros, pues son contrarios a la ley estipulada dentro de su legislación interna, pues al haber ciertas salvedades para registrarlos se aprovechan de los vacíos legales para cumplir con su objetivo.

2.2.10.2. El contrato en la maternidad subrogada

El contrato es un acuerdo privado oral o escrito, este acuerdo de voluntades genera derechos y obligaciones entre las partes. Doctrinariamente, el contrato ha sido definido como un negocio jurídico bilateral o multilateral, por que intervienen dos o más personas.

En los países que permiten la maternidad subrogada o gestación por sustitución, se celebra un contrato el cual tendrá solemnidades y cláusulas que deberán cumplirse estrictamente.

Lopez C. (2019) del diario la vanguardia en su nota periodística «Así es un contrato de gestación subrogada» del 5 de julio de 2019, expone los términos del contrato de maternidad subrogada suscrito en Ucrania, por ser un país donde la gestación por sustitución es legal. El contrato determina derechos y obligaciones de las partes, en especial de la madre gestante.

El objeto del contrato es que los padres biológicos encargan un bebé y la madre de alquiler se compromete a llevar a término el embarazo y dar a luz al bebé con ayuda de las técnicas de reproducción asistida. Entre las obligaciones de la mujer gestante se estipulan:

- Facilitará toda la información de su estado de salud, en especial de las enfermedades hereditarias, venéreas, mentales, así como las enfermedades padecidas actual y anteriormente, inclusive deberá señalar las enfermedades de sus familiares.
- Deberá presentar un certificado de antecedentes penales.
- Deberá realizarse un reconocimiento médico y aprobarlo, en el centro elegido por los padres comitentes, así como deberá someterse a todos los tratamientos médicos, incluida la TRHA, en el centro escogido.
- La mujer gestante estará obligada a cumplir con las instrucciones y prescripciones realizadas por el médico, incluso deberá manejar adecuadamente su dieta, actividad física, relaciones sexuales, higiene, con la finalidad de llevar con éxito el programa de maternidad subrogada.
- La gestante no podrá consumir alcohol, narcóticos, ni medicinas que no estén prescritas, no fumar. Si los padres comitentes desean podrán requerir a la gestante realizarse una prueba de alcohol y drogas.
- Deberá interrumpir el embarazo, si el medico lo indicase.
- Si la mujer gestante es casada, deberá asegurarse que su cónyuge vaya a un notario y emita su consentimiento y no objete la participación de la mujer en el proceso de maternidad subrogada.
- No reclamar los derechos al bebé que alumbrase, ni obstaculizara la entrega a los padres legítimos.
- En tanto, que la única obligación que tienen los padres biológicos es pagar a la madre subrogada la compensación estipulada, los gastos médicos, viajes, estancia, dinero mensual para llevar una dieta equilibrada, entre otras.
- Entre los derechos de los padres biológicos están:
 - Demandar y controlar a la madre del cumplimiento de las prescripciones médicas.
 - Solicitar a la mujer contratada realizarse un aborto terapéutico, en caso de patologías que afecten gravemente el desarrollo y futuro de la criatura, siempre que tres profesionales médicos lo confirmen.

Por último, el pago, en este tipo de contratos de gestación por sustitución, se detalla minuciosamente las cifras a asignarse para cada gasto generado.

2.2.11. Posturas en contra y en favor de la maternidad subrogada

Si bien es cierto la ciencia y la tecnología han evolucionado y esto ha permitido que existan técnicas que puedan favorecer a aquellas personas que se vean limitadas para acceder a la maternidad, existen diferentes posturas a favor de este tipo de TRHA, y otras que no lo aprueban, siendo menester analizar cada uno de estos argumentos y dejar al criterio de cada persona, puesto que, todos pensamos y sentimos de diferente manera.

2.2.11.1. Argumentos en contra

Basados en la moral y las buenas costumbres se enunciarán ciertos criterios que no respaldan este tipo de TRHA, incluso señalaré lo que los legisladores ecuatorianos argumentaron en el debate del Proyecto del Código Orgánico de la Salud (COS).

Gana (1998, p. 851), señala que «La persona que gesta involucra su salud física y mental, pues ella en el transcurso de nueve meses sentirá al feto parte de sí, por lo que afecta al desarrollo normal del menor, lo cual podría traer consecuencias no solo a este sino a la gestante».

Arteta (2011, p. 91), menciona que «Que la mujer que se preste para engendrar un hijo que a la final terminará entregándolo a otras personas, va en contra de la ética y la moral, pues está comercializando al menor y a ella mismo, porque el interés económico prima sobre un proceso natural, lo cual atenta contra la dignidad humana».

Desde épocas remotas la mujer fue considerada para gestar y criar a los hijos, es decir siempre fueron vistas como un objeto de reproducción. En la actualidad esto ha cambiado, la mujer ya no cría, solamente gesta, lo que la convierte en un objeto de comercio, denigrando un acto sagrado y natural como es la procreación. Las relaciones entre madre e hijo se rompen por los intereses personales, al menor no le dan la opción de escoger, él ni siquiera sabe lo que sucede. (Camacho, 2009).

El interés del menor está en riesgo, por que independientemente de quien lo procee, el bebé crea un lazo con su madre, es decir con la gestante.

Pese a no existir estudios a largo plazo de los efectos sociales y psicológicos de los niños nacidos bajo esta técnica y que para prevenir futuros conflictos emocionales es aconsejable que los padres comitentes sean sinceros con el menor y le expliquen la forma por la cual fue concebido (NOSARKA y KRUGER 2005).

En Ecuador, se ha propuesto por parte de la comisión legislativa del Derecho a la Salud, un proyecto del Código Orgánico de la Salud (COS) el cual contempla temas importantes en especial el referente a la reproducción humana asistida, pues es necesario que exista una reglamentación referente al tema pues al no existir normativa legal, existen vacíos legales que ni prohíben, ni permiten la maternidad subrogada en el Estado.

Para Gaibor Ángel, quien es vocero del Frente Nacional por la Familia, en una entrevista periodística manifiesta su preocupación por lo que refiere el artículo relacionado a la maternidad subrogada, porque atenta contra los derechos de la mujer y del niño.

La Comisión Nacional de Bioética en Salud (en adelante CNBS), señala como argumentos en contra de la práctica de la gestación por sustitución, que:

- Al desarrollar nuevas modalidades a un proceso natural como es la maternidad, no es dable pues se atenta con la dignidad que es propia de cada ser humano.
- Existe vicios en el proceso pues este implica explotación de la vulnerabilidad de las gestantes, en su mayoría es por su condición económica.
- Es inmoral procrear niños contra natura.
- La práctica de la maternidad subrogada atenta contra el principio de justicia sanitaria, pues el acceso es limitado, es decir quienes recurren ante estos procedimientos son aquellas personas que pueden costear dichos procedimientos médicos.
- Al referirse al supuesto “derecho al hijo” no consta explícitamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como,

tampoco en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, por ello, no podría exigirse como derecho, condiciones establecidas en un contrato privado entre particulares.

2.2.11.2. Argumentos a favor

Existen argumentos a favor de la maternidad subrogada, así tenemos:

Mediante las TRHA, la maternidad subrogada, ayuda a eliminar esa carga de culpa por no poder engendrar a un niño, por ello, este tipo de TRHA, coadyuvan a que muchos hogares cumplan su deseo de tener descendencia. (Souto, 2005).

No se ha comprobado que haya existido explotación respecto a la maternidad subrogada. Pues es un acuerdo de voluntades donde las personas acceden libremente a este tipo de TRHA, los involucrados reciben lo correspondiente cuando nace el menor a través de la gestación por sustitución. Por ejemplo, los padres comitentes, satisfacen la necesidad de tener un hijo al cual brindarán cariño, amor, comprensión, pues lo desearon enormemente, y la gestante a más de brindar su ayuda voluntaria esta recibirá una compensación económica por realizarlo. (Arteta, 2011).

Camacho (2009) manifiesta en su argumento a favor que la madre gestante puede hacer con su cuerpo lo que mejor le parece, pues le pertenece únicamente a esta, por ello goza de libertad para decidir ser madre sustituta, porque nadie le implanta a la fuerza un embrión.

La maternidad subrogada no causa afectación física ni psíquica de quien la gesta, así como tampoco en el bebé, más allá de los diferentes estudios que puedan realizarse y que incluso estos no existan, son experiencias personales que permiten apreciar postura, pues muchas veces los niños necesitan cariño, amor y no únicamente pueden dárselos sus progenitores, es menester recordad que padre y madre no es quien engendra sino quien cría.

En el Ecuador, la CNBS, determina que la práctica de la Gestación por subrogación:

- Logra alivio en las mujeres que tienen infertilidad.
- Es un contrato libre y voluntario por ello no cabe la figura de explotación

- La mujer puede decidir libremente acerca de su cuerpo
- No existen afectaciones en el niño ni en la gestante, pues la gestante acepto las condiciones.
- Permite el ejercicio pleno del derecho a fundar una familia.

2.3. Conclusiones

La realidad social actual incluye la práctica de la maternidad subrogada, la cual brinda la oportunidad a aquellos que no pueden concebir de formar una familia. La evolución tecnológica ha alterado el ciclo natural de la reproducción humana, ya que la capacidad reproductiva es una función intrínseca de los seres humanos.

- La maternidad subrogada plantea preocupaciones sobre los derechos del bebé, ya que se comercializa desde el momento en que se implanta en el útero de la gestante, contradiciendo los principios establecidos en Instrumentos Internacionales que protegen los derechos de los niños y adolescentes.
- La existencia de la maternidad subrogada genera conflictos entre derechos fundamentales, como la libertad humana, ya que el cuerpo no debería considerarse objeto de contrato. También entran en juego derechos como la igualdad, la procreación, la formación de una familia y el conocimiento de la filiación biológica.
- Aunque la maternidad subrogada puede ser una solución a la infertilidad, se plantea la cuestión del precio moral, ético y emocional que implica. Aunque la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo es importante, surgen dilemas éticos y morales que afectan a la sociedad en su conjunto.
- Este procedimiento está al alcance solo de aquellos que pueden costear sus gastos, a pesar de que algunos estados lo han regulado como altruista. El debate sobre el costo real y la ambigüedad moral que implica persiste, afectando tanto a beneficios como a perjuicios para la sociedad.
- La prevalencia de la maternidad subrogada ha relegado la adopción a un segundo plano, dejando desprotegidos a los niños y niñas que buscan una familia para su desarrollo en la sociedad.

- En Ecuador, se busca regular estas técnicas mediante el Código de la Salud, pero las diferentes posturas de los legisladores han impedido la concreción de medidas. La posibilidad de una consulta popular podría permitir que la sociedad decida sobre el tema.
- Los contratos de maternidad subrogada en Ucrania imponen más obligaciones a la gestante, lo que crea desequilibrios en las partes involucradas.
- En España, la maternidad subrogada no es legal según el art. 10 de la ley 14/2006, que establece como madre legal a quien da a luz. A pesar de esto, existen casos en los que se busca inscribir en el Registro Civil, recurriendo a países donde la práctica es permitida.
- Francia prohíbe la maternidad subrogada, considerándola como un atentado contra la dignidad humana y una forma de explotación comercial de la mujer.
- Gran Bretaña no la considera ilegal siempre que sea gratuita, mientras que Canadá y el Reino Unido permiten la adopción a parejas homosexuales casadas. Tailandia restringe el acceso a parejas heterosexuales casadas y con evidencia médica de infertilidad, estableciendo un proceso altruista en el país.

03

CAPITULO

LA ADOPCIÓN: UNA FORMA LEGAL DE SER PADRES



La adopción: Una forma legal de ser padres

3.1. Generalidades

Según la afirmación de Andrade (2006, pág. 126), la adopción se define como "el prohijamiento es el hijo legítimo, de aquel que por naturaleza no lo es", lo que implica que, a pesar de la falta de vínculo sanguíneo, se establece un lazo de legitimidad desde el punto de vista legal. Por lo tanto, surgen relaciones jurídicas entre los involucrados, es decir, el padre, la madre y el hijo adoptado.

Al examinar la adopción como un proceso legal, se observa la intervención de los peticionarios y del Estado, cuya responsabilidad es velar por los derechos del menor al incorporarlo a un núcleo familiar para formar parte de la sociedad. Es esencial destacar que los hijos adoptados gozan de los mismos derechos que los hijos consanguíneos.

Diversas perspectivas sobre la adopción legal existen, siendo Ferrí (1945, pág. 7) quien la describe como "una institución jurídica solemne de orden público", generando vínculos semejantes a los de padres e hijos concebidos en el matrimonio entre dos personas ajenas. Asimismo, Cabanellas (1993, pág. 19) la define como "el prohijamiento, que es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente".

En resumen, las definiciones anteriores indican que la adopción es un proceso jurídico que establece vínculos legales y fraternales entre padres e hijos adoptados, garantizando derechos y obligaciones similares a los de los hijos biológicos. Por lo tanto, la adopción asegura que una pareja que desea criar a un hijo, aunque no sea biológicamente suyo, lo será legalmente.

En cuanto a los antecedentes históricos de la adopción, se remontan a la sociedad babilónica, donde era considerada como una figura contractual según el Código de Hammurabi. La adopción podía ser sucesoria o religiosa, relacionándose con la estructura social de la familia, la adquisición de bienes patrimoniales hereditarios y la transmisión de bienes indivisibles e inalienables.

La adopción sucesoria y privada era un negocio jurídico entre las partes, formalizado mediante un contrato en una tableta de arcilla. Se llevaba a cabo entre el padre adoptivo, la familia natural del adoptado (si existía), o el adoptado mismo. La adopción religiosa y pública se realizaba mediante un rito o ceremonia, legitimando públicamente la dinastía al ofrecer al adoptado al dios Bel-Marduck para crear vínculos consanguíneos y reconocerlo como hijo a pesar de no serlo por naturaleza.

El Código de Hammurabi, promulgado entre los años 1450 y 1250 a.C., compila y unifica diversas normas relacionadas con la adopción, estableciendo derechos, deberes y obligaciones tanto para el adoptante como para el adoptado.

El código incluye tres bloques normativos, conocidos como corpus doctrinal. El primer bloque compara al hijo adoptado con los hijos legítimos del adoptante. El segundo regula situaciones en las que el menor debe regresar a la casa de la familia natural, llevando a la revocación o suspensión del contrato de adopción y la anulación del vínculo entre el adoptante y el adoptado. Este código introduce límites y excepciones a la paternidad adoptiva y a la relación entre adoptante y adoptado, particularmente en cuanto a la revocabilidad de la adopción.

La norma 191 del Código de Hammurabi establece los derechos sucesorios legítimos del hijo adoptado en caso de revocación de la adopción, asignándole un tercio de la porción hereditaria. Esta disposición busca evitar lesiones en los intereses patrimoniales del hijo adoptado en caso de revocación legal, asegurando que no quede desprovisto de derechos.

El Código de Hammurabi también abordaba la gestación por subrogación en casos de esterilidad de la esposa, permitiéndole dar un heredero a su marido mediante una madre suplente.

En otras civilizaciones mesopotámicas, como en la ciudad de Nuzzi, la adopción se consideraba cualquier tipo de venta, donación o transacción comercial de bienes patrimoniales familiares. Se identificaban cuatro tipos de adopciones: patrimonial para transmitir bienes familiares, sucesoria para designar un heredero, religiosa para realizar cultos domésticos y exequias fúnebres, y privada para asistir y cuidar al adoptante en su vejez.

En Nippur, la adopción no tenía fines sucesorios sino patrimoniales y sociales, y el padre era la parte comitente. En la civilización akkadia, la adopción se basaba en la voluntad de los adoptantes de acoger en sus hogares a niños abandonados.

En el Imperio Antiguo de Egipto, la adopción contribuía a asegurar el poder político y la hegemonía sobre la ciudad. Los contratos de adopción incluían cláusulas que establecían las obligaciones del adoptante hacia el menor, como cuidarlo, educarlo e incluirlo como heredero del patrimonio familiar.

En la India, la adopción estaba regulada en las Leyes de Manú⁸ o Manu Smrti (200 a.C.). Estas leyes establecían principios para el procedimiento de adopción, permitiendo que, en ausencia de un descendiente legítimo, el padre de familia pudiera patrocinar un heredero mediante la adopción, excluyendo a mujeres, esclavos y extranjeros.

Es fundamental destacar que la adopción es un acto basado en la voluntad, ya que el adoptado participa mediante su consentimiento formal y público, siendo este un aspecto intrínseco.

En la Edad Media, la adopción extra familiar tenía lugar cuando el adoptado no formaba parte del grupo familiar y buscaba ingresar a la Sippe⁹ como hijo y sucesor de los bienes del padre adoptivo. Este proceso se llevaba a cabo a través de una ceremonia que simulaba el alumbramiento y la adhesión al linaje, sin tener en cuenta el número de hijos que ya tuviera el adoptante al momento de establecer la adopción. Por otro lado, la adopción intrafamiliar se refería a la designación de un heredero entre los miembros del propio grupo familiar, siempre y cuando los adoptantes no tuvieran descendencia legítima.

La adopción moderna y su historia se remontan a la Segunda Guerra Mundial, época en la que existían hijos sin padres y padres sin hijos. La adopción surgió como una fórmula jurídica para garantizar el adecuado desarrollo de los niños, protegiéndolos del abandono y la falta de afecto. La mayoría de los Estados

⁸ Establecían que el adoptado debía ser necesariamente de género masculino, no ser hijo único, y compartir la misma casta y condición que el futuro adoptante. Esto se hacía con la finalidad de lograr una equiparación social entre el adoptante, el adoptado y los demás hijos.

⁹ Comunidad doméstica o agrupación de linaje, cuyas relaciones se evidencian a través del servicio militar y participación en conflictos bélicos, en procesos de colonización, en prácticas religiosas y en el compromiso formal mediante juramentos.

asumieron compromisos para asegurar el cumplimiento de los derechos de los niños a tener una familia.

La adopción se consolidó plenamente en Francia, siendo el Código Civil Francés considerado fundador de la adopción. Las legislaciones latinoamericanas se basaron en este código para crear y regular la figura jurídica de la adopción.

Después de la Primera Guerra Mundial, la Adopción Internacional empezó a ser objeto de estudio para los Estados, y tras la Segunda Guerra, adquirió mayor relevancia debido a la existencia de niños huérfanos como resultado del conflicto bélico. Sin embargo, la Adopción Internacional enfrentó desafíos en el proceso entre los Estados de acogida y los de origen, debido a las diferencias en sus sistemas legales y en la adaptación del menor a su nuevo hogar, especialmente por las divergencias en idioma y costumbres.

Los primeros principios de la Adopción Internacional se establecieron en el Seminario de Adopción Internacional en Leysin, Suiza, en 1960. Estos principios sirvieron como base para instrumentos internacionales, pero aún persistía la necesidad de normas legales más sólidas para salvaguardar los derechos del menor. En 1982, se logró un avance significativo con la aprobación de las Directrices de Brighton para la Adopción Internacional, basadas en el borrador presentado por diversas ONG en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la adopción y colocación en hogares de guarda. Estas directrices fueron aprobadas durante la Conferencia del ICSW en Hong Kong en 1996.

3.1.1. La adopción y sus características

Los tratados internacionales posicionan a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de protección, motivo por el cual los Estados deben incorporar en su legislación mecanismos para asegurar la seguridad en todos los aspectos, ya sean económicos, emocionales o físicos, priorizando el bienestar y respetando el principio del interés superior del niño (ONU, 1984). Por lo tanto, el Estado ecuatoriano se esforzará por propiciar un entorno propicio para el desarrollo del menor, garantizando que el cuidado especial provenga preferentemente de una familia, siempre que sea posible.

En relación con las características propias de la adopción en Ecuador, es necesario destacar algunos puntos conforme a Torres (2003):

La adopción se considera un contrato. Según Planiolit y Ripert (1991, p. 237), la adopción es un contrato solemne sujeto a aprobación judicial, que establece entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. En el Código Civil ecuatoriano, se establece que la adopción es una institución jurídica mediante la cual el adoptante adquiere derechos y obligaciones de padre o madre respecto al menor adoptado.

La adopción es irrevocable. Dado que solo existe la adopción plena en Ecuador, la condición jurídica del hijo adoptivo es equiparable a la del hijo consanguíneo, según lo establecido en el artículo 154 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA). En el Estado ecuatoriano, una vez que una persona reconoce voluntariamente a un hijo, ya sea biológico o adoptado, esta condición es irrevocable.

Derecho a la identidad. Según el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo el nombre y las relaciones familiares, de acuerdo con las leyes y sin intervenciones ilícitas. Asimismo, el artículo 153 del CONA establece que las personas adoptadas tienen derecho a conocer su condición de adoptado, su origen, su historia personal y a la familia consanguínea, a menos que exista una prohibición expresa de la familia de origen.

El derecho de alimentos como efecto de la adopción. Los hijos adoptivos tendrán los mismos derechos que los hijos consanguíneos, incluso en cuanto a la obligación de alimentos en caso de separación de los padres comitentes.

Obligaciones recíprocas. Tanto el adoptado como el adoptante tienen legalmente los mismos derechos y obligaciones entre sí, refiriéndose al cuidado y otras obligaciones derivadas de la relación paternofamiliar.

Prohibición expresa de beneficios económicos. La adopción no debe ser un medio de enriquecimiento ilícito, es decir, no puede generar gastos no permitidos por la ley.

Emplazamiento del adoptado en la familia del adoptante. El adoptado puede reclamar cualquier derecho que considere tener, como el derecho a recibir alimentos.

Impedimentos matrimoniales del adoptado con su familia biológica. Existe una prohibición explícita de que el adoptado contraiga matrimonio con alguien de su familia biológica.

Limitación a la separación de hermanos. Deben tomarse medidas necesarias para garantizar que exista una relación personal y comunicación entre hermanos (Torres, 2003).

En resumen, la adopción es una figura jurídica que presenta ciertas particularidades, las cuales deben considerarse de manera constante, ya que, como se indicó previamente, determina, condiciona y establece los parámetros dentro de los cuales se desarrolla esta figura legal.

3.1.1.1. Principios que rigen a la adopción

Se encuentran establecidos en el Artículo 153 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, los cuales son los siguientes:

- Recurrir a la adopción únicamente cuando se hayan agotado las medidas de apoyo a la familia y de reinserción familiar.
- Priorizar la adopción nacional sobre la internacional, siendo esta última una opción excepcional.
- Dar prioridad a la adopción por parejas heterosexuales.
- Otorgar preferencia a los familiares del menor a adoptarse hasta el cuarto grado de consanguinidad como adoptantes.
- Reconocer el derecho de los niños y niñas a ser escuchados durante el proceso de adopción, considerando sus argumentos de acuerdo con su desarrollo evolutivo y emocional.
- Garantizar que los niños y niñas que serán adoptados tengan derecho a conocer sus orígenes, incluyendo su historia personal y familia consanguínea, a menos que exista una prohibición expresa sobre esta última.
- Exigir que los adoptantes sean personas idóneas.

- Asegurar que tanto los adoptantes como el adoptado reciban una preparación adecuada para el proceso de adopción.

En caso de niños y niñas pertenecientes a grupos y nacionalidades indígenas o afroecuatorianos, se dará preferencia, siempre que sea posible, a adoptantes de la misma cultura (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2013).

Es imperativo que se respeten estos principios, ya que, al estar delineados en el marco legal específico, deben ser estrictamente cumplidos por todos los involucrados en los procesos de adopción. La garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se erige como una prioridad del Estado.

3.1.1.2. La adopción desde su enfoque internacional

En el contexto legal de Ecuador, se establece el domicilio como el principal factor de conexión, seguido de la residencia, según lo indicado en el Artículo 180 del Código de la Niñez y Adolescencia (CONA). La Adopción Internacional se define como aquella en la que los posibles adoptantes, de cualquier nacionalidad, tienen su domicilio en un Estado con el que Ecuador ha suscrito un convenio de adopción. Esta categoría también abarca a aquellos adoptantes extranjeros que residan en Ecuador por menos de tres años.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Artículo 417, establece las directrices para los tratados internacionales ratificados por el país. El Artículo 182 del Código de la Niñez y Adolescencia aborda específicamente la Adopción Internacional, exigiendo la existencia de un convenio o tratado internacional entre Ecuador y el Estado del solicitante, respetando las disposiciones de la Convención de la Haya sobre la adopción de menores y la cooperación en Adopción Internacional.

Cuando no hay un convenio o tratado internacional con el Estado de residencia del solicitante, la adopción internacional puede realizarse a través de una entidad intermediaria, siempre que esta esté legalmente acreditada por el Estado de residencia del solicitante y cumpla con las disposiciones de los instrumentos internacionales.

La autoridad competente para la protección de los derechos de la niñez y adolescencia en el domicilio del solicitante debe asegurar la idoneidad de los

procedimientos y garantizar que los adoptados gocen de las mismas garantías y derechos que el país adoptante otorga a sus nacionales.

El Código de la Niñez y Adolescencia estipula que el país de origen de los solicitantes debe garantizar a favor de los adoptados derechos, garantías y condiciones al menos equivalentes a los establecidos en la legislación ecuatoriana. La Unidad Técnica es responsable de emitir el informe técnico sobre la adopción.

Es fundamental destacar que, para este tipo de Adopción Internacional, el solicitante debe ser extranjero o haber residido en Ecuador por menos de tres años. Además, deben cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 159 del CONA y los del país de domicilio, así como aquellos establecidos en la legislación que regula el procedimiento de adopción en general.

3.1.1.3. La adopción internacional y su fundamento en el CONA

La Adopción Internacional, como ya mencioné, está regulada por el Artículo 180 de la legislación previamente citada. Este marco legal comprende un conjunto de normativas especializadas diseñadas para abordar asuntos relacionados con niños, niñas y adolescentes, y ha estado en vigor desde 2003.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Artículo 175, establece que los niños, niñas y adolescentes están sujetos a una legislación y administración de justicia especializada, con operadores de justicia capacitados que aplican principios doctrinarios de protección integral. Además, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su Artículo 234, prevé la creación de unidades especializadas, como la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, cuyos jueces deben ser competentes para conocer y tramitar los procesos relacionados con la niñez y adolescencia.

En lo que respecta a la competencia, el Artículo 151 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que la potestad se distribuye en función del territorio, materia, personas y grados, mientras que la jurisdicción se refiere a la facultad de administrar justicia.

La normativa específica sobre Adopción Internacional se encuentra en el Código de la Niñez y Adolescencia, en su capítulo IV, donde se establece un procedimiento especial conforme a lo dispuesto en dicho capítulo y en el Reglamento de Adopciones.

Para que una adopción se considere internacional, los candidatos deben tener su domicilio habitual en uno de los Estados con los cuales Ecuador haya suscrito un convenio bilateral sobre adopción, o cuando los candidatos sean extranjeros y hayan residido en el Estado ecuatoriano por menos de tres años.

3.1.1.4. Procedimiento para la adopción internacional

Cuando nos referimos a la Adopción Internacional, hablamos de un proceso en el cual los posibles adoptantes, independientemente de su nacionalidad, residen en otro Estado. Para llevar a cabo este procedimiento en Ecuador, es necesario que el país haya firmado un convenio específico relacionado con las adopciones. En el caso de aspirantes extranjeros, se requiere que hayan vivido en Ecuador por un período inferior a tres años. Si residen en otro Estado, este debe tener un convenio en vigor con Ecuador y demostrar un tiempo de residencia de al menos tres años.

El acceso a la adopción y, en particular, a la Adopción Internacional, conlleva el cumplimiento de una serie de requisitos fundamentales. Estos requisitos son cruciales para estos procesos, considerando que lo que está en juego es el desarrollo adecuado del menor, es decir, del adoptado.

3.1.1.4.1. ¿Quiénes son aptos para ser adoptados?

Los menores, ya sean niños o adolescentes, deben satisfacer ciertos requisitos legales para ser considerados idóneos para la adopción. La autoridad competente evaluará si el menor se encuentra en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Orfandad con respecto a ambos progenitores: En estos casos, el juez debe asegurarse de antemano de que el menor no tenga otros parientes hasta el tercer grado de consanguinidad.
- b) Imposibilidad de determinar quiénes son sus progenitores o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad: Similar a la situación

mencionada anteriormente, se verificará que el menor no tenga parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, confirmando así que se encuentra en total abandono. La resolución No.006-2013 del Pleno de la Judicatura del Ecuador establece que el juez, de oficio, ordenará a la Fiscalía y a la Policía Especializada para Niñas, Niños y Adolescentes (DINAPEN) realizar la investigación necesaria para identificar a un menor privado de su entorno familiar y establecer su situación social, familiar y legal, en concordancia con el Art. 268 del CONA.

- c) Privación de patria potestad a ambos progenitores: Este caso procede cuando no existen familiares hasta el tercer grado de consanguinidad y las causales para la pérdida de la patria potestad están determinadas en el Art. 113 del Código de la Niñez y Adolescencia. Es importante destacar que, si hay familiares consanguíneos, el proceso se detiene y solo se considera la aptitud legal para la adopción cuando se han agotado otras medidas, como el acogimiento institucional o el acogimiento familiar.
- d) Consentimiento de los progenitores no privados de la patria potestad: En este escenario, la ley otorga importancia al consentimiento voluntario de los progenitores para dar al menor en adopción. Si los padres biológicos desean dar voluntariamente al menor en adopción, deben estar presentes en la audiencia y consentir la declaratoria de adoptabilidad. En situaciones en las que no hay parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o, si existen, no aceptan tutelar al menor, el juez declara la aptitud legal para ser adoptado.

3.1.1.4.2. ¿Quiénes pueden adoptar?

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia presenta criterios cualitativos que los aspirantes a adoptantes deben demostrar durante el procedimiento de adopción para validar su idoneidad. Los requisitos para los adoptantes, según el artículo 159 de este código, son los siguientes:

- Tener residencia en Ecuador o en un Estado que haya suscrito acuerdos de adopción con Ecuador.
- Ser legalmente capaces, es decir, no haber sido declarados incapaces.
- Estar en pleno ejercicio de sus derechos políticos.

- Tener más de 25 años.
- Mantener una diferencia de edad no menor de catorce años ni mayor de cuarenta y cinco con el adoptado. En casos de adopción del hijo del cónyuge, conviviente o de una unión de hecho que cumpla con los requisitos legales, la diferencia se reduce a diez años.
- La pareja de adoptantes debe ser heterosexual y haber mantenido una unión durante al menos tres años.
- Contar con capacidad física e intelectual para cumplir con las responsabilidades parentales.
- Disponer de los recursos económicos necesarios para satisfacer las necesidades del adoptado.
- No tener antecedentes penales.

Los postulantes a adoptantes deben evidenciar integridad personal en diversos aspectos, mostrando su idoneidad social mediante un comportamiento adecuado y el respeto de las normas de urbanidad. También se espera que sean personas capacitadas física y mentalmente para contribuir al desarrollo equilibrado del adoptado. En relación con la diferencia de edad entre el adoptado y los adoptantes, esta debe ser evaluada por el juzgador considerando el interés y bienestar del menor.

Es importante destacar que, a diferencia del Código Civil ecuatoriano que establece en su artículo 316 que el adoptante debe tener más de treinta años y una diferencia de catorce años con el adoptado, el artículo 319 permite que las personas casadas adopten mediante acuerdo común. En este contexto, la edad considerada será la del cónyuge masculino, según lo estipulado en el artículo 316.

3.1.2. Proceso para la Adopción

El proceso comienza con la fase administrativa, una vez que se ha declarado la adoptabilidad de los niños, niñas y adolescentes.

3.1.2.1. Fase administrativa

1) Presentación de solicitud para la adopción:

Los candidatos a adoptantes domiciliados en el extranjero deben presentar la solicitud a través de instituciones públicas competentes en su país de residencia o instituciones privadas reconocidas y autorizadas por el Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia. La solicitud debe incluir antecedentes, informes y documentos según lo establecido en los convenios internacionales.

2) Procedimiento administrativo:

La solicitud de Adopción Internacional se presenta ante la Unidad Técnica de Adopciones, que emite un informe en un plazo máximo de treinta días sobre el cumplimiento de las exigencias de los convenios internacionales y la ley, declarando la idoneidad de los adoptantes.

Se realiza un análisis exhaustivo de la documentación, dando prioridad al interés superior del menor, que abarca su estabilidad emocional, física y psicológica.

3) Documentos en la fase administrativa:

- Lista preliminar de orientación para los interesados en la adopción.
- Inducción a los candidatos, que deben inscribirse y asistir al curso respectivo.
- Solicitud de adopción, acompañada de documentos como fotos tamaño carnet, copia de cédula y papeleta de votación, copia del carnet de extranjería o pasaporte en caso de ser extranjero, partida de nacimiento de los solicitantes, partida de matrimonio o declaración juramentada notariada legalizando la Unión de Hecho, entre otros.
- Certificados de no tener antecedentes penales y de gozar de buena salud física.
- Certificado de ingresos económicos o certificado laboral.
- Fotografías actualizadas del grupo familiar.
- Dos referencias personales.
- Compromiso firmado por los solicitantes para colaborar con el sistema de seguimiento de adopciones después de la sentencia de adopción.

4) Revisión de documentos y estudios:

- Revisión legal de los documentos.
- Estudio Social con visita domiciliaria.
- Estudio Psicológico.
- Informes legales, técnicos, sociales y psicológicos.

5) Ingreso al Comité de Asignación Familiar:

Se lleva a cabo un encuentro previo para establecer el inicio de la relación paterno-filial.

6) Trámite Judicial:

Culmina el procedimiento con el trámite judicial.

3.1.2.2. Fase Jurisdiccional

La demanda de adopción debe presentarse en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia correspondiente al lugar de residencia del menor que se busca adoptar. Acompañada del expediente elaborado por la Unidad Técnica de Adopciones, que contiene copias del juicio que declara la adoptabilidad y, en caso de ser pertinente, del Convenio Internacional de Acreditación de las Entidades Autorizadas. En un plazo de setenta y dos horas desde la presentación, el Juez revisará la demanda para verificar su cumplimiento con los requisitos y reconocerá la firma y rubrica de los demandantes.

La demanda de Adopción Internacional debe cumplir con los requisitos establecidos por la ley, los cuales son los mismos que aplican para los trámites de adopción nacional, según lo establecido en los artículos 159 y 182 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA). Además, la demanda debe cumplir con las disposiciones del Artículo 142 del Código General de Procesos (COGEP), incluyendo:

- a) La designación del juez, tomando en cuenta la especialidad requerida para casos relacionados con niños, niñas y adolescentes.
- b) Nombres completos, estado civil, profesión del actor y representante legal.

- c) Fundamentos de hecho y derecho, de forma clara y precisa, respaldando la petición de Adopción Internacional.
- d) Pretensión clara y precisa, solicitando la Adopción Internacional.
- e) La cuantía es indeterminada, dado que se trata de derechos subjetivos.
- f) Especificación del trámite de la causa según el Artículo 284 del CONA.
- g) Cumplimiento de otros requisitos legales exigidos.

En el contexto de la Adopción Internacional, la demanda debe incluir el expediente con los documentos establecidos en el Artículo 183 y el informe de la Unidad Técnica de Adopciones según el Artículo 184, ambos del CONA. Además, se adjuntará el acta de designación y la aceptación de los candidatos a adoptantes.

Luego de revisar la documentación, el juez procederá a calificar la demanda; en caso de detectar problemas o faltantes, solicitará la complementación en un plazo de tres días. De acuerdo con el Artículo 285 del CONA, el juez convocará a una audiencia en un lapso de cinco días hábiles desde la notificación, a la cual asistirán los candidatos a adoptantes y el menor que pueda expresar su opinión.

3.1.3. La resolución judicial

El Artículo 285 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que, tras la audiencia, el juez emitirá un auto resolutorio en un plazo máximo de cinco días, según lo establecido en el Artículo 277 de la misma normativa. De acuerdo con el Artículo 95 del Código General de Procesos (COGEP), las sentencias deben estar debidamente motivadas, conforme al Artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador, que exige la fundamentación de las resoluciones de los poderes públicos. La ausencia de motivación en las resoluciones se considera nula, y los responsables pueden enfrentar sanciones.

En el Artículo 76, numeral 7, literal m) de la Constitución, se reconoce el derecho de las partes a apelar el fallo o la resolución en procedimientos que afecten sus derechos. En casos de fallos relacionados con adopciones internacionales, según el Artículo 287 del Código de la Niñez y Adolescencia, la apelación se presenta ante la Sala Provincial en una única audiencia, sin la opción de recurrir a casación en este tipo de procedimientos.

3.1.3.1. Del seguimiento, como obligación

En cuanto a la obligación de seguimiento en los procesos de adopción internacional, debido a la importancia de preservar el interés superior del menor, el Estado asume una responsabilidad directa y designa delegados para llevar a cabo un seguimiento periódico. Este seguimiento incluye la verificación de la residencia asignada al menor, sus condiciones de vida habituales y otros aspectos que garanticen su bienestar.

La legislación ecuatoriana, en sintonía con los tratados internacionales, establece la obligatoriedad del seguimiento por parte del Estado para asegurar el desarrollo integral del menor adoptado. Además, se especifica que las instituciones internacionales que participaron en el proceso de adopción deben presentar informes periódicos de seguimiento. Durante los primeros años post adopción, estos informes deben ser cuatrimestrales y semestrales, respectivamente.

Después de dos años desde la adopción, las responsabilidades de los Estados se reducen, y los informes de seguimiento deben ser consolidados por la Unidad Técnica de Adopciones. En caso de incumplimiento por parte de los Estados respecto a los convenios internacionales, se considera motivo suficiente para la terminación del convenio.

Sánchez (2004, p. 25) destaca las obligaciones de las entidades internacionales involucradas en adopciones, como la designación de un representante legal en el Estado ecuatoriano, el respaldo de un convenio de adopción vigente, autorización previa para los trámites, registro en el Programa de Adopciones del MIES, capacidad para realizar seguimientos internacionales y la provisión detallada de información sobre los gastos de la adopción. Además, deben facilitar el acceso a su información administrativa y financiera a las autoridades de control competentes.

3.1.4. Instrumentos Internacionales que rigen la A.I.

Cuando nos referimos a la Adopción Internacional, es esencial citar lo estipulado en el Artículo 2 del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional:

"La Convención se aplicará cuando un niño residente habitual en un estado contratante (Estado de origen) haya sido, es o deba ser desplazado hacia otro estado contratante (Estado receptor), ya sea después de su adopción en el estado de origen por esposos o por una persona residente habitual en el estado receptor, como consecuencia de una adopción en el estado receptor o en el estado de origen" (Haya- U. Europea, 1995).

Este principio refleja que la Adopción Internacional se concibe como una medida de protección destinada a garantizar el bienestar de los menores en situaciones de vulnerabilidad, ya sea por abandono o orfandad. A través de la Adopción Internacional, se asegura el derecho de estos niños a formar parte de una familia extranjera de manera permanente, otorgándoles la condición de hijos legítimos con los mismos derechos que los hijos naturales.

La Adopción Internacional se considera como tal cuando se establece una relación jurídica internacional que involucra elementos de más de un ordenamiento jurídico. Para que se configure como Adopción Internacional, es necesario basarse en dos conexiones fundamentales: la residencia habitual de los adoptantes y la residencia del adoptado (CALVENTO, 1999).

3.1.4.1. Convención de la Haya

La Conferencia Internacional de la Haya sobre Derecho Internacional Privado estableció el convenio relativo a la Protección de Niños y la Cooperación entre países en lo que respecta a la adopción. Este convenio entró en vigencia el 1 de mayo de 1995, con la participación de 60 países y 10 ONGs internacionales. La conferencia, celebrada el 29 de mayo de 1993, estableció que cada niño tiene derecho a crecer en un ambiente adecuado que le brinde amor y felicidad.

Este convenio también estableció que cada Estado debe implementar medidas que permitan mantener al niño en su familia de origen. Su objetivo principal es garantizar que las adopciones internacionales contemplen y protejan el interés superior del niño, evitando la venta, el tráfico y la trata de niños, niña y adolescente. Además, insta a establecer un sistema de cooperación entre los Estados contratantes para asegurar el respeto a estas garantías y el reconocimiento de las adopciones internacionales de acuerdo con lo estipulado en el convenio.

El Convenio de La Haya es de aplicación inter partes, es decir, solo se aplica a los Estados parte. Al ratificar este convenio, Ecuador acepta que los procesos de adopción se lleven a cabo a través de una Entidad de Colaboración para la Adopción Internacional (ECAI), es decir, una institución privada acreditada por la administración. Estas instituciones se encargarán de legalizar y enviar el expediente de adopción al estado donde el adoptado se encuentre.

Los Estados comparten la plena responsabilidad en los procedimientos de Adopción Internacional, ya que deben garantizar que la adopción responda al interés superior del niño. El Convenio de La Haya establece el principio de subsidiariedad en una norma, reconociendo la Adopción Internacional como una oportunidad para brindar una familia a un niño que no pudo contar con una en su estado de origen.

3.1.4.1.1. Las condiciones de la Haya

La Convención de La Haya establece condiciones para las adopciones internacionales. Estas condiciones incluyen el intercambio de informes entre la persona solicitante extranjera y el país del menor a ser adoptado, dirigido por la autoridad central del Estado de origen y el Estado receptor. Las funciones de las autoridades centrales de ambos Estados se detallan en la siguiente tabla.

3.1.4.2. La Convención sobre los derechos de los NNA.

Ecuador, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño mediante resolución legislativa publicada en el Registro Oficial 378 del 15 de febrero de 1990, permite al Estado ecuatoriano utilizar esta convención como instrumento internacional para establecer procedimientos y obligaciones que garanticen los derechos de los niños. El Artículo 21 de la Convención, en relación con las adopciones, destaca que los Estados parte que reconocen el sistema de adopción deben asegurar que el interés superior del niño sea la consideración primordial. Además, se establecen condiciones específicas para garantizar la protección de los derechos de las niñas y niños, detalladas a continuación:

Los Estados deben garantizar que la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, teniendo en cuenta la situación jurídica del menor,

sus padres, familiares y representante legal, y asegurándose de que hayan dado su consentimiento informado para el proceso de adopción.

Reconocer que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio para cuidar al niño, en caso de que no pueda ser asignado a un hogar sustituto o a una familia que desee adoptarlo, incluso cuando no pueda ser atendido en el país de origen.

Velar por que el menor que será adoptado en otro país goce de normas jurídicas que le garanticen sus derechos, equivalentes a las existentes en relación con la adopción en el país de origen.

Implementar medidas que permitan garantizar que, en casos de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios de carácter económico no permitidos para quienes forman parte del proceso.

Realizar convenios bilaterales o multilaterales para que, en casos de Adopciones Internacionales, estas se lleven a cabo mediante organismos y autoridades competentes (Convención De La Haya, 1990).

En virtud de lo anterior, se deduce que los Estados receptores del menor deben adoptar políticas dentro de su ordenamiento jurídico para garantizar que el niño experimente un entorno adecuado para su desarrollo integral, y estas políticas deben estar en consonancia con la legislación ecuatoriana, lo que da como resultado la Adopción Internacional. Ecuador ha firmado convenios de Adopción Internacional con entidades intermediarias de Estados Unidos, España, Bélgica, Suecia e Italia, y no existe la posibilidad de que se lleven a cabo adopciones internacionales con países que no sean los mencionados.

Tabla 2

Países Sudamericanos y La Haya

País	Bolivia	Brasil	Chile	Ecuador
Situación del País	Aplica el Convenio de La Haya, respecto a la protección de menores, y a la coordinación	Aplica el Convenio de La Haya, respecto a la protección de menores, coordinación	Aplica el Convenio de La Haya, respecto a la protección de menores, coordinación	Aplica el Convenio de La Haya, respecto a la protección de menores, coordinación

	respecto a la Adopción Internacional.	Adopción Internacional.	Adopción Internacional.	Adopción Internacional.
		Solo son susceptibles de adopciones internacionales aquellos menores que no han sido adoptados dentro del estado Brasileño y que hayan superado los 5 años de edad o tengan más hermanos. Incluso serán considerados los menores que por sus capacidades especiales, necesiten cuidados específicos.		
Requiere ECAI	Si necesariamente	Si se requiere, ya que la solicitud será asignada a la región más adecuada.	Obligatorio tramitar con la ECAI.	Obligatorio tramitar con la ECAI.
Otras indicaciones	Se requerirá que el menor por lo menos haya convivido por 15 días como mínimo, antes que exista una sentencia de adopción a favor de los adoptantes.	Se exige que el trámite se lo realice a través de la mediación de una entidad colaboradora. El tiempo de estancia en el país cuando se adopten niños mayores a dos años será superior al mes.	El país solo determina que las familias extranjeras podrán adoptar por menores, de más 5 años, niños que requieren cuidados especiales, y	Los niños que podrán ser adoptados son aquellos que tengan más de 4 años de edad, que tengan algún grado de discapacidad o alguna enfermedad que sea recuperable,

grupos de así como el hermanos. grupo de El tiempo hermanos aproximado en también influye el país será de 6 para ser semanas. adoptado.

Las familias sin hijos al igual que los matrimonios tendrán prioridad en estos procesos. Se puede permanecer en el país hasta por más de 10 semanas.

Requisitos de los solicitantes	Solicitudes por matrimonios, la edad para adoptar oscila entre los 25 y 49 años de edad.	Cada región tiene su propia legislación, quien orientara en el trámite es un ECAI. Se admite que los solicitantes sean mayores de 21 años, de todos los estados civiles. Es posible que en ciertas regiones no se acepte solicitudes de personas solas.	Matrimonios en que los cónyuges tengan entre 25 y 60 años. Los matrimonios deben tener al menos 2 años como tal, se exceptúan aquellos en los que la infertilidad ha sido determinada mediante.	Matrimonios, unión de hecho o aquellos que acrediten convivir por 3 años consecutivos, es aceptada las solicitudes por personas solas, y estos deberán tener superar los 25 años de edad.
Tiempo de espera asignación	50 meses aproximadamente	15 meses aproximadamente	24 meses aproximadamen	Según el caso.

Nota: Autores (2023)

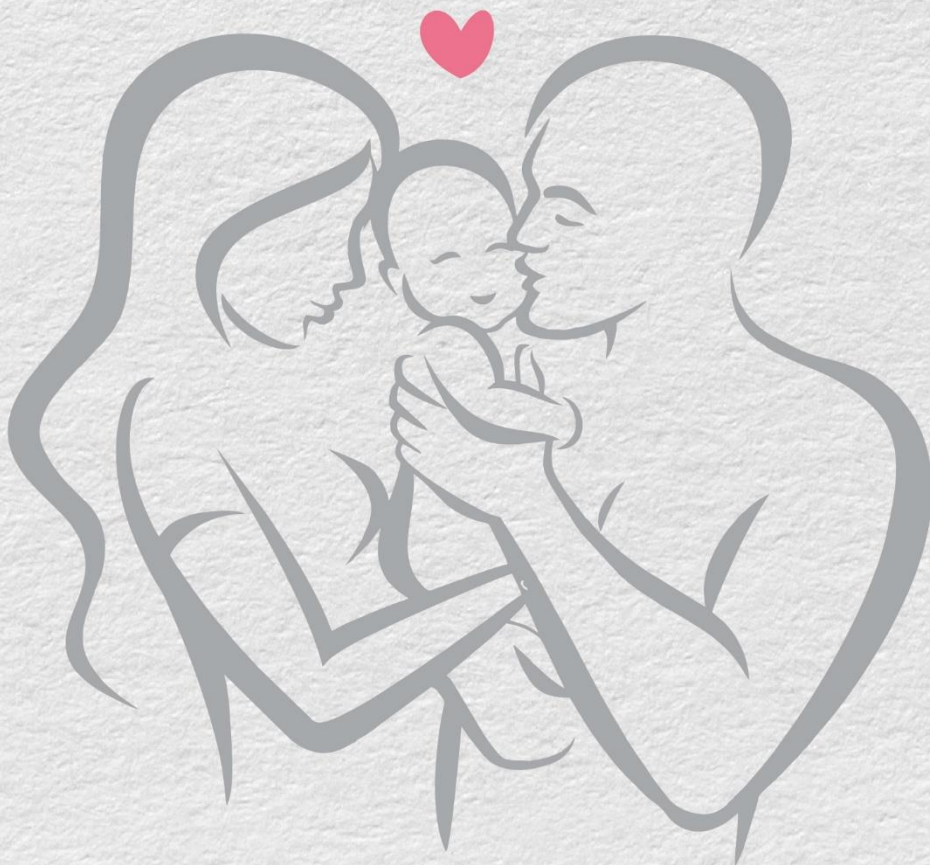
3.2. Conclusiones

La adopción en Ecuador representa una medida legal de resguardo destinada a asegurar la estabilidad emocional, física y psicológica de niños y niñas, con el propósito fundamental de proporcionarles un entorno familiar que contribuya a su desarrollo integral.

- En la normativa legal ecuatoriana específica, no se establece un límite de edad para la adopción, permitiendo que los adoptados abarquen edades desde 0 hasta 18 años, e incluso hasta los 21 años en circunstancias particulares.
- El país acepta exclusivamente la adopción plena, eliminando la adopción simple y estableciendo que esta medida es irrevocable. Existen diferencias sustanciales entre la Adopción Nacional e Internacional, con condiciones y reglas distintas que las caracterizan.
- La Adopción Internacional presenta requisitos particulares, requiriendo la suscripción de Convenios Internacionales sobre adopción y la autorización correspondiente para que las entidades intermediarias participen en el proceso. Es crucial señalar que esta forma de adopción está regulada por el derecho internacional y el derecho de familia, estableciendo parámetros para asegurar el desarrollo completo del menor.
- Ecuador, con su legislación especial en relación con niños y adolescentes, y la ratificación de Convenios Internacionales en el ámbito de la Adopción Internacional, garantiza la seguridad jurídica en estos procesos, asegurando los derechos de los menores y propiciando su desarrollo integral al asignarlos a familias dispuestas a adoptarlos como propios.
- Los Estados tienen la responsabilidad de garantizar el cumplimiento total de la ley y los convenios internacionales en lo que respecta al seguimiento después de la adopción. Dada la prioridad del interés superior del menor, el Estado debe supervisar rigurosamente el monitoreo, seguimiento e informe sobre las condiciones del menor en su adaptación al nuevo hogar y país, considerando los desafíos inherentes a este proceso de adaptación.

- A pesar de la importancia de los procesos de adopción internacional, el presupuesto estatal asignado es limitado. Sería fundamental destinar un monto específico para los trámites de seguimiento en el extranjero, dado que los menores adoptados son especialmente vulnerables y pueden enfrentar diversas situaciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



Referencias Bibliográficas

- Alkorta I. (2003). *Regulación Jurídica de la medicina reproductiva*. Navarra: Ed. Arazandi, S.A.
- Andrade. F. (2006). *Diccionario y Guía de la Normativa de los códigos Civil y procedimiento Civil* (vol.II). Cuenca- Ecuador: Fondo de la Cultura Ecuatoriana.
- Arteta, C. (2011). *Maternidad Subrogada*. Revista Ciencias Biomédicas, 2.
- Asamblea Nacional, (2012) Código de la Niñez y Adolescencia, Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- Asamblea Nacional, (2008) Constitución de la República del Ecuador, R/O 449 del 20 de octubre
- Asamblea Nacional. (2015) Código Orgánico de la Función Judicial. R/o.544-2009, modificado 22 de mayo,
- Auto Tribunal Supremo (Sala de lo civil, sección 1ª) de 16 de mayo del 2012 (JUR/2012/176647)
- Botella Llusia J. y Clavero Nuñez J. (1993). *Tratado de Ginecología*. Ed.: Díaz de Santos.
- Cabanellas G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Ed. Eliasta.
- Cabrera Velez J. (2008). *Adopción, legislación, doctrina y Práctica*. Ecuador.
- Calvento U. (Cuadernos de trabajo. Conferencia Inter- Gubernamental sobre Adopción Internacional. Santiago – Chile. 2-5 de marzo de 1999). *La Convención sobre los derechos del niño y la Adopción Internacional*.
- Camacho, JM. (2011). *Maternidad Subrogada una técnica moralmente aceptada*.
- Código Civil Español. Real Decreto de 24 de julio de 1889.
- Constitución Española de 1978, de 29 de Diciembre de 1978

- Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. (1995) Registro oficial 778 del 11 de septiembre. Haya- U. Europea.
- Decreto 14 de noviembre de 1958 "Reglamento para la aplicación de la Ley de Registro Civil. BOE. Núm. 296 del 11 de diciembre de 1958.
- del Estado, 27 de mayo del 2006. núm. 126. P. 199948 a 19956
- Delgado Calva. (2010). *La maternidad Subrogada un derecho a la reproducción humana, a la luz de la legislación de México*. JURISPRUDENCIA ARGENTINA.
- Diccionario De La Real Academia De La Lengua. (2001). España.
- Equipo de Adopción Internacional, (2013) Adopción internacional, Listado de países. V2.04, 24 de julio.
- Farnos Amoros, E. (2010). *Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona.
- Gana, C. (1998). *La maternidad gestacional "cabe la sustitución"*. Revista Chilena de Derecho No. 25.
- Gimeno, A. (2011). *El deseo de ser madre*. Barcelona: Alba.
- Gomez Sanchez Y. (1994). *El Derecho a la Reproducción Humana*. Madrid: Marcial Pons.
- Heredia Cervantes, I. (2015). *La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución*. España.
- In Re Baby M, 31 marzo 1987, reproducido en el vol. 13 Family Law Reporter (B.N.A.) pág. 2001 ss. (ed. 7 abril 1987); 1988, N.J. Lexis 1; 537 A. 2d 1227 (N.J. 1988).
- Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre "régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", del 5 de octubre del 2010.
- Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitución. Indret 3/2012*. Barcelona.

- Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil español, de 07 de enero del 2000.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
Boletín oficial
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican artículos del Código Civil en materia de adopción, acogimiento familiar y otras formas de protección. Boletín Oficial del Estado, 17 de noviembre de 1987. núm.275.
- Ley de 8 de junio de 1957, Registro Civil. BOE. Núm. 151 de 10 junio de 1957.
- Ley Orgánica 1/1996, 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil. Boletín Oficial del estado, 17 de enero de 1996. Núm. 15
- López, I. (2005). *La prueba científica de la filiación*. MEXICO DF.: Porrúa.
- Marañón G (1930). *Ensayo Biológico sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*. Disponible en <http://www.hislibris.com/ensayo-biologico-sobre-enrique-iv-de-castilla-y-su-tiempo-gregorio-maranon/>.
- Martinez M. I (1993). *Coloquio de los estudiantes de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Artículo Los Derechos del Niño. Entre la Ley y la ciencia*. Lima.
- Medical Dictionary: (2011). *Técnicas de reproducción asistida*.
- Mir Candal, L (Unesco 1). *La maternidad intervenida*. Red bioética.
- Nosarka, S. y Kruger T. (2005). *Maternidad Sustituta. South African Medical Journal, 95*.
- Perez Monge, M. (2002). *La filiación derivada de la técnica de reproducción asistida. Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficiencia et Peritia Iuris*.
- Planiol, & Ripert. (1991). *Tratado elemental de derecho Civil. México: Cárdenas*.
- Pleno del Consejo de la Judicatura, Resolución 006/2013. Ecuador.
- Sánchez De Bustamante, A. Código de Derecho Internacional Privado, aprobado por la Conferencia Interamericana de la Habana. 1928.

- Sanchez, M. (2004). *Todos los juicios* (Tomo I). Quito: Ed. Jurídica Ecuador.
- Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (sección 10^o) núm. 826/2011 de 23 de noviembre 2011(AC/2011/1561).
- Sentencia Corte Constitucional No. 184-18-SEP-CC, del 29 de mayo de 2018.
- Souto, B. (2005). *Aproximación en el estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho*. Foro: revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, No.1.
- Torres, E. (2003). *Breves comentarios al Código Orgánico de la Niñez y adolescencia*. Quito: Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Villar Gonzalez, S. (2014). *Situación actual de la gestación*. Revista Jurídica UNED, núm. 14.
- Zegers, F. et, al. (2008). *Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida*. http://redlara.com/images/arq.2008_refistro%202008.pdf.

RESUMEN

Hablar acerca del derecho a ser padres es una realidad que no siempre se reconoce como tal, pero que, desde un punto de vista subjetivo, va más allá de un simple capricho. Se trata de un juego de complementariedad destinado a la formación de una familia. En Ecuador, la maternidad subrogada carece de regulación dentro del marco legal. A pesar de los intentos por normar estos procedimientos de reproducción humana, no se ha alcanzado un consenso entre aquellos encargados de crear leyes. Esto ha generado divergencias de criterios entre los legisladores, resultando en la falta de conclusiones y permitiendo que este tipo de procedimientos continúe sin garantizar el interés superior del menor ni de los padres subrogantes. Esta obra aborda la importancia del derecho a ser padres desde una perspectiva que puede considerarse ilegal en algunos casos y legal en otros, siendo la adopción parte de esta última categoría. La adopción se caracteriza como una institución jurídica que facilita el establecimiento de vínculos afectivos entre aquellos padres que carecen de hijos y viceversa. Para quienes anhelan tener un hijo, es esencial cumplir con los requisitos establecidos por la legislación vigente, ya que el simple deseo no es suficiente. En este contexto, tanto la maternidad subrogada como la adopción se presentan como mecanismos que posibilitan a individuos y parejas alcanzar la paternidad, si bien difieren en sus procesos y circunstancias. El objetivo de este texto es ofrecer una comprensión clara de los mecanismos asociados a cada proceso, rompiendo paradigmas en el ámbito del derecho de familia y destacando que ambos conducen a la oportunidad de formar una familia, siendo esta la base del tejido social.

Palabras Clave: Adopción, maternidad subrogada, institución jurídica, familia, vínculos afectivos.



<http://www.editorialgrupo-aea.com>



[Editorial Grupo AeA](#)



[editorialgrupoaea](#)



[Editorial Grupo AEA](#)

ISBN: 978-9942-651-11-2



9 789942 651112