

Yanhet Lucía Valverde Torres; Geovanna Elizabeth Toapanta Tenemaza

<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v6i1.1483>

Perspectiva jurídica sobre la práctica de la maternidad subrogada en Ecuador

Legal perspective on the practice of surrogacy in Ecuador

Yanhet Lucía Valverde-Torres

us.yanhetvalverde@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Santo Domingo
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-0891-286X>

Geovanna Elizabeth Toapanta-Tenemaza

ds.geovannatt10@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de los Andes, Santo Domingo
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-4473-9371>

Recepción: 15 de septiembre 2021

Revisado: 25 octubre 2021

Aprobación: 15 de noviembre 2021

Publicación: 01 de diciembre 2021

Yanhet Lucía Valverde Torres; Geovanna Elizabeth Toapanta Tenemaza

Estimado Editor (a):

El Código Civil del Ecuador, hasta el momento conserva la definición más clásica y tradicional sobre la palabra maternidad. Porque se atribuye la calidad de madre a la mujer que alumbra en el parto al niño. Pero, se debe considerar que, en las técnicas de reproducción humana asistida entre ellas, la maternidad subrogada prevalece el acuerdo de voluntades; donde se conoce como madre comitente a la mujer que solicitó que se gesté al niño, la mujer que gesta o madre gestante y finalmente la mujer que aporta su gameto o madre genética.

En Ecuador, desde el año 1993 se ha venido practicando, de acuerdo con una investigación realizada por la Comisión Nacional de Bioética en Salud. (Pacheco y García, 2018, p.1). Es decir, desde aproximadamente 18 años atrás se viene realizando en el país; han pasado casi ya dos décadas y un tema tan relevante aún no ha sido regulado jurídicamente.

Se debe tener presente que, la procreación es una finalidad y para algunas personas un proyecto de vida, que en ocasiones es impedido debido a la incapacidad de concebir, ya sea está provocada por la infertilidad o por la esterilidad, por lo que la maternidad subrogada se torna una opción viable que permitiría a las parejas que no pueden concebir alcanzar el anhelo de convertirse en padres. Es evidente, que no se discute el avance de la ciencia, en el presente trabajo, más allá del avance en la medicina, se aborda el uso de las técnicas de reproducción humana asistida y sus consecuencias sociales y jurídicas.

En el marco constitucional, se debe mencionar que, el artículo 66 de la Constitución reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. (Constitución del República del Ecuador, 2008). Es decir, las y los ciudadanos ecuatorianos poseen el derecho de libertad para elegir cuantos hijos tener, y que esta decisión sea responsable e informada, en este parte se debe hacer énfasis, la decisión debe ser informada, entonces, cómo aquellas personas que desean tornarse padres pueden acceder a una técnica de reproducción asistida si el

Yanhet Lucía Valverde Torres; Geovanna Elizabeth Toapanta Tenemaza

mismo Estado no cuenta con ningún programa o campaña de socialización sobre el tema y mucho menos con legislación que la regule.

En este sentido, la maternidad subrogada es una práctica médica, en la que una mujer gesta un bebé para otra mujer o pareja, después de haber llegado a un acuerdo o pacto que deberá cumplirse, en el que se incluye al menos una cláusula de cesión de todos los derechos del recién nacido a favor de los padres de intención, lo cual se lleva al finalizar el término de gestación. Por lo que se comprende que esta acción está relacionada con el derecho de reproducción y el bien jurídico protegido desde la concepción, es decir, la vida. Resulta muy importante clasificar los tipos de subrogación, debido a que, de acuerdo con lo señalado sobre la práctica de la maternidad subrogada por Estados Unidos, Brasil y Uruguay, esta no es efectuada por dichos países de la misma manera.

Se puede mencionar que, ya fue elaborado el Código Orgánico de Salud, mismo que, fue aprobado por la Asamblea Nacional, no tuvo la misma aceptación por parte del Ejecutivo. Cabe señalar que, el artículo 190 de dicho Código aborda la reproducción humana asistida, que según lo define, consiste en la práctica de técnicas, que dan paso a la concepción de un nuevo ser, añade que su práctica debe ser realizada según requisitos y regulaciones determinadas por las autoridades y los principios bioéticos universales, y que, solo será autorizado en los establecimientos que cuentan con la habilitación para brindar este tipo de servicios. Así mismo, su práctica queda totalmente prohibida en menores de edad, no se da paso a ningún tipo de compensación por embriones, gametos o de la subrogación del vientre.

El Estado de Ecuador está rezagado en lo que corresponde a la legislación sobre la reproducción humana asistida, considerando que otros países como Estados Unidos, Brasil y Uruguay ya cuentan con normas que regulan dicha actividad. Cabe mencionar que, la actual Ley Orgánica de Salud (2006) en el art. 6 numeral 6 manifiesta que: Es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública (...) fomentar e implementar políticas, programas y acciones de promoción, prevención y atención integral de salud respeto y goce de los derechos, tanto sexuales como reproductivos y declarar la obligatoriedad

Yanhet Lucía Valverde Torres; Geovanna Elizabeth Toapanta Tenemaza

de su atención en los términos y condiciones que la realidad epidemiológica nacional y local requiera.

En cuanto a la presunción de la maternidad sobre el niño, se considera madre a la mujer que físicamente alumbra al niño; esto se traduce a que, en Ecuador, el niño que nace siendo producto de una técnica de reproducción asistida, tendría por madre a lo mujer que lo concibe y alumbra. Los entrevistados respondiendo a la pregunta número cinco indicaron que, en base a la legislación vigente, sería reconocida como madre la mujer que alumbra al niño. Pero, se debe considerar que el objetivo de practicar la maternidad subrogada es para que las personas que no pueden concebir se tornen padres, es decir, el fin que persigue es que otras personas, que no es la mujer gestante se conviertan en padres, desde este razonamiento se entiende que, la legislación que la regule deberá reconocer como madre a la mujer que haya solicitado que otra geste por ella.

Por otro lado, el Código civil del Ecuador menciona que, una persona tiene existencia legal a partir del instante en el que se separa de la madre, en tal sentido, quien da luz al menor, será reconocida como su mamá. Ahí nace el conflicto que al Derecho le compete solucionar, porque puede darse el caso en donde la madre subrogante no quiera entregar al niño que gestó a la madre de intención. Se comprende entonces que el problema de la situación actual radica en que la maternidad subrogada no ha sido regulada legalmente en Ecuador. (Comisión Nacional de Bioética en Salud, 2018).

En tal sentido, la Carta Magna del Ecuador reconoce y otorga a los ciudadanos varios derechos, entre ellos, el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre salud y vida reproductiva (Constitución del República del Ecuador, 2008), es decir, las personas pueden decidir si para alcanzar el deseo de ser padres escogen el método natural de concepción, la adopción o las técnicas de reproducción humana asistida; lo que acarrea que el tema de maternidad y filiación deban ser actualizado dentro del Código civil ecuatoriano, esto en virtud de que el artículo 24 dicha normativa aún reconoce como madre a la mujer que alumbra al niño, por lo que no estaría

Yanhet Lucía Valverde Torres; Geovanna Elizabeth Toapanta Tenemaza

aclarando quien es la madre del niño en caso de ser concebido a través de la maternidad subrogada.

No cabe duda de que, la sociedad ha evolucionado en el campo de la informática, la medicina y la ciencia. Cabe resaltar que el Derecho y los avances informáticos caminan de manos dadas en el Ecuador, tal es el caso que, existen normas que sancionan a las personas que efectúan algún delito a través de dispositivos informáticos, en cambio, al hablar de la maternidad subrogada, que es un avance en el campo de la medicina, cabe resaltar que, el país no cuenta con ninguna norma con normas que la regulen, tampoco con ningún tipo de contrato que obligue a las partes a cumplir con las cláusulas que pueda contener. Para los entrevistados, de acuerdo con las respuestas a la pregunta número seis, es indispensable un nuevo contrato especialmente creado para esta actividad.

El Derecho no inventa nada, su deber es reglamentar las realidades que surgen debido a las transformaciones que vive la sociedad. Por lo que, al ser la maternidad subrogada una realidad que ya surgió hace varios años a tras debe ser reglamentarla a la brevedad posible. No cabe duda alguna que, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida ha revolucionado el concepto natural de madre en las legislaciones de distintos países. En Ecuador es urgente la implementación de normas que la regulen. El empleo clandestino de la maternidad subrogada es cada vez más frecuente, por lo que ausencia de legislación, abre paso para que se lleve a cabo sin ningún tipo de seguridad.

En cuanto a la regulación de la maternidad subrogada en el enfoque de retribución, se debe implementar un contrato como documento encargado de regular las actuaciones de las partes, con cláusulas vinculantes de ausencia de onerosidad. También, el acto jurídico puede ser susceptible de registro, a cargo de una institución estatal que sea la responsable de controlar y garantizar que su práctica sea efectuada cumpliendo lo que exprese la norma reguladora.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

Yanhet Lucía Valverde Torres; Geovanna Elizabeth Toapanta Tenemaza

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Regional Autónoma de los Andes, Santo Domingo, por motivar el desarrollo de la Investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, (2008). Constitución de la República del Ecuador. [Constitution of the Republic of Ecuador]. Montecristi. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Recuperado de <https://n9.cl/sia>

Comisión Nacional de Bioética en Salud. (2018). Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador .[Bioethical criteria and recommendations on surrogacy in Ecuador]. Recuperado de: <https://n9.cl/2l5g0>

Congreso Nacional(2006). Ley Orgánica de Salud. [Organic Health Law]. Ley 67 Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006. Recuperado de: <https://n9.cl/4kfc>

Constitución de la República de Ecuador. (2005). Código Civil Ecuatoriano. [Ecuadorian Civil Code]. (2005). Oficio No. 0110-CLC-CN-05. Recuperado de <https://n9.cl/x6zee>

Ministerio de Salud Pública.(2020).Por vacíos técnicos y científicos, Ejecutivo veta Código de Salud.[Due to technical and scientific gaps, Executive vetoes Health Code]. Recuperado de: <https://n9.cl/zsqt9>

Pacheco , V., y García , A. (2018). Criterios y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador.[Bioethical criteria and recommendations on surrogacy in Ecuador]. Recuperado de: <https://n9.cl/2l5g0>