



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

“LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

Trabajo de Titulación, previo a la obtención del Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

AUTORA:

Carolina Estefanía Avalos Medina

TUTOR:

Dr. Mg. Nelson Eduardo Mayorga Naranjo

Ambato – Ecuador

2017

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

En calidad de Tutor del Trabajo de Investigación sobre el tema “**LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**” de la Srta. Carolina Estefanía Avalos Medina, Egresada de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, considero que dicho Trabajo de Graduación reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometidos a Evaluación del Tribunal de Grado, que el H. Consejo Directivo de la Facultad designe, para su correspondiente estudio y calificación.

Ambato, 17 de Febrero del 2017



Dr. Mg. Nelson Eduardo Mayorga Naranjo

Tutor del Trabajo de Graduación

AUTORÍA DEL TRABAJO

Los criterios emitidos en el trabajo de investigación “**LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**”, como también los contenidos, ideas, análisis, conclusiones y propuesta son de responsabilidad de la autora.

Ambato, 17 de Febrero del 2017

AUTORA



Carolina Estefanía Avalos Medina

C.C1804928578

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que haga de ésta tesis o parte de ella un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los derechos en línea patrimoniales de mi tesis, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de esta tesis, dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica y se realice respetando mis derechos de autor.

Ambato, 17 de Febrero del 2017

AUTORA



.....
Carolina Estefanía Avalos Medina

C.C.1804928578

APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO

Los Miembros del Tribunal de Grado APRUEBAN el Trabajo de Investigación sobre el tema: “**LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**”, presentado por la Srta. Carolina Estefanía Avalos Medina, de conformidad con el Reglamento de Graduación para obtener el Título Terminal de Tercer Nivel de la U.T.A.

Ambato,

Para constancia firman:

.....
Presidente

.....
Miembro

.....
Miembro

DEDICATORIA

La presente investigación la dedico a mi hijo, mis padres, hermano y a las personas que me apoyan, quienes han sido el pilar fundamental para la elaboración de este proyecto, por su apoyo incondicional.

Carolina Estefanía Avalos Medina

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por haberme dado la oportunidad de culminar mi carrera Universitaria mediante la realización de este proyecto de investigación.

Mis más sinceros agradecimientos a los docentes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la prestigiosa “Universidad Técnica de Ambato” que me supieron orientar en el ámbito académico y personal, para el desarrollo y culminación del presente proyecto.

Carolina Estefanía Avalos Medina

ÍNDICE

CONTENIDO	Pág.
Portada.....	i
Certificación del Tutor.....	ii
Autoría del Trabajo.....	iii
Derechos de Autor.....	iv
Aprobación del Tribunal de Grado.....	v
Dedicatoria.....	vi
Agradecimiento.....	vii
Índice.....	viii
Índice de Cuadros.....	xiv
Índice de Gráficos.....	xv
Resumen Ejecutivo.....	xvi
Abstract.....	xvii
Introducción.....	1

CAPÍTULO I EL PROBLEMA

Tema de Investigación:.....	3
Planteamiento del Problema.....	3
Contextualización.....	3
Macro.....	3
Meso.....	4
Micro.....	4
Árbol de Problemas.....	5
Análisis Crítico.....	6
Prognosis.....	7
Formulación del Problema.....	7
Interrogantes de la Investigación.....	7
Delimitación del Objeto de la Investigación.....	8
Delimitación del Contenido.....	8

Delimitación Espacial:	8
Delimitación Temporal de la Investigación	8
Unidades de Observación.....	8
Justificación.....	8
Objetivos	9
General	9
Específicos	10

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Antecedentes de la Investigación	11
Fundamentación	13
Filosófica.....	13
Legal.....	13
Constitución de la República del Ecuador	13
Convención de los Derechos de los Niños.....	13
Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia	14
Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2009):.....	14
Categorías Fundamentales	15
Constelación de Ideas de la Variable Independiente.....	16
Constelación de Ideas de la Variable Dependiente	17
Declaración de los Derechos Humanos.....	18
Derecho Comparado.....	18
Alemania	18
Rusia.....	19
Australia	19
Estados Unidos.....	19
India.....	20
Ucrania	20
Reino	20
Canadá.....	21
México.....	21
Brasil	21

Francia.....	21
España.....	22
Colombia.....	22
Maternidad Subrogada.....	22
Historia de la Maternidad Subrogada en el Ecuador.....	23
Historia en el Mundo.....	24
Tipos De Maternidad Subrogada.....	25
Maternidad Total.....	25
Maternidad Parcial.....	25
Posturas en Contra.....	25
Posición de la Iglesia.....	26
Turismo Reproductivo.....	27
Técnicas de Reproducción Asistida.....	27
Inseminación Artificial.....	27
Fecundación In Vitro.....	28
Dignidad Humana.....	28
Red Latinoamericana de Reproducción Asistida.....	28
Constitución de la República del Ecuador.....	29
Convención de los Derechos de los Niños.....	30
Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.....	31
El Interés Superior del Niño.....	31
Antecedentes.....	31
Elementos Fundamentales para Alcanzar el Interés Superior del Niño.....	34
La Igualdad o no Discriminación.....	34
La Efectividad y Prioridad Absoluta.....	35
La Participación Solidaria o Principio de Solidaridad.....	36
Niveles de Responsabilidad en el Interés Superior del Niño.....	36
Técnicas de Determinación del Interés del Menor.....	37
Niveles de Responsabilidad en el Interés Superior del Niño.....	38
Técnicas para la Determinación del Interés del Menor.....	39
Posturas a Nivel Mundial.....	40
Hipótesis.....	43
Hipótesis Alternativa.....	43

Hipótesis Nula.....	43
Señalamiento de Variables.....	43

**CAPÍTULO III
METODOLOGÍA**

Enfoque de la Investigación	44
Modalidad Básica de la Investigación.....	44
Bibliográfica Documental	44
De Campo.....	44
Nivel o Tipo de la Investigación	45
Investigación Exploratoria	45
Investigación Descriptiva.....	45
Asociación de Variables.....	45
Población y Muestra.....	46
Población.....	46
Muestra.....	46
Técnicas e Instrumentos.....	48
Encuesta	48
Operacionalización de Variables.....	49
Variable Independiente: La Maternidad Subrogada	49
Operacionalización De Variables.....	50
Variable Dependiente: Interés Superior del Niño	50
Plan de Recolección de la Información.....	51
Plan de Procesamiento de la Información.....	52
Procesamiento y Análisis Revisión Crítica.....	52
Clasificación de la Información	52
Tabulación de la Información	52

**CAPÍTULO IV
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

Estructura de la Encuesta	53
Tabulación, Análisis e Interpretación de Resultados.....	53
Encuesta	54

Comprobación de la Hipótesis	72
------------------------------------	----

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones	75
Recomendaciones.....	76

CAPÍTULO VI

LA PROPUESTA

Datos Informativos.....	77
Antecedentes de la Propuesta.....	77
Justificación.....	78
Objetivos	79
Objetivo General	79
Objetivos Específicos:.....	80
Análisis de Factibilidad.....	80
Político	80
Social.....	80
Económico.....	81
Legal.....	81
Fundamentación Legal	81
Desarrollo de la Propuesta	83
Modelo Operativo	86
Administración.....	87
Recursos Institucionales.....	87
Recursos Humanos.....	87
Recursos Materiales	88
Recursos Tecnológicos.....	88
Recurso Financiero.....	88
Previsión de la Evaluación.....	88
Matriz del Plan de Evaluación	89
Bibliografía	90

Anexos
Glosario
Paper

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
Cuadro No. 1 Población	46
Cuadro No. 2 Muestra	47
Cuadro No. 3 Operacionalización de la Variable Independiente	49
Cuadro No. 4 Operacionalización de la Variable Independiente	50
Cuadro No. 5 Recolección Información.....	51
Cuadro No. 6 Pregunta N° 1	54
Cuadro No. 7 Pregunta N° 2	56
Cuadro No. 8 Pregunta N° 3	58
Cuadro No. 9 Pregunta N° 5	60
Cuadro No. 10 Pregunta N° 6	62
Cuadro No. 11 Pregunta N° 7	64
Cuadro No. 12 Pregunta N° 8	66
Cuadro No. 13 Pregunta N° 9	68
Cuadro No. 14 Pregunta N° 10	70
Cuadro No. 15 Verificación de hipótesis	73
Cuadro No. 16 Modelo Operativo.....	86
Cuadro No. 17 Plan de Evaluación	89

ÍNDICE DE GRÁFICOS

	Pág.
Gráfico No. 1 Árbol de Problemas (Relación Causa-Efectos).....	5
Gráfico No. 2 Categorías Fundamentales	15
Gráfico No. 3 Constelación de Ideas (Variable Independiente)	16
Gráfico No. 4 Constelación de ideas (Variable Dependiente)	17
Gráfico No. 5 Pregunta N° 1	54
Gráfico No. 6 Pregunta N° 2	56
Gráfico No. 7 Pregunta N° 3	58
Gráfico No. 8 Pregunta N° 5	60
Gráfico No. 9 Pregunta N° 6	62
Gráfico No. 10 Pregunta N° 7	64
Gráfico No. 11 Pregunta N° 8	66
Gráfico No. 12 Pregunta N° 9	68
Gráfico No. 13 Pregunta N° 10	70

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación pretende que la maternidad subrogada sea considerada como un acto punible en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que de este modo se evitará que los derechos de los niños sean violentados.

En la actualidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la maternidad subrogada no se encuentra normada; sin embargo de ello en el año 2000 se intentó crear un proyecto de Ley de Familia, en el que intento regular la aplicación de la maternidad subrogada, pero este proyecto de ley nunca fue promulgado.

Si bien es cierto la Legislación ecuatoriana no prohíbe la realización de la maternidad subrogada por lo que se sobreentiende que está se encuentra plenamente permitida, por lo que en la actualidad se la viene realizando con total libertad, sin ningún tipo de control.

Motivo por el cual la investigadora ha creído conveniente plantear la presente investigación con el tema “La Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño”, tiene como finalidad proponer la prohibición de la maternidad subrogada ya que su aplicación constituye una forma de explotación de la mujer y sobretodo convierte a los niños en productos comerciales. Supone, por tanto, una flagrante violación de los derechos de los niños.

Esto significa que en el Código Orgánico Integral Penal, se establezca sanciones para quien aplique esta técnica reproductiva de la maternidad subrogada.

Palabras clave: Maternidad Subrogada, Interés Superior, Derechos, Vientre de alquiler.

ABSTRACT

The present investigation intends that the surrogate motherhood is considered as a punishable act in the Ecuadorian legal system, since in this way it will be avoided that the rights of the children are violated.

At present, in the Ecuadorian legal system surrogate motherhood is not regulated; Nevertheless in 2000 an attempt was made to create a draft Family Law, in which I try to regulate the application of surrogacy, but this bill was never promulgated.

Although it is true the Ecuadorian legislation does not prohibit the realization of maternity surrogates, so it is understood that it is fully allowed, so it is now being carried out with total freedom, without any type of control.

The reason for which the researcher has thought it appropriate to present the present investigation with the theme "Surrogate Motherhood and the Superior Interest of the Child", has the purpose of proposing the prohibition of surrogacy since its application constitutes a form of exploitation of women And above all makes children into commercial products. It therefore implies a flagrant violation of the rights of children.

This means that in the Integrated Criminal Code, sanctions are established for those who apply this reproductive technique of surrogacy.

Keyword: Maternity surrogate, Superior Interest, Rights, Belly rental

INTRODUCCIÓN

El Trabajo de Investigación tiene como tema: La maternidad subrogada y el interés superior del niño

Su importancia radica en la necesidad de investigar los posibles daños que ocasiona el permitir la aplicación de la maternidad subrogada en el Ecuador; así como plantear una sanción para quienes hagan uso de esta técnica reproductiva.

Esta investigación se desarrolló en seis capítulos determinados y son:

El CAPÍTULO I, denominado El PROBLEMA de la Investigación; “La maternidad subrogada y el interés superior del niño”, lo que ha permitido poder contextualizar, analizar de forma crítica, enfocarse en que sucedería si no se da una pronta solución, formular, determinar la delimitación en tiempo y espacio, justificarlo en torno al porqué de su investigación y sus objetivos, los que serán general y específicos.

El CAPÍTULO II, llamado MARCO TEÓRICO, contiene: los antecedentes investigativos del estudio recopilados de varias fuentes, las fundamentaciones: filosófica y legal; así como las categorías fundamentales, la hipótesis y el señalamiento de las variables.

El CAPÍTULO III, se llama METODOLOGÍA, tiene el enfoque de la investigación, la modalidad básica de la investigación, tipo o nivel de investigación, técnicas e instrumentos a aplicarse, la población y muestra a ser investigados, las operacionalizaciones de las variables.

El CAPÍTULO IV, es el ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS, está diseñado para la realización de un adecuado análisis e interpretación de resultados que se han recogido mediante las encuestas realizadas a los jueces de la Unidad Judicial de Familia y a los abogados en libre ejercicio de la ciudad de Ambato.

El CAPÍTULO V, conocido como CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, las mismas que se establecen luego de haber realizado la investigación correspondiente.

El CAPÍTULO VI, denominado PROPUESTA, la misma que se ha enfocado a resolver el problema.

Línea de investigación: Derecho Penal

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

TEMA DE INVESTIGACIÓN:

“La maternidad subrogada y el interés superior del niño”.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

CONTEXTUALIZACIÓN

MACRO

González (2014), A nivel mundial existen países que han permitido la regulación de la maternidad subrogada e incluso la han establecido dentro de su ordenamiento jurídico entre ellos se encuentran Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Georgia, India y Kazajistán. Muchos de estos Estados han regulado la aplicación de dicha práctica reproductiva por medio de contratos, es decir se rigen al ámbito civil. Mientras que, en Europa, en la mayoría de los países el alquiler de vientres se encuentra prohibido de manera total o parcial.

Cabe recalcar que uno de los países más concurridos para llevar a cabo la maternidad subrogada es la India, debido al bajo costo en que se alquila un vientre, a la facilidad de conseguir una madre subrogante y de la realización de los trámites para sacar al menor del país.

Esta práctica reproductiva, ya es aplicada en gran parte de mundo, lo cual a criterio de la investigadora resulta un acto lucrativo, ya que es la vida del niño la que se está negociando como si este fuese un objeto.

MESO

Boscan (2015), En los países Latinoamericanos, se podría decir son muy pocos los Estados se han regulado dentro de su ordenamiento jurídico la Maternidad Subrogada, entre ellos se encuentran México donde ya existe una Ley de Maternidad Subrogada y tiene como objetivo regular dicha práctica reproductiva por medio de un contrato que no tenga fines lucrativos, y con ello evitar que el niño sea tomado como un objeto de comercio.

Otro país de Latinoamérica que tiene regulado la maternidad subrogada es Brasil, en su legislación establece que se podrá realizar siempre y cuando exista casos medicamente comprobados de infertilidad o esterilidad y que quien preste su vientre sea un familiar de los padres subrogados.

Por otro lado países como Perú, Argentina, Chile, no han legislado la Maternidad Subrogada, es decir no prohíbe pero tampoco existe una norma que regule su aplicación, provocando grandes desventajas en materia de niñez.

MICRO

Según datos obtenidos de la revista Vistazo (23 de Abril 2015), menciona que en Ecuador han sido varios los niños que han nacido a través de la técnica reproductiva de maternidad subrogada, y fue en el año 1992 donde se dio el primer caso de subrogación gestacional, quien lo realizó fue el doctor Iván Valencia.

Pese a que en el Ecuador, ya se han dado casos de maternidad subrogada, no existe norma alguna que la que hable de dicho tema, lo cual resulta preocupante ya que en la mayoría de los casos la madre sustituta alquila su vientre a un costo y el niño es tomado como una mera mercancía.

ÁRBOL DE PROBLEMAS

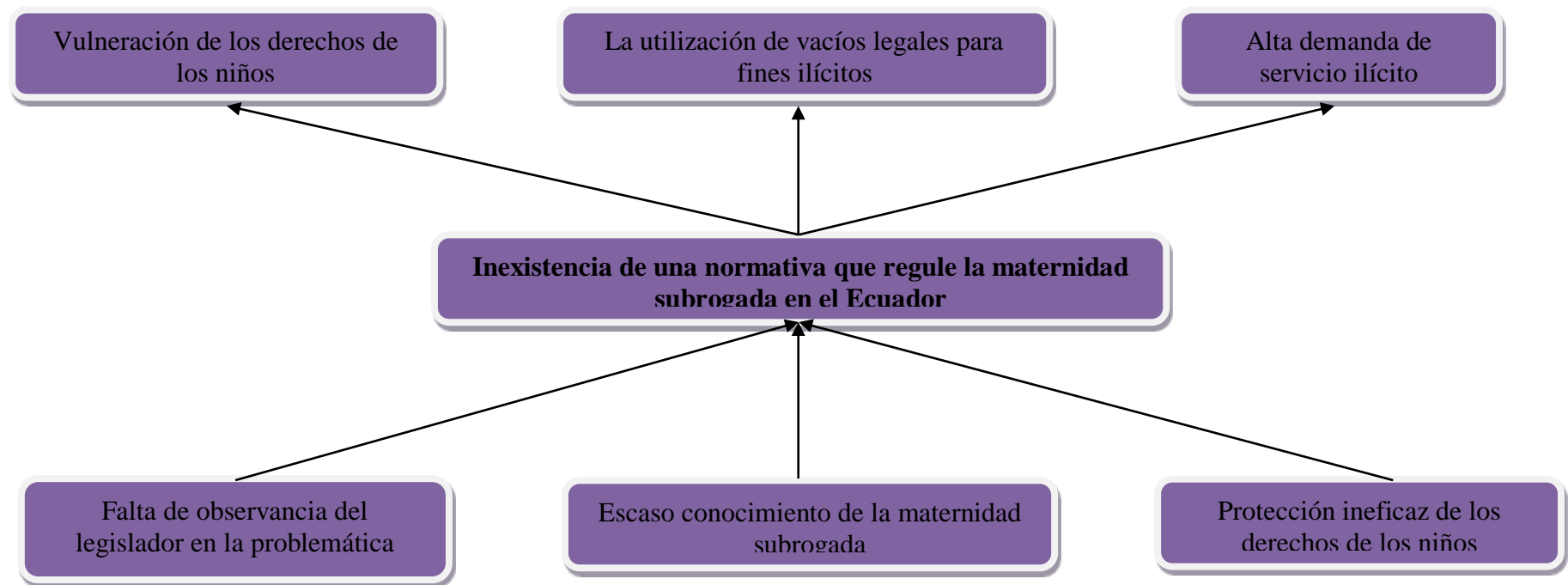


Gráfico No. 1 Árbol de Problemas (Relación Causa-Efectos)

Fuente: Contextualización

Elaboración: La Investigadora

ANÁLISIS CRÍTICO

En el estado ecuatoriano la falta de observancia por parte del poder ejecutivo y legislativo ante el problema planteado, ha dado como resultado que los derechos y garantías de los niños sean completamente vulnerados, siendo este en inicio de una gran red de problemas que surgen con el cometimiento de este tipo de actos los cuales penosamente el estado y la sociedad no han tomado cartas en el asunto para evitar así el cese de una vulneración de derechos. Siendo esta una práctica completamente reprochable desde todo punto de vista, debiendo mencionar que en la legislación comparada, de varios países, este es un tema el cual ya se encuentra regulado y protegido por las leyes.

La falta de preparación académica y profesional, por parte del poder legislativo ha dado como resultado que la sociedad y las leyes que regulan el comportamiento de los habitantes, no se desarrollen según las necesidades emergentes de la población y, es en este preciso momento que la protección y garantías de derechos consagrados y reconocidos en cuerpos legales, no cumplen con el objetivo fundamental para los cuales fueron creados. Ya que al no regular el comportamiento atípico y antijurídico de las personas, estas no se encontrarían actuando en contra de una normativa legal. Por lo que su conducta al ser socialmente reprochable esta no podrá ser sancionada aprovechándose de un vacío legal para no ser sancionado.

Si bien es cierto la legislación ecuatoriana garantiza los derechos de las personas, pero, aun podemos observar como cientos de estos, aun no cuentan con una normativa legal que garantice y precautele el interés óptimo de los derechos, siendo así que el legislador no ha previsto de manera amplia los temas que han tratado, dejando así en completo estado de vulneración las garantías de las personas en el especial la de los menores, tal y cual como es el caso de la maternidad subrogada la cual ni cumple ni garantiza con el mandato constitucional de protección y cuidado de los menores, ya que al no regular este tipo de prácticas deja abierta la posibilidad de que varios individuos, puedan hacer un uso indiscriminado del tráfico de personas accediendo de manera libre a este tipo de pericias medicas sin un control adecuado.

Desde un punto de vista más amplio cabe mencionar que este tipo de prácticas reproductivas es un negocio lucrativo, el cual sin importar ningún tipo de condición las personas que son reclutadas son objeto de trata de personas, esclavitud, imposición de condiciones las cuales van contra de los derechos humanos, los mismos que prohíben la explotación, trata, comercio y esclavitud de los seres humanos.

PROGNOSIS

En caso de no darse una solución urgente al problema planteado la maternidad subrogada, esta seguirá vulnerando el derecho de las personas y en especial el de los niños, por cuanto en el Ecuador se continua actuando esta práctica de manera ilegal y sin ninguna sujeción a derecho tal y cual como hasta la fecha se lo ha realizado sin ningún tipo de control, sin ley alguna que regule su actuar, provocando así la vulneración en los derechos de quienes sean parte en este tipo de prácticas, por cuanto al existir casos de controversia los administradores de justicia, no podrían resolver de manera asertiva y conforme a derecho los tipos de problemas que lleguen a presentarse.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera incide la maternidad subrogada con derecho de los niños?

INTERROGANTES DE LA INVESTIGACIÓN

¿En qué consiste la regulación legal de la maternidad subrogada?

¿De qué manera se podría regular este tipo de prácticas médicas?

¿Cómo se puede solucionar el problema planteado?

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO

CAMPO: Jurídico

ÁREA: Penal. Constitucional y Familia.

ASPECTO: Maternidad Subrogada, Derecho de los menores.

DELIMITACIÓN ESPACIAL:

La presente investigación se llevará a cabo en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua.

DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA INVESTIGACIÓN

El presente proyecto de investigación se desarrollará durante el año 2017.

UNIDADES DE OBSERVACIÓN

- Familias sujetas a este tipo de prácticas médicas, residentes en el cantón Ambato, Provincia de Tungurahua.
- Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Ambato.

JUSTIFICACIÓN

El presente proyecto investigativo es **importante**, por cuanto es necesario demostrar el vacío legal existente en la legislación ecuatoriana acerca de la maternidad subroga y el llegar a una solución al problema planteado.

Es necesario plantear una adecuada regularización legal de la maternidad subrogada y el derecho de los menores, para erradicar la trata de personas y así evitar que la esta práctica reproductiva sea un negocio.

Esta investigación es **viable**, se cuenta con suficiente material bibliográfico y doctrinario sobre la temática. Evaluada también la factibilidad económica, metodológica y técnica, de la misma manera esta investigación será respaldada por profesionales del derecho que tengan conocimiento en la materia.

El presente proyecto es **original**, por cuanto al realizar una investigación profunda, mediante la aplicación de los conocimientos adquiridos en clases a través de mis maestros; he visto necesario buscar la solución a este problema que es evidente, por lo tanto este proyecto es de mi absoluta y completa autoría.

El presente tema de investigación es de **interés**, ya que permitirá erradicar la trata de personas por medio de este tipo de prácticas y métodos reproductivos, los cuales carecen de una sanción determinada por lo fines dolosos que esta persigue.

La presente investigación es **novedosa**, puesto que es un tema nuevo en el país, además que al momento no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dando como resultado que este tema sea de poca trascendencia o importancia por la falta de investigación de los profesionales del derecho y legisladores.

OBJETIVOS

GENERAL

- Determinar la incidencia de la maternidad subrogada y el interés superior de los niños.

ESPECÍFICOS

- Investigar en que consiste la maternidad subrogada y regularla en la legislación ecuatoriana.
- Establecer los casos en los que la maternidad subrogada no incurra en un tipo penal.
- Proponer la mejor solución al problema planteado en la investigación, mediante su tipificación en el Código Orgánico Integral Penal en los casos que sean practicados fines lucrativos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Luego de haber realizado una revisión bibliográfica en los trabajos de investigación de distintas Universidades se ha encontrado varias investigaciones sobre el tema la Maternidad Subrogada. Por lo que a continuación se citará varias conclusiones que han sido desarrolladas por algunos autores, entre ellos manifestamos:

Vicuña, A. (2015). “Maternidad Subrogada y el derecho a la reproducción” (Tesis de grado). Universidad Técnica de Ambato.

CONCLUSIONES:

- De acuerdo a la investigación realizada, se ha logrado determinar que la maternidad subrogada es un procedimiento medico mediante la cual, una mujer previo a un acuerdo entre las partes se embarazada con el fin de entregar al niño que lleva en su vientre e a una pareja que guarda un vínculo genético con él. Esta maternidad se la ha venido realizando de distintas maneras a nivel mundial, en algunos países está permitido que una mujer alquile su vientre, en otros países está prohibida la realización de la maternidad subrogada, y finalmente en otros países está permitida siempre y cuando se cumpla ciertos requisitos, como que la madre subrogante sea familiar de la madre subrogada y que la maternidad se la haga con fines altruistas.
- En nuestro país las principales causas por las que las parejas acceden a la maternidad subrogada son por la infertilidad y esterilidad irreversible, lamentablemente estas enfermedades han ido en los últimos años en aumento tanto así que en los próximos serán consideradas como problemas de Salud

Pública y el Estado se verá obligado a crear los mecanismos necesarios para dar una solución a ello.

Echeverría, M. (2013). “Propuesta para la regulación jurídica de la Maternidad Subrogada a través de las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador” (Tesis de grado). Universidad Católica de Ibarra.

CONCLUSIONES:

La Maternidad Subrogada es vista de manera general como un método de procreación extraordinario en caso de infertilidad o esterilidad severa de las parejas y posee un alto grado de aceptación en su práctica y en la idea de una futura legislación que regule la aplicación y sus alcances para evitar el abuso, la ilegalidad y el desconocimiento de varios derechos fundamentales.

La falta de legislación respecto de las implicaciones que conllevan las técnicas de reproducción humana asistida, además de generar incertidumbre en las situaciones jurídicas respecto de la filiación correspondiente a los padres y los hijos nacidos mediante estos métodos y obviamente a través de subrogación materna, ha creado también un culto de clandestinidad y extrema reserva sobre esta práctica.

Carvajal, R. (2014). “Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina” (Tesis de grado). Universidad San Andrés.

CONCLUSIONES

La maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo un porcentaje importante de la misma no lo posee generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas.

FUNDAMENTACIÓN

FILOSÓFICA

El enfoque de esta investigación se ubica en el paradigma crítico-propositivo, al tratarse de una realidad que se plasma durante la maternidad subrogada y el interés superior del niño, por tal razón se lo considera como crítico al establecer la existencia de un problema sus causas y efectos; por otro lado al tratar de buscar una solución al problema planteado.

LEGAL

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Constitución de la República del Ecuador (2008), manifiesta que:

El estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (Art. 44).

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Según la Constitución de la República del Ecuador (2008) “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Art. 31).

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2009):

Finalidad.- Este código dispone sobre la protección integral que el estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral. (Artículo 1).

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2009):

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

CATEGORÍAS FUNDAMENTALES

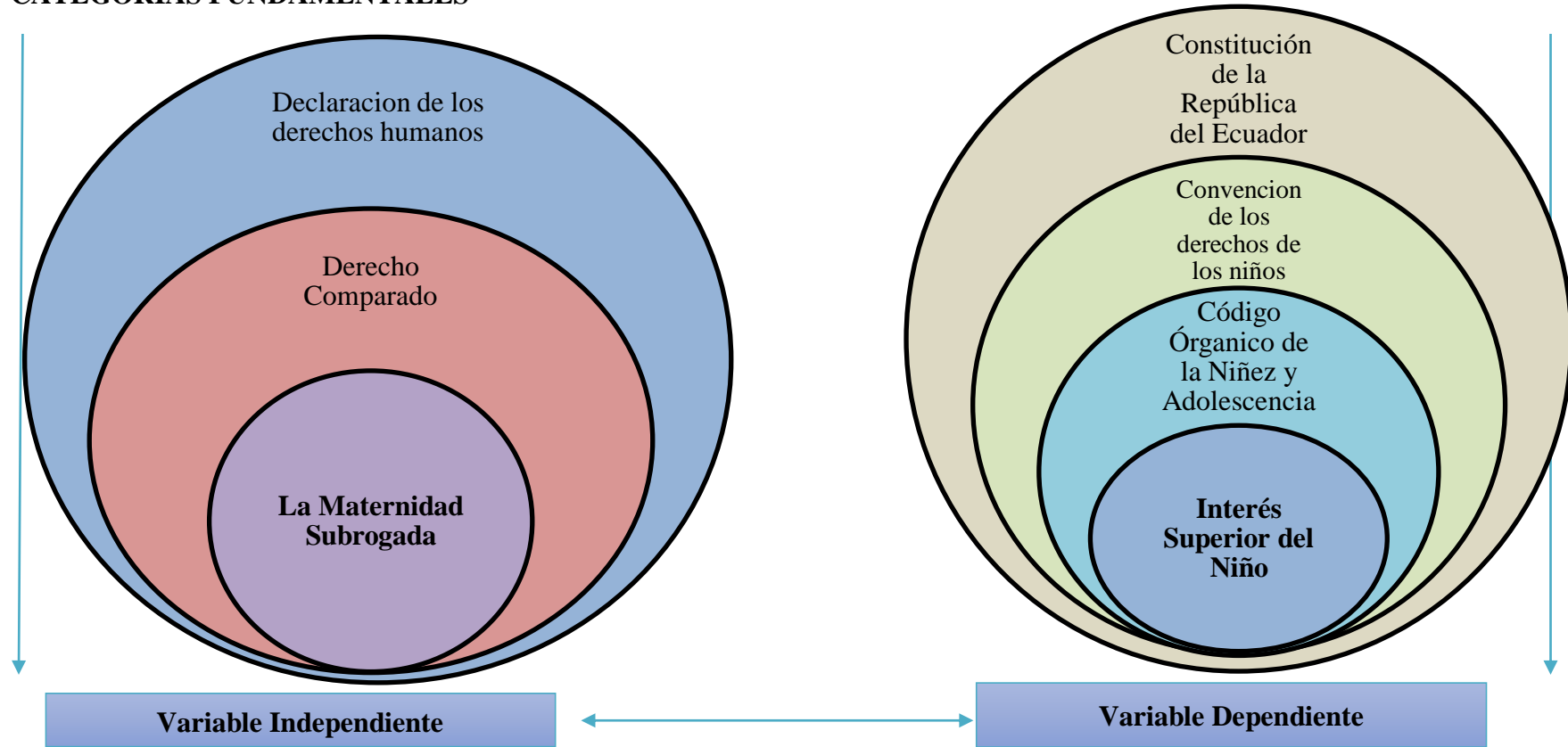


Gráfico No. 2 Categorías Fundamentales

Fuentes: Investigación Bibliográfica

Elaboración: La Investigadora

CONSTELACIÓN DE IDEAS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE

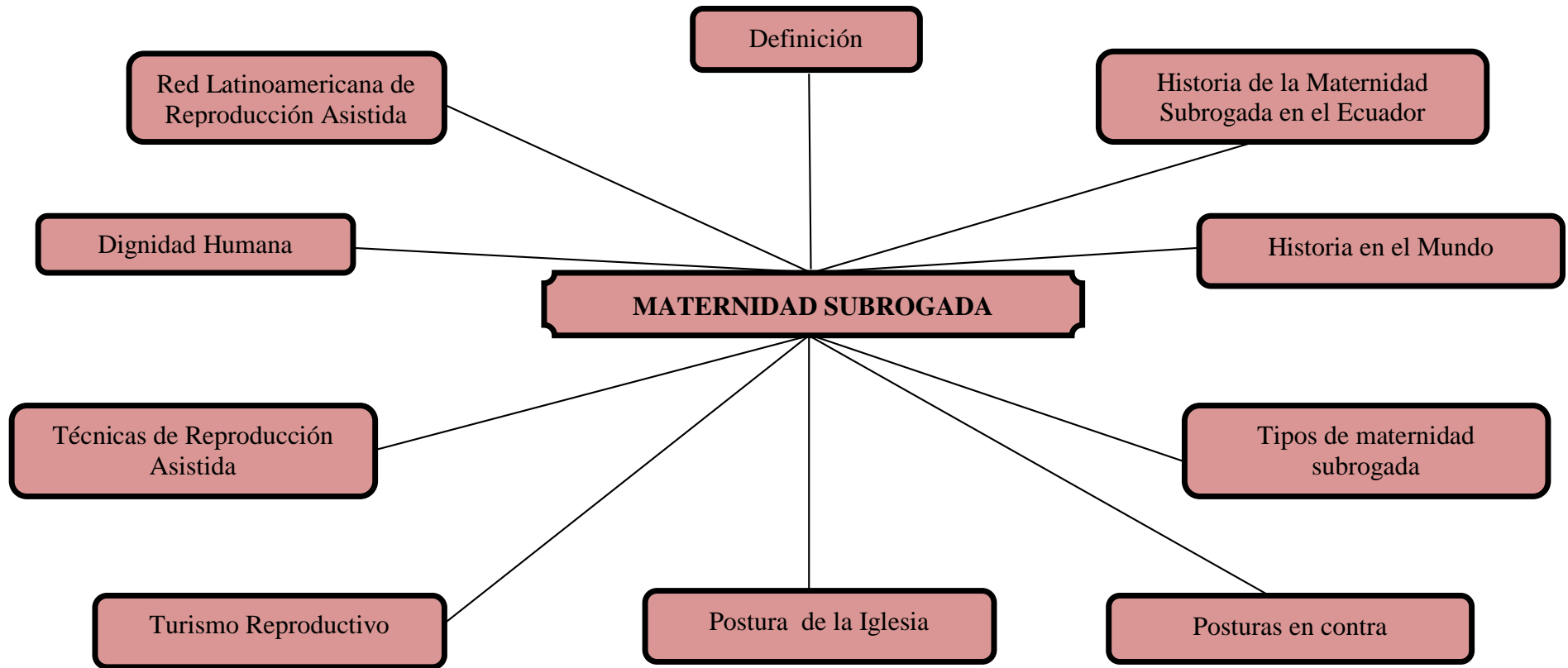


Gráfico No. 3 Constelación de Ideas (Variable Independiente)

Fuente: Investigación Bibliográfica

Elaboración: La Investigadora

CONSTELACIÓN DE IDEAS DE LA VARIABLE DEPENDIENTE

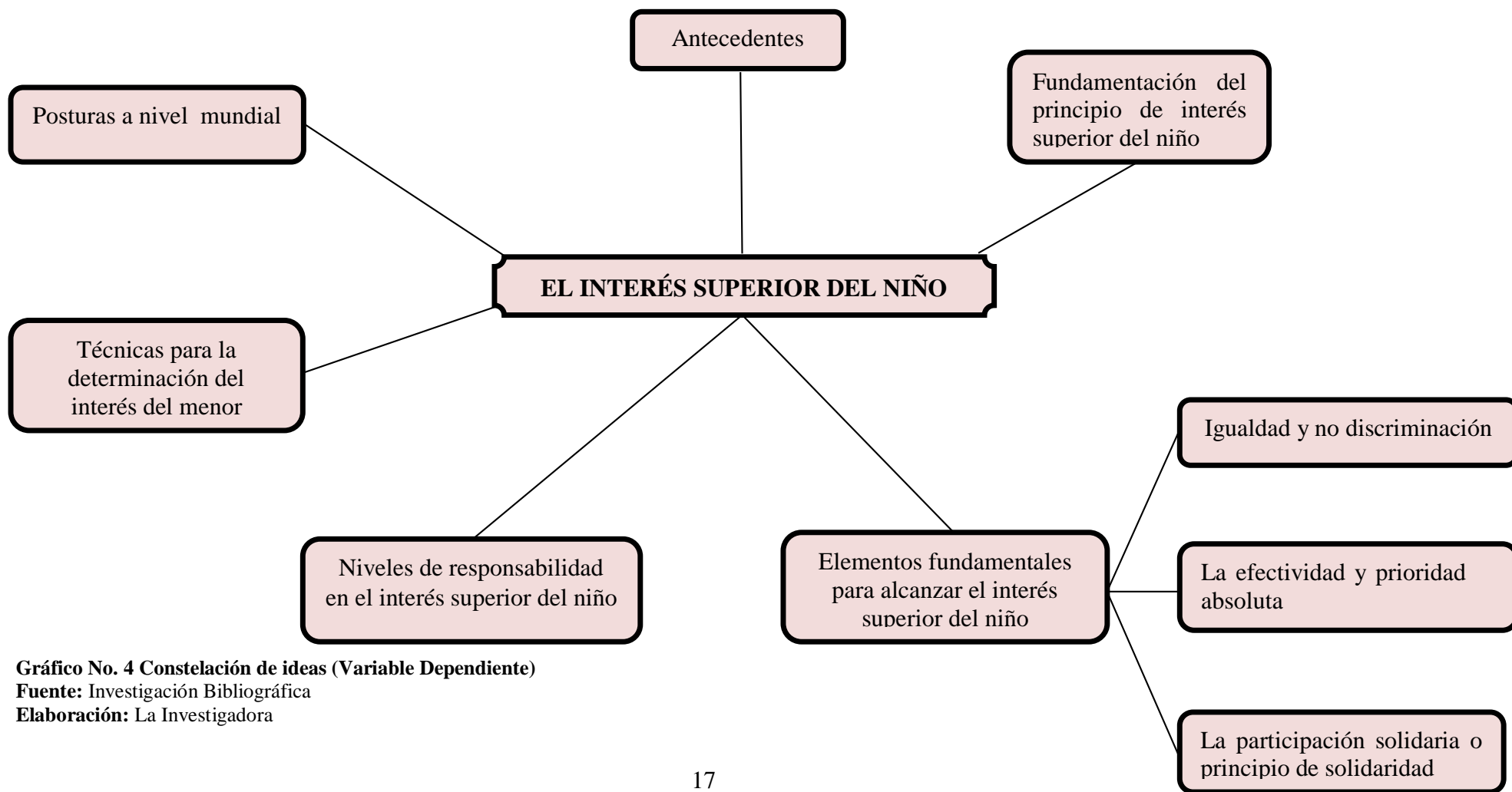


Gráfico No. 4 Constelación de ideas (Variable Dependiente)

Fuente: Investigación Bibliográfica

Elaboración: La Investigadora

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Mir Candal, L. (2010). Manifiesta que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948 en París, contiene treinta artículos que tratan acerca de los derechos básicos de todo ser humano.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto a la dignidad humana menciona que esta es un pilar fundamental de los derechos del hombre, y por ende, esta se encuentra muy ligada a la libertad, justicia y la paz del mundo. Tiene como finalidad proteger la dignidad humana prohibiendo todo tipo de tratos crueles e inhumanos, el tráfico de personas y de manera especial busca garantizar el bienestar de los niños y niñas en cualquier circunstancia y contra la interferencia en el proceso natural de la concepción y el nacimiento.

Por lo tanto es importante que Ecuador al ser un Estado que se encuentra adscrito a la declaración de los Derechos Humanos, establezca la prohibición de la maternidad subrogada, por ser esta un riesgo sobre los derechos de los niños, ya que puede desembocar en una explotación de tráfico de niños, además que este se convierte en un objeto de comercio.

DERECHO COMPARADO

En el ámbito internacional, la maternidad subrogada es considerada como un acto lícito en algunos países mientras que en otros su aplicación es prohibida y sancionada. De igual modo la legislación de los países en donde está permitida la maternidad subrogada varía de uno a otro.

A continuación se explicará las diferentes posturas de varios países:

ALEMANIA

Peña (1989), en Alemania la maternidad subrogada se encuentra prohibida, debido a

que se delegó al Ministro Federal de Investigación y Tecnología realizar una investigación acerca de métodos de fertilización in vitro, como fruto de esta investigación se logró determinar que las nuevas prácticas reproductivas violentan el interés superior del niño.

En este país la maternidad subrogada es sancionada, con penas pecuniarias y también tiene como repercusión una pena privativas de la libertad de hasta tres años, además que el médico que la lleve a cabo es suspendido de su licencia médica.

RUSIA

En Rusia de acuerdo a lo establecido en el Código de Familia se encuentra permitida la aplicación de la maternidad subrogada, en la norma antes mencionada reza que debe existir un contrato de por medio, sin embargo determina ciertas prohibiciones como que esta técnica reproductiva no se aplique a parejas del mismo sexo.

AUSTRALIA

Casi en la mayoría de los estados de Australia, está permitida la subrogación altruista, es decir sin fines lucrativos. El Estado de Tasmania es el único que en su legislación ha establecido la prohibición de la maternidad subrogada.

ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos la permisión de la Maternidad Subrogada, varia de un Estado a otro, ya que en unos se encuentra permitida en otras está prohibida y finalmente existen otros donde no se encuentra regulada en la legislación.

Los Estados que la penalizan son Arizona, Distrito de Columbia, Michigan, Nueva York, Delaware, Idaho, Indiana, Luisiana, Nebraska; en los que está permitida son California, Connecticut, Kentucky, Massachusetts, Ohio, Pennsylvania. Existen también Estados que lo permiten pero bajo ciertas regulaciones Arkansas, Dakota del Norte, Florida, Illinois, Nevada, New Hampshire, Texas, Utah, Virginia, Luisiana,

Nevada, New Hampshire, Nueva Jersey, Oregón, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Washington. Finalmente, hay Estados en los cuales no se encuentra regulada y son Alabama, Alaska, Carolina del Norte, Carolina del sur, Colorado, Dakota del Sur, Georgia, Hawái, Iowa, Kansas, Maine, Maryland, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nuevo México, Oklahoma, Rhode Island, Vermont, Virginia del Este, Wisconsin, Wyoming.

.

INDIA

Alkorta (2003), La India es uno de los países más concurridos para emplear el método reproductivo de la maternidad subrogada, debido que no existe prohibición sobre su aplicación y también por el poco control que existe por parte de las autoridades, los niños son sacados con mayor facilidad del país, además que los vientres son alquilados a un costo bajo.

UCRANIA

Sanz (2002), menciona que Ucrania en la cláusula 123 del Código Familiar y en el Orden N° 24 del Ministerio de Salud, establece los tipos de acuerdos por subrogación que están permitidos, es decir si es parcial, total, si desea combinar otra práctica reproductiva. También menciona en esta normativa que no es necesario obtener la autorización para realizar la maternidad subrogada, con que exista el consentimiento de las partes. En relación a la inscripción del niño este país les brinda a los padres subrogados las facilidades para realizar este tipo de trámites.

REINO UNIDO

En Reino Unido se permite la maternidad subrogada siempre que esta sea realizada con fines altruistas, existen ciertas excepciones en las cuales el Tribunal sea pronunciado y ha dispuesto a los padres subrogados el pagar los gastos que ocasiona el embarazo. En la legislación de este país también menciona que será considerada la madre del niño gestante la que lo lleva en su vientre hasta que exista una orden judicial que disponga que quienes alquilaron el vientre son los padres.

CANADÁ

En Canadá según Sánchez (2010), la maternidad subrogada se encuentra permitida siempre que esta no sea con fines lucrativos, sin embargo de ello existe una sola excepción pues el Estado de Quebec, que pertenece a Canadá no permite la maternidad subrogada.

MÉXICO

García (2011), En México, Estados como Querétaro, San Luis Potosí y Tabasco han regulado dentro de su legislación la maternidad subrogada, El Código Civil de Querétaro establece que la maternidad subrogada es prohibida en los casos que se dé adopción de embriones, solo en ese caso la prohíbe; Mientras que el Código de Familia vigente para el Estado de San Luis Potosí menciona que la maternidad subrogada no produce ningún efecto, por lo que se la considera jurídicamente inexistente. Y finalmente en el Estado de Tabasco en su Código Civil, artículos 92, 347, 351 y 360 establece la regulación de esta técnica reproductiva.

BRASIL

Brasil, permite la maternidad subrogada bajo ciertos parámetros, tales como que esta sea realizada sin fines lucrativos, que la madre subrogante sea un familiar de la madre subrogada y que exista un certificado médico con el cual se compruebe que la pareja no puede tener hijos biológicos.

FRANCIA

Lamm (2012), manifiesta que en el de 1994 fueron aprobadas tres leyes, la una trata acerca de los datos nominativos que son manejados a nivel de salud, la otra es una reforma al código civil que trata acerca del respeto al cuerpo humano y la filiación cuando se aplica las nuevas técnicas de reproducción y finalmente la última ley habla acerca de las utilización de las nuevas técnicas de reproducción.

El Código Penal Francés (1994), en sus artículos 345 y 353 prohíbe la maternidad subrogada, que cualquier contrato realizado respecto esto no tiene validez alguna y que ante todo deberá ponderar la integridad humana. Para los assembleístas de Francia el permitir la maternidad subrogada sería una total inseguridad para el niño que va nacer, para la madre sustituta y para los padres biológicos.

Los únicos contratos validos son los que se realiza para donación de sangre y donación de espermias.

Dreyzin. (2011), menciona que pese a todas estas prohibiciones en Francia desde el año de 1983, existe un centro llamado Association Nationale pour l'Insemination Artificielle par Substitution, en el que ofrecen servicios de maternidad subrogada y donación de espermias.

ESPAÑA

Lema (2014), define que en España la filiación se la establece a través del parto, y que la maternidad subrogada se encuentra prohibida en este país.

COLOMBIA

Según Marín (1995), menciona que en la legislación Colombiana sólo hace referencia a la igualdad que tienen los niños que nacen a través de una técnica reproductiva, pero una normativa que regule el realizar la maternidad subrogada.

MATERNIDAD SUBROGADA

Sánchez (2010), señala al respecto:

“Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como

madre de éste”. (p. 136).

Calva (1989) define a la Maternidad Subrogada como:

“El caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa”(p.45).

En relación a los conceptos antes mencionados, se puede decir que la maternidad subrogada es un acto a través del cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño que posee caracteres genéticos de otras personas, su finalidad es que una vez nacido el niño sea entregado a sus padres biológicos.

Reyes (2008), menciona que la maternidad subrogada es el acto de sustituir a una mujer que no puede concebir por otra que se convierte en madre gestante. También se define a la maternidad subrogada como una técnica a través de la cual una mujer lleva en su vientre un bebé que en lo posterior será entregado a otra mujer que guarda un vínculo genético con el niño.

La técnica reproductiva de maternidad subrogada en la actualidad se la conoce con diversos nombres tales como vientre de alquiler, donación de útero, arriendo de vientre y gestación por sustitución. Sin embargo para muchos tratadistas el darle el nombre de alquiler de vientre es erróneo, debido a que el cuerpo humano no es susceptible de alquilar, esto violentaría los derechos humanos de las personas.

HISTORIA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ECUADOR

Datos obtenidos en el diario el Comercio (22 de Abril 2014), en el año 2000, se creó un proyecto de Código de Familia, en el contenía temas relacionados a las técnicas de reproducción asistida, tenía como finalidad regular su aplicación, sin embargo este proyecto no fue aprobado.

En la actualidad en ninguna normativa del Ecuador sea tratado el tema de la maternidad subrogada, por lo que existe un gran vacío legal, y a la vez esto ocasiona graves problemas, pues al no estar prohibida la gente accede de manera libre a esta técnica reproductiva, siendo esto contraproducente para los derechos de los niños.

HISTORIA EN EL MUNDO

Según Villar (1989), menciona que la maternidad subrogada, se ha venido dando desde tiempos muy remotos, en la Biblia constan las primeras historias, tal es el caso de Sara y Abrahán, una pareja que no podían tener hijos y toman a su esclava con el afán de que ella sea quien tenga un hijo con su amo.

Kane (1988), menciona que en Estados Unidos, sucedió uno de los primeros casos a nivel mundial de contrato de maternidad subrogada parcial, en este se dieron ciertas controversias. La señora Elizabeth Kane aceptó ser madre subrogante, pero para la fecundación el ovulo pertenecía a ella, esta mujer ya había tenido cuatro hijos propios e incluso había dado uno en adopción, sin embargo cuando tuvo que entregar al niño que había sido concebido a través de maternidad subrogada se negó hacerlo. En la actualidad es una de las mayores opositoras de la maternidad subrogada.

En el año 1984, se nivel mundial se produjo el primer caso de maternidad subrogada total, es decir que ella no prestó su ovulo, sino que este pertenecía a la mujer subrogada, en este caso la mujer no tuvo ningún problema de entregar al niño.

Arámbula (2008), relata que posteriormente en el año 1986, se dio uno de los casos más controversiales de maternidad subrogada, se lo conocía con el nombre “Baby M”, la señora Mary Beth Whitehead había firmado un contrato para alquilar su vientre por el valor de 10.000 a la familia Stern. En el contrato se hacía constar ciertas cláusulas como que la señora Mary Beth Whitehead daría sus óvulos para que sean fecundados con los del señor Stern, por ende esto ocasionaba que la señora Mary Beth Whitehead sería la madre genética del niño. Finalmente cuando la señora Whitehead, tuvo al niño se negó a entregarlo, por lo que este caso fue llevado a la Corte donde las autoridades resolvieron que el niño sea entregado al señor Stern,

ya que él era su padre biológico y la señora Mary Beth, por ser su madre biológica le concedió visitas.

En el año de 1990, se dio otro caso similar en Estados Unidos, la señora Anna Johnson realizó un contrato de alquiler de vientre con la pareja Christopher, a diferencia del caso anterior tanto el ovulo como el esperma pertenecían a la pareja contratante. Cuando la señora Johnson, dio a luz al niño se negó a entregarlo, este caso también fue llevado a la Corte, los jueces resolvieron que sean los padres contratantes quienes se queden con la Patria Potestad y tenencia del niño, debido a que la madre subrogante señora Johnson no guarda vinculo biológico con el niño.

TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

Para Mendoza (2013), existen dos tipos de maternidad subrogada, a continuación se detallará cada una de ellas:

MATERNIDAD TOTAL

La Maternidad total, sucede cuando la madre sustituta, no aporta con su ovulo y los gametos a fecundarse pertenecen a la pareja subrogada, por lo tanto la mujer que presta o alquila su vientre no guarda ningún vínculo genético con el niño.

MATERNIDAD PARCIAL

La maternidad parcial se da cuando la madre que alquila o presta su vientre también aporta con su ovulo, es decir la fecundación se da con el ovulo de la madre subrogante y con el esperma del padre subrogado. En estos casos la mujer subrogante guarda un vínculo biológico con el niño que va nacer.

POSTURAS EN CONTRA

Paredes (2014), menciona que se han presentado casos en varios países donde los niños han venido con malformaciones o no han sido del sexo deseado por los padres

subrogados, por lo que estas situaciones han provocado que los padres subrogados obliguen a la madre subrogante abortar.

Tanto así que en Australia en el año 2014, una pareja de homosexuales, abandono en la calle a una niña que había nacido con síndrome de Down, por medio de maternidad subrogada.

Puede darse también la paradoja de un bebé con dos madres pero del que nadie quiere hacerse cargo. Cuando un bebé es fruto de una compra-venta, y por el que además se ha pagado una elevada suma de dinero, parece que lo esperable, y por tanto exigible, es que el bebé objeto del contrato tenga una garantía de calidad o que se pueda devolver si uno no queda satisfecho.

POSICIÓN DE LA IGLESIA

Ambert (2011), comenta la Iglesia no acepta la maternidad subrogada, la considera como algo contrario a la voluntad de Dios y también considera que esta afecta a la dignidad del hombre y que ante todo debe ponderar sus derechos, que el fin no justifica los medios.

La Iglesia también menciona que el daño que se les puede causar a los niños es grave, ya que existen muchas parejas de diferente orientación sexual que acceden a estas técnicas reproductivas por lo que se ocasiona confusión en el ámbito psicológico de los niños.

Para el Papa Benedicto XVI (2008), en su Encíclica Bioética, menciona que la Iglesia rechaza la maternidad subrogada como un medio de reproducción, ya que si bien es cierto los avances científicos ayudan a la humanidad para dar solución a sus enfermedades, pero eso no significa que pueda tomar el papel de Dios e intentar crear vida.

El Papa Juan Pablo II (1995), en su Encíclica *Evangelium Vitae*, cuyo significado es, Evangelio de la Vida, menciona sobre el valor de la vida y la dignidad humana, y

hace un énfasis en el tema de las técnicas de reproducción asistida.

Finalmente a criterio de la investigadora la Iglesia rechaza la maternidad subrogada como un medio de ayuda para las parejas infértiles, ya que el único que puede crear vida es Dios y el ser humano no puede tomarse estas atribuciones, pues son muchos los derechos que se vulneran con su aplicación.

TURISMO REPRODUCTIVO

Para Vela (2012), el turismo reproductivo se da cuando una pareja viaja de un país a otro con la finalidad de acceder a la maternidad subrogada, generalmente esto sucede en los países donde la ley prohíbe su aplicación y viajan hacia países donde sí está permitido, ya que esto les facilita la tramitación para registrar al niño o niña.

Sin embargo esto representa un grave problema porque no hay ley alguna que regule como realizar la maternidad subrogada, o quienes pueden acceder a ella, de modo que es muy fácil que esto conlleve al tráfico de niño.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Araiza (2009), establece que técnicas de reproducción asistida son una serie de procedimientos utilizados por las ciencias médicas que tienen como finalidad embarazar a una mujer que no puede hacerlo por medios naturales.

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Lema (1999), menciona que la inseminación artificial es procedimiento reproductivo que consiste en la toma de semen para ser introducido en el vientre de una mujer, esto con el fin de que el espermatozoides sea unido al ovulo y se produzca la fecundación, este método es realizado por los médicos ginecólogos.

FECUNDACIÓN IN VITRO

Pérez (2014), considera lo siguiente:

“La fecundación in Vitro consiste esquemáticamente en la fecundación extracorpórea de los gametos masculino y femenino en un ambiente creado en el laboratorio que reproduce el de las trompas de Falopio. Posteriormente se realiza la transferencia del embrión al útero de la mujer. Si se logra que se produzca la implantación, lo que no siempre ocurre, y siempre y cuando no se produzca alguna complicación (aborto, embarazo extrauterino, etc.), se continuaría con una gestación normal “(p. 38).

La fecundación in vitro, es un procedimiento reproductivo en el que se busca unir el ovulo con el espermatozoide para unir las células y con ello crear una nueva vida.

DIGNIDAD HUMANA

Mir (2010), manifiesta que la maternidad subrogada va ligada a la dignidad humana, debido a que si se alquila un vientre este está siendo objeto de comercio e incluso el niño que va nacer estaría siendo considerado como un producto que se encuentra a la venta.

Por otro lado la Declaratoria Universal de los derechos humanos (1948), es muy clara y menciona que los seres humanos no podemos ser objetos de ningún tipo de transacción económica, por ende la maternidad subrogada violenta los derechos de los seres humanos.

RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED) es una institución científica y educacional, que reúne más del 90% de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica.

REDLARA se formó en 1995, con la participación de 50 centros y, actualmente, 184 centros están adscritos; posee el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA) , que anualmente cataloga todos los resultados de las técnicas de reproducción asistida reportados por estos centros.

Con el objetivo de promover especialización a la comunidad científica, la RED ofrece el Programa de Educación Continuada, el cual está compuesto por talleres anuales, y el Programa de Educación Continuada Online –PEC Online, que está compuesto por curso de actualización online.

La suma de estas actividades confiere a la RED el estado de una verdadera escuela de Biología y Medicina Reproductiva.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Lo expuesto por Fernández (2009) manifiesta que:

La Constitución de la República del Ecuador, es la norma suprema, fundamento y fuente de la autoridad jurídica, que respalda la existencia del Ecuador y de su gobierno. La supremacía de esta la convierte en el texto principal dentro de la política ecuatoriana y está por sobre cualquier otra norma jurídica. La constitución suministra el marco para la organización del Estado y para la relación entre el gobierno y la ciudadanía. (pág. 132)

La Constitución de la República del Ecuador (2008), fue aprobada por la Asamblea Constituyente instaurada en Montecristi, provincia de Manabí el 24 de junio, siendo publicada en el registro oficial el 20 de octubre de 2008. La Constitución contiene 444 artículos y se encuentra dividida en capítulos y secciones y considerada a nivel internacional como la más garantista de derechos tanto como para las personas así como para la naturaleza.

En esta se establece la división de los poderes del estado, determinado en los siguientes: Funciones Ejecutiva, Judicial, Electoral, de Transparencia y Control Social y Legislativa.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Ramírez (2006) manifiesta que:

Es un tratado internacional en el cual se reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas, definiéndoles como individuos menores de 18 años. La Convención establece en forma de ley internacional que los Estados Partes deben asegurar que todos los niños y niñas sin ningún tipo de discriminación se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos; crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa. (pág. 54)

La convención sobre los derechos del niño se la define como un instrumento internacional garantista de derechos y a su vez de obligatorio cumplimiento por parte de los estados miembros, en esta se consagrado todas clases de derechos humanos como son: culturales, políticos, sociales, civiles y económicos, en pro de la protección de los menores del mundo entero.

La Convención de los Derechos de los Niños se encuentra formada por 54 artículos y dos protocolos facultativos. En los cuales se establecen todos y cada uno de los derechos humanos los cuales un niño debe tener como son: el desarrollo, la protección frente a peligros, no ser víctimas de malos tratos o explotación de cualquier tipo o clase, participar de una manera activa y con derechos en la vida familiar, social y cultural, política, religiosa.

La normativa jurídica contemplada en la Convención sobre los Derechos del Niño

partió de una negociación que duro un periodo de 10 años por gobiernos, organizaciones no gubernamentales ONG, promotores de los derechos humanos, especialistas de la salud, abogados, educadores, asistentes sociales, expertos en el desarrollo del niño y dirigentes de todo mundo. Dando como resultado un documento aceptado y reconocido que tiene en cuenta y considera la importancia de los valores culturales necesarios e indispensables para la protección cuidado y desarrollo del niño. Acogido y ratificado por cientos de países del mundo.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia menciona sobre la protección que el estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños y adolescentes del Ecuador, esto con el fin de que ellos alcancen su desarrollo integral y puedan disfrutar plenamente de sus derechos.

Para el regular el efecto de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes se lo realizara conforme el principio del interés superior del niño y a la doctrina de la protección integral.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

ANTECEDENTES

Según lo mencionado por Zambrano (2009), determina que:

El Interés superior del niño es un principio fundamental y de aplicación obligatoria en todos los procesos de niñez, este principio se encuentra determinado en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos de los niños y niñas, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la define como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños, niñas y adolescentes mediante un adecuado desarrollo de su personalidad en un ambiente sano. (pp. 39).

El interés superior del niño tiene sus antecedentes en la declaración de Ginebra, en el año 1824, donde ya se estableció que el interés superior del menor que la humanidad debe reconocer y garantizar, para que en el año de 1948 la declaración de los derechos humanos mencione y reconozca sus derechos.

El preservar el interés superior de los niños, es la obligación primordial de todas las naciones a través de sus administraciones públicas mediante colaboración de las empresas privadas, tal como se lo ha establecido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que esta se genera en una obligación ineludible para proteger, garantizar, fomentar y desarrollar los principios rectores del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Es necesario entender que el principio de interés superior de los niños es el eje esencial en cada proceso donde interviene un niño, cabiendo mencionar que este principio es parte del sistema de protección de los derechos de la niñez y adolescencia, el cual garantiza el reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada el 26 de diciembre de 1924, hasta la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas acogida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de mil 1989.

FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Salvaguardar el interés superior del niño es una obligación primordial de los estados, como se lo ha establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por cuanto el cuidado y protección del niño es un deber de obligatorio cumplimiento para proteger y velar por su interés. Este fundamento tuvo sus orígenes en el sistema anglosajón, específicamente de la ley Child Welfare and Adoption Assistance de 1980, que sirvió de base fundamental en la Convención sobre los Derechos de los niños de 1989, donde esta hace énfasis en la protección integral de los derechos de los menores tanto en los ámbitos públicos como los privados.

El objetivo de la regulación es la de alcanzar el desarrollo integral y sostenible de la niñez, con pleno respeto y desarrollo de cada uno de sus Derechos Humanos, con base en la Convención Internacional sobre los Derechos de los niños y niñas de 1989, se establece en el artículo tercero: la garantía de aplicar en cada caso el interés superior de los niños y niñas para asegurar el goce y disfrute de sus derechos.

Con el fundamento expuesto se establece el pilar fundamental de los derechos, intereses y reglas del interés superior de los niños, mediante el cual en todo asunto, conflicto, proceso judicial o no, en el cual un menor sea inmiscuida se deberá observar el principio rector de sus derechos, teniendo en cuenta que este es un ente fundamental colmado de garantías y derechos, de obligatorio cumplimiento de total observancia y protección que los padres, la sociedad, el estado garantizara.

El garantizar el derecho de los niños, debe contener un criterio que se debe tutelar para resolver cualquier tipo de conflicto que más le sea favorable para el niño, en el ámbito internacional, es necesario destacar lo señalado en los Tratados Internacionales los han motivado el interés superior de los niños, como un principio rector.

Según el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), se indica que la maternidad y la infancia son sujetas a cuidados y asistencia especiales; indicando además que todos los niños y niñas nacidos en o fuera del matrimonio, tienen los mismos derechos, garantías y protecciones.

El artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), se instituye que todo niño o niña tiene derecho a medidas de protección cualquiera que sea su condición y que este requiera, ya sea por parte de su familia, la sociedad o el Estado.

De igual forma y de manera técnica, se lo ha tratado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establecido en su artículo 7 que manifiesta que todo niño o niña tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales, en concordancia a lo manifestado en el artículo 19 del mismo cuerpo legal, los derechos

de la niñez, manifiestan que todo niño o niña tiene derecho a las medidas de protección adecuadas según su condición.

ELEMENTOS FUNDAMENTALES PARA ALCANZAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención Internacional de los Derechos del Niño incitó un cambio radical en la manera de ver la perspectiva del niño. En primer lugar se lo reconoció como sujetos de plenos derechos, implantando cuatro artículos como principios fundamentales como el derecho de los niños a ser protegidos contra toda forma de discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la supervivencia y el desarrollo y por último el derecho a formarse un criterio propio, expresando libremente su opinión y ser tomados en cuenta.

Según lo destaca Miguel Cillero Bruñol (1999) “Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos” (p.8).

Para fraseando la manifestado por López (1998), manifiesta que el concepto de protección de los derechos de los menores se encuentra la búsqueda de la protección general del niño como entes del desarrollo de su personalidad en los términos de sus potencialidades.

LA IGUALDAD O NO DISCRIMINACIÓN

Es el elemento esencial sobre el cual se fundamenta la filosofía de los derechos humanos, siendo un pilar fundamental para la correcta y adecuada aplicación de derechos. Las políticas sociales se caracterizan por la aplicación de este principio el mismo que se encuentra dirigido a vencer condiciones y situaciones generalmente culturales, sociales o económicas, las mismas que fomentan la discriminación, la desigualdad, entre la población y especialmente sobre los menores.

La Prohibición de discriminación es el ente inicial para la construcción de políticas y programas de protección integral. La que se encuentra establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño:

El artículo 2 Convención sobre los Derechos del Niño (1989): "Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales".

Este principio de igualdad se establece como fundamento de las normas de carácter jurídico sociales, es decir que se encuentra orientado a la protección de los derechos establecidos en la Convención, dirigidos al desarrollo de políticas equitativas e igualitarias en el ámbito público y en desarrollo del privado, las mismas que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños.

En consecuencia no debe existir distinción para negar, conceder o reconocer derechos, basándose en la condición social, sexo, religión o edad.

LA EFECTIVIDAD Y PRIORIDAD ABSOLUTA

El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño recoge este principio en los siguientes términos: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención".

En lo referente a los derechos sociales, económicos, o culturales, los estados adoptarán las medidas necesarias con los recursos de que disponga y cuando sea necesario de la cooperación internacional, denominado como el principio de prioridad absoluta. La efectividad trae consigo las medidas o providencias no solo de carácter administrativo o legislativo sino todas aquellas que siendo de cualquier materia conduzcan al goce de los derechos humanos de los niños y niñas.

LA PARTICIPACIÓN SOLIDARIA O PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

El conjunto entre el Estado y la sociedad recalcan como un principio de participación democrático para la garantía de los derechos universales de los niños, que permiten construir la Protección Integral.

El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece: "Los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otra personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención"

El Principio de solidaridad, debe interpretarse en unión con el de efectividad y prioridad absoluta, por cuanto si bien éste establece las medidas de disfrute, goce, y garantía de los derechos de los niños, en un sentido más amplio el principio de solidaridad expresa el deber de los padres y de la comunidad en orientar el pleno ejercicio de los derechos del niño.

NIVELES DE RESPONSABILIDAD EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Al hablar de los niveles de responsabilidad sobre el interés superior de los niños, se destaca dos tipos; los cuales al momento de la aplicación del interés se menciona la primera, que es el ámbito privado, es aquella que tiene que ver con aquellas decisiones que toman los adultos, sobre los niños, la cual buscar su bienestar absoluto.

El interés superior del niño, es netamente una responsabilidad privada, tanto como una responsabilidad pública, puesto que para la incorporación y realización de normas jurídicas que garanticen el bienestar del menor, estas siempre deberán ser plasmadas tomando en consideración el interés superior del menor, es decir que

cualquier decisión tomada por el poder legislativo debe tener como finalidad que el niño, niña o adolescente, alcance un nivel óptimo de la protección de sus derechos. La realidad los dos ámbitos mencionados sobre el interés superior del niño, no se cumplen a cabalidad, en el Ecuador por cuanto se depende de muchas circunstancias para que estos derechos plenamente reconocidos puedan hacerse efectivos y cumplirse a cabalidad. En el ámbito privado, para los menores puedan gozar de una vida merecedora, influyen varios factores como la situación económica, familiar cultural y social. El ámbito público la falta de incorporación de leyes garantistas que busquen velar, regular y proteger el interés superior del niño demuestra un grave problema social, por cuanto el tema planteado, debería ser tratado por nuestros legisladores, e incluso penalizarlo de manera que realizar un estudio comparativo con otras legislaciones, verificar así el problema planteado y buscar bienestar del menor.

TÉCNICAS DE DETERMINACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

Una de las principales maneras para determinar el interés superior de los niños se la fundamenta básicamente en el *bonusfilli*, al cual es una doctrina con más de cien años de antigüedad la cual consistía en entregar la custodia de los menores a uno de los progenitores en caso de la separación, la cual favorecía exclusivamente a la madre, a quien se la consideraba como un ente de vital importancia para el cuidado de los niños en sus primeros años.

Mediante el desarrollo histórico y evolutivo de las normas jurídicas aparece el *favor filli*, el cual se caracteriza como un elemento esencial dentro del proceso legal, en el cual el juez decidirá si el menor vivirá con su padre, con su madre o a la vez con ambos, manteniendo de esta manera la custodia compartida.

Para la determinación del interés superior de los niños o el *bonusfilli*, se debe aplicar básicamente dos tipos de técnicas como son: la técnica de la cláusula general y por medio de una recopilación de información que es entregado al juzgador, la cual se aplicara como una guía en el momento de la toma de decisiones.

La técnica de la cláusula general nos hace referencia a la particularidad en que cada

caso de conflictos entre los progenitores en interés superior del menor será diferente y de esta manera los intereses de los menores no serían absolutos sino más bien relativos.

Para la adecuada aplicación de esta cláusula es necesario que aquellas personas quienes terminan el interés superior de los menores sean personas con amplio conocimiento, con formaciones especializadas y una adecuada trayectoria en la materia de aplicación. Es decir que la probidad de los administradores de justicia debe ser óptima y adecuada, manejando amplios conceptos jurídicos, basados con una idea de igualdad y equidad social.

La recopilación de información que es entregado al juzgador, esta debe ser aplicada en base a la casuística, la cual per mite el pronunciamiento del ámbito legal, siendo así un ente decisivo para determinar un concepto legal.

Para la aplicación adecuada del interés de los menores debe fundamentarse en el promover el completo desarrollo, precautelando mantener un espacio armónico lleno estabilidad emocional. En la solución ciertos casos donde se evidencia una problemática y difícil solución de conflictos, debería manejarse la casuística de una manera obligatoria para que las adversidades sean resueltas de una manera eficaz.

NIVELES DE RESPONSABILIDAD EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Existen dos tipos de responsabilidad al momento de la aplicación del interés superior del niño la primera es la privado, que es aquella que tiene que ver con las decisiones que los adultos toman, (papá, mamá, maestro o cualquier otra persona responsable), sobre los niños, niñas y adolescentes, debiendo buscar su bienestar absoluto. Esto quiere decir que el estado se ve involucrado como un último garante para que los adultos puedan hacer efectivo el interés superior, sobre los niños que se encuentran bajo su cuidado.

El interés superior del niño, además de ser una responsabilidad privado es una

responsabilidad pública, ya que para la realización de leyes o modificación de las mismas, siempre deberán ser realizadas tomando en cuenta el interés superior del menor, es decir que cualquier decisión tanto legislativa como administrativa debe buscar que el niño, niña u adolescente alcance un nivel de vida óptimo. Por ejemplo las políticas públicas o leyes respecto a salud, educación debe velar por el bienestar del menor, y sobretodo establecer medios para que sus derechos no sean violentados.

Sin embargo en la realidad los dos ámbitos del interés superior del niño tanto público como privado no se cumplen a cabalidad, dependen de muchas circunstancias para que estos puedan hacerse efectivos. En el ámbito privado, para que un niño pueda gozar de una vida digna influyen factores como la situación económica, cultural, social y familiar. Por otro lado en el ámbito público la falta de creación de leyes que busquen velar por el interés superior del niño es un grave problema, por ejemplo el tema de la custodia compartida, debería ser tratado por nuestros legisladores, e incluso realizar un estudio con legislaciones de otros países y verificar si esta ayuda o no al bienestar del menor.

Respecto a todo lo mencionado el comité de los derechos del niño, establece que es necesario mejorar las relaciones de índole conyugal, para que de esta manera el niño no resulte afectado y menos que él se vea inmerso en los contratiempos de sus padres. Esto se debe tomar en cuenta a nivel privado en casos como divorcios. Mientras que a nivel público se deberá crear leyes que vayan encaminadas al bienestar del menor. En definitiva, el interés superior del niño tanto en el ámbito público como privado debe buscar lo mejor para que este pueda tener una vida digna.

TÉCNICAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

Una de las maneras más trascendentales para determinar el interés superior de los niños, se la basa en la doctrina *bonusfilli*, la misma que tiene con más de cien años de antigüedad la cual consistía en priorizar el pleno derecho de los menores y garantizarlo a través de las mejores opciones, dejando de lado el interés de terceros y enfocándose plenamente en los derechos de los niños, dando como referencia la aplicación de medidas extremas a fin de garantizar el derecho.

Para la determinación del interés superior del niño adecuado, se debe aplicar fundamentalmente dos tipos de técnicas, la primera la técnica es de la cláusula general que por medio de una recopilación de información es entregada al administrador de justicia, la cual se apreciara como una guía en el momento de la toma de decisiones.

La técnica de la cláusula general hace énfasis a la particularidad en que cada caso de conflictos, el interés superior del menor será tratado de diferente manera y de esta forma los intereses de los menores no serían absolutos sino más bien relativos.

Para la correcta aplicación de esta cláusula, es necesario que quienes determinen el interés superior de los menores, sean profesionales con amplio conocimiento, formación especializada y una trayectoria en la materia. Por lo que, la probidad de quienes administran la justicia debe ser óptima, adecuada, con conocimientos amplios y jurídicos.

POSTURAS A NIVEL MUNDIAL

Los cambios sociales, políticos y culturales, que se han venido dando en los países, han dado como resultado que la sociedad tenga que haber redefinido a la familia en más de un sentido, hoy en día una familia puede estar conformada por padres del mismo sexo, hijos concebidos de manera natural, por vía de inseminación in vitro adoptados. Para el desarrollo de la presente investigación, nos concentraremos preferencialmente en lo que es la inseminación in vitro y los vientres de alquiler.

En países europeos como España o Francia la maternidad subrogada o los denominados vientres de alquiler son una práctica penadas por sus leyes, por cuanto los legisladores de esos países han considerado el interés de los niños y niñas que son concebidos por medio de estas técnicas se encuentra en completo estado de vulneración de derechos y al ser estos sujetos de plenas garantías nacionales e internacionales, las leyes tiene como finalidad su protección integral.

La ley española prohíbe la creación de embriones, mediante fertilización in vitro con fines de investigación. Pero cabe mencionar que aprueba la investigación en embriones in vitro vivos hasta 14 días de vida, únicamente con fines de diagnóstico, terapéuticos solo si se cumple con los siguientes requisitos:

1. Que los donantes sean los progenitores.
2. Que los donantes den su consentimiento de forma libre, expresa, consiente y por escrito.
3. Que los donantes sean previamente informados de las consecuencias y de los objetivos para lo que pueda servir su donación.
4. Que la donación y utilización nunca tengan carácter lucrativo o comercial.
5. Que los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viable o estén muertos.

En Estados Unidos, en algunos estados prohíben esta práctica, como es el caso de Minnesota, donde se ha prohibido expresamente la investigación con embriones, con excepciones de aquellas que se encuentran encaminadas a proteger la vida o salud de los mismos.

En Francia, Alemania, Tailandia, México, Italia, España, Portugal, Bulgaria se encuentra totalmente prohibida la maternidad subrogada, por cuanto consideran que explotación de Mujeres con finalidades Reproductivas, genera una industria de trata de personas millonaria, dedicada a la renta de mujeres dispuestas a llevar dentro de sí un ser humano, al cual no se puede garantizar los más simples y básicos derechos reconocidos internacionalmente.

En España la situación legal a nivel nacional de esta compleja figura jurídica y médica a dado como resultado la incorporación de la Resolución, emitida de fecha 18 de febrero del año 2009 con referente a la prohibición legal en España de la práctica

sea cual sea su motivación basándose plenamente en garantía a los derechos humanos que entran en juego, sobre esta temática.

En la actualidad, no existe ningún instrumento internacional relativo a la maternidad subrogada, de tal manera que los legisladores de cada país, convidarán una regulación acorde a su ordenamiento jurídico necesidades y situaciones, para lo cual las naciones deberán y estas son:

La relativa a su prohibición, la concerniente a su regulación para concretas situaciones y finalmente, la que se inclina por darle validez y carácter vinculante a los contratos de gestación.

En Francia, la maternidad subrogada está prohibida, contemplada por el precepto 16-7 Código Civil ya que dispone que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”.

De la misma manera, el Comité Consultatif d’Ethique de Francia se ha manifestado por diversas ocasiones entorno a este tema, entre ellas se encuentra la Opinión núm. 3, de 23 de octubre de 1984, se mostró de manera objetiva que esta técnica de reproducción sirve a intereses comerciales y fines lucrativos, conllevando así a la explotación material y psicológica de las mujeres y neonatos.

Esta postura de negativa se observa en la Opinión número 90 de fecha 24 de noviembre del 2005, donde se declara que los vientres de alquiler son todos contrarios a la dignidad humana ocasionando graves secuelas de carácter emocional a los nacidos.

En Italia no existe duda que este país también prohíbe la gestación por maternidad subrogada, el artículo 34.1 de la Proposición Ministerial de fecha 22 de noviembre de 1985, se establece que queda prohibido todo tipo de pacto, trato, acuerdo en el cual se insemine a una mujer manipulando su propio óvulo, con fin subrogante y consecutivamente entregar al hijo nacido a otra pareja ya sea aunque el fin sea completamente altruista.

De la misma manera en el segundo párrafo imposibilita la posibilidad de ejercer la modalidad de aportación del material genético por parte de quien contratante a la madre sustituta. Otro aspecto referencial, que conseguimos para evaluar la legislación italiana, es el artículo 4.3 de la Ley número 40, de fecha 19 de febrero de 2004, que prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo.

HIPÓTESIS

HIPÓTESIS ALTERNATIVA

La maternidad subrogada incide en el interés superior del niño.

HIPÓTESIS NULA

La maternidad subrogada no incide en el interés superior del niño.

SEÑALAMIENTO DE VARIABLES

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** La maternidad subrogada

- **VARIABLE DEPENDIENTE:** Interés Superior del Niño

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

La metodología que utilizare será la cualitativo – cuantitativo en virtud de que se analizarán las características cualitativas de la problemática de esta investigación la misma que reflejara las condiciones reales en las que se desenvuelve la población, además estas se reflejara en los resultados estadísticos.

El paradigma cualitativo que privilegia las técnicas analíticas, buscando la comprensión de los fenómenos sociales con una observación naturalista y participativa y un enfoque contextualizado etnográfico y humanista.

MODALIDAD BÁSICA DE LA INVESTIGACIÓN

Para la presente investigación se utilizarán las siguientes modalidades de investigación: Bibliográfica Documental, y de Campo.

BIBLIOGRÁFICA DOCUMENTAL

Para efectuar la presente investigación se ha tomado como referencias cuerpos legales que citamos a continuación: Constitución de Ecuador del 2008, Código Integral Penal, libros, revistas, ensayos, así como varios sitios web los mismos que me han ayudado a complementar nuestro trabajo.

DE CAMPO

Para proceder a la recolección de información de la investigación se acudió de forma directa a la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia en la Ciudad de Ambato y al Complejo Judicial de Ambato

NIVEL O TIPO DE LA INVESTIGACIÓN

INVESTIGACIÓN EXPLORATORIA

Debido a que por medio de estas investigaciones se pretende dar una visión general, de tipo aproximativo, respecto a una determinada realidad.

Este tipo de investigación se realiza especialmente cuando el tema elegido ha sido poco explorado y reconocido, su finalidad es ayudar al planteamiento del problema de investigación, formular hipótesis de trabajo y seleccionar la metodología a utilizar en una investigación.

Los estudios exploratorios nos sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa sobre un contexto particular de la vida real, investigar problemas del comportamiento humano.

INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA

Porque el proceso de la descripción no es exclusivamente la obtención y la acumulación de datos y su tabulación correspondiente, sino que se relaciona con condiciones y conexiones existentes, prácticas que tienen validez, opiniones de las personas, puntos de vista, actitudes que se mantienen y procesos en marcha.

Los estudios descriptivos se centran en medir los explicativos en descubrir. El investigador debe definir que va a medir y a quienes va a involucrar en esta medición lo que nos permitirá un mejor desarrollo de la presente investigación.

ASOCIACIÓN DE VARIABLES

Para poder observar las causas y los efectos de la maternidad subrogada y el interés superior de los niños, es que se pretende asociar como una variable incide en la otra, y cuál sería la mejor alternativa para solucionar el problema que se ha planteado.

POBLACIÓN Y MUESTRA

POBLACIÓN

Según Tamayo (1997), la población es "Un conjunto de individuos de la misma clase, limitada por el estudio (pág. 38).

Por lo expuesto es importante recalcar que la población radica en el análisis en conjunto de todos los elementos que estamos estudiando, acerca de los cuales intentamos sacar conclusiones.

En el presente trabajo investigativo se trabajó con la siguiente población:

Unidades de Observación	Población
Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, Provincia de Tungurahua.	12
Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Ambato	2209
Total	2221

Cuadro No. 1 Población

Fuente: INEC

Elaboración: La Investigadora

MUESTRA

Según Rubín (1996) la muestra es "Una muestra es una colección de algunos elementos de la población, pero no de todos". (Pág. 28).

A la población de jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia, no se aplicará la muestra, por tratarse de un grupo menor a 100, mientras que los abogados en el libre ejercicio profesional sí, debido a que supera el número de 100. A continuación se desarrollará la fórmula:

DATOS:

$$n = \frac{Z^2 P Q N}{Z^2 P Q + N e^2}$$

N= tamaño de la muestra

Z= nivel de confiabilidad 95% => 0.95/2 = 0.4750 => z = 1.96

P= probabilidad de ocurrencia 0.5

Q= probabilidad de no ocurrencia 0.5

N= población 1801

E= error de muestreo 0.05 (5%)

$$n = \frac{(1.96)^2(0.5)(0.5)(2209)}{(1.96)^2(0.5)(0.5) + (2209)(0.05)^2}$$

n = 327

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN	MUESTRA	TÉCNICA	INSTRUMENTO
Jueces	12	12	Encuesta	Cuestionario
Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Ambato	2209	327	Encuesta	Cuestionario
TOTAL	2221	339		

Cuadro No. 2 Muestra

Fuentes: Investigadora

Elaboración: La Investigadora

TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

La presente investigación tiene por objeto fortalecer las técnicas y métodos requeridos por los objetivos e hipótesis presentados junto con el punto de vista alcanzado por el investigador.

Para la construcción de la información se opera en dos fases:

Según Herrera (2008): “El plan de recolección de información contempla estrategias metodológicas requeridas por los objetivos e hipótesis de investigación, de acuerdo con el enfoque escogido” (pp.4).

ENCUESTA

Según Herrera (2008): “La encuesta es una técnica de recolección de información, por la cual los informantes responden por escrito a preguntas entregadas por escrito” (pp. 6).

La encuesta se puede aplicar a un grupo grande de personas o a la vez a uno minoritario, depende del número de población requerido para la investigación, los cuales la contestarán por escrito.

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE: LA MATERNIDAD SUBROGADA

Concepto	Dimensiones	Indicadores	Ítems	Técnica Instrumental
<p>La maternidad subrogada es cuando. Una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que le pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos madre gestacional y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso.</p>	Técnica de reproducción asistida	Derechos de la salud	¿Conoce usted que es la maternidad subrogada?	Encuesta a la población
	Alquiler de vientre	Dignidad Humana	¿Considera usted que la maternidad subrogada debería ser tipificada en el Ecuador como un delito?	
	Gestación de un niño	Derechos reproductivos	¿Considera usted que la maternidad subrogada, garantiza los derechos de los intervinientes en este tipo de procesos?	
			¿Considera usted que la práctica de la maternidad subrogada en el Ecuador se la realiza con fines lucrativos?	
			¿Considera que la maternidad subrogada vulnera los derechos humanos?	
			¿Cree usted que la maternidad subrogada, se realiza en el Ecuador con fines solidarios?	

Cuadro No. 3 Operacionalización de la Variable Independiente

Fuentes: Capítulo II

Elaboración: La Investigadora

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE DEPENDIENTE: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Conceptualización	Dimensiones	Indicadores	Ítems básicos	Técnicas e instrumentos
<p>Es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.</p>	<p>Desarrollo Integral</p> <p>Vida digna</p> <p>Bienestar del niño</p>	<p>Código de la Niñez y Adolescencia</p> <p>Declaración Universal de los Derechos Humanos</p> <p>Constitución de la República del Ecuador</p>	<p>¿Considera que existe seguridad jurídica para la aplicación maternidad subrogada?</p> <p>¿Considera que existe seguridad jurídica para la aplicación maternidad subrogada?</p> <p>¿Considera que la maternidad subrogada garantiza los derechos establecidos</p> <p>Constitución de la República del Ecuador?</p> <p>¿Considera usted que la maternidad subrogada afecta el interés superior del niño?</p>	<p>Encuesta Cuestionario a la población</p>

Cuadro No. 4 Operacionalización de la Variable Independiente

Fuentes: Capítulo II

Elaboración: La Investigadora

PLAN DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Para una mejor recolección de la información se la realizará de la siguiente manera:

Preguntas básicas	Explicación
1.- ¿Para qué?	Cumplir con los objetivos de la investigación
2.- ¿A qué personas o sujetos?	Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Ambato y Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Ambato
3.- ¿Sobre qué aspecto?	Indicadores
4.- ¿Quién?	La investigadora
5.- ¿Cuándo?	En el Año 2017
6.- ¿Dónde?	Ciudad de Ambato
7.- ¿Cuántas veces?	Las que se considere necesario
8.- ¿Qué técnicas de recolección utiliza?	Encuesta
9.- ¿Con qué instrumentos?	Cuestionario
10.- ¿En qué situación?	En el ámbito jurídico-social

Cuadro No. 5 Recolección Información

Fuente: Investigadora

Elaboración: La Investigadora

PLAN DE PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

Para lograr el cumplimiento de cada uno de los objetivos planteados en la presente investigación, nos concentramos en la recolección de suficiente información se aplicarán, los instrumentos correspondientes la guía de cuestionario respectivamente, para esto se les dará previamente la respectiva explicación a los Jueces de la Unidad de Familia y abogados en libre ejercicio del cantón Ambato.

PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS REVISIÓN CRÍTICA

Una vez que se hayan realizado la encuesta se procederá a realizar la respectiva tabulación y consecuentemente el análisis e interpretación de datos lo que nos llevará a comprobar la hipótesis, y llegar a las conclusiones correspondientes del presente trabajo de investigación.

CLASIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN

La información obtenida se clasificó conforme las dos variables planteadas, estas son: La maternidad Subrogada y el interés superior del niño.

TABULACIÓN DE LA INFORMACIÓN

La tabulación permite organizar los datos obtenidos, para una visión clara acerca de cómo se ha venido dando y los cambios que ha tenido el problema que es objeto de la investigación, además de su concordancia con las variables planteadas.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Resulta menester para proceder con el desarrollo de esa investigación, justificar la información que ha sido recolectada hasta el momento en cuanto al tema **“LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”** por cuanto toda esta información corroborará a la comprobación de las hipótesis que se ha planteado validar el modelo teórico propuesto en el capítulo anterior.

ESTRUCTURA DE LA ENCUESTA

Tomando en consideración el objeto de la presente investigación, se procedió con el desarrollo de la encuesta, la misma que ha sido dirigida a los Abogados en libre ejercicio del cantón Ambato, por cuanto son estas las personas idóneas para contestar todas nuestras dudas respecto al tema en estudio. De la misma manera se procedió a realizar la misma encuesta a los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato, provincia de Tungurahua.

TABULACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Con dichas respuestas dadas por parte de las mujeres que tienen problemas de infertilidad y esterilidad de la ciudad de Ambato, Provincia de Tungurahua, obtuvimos los datos que señalamos a continuación:

ENCUESTA

1. ¿Conoce usted que es la maternidad subrogada?

Cuadro No. 6 Pregunta N° 1

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	315	93%
No	24	7%
Total	339	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

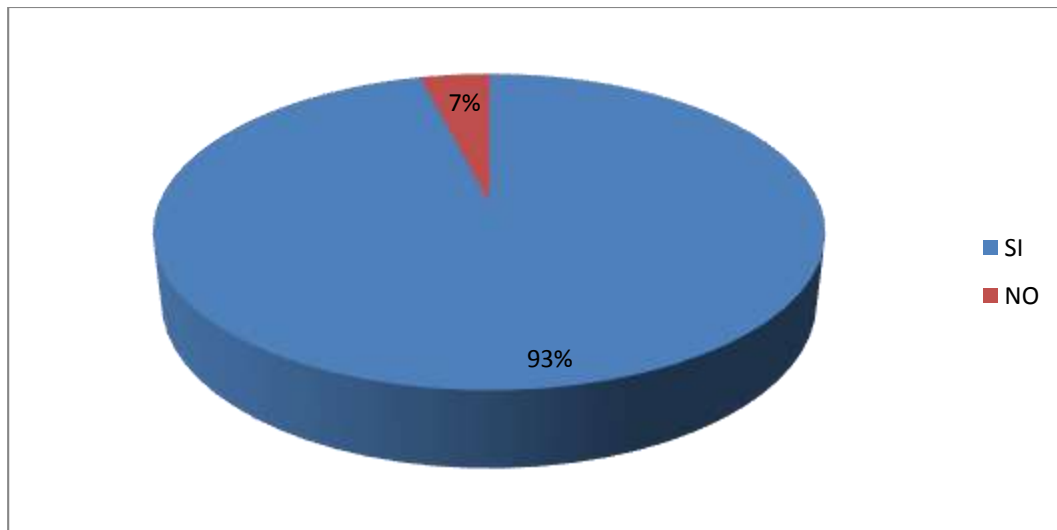


Gráfico No. 5 Pregunta N° 1

Fuente: Encuestas

Elaborado por: La Investigadora

ANÁLISIS

Respecto a la pregunta número uno el 93% de los encuestados, es decir 315 personas conocen sobre la maternidad subrogada y su definición, mientras que por otro lado un escaso 7% es decir 24 no poseen mucha información sobre el tema en cuestión.

INTERPRETACIÓN

La mayoría de la población ha respondido que no conoce una norma que regule en nuestro país la maternidad subrogada, lo cual es cierto, hasta el momento en nuestro país pese a que ya se han dado muchos casos de maternidad subrogada en ninguna norma se hace mención sobre la misma.

2. ¿Considera usted que la maternidad subrogada debería ser tipificada en el Ecuador como un delito?

Cuadro No. 7 Pregunta N° 2

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	318	92%
No	21	8%
Total	339	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

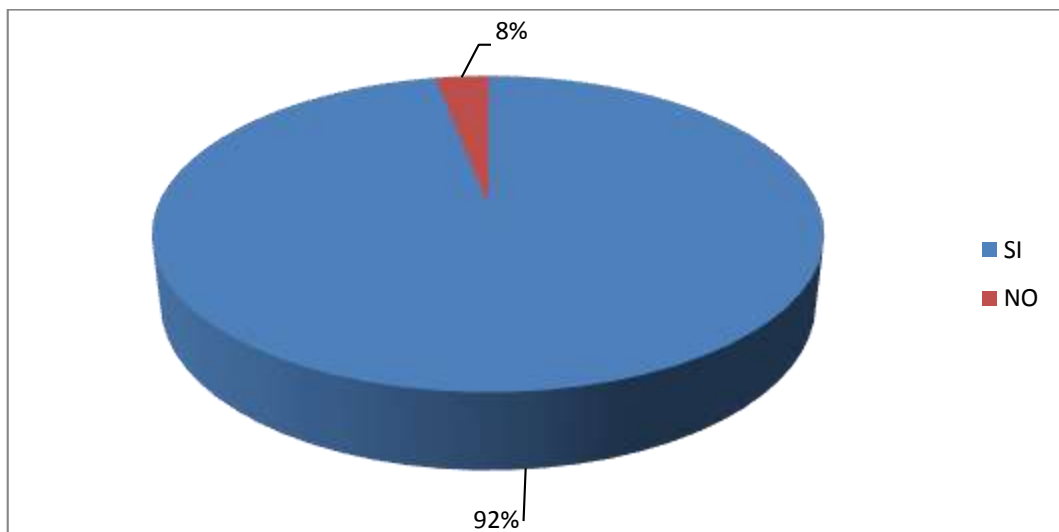


Gráfico No. 6 Pregunta N° 2

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

ANÁLISIS

Respecto a la segunda pregunta el 92% de los encuestados, es decir 318 personas consideran que la maternidad subrogada si debería estar tipificada en el Ecuador como un delito, por otro lado un 8% es decir 21 encuestados sostienen que ya se encuentra regulada.

INTERPRETACIÓN

Es notorio que un número superior de los encuestados, han considerado la maternidad subrogada en el Ecuador, debe ser completamente tipificado mediante la incorporación de estos preceptos legales, los cuales se constituyan en leyes para una completa y adecuada protección de derechos.

3. ¿Considera usted que la maternidad subrogada, garantiza los derechos de los intervinientes en este tipo de procesos?

Cuadro No. 8 Pregunta N° 3

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	91	27%
No	248	73%
Total	339	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

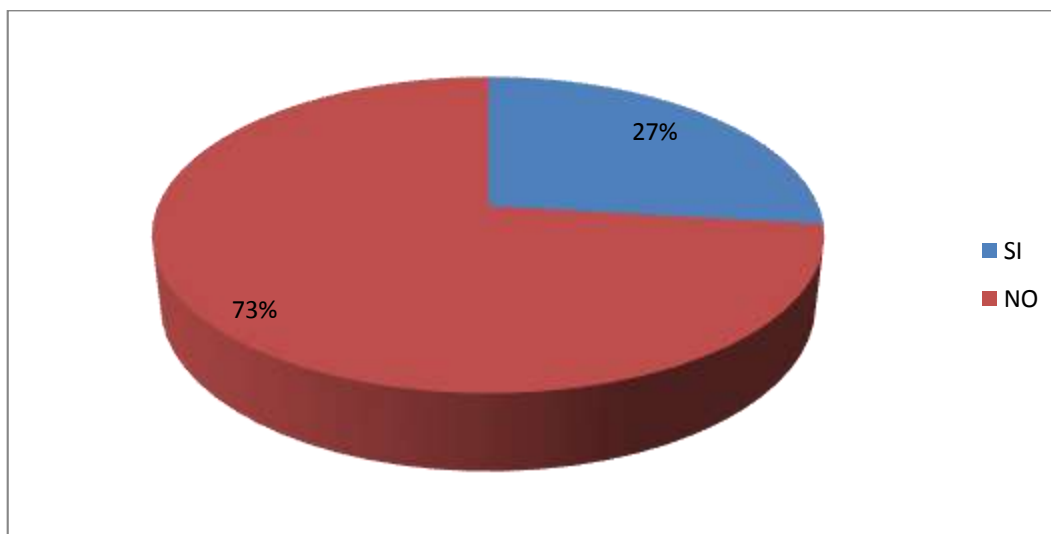


Gráfico No. 7 Pregunta N° 3

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

ANÁLISIS

El 27% de las encuestadas es decir 91 personas de la población encuestada considera que la maternidad subrogada si garantiza el derecho de quienes intervienen en el proceso, mientras que por otro lado en un número menor el 73% es decir 248 personas consideran que la maternidad subrogada no garantiza el derecho de quienes se someten a este tipo de prácticas médicas.

INTERPRETACIÓN

La mayor parte de los encuestados considera que la intervención de este tipo de prácticas médicas, no garantiza, protege ni regula el derecho de las personas quienes intervienen y mucho menos de los niños, quienes son considerados como un objeto de comercio, quien luego del nacimiento es entregado bajo los términos o condiciones acordados previamente.

4. ¿Considera usted que la práctica de la maternidad subrogada en el Ecuador se la realiza con fines lucrativos?

Cuadro No. 9 Pregunta N° 5

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	312	92%
No	27	8%
Total	339	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

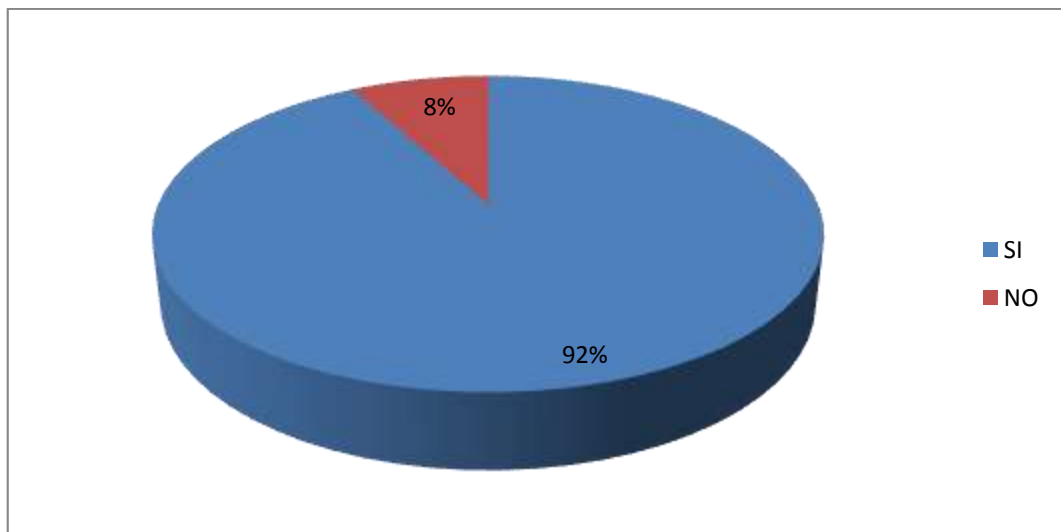


Gráfico No. 8 Pregunta N° 5

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

ANÁLISIS

Respecto a la pregunta número cinco el 92% de los encuestados, es decir 312 personas supieron manifestar que la práctica de la maternidad subrogada se realiza con fines lucrativos, mientras que un 8% es decir 27 manifestaron que en el Ecuador existen casos en los que esta práctica se realiza con fines altruistas.

INTERPRETACIÓN

La mayor parte de los encuestados afirman que este tipo de prácticas médicas se los realiza únicamente con fines lucrativos, donde la madre subrogante se compromete a llevar en su vientre a una criatura y después del nacimiento de él mismo será entregado de manera directa a quien contrata sus servicios.

5. ¿Considera que la maternidad subrogada vulnera los derechos humanos?

Cuadro No. 10 Pregunta N° 6

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	64	19%
No	275	81%
Total	339	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

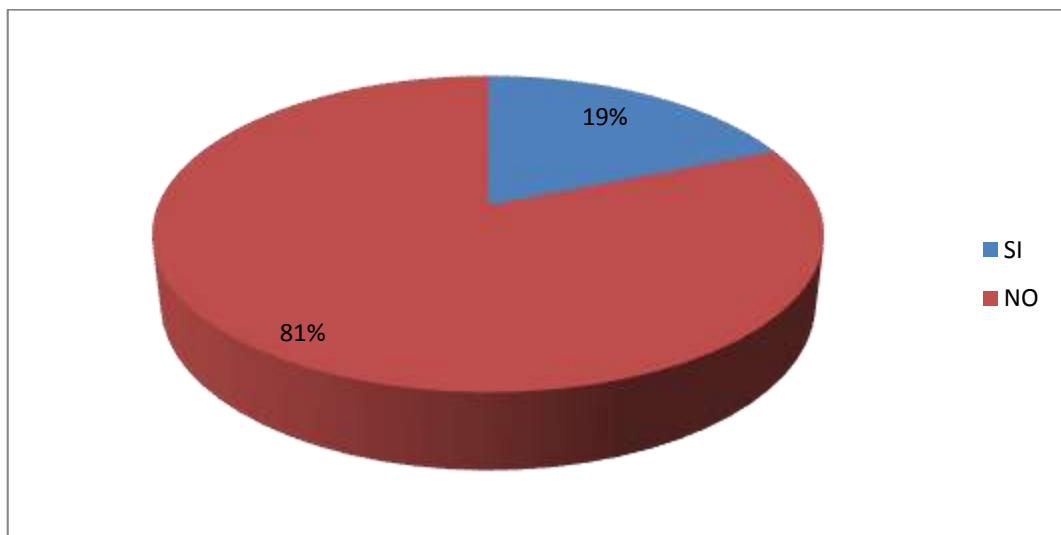


Gráfico No. 9 Pregunta N° 6

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

ANÁLISIS

Respecto a la pregunta número seis el 19% de las encuestadas, es decir 61 personas piensan que, consideran que la aplicación de la maternidad subrogada no vulnera ningún derecho humano por cuanto su aplicación es completamente aceptable, mientras que un 81% es decir 275 personas no están de acuerdo, por cuanto consideran que su utilización va en contra de los derechos establecidos y reconocidos mundialmente.

INTERPRETACIÓN

La mayoría de las personas encuestadas mencionan que la práctica de la maternidad subrogada va en contra de los derechos humanos, buenas costumbres e inclusive se configura en una norma atípica que conlleva a los intervinientes al cometimiento de un delito por cuanto esta figura de uno u otra forma se encuentra encaminado a la trata de personas.

6. ¿Cree usted que la maternidad subrogada, se realiza en el Ecuador con fines solidarios?

Cuadro No. 11 Pregunta N° 7

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	64	18%
No	275	82%
Total	339	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

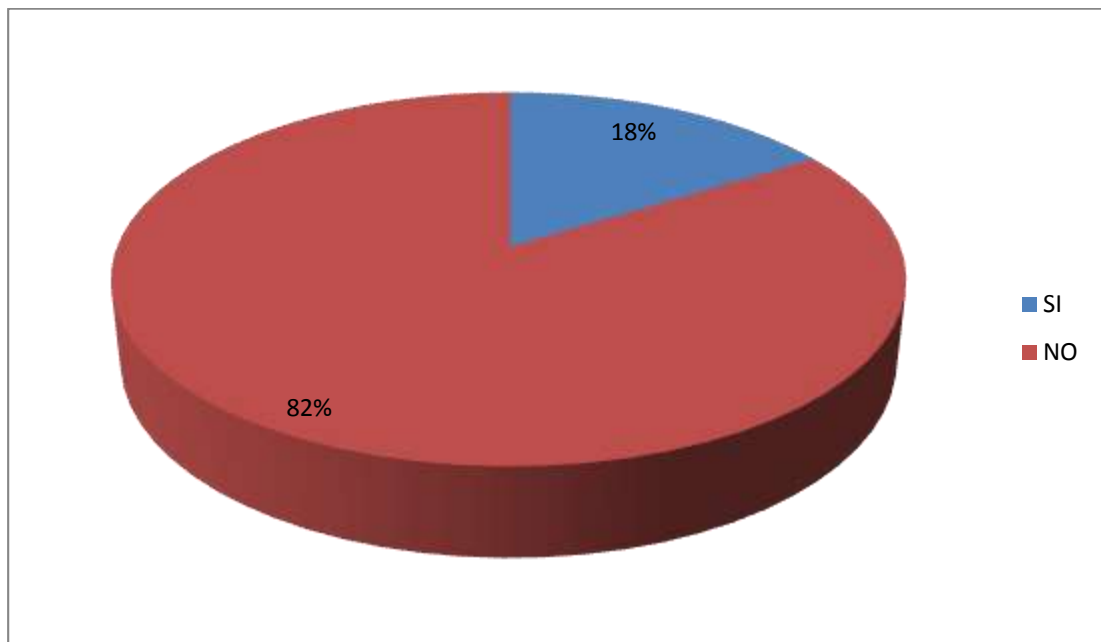


Gráfico No. 10 Pregunta N° 7

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

ANÁLISIS

Respecto a la pregunta número siete el 18% de los encuestados, es decir 64 personas piensan que en el Ecuador la maternidad subrogada, también se la realiza con fines completamente desinteresados, mientras que un 82% es decir 275 personas consideran que son muy pocos los casos en que el verdadero sentido de ayuda es aplicada realmente,.

INTERPRETACIÓN

La mayoría de las personas respondieron que en el Ecuador este tipo de prácticas médicas, no se las realiza con un fin netamente desinteresado y altruista, sino todo por el contrario la fuerza que motiva a la realización es el factor económico, el cual en algunos casos puede llegar a ser muy bien remunerado, convirtiéndolo en un medio de subsistencia alternativa.

7. ¿Considera que existe seguridad jurídica para la aplicación maternidad subrogada?

Cuadro No. 12 Pregunta N° 8

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	26	8%
No	313	92%
Total	339	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

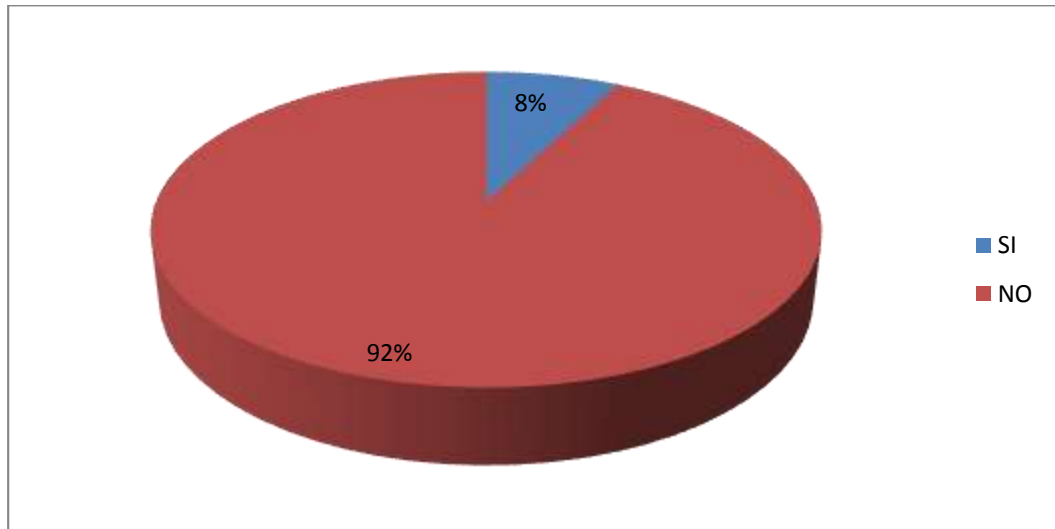


Gráfico No. 11 Pregunta N° 8

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

ANÁLISIS

Respecto a la pregunta número ocho el 8% de las encuestadas es decir 26 personas, consideran que si existe seguridad jurídica para la aplicación de la maternidad subrogada, mientras que un 92% es decir 313 encuestados consideran que en la legislación ecuatoriana no se encuentra regulado una seguridad jurídica en aplicación de la maternidad subrogada.

INTERPRETACIÓN

En nuestro país no existe una normativa jurídica la cual regule de una manera adecuada la maternidad subrogada dejando en estado de indefensión a las parte quienes intervienen en este procesos médico, por ser un tema que se ha convertido en un tabú que en lo que realmente debería ser, un tema de importante estudio, el cual debe no solo ampliarse sino responder a las necesidades de la sociedad y de quienes se involucran.

9. ¿Considera que la maternidad subrogada garantiza los derechos establecidos Constitución de la República del Ecuador?

Cuadro No. 13 Pregunta N° 9

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	69	21%
No	270	79%
Total	339	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

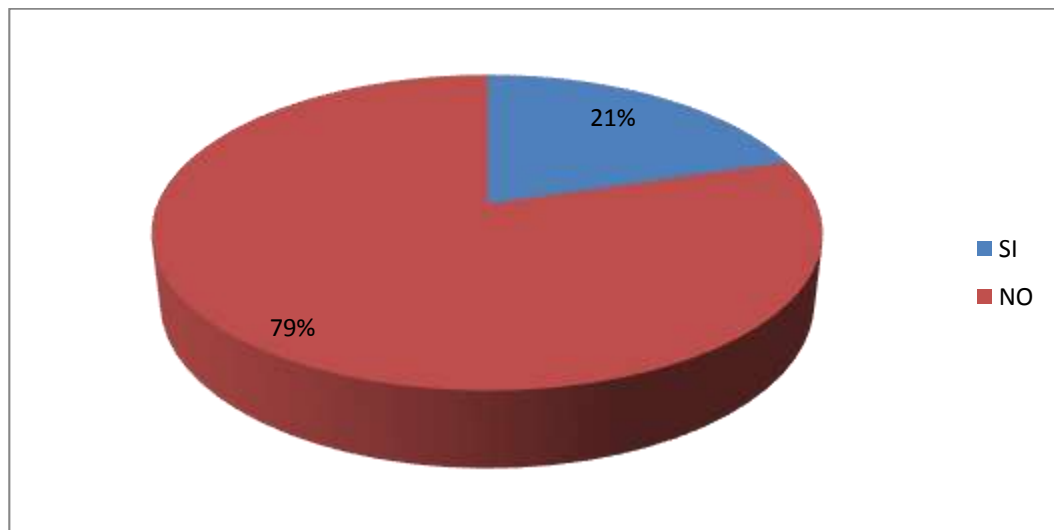


Gráfico No. 12 Pregunta N° 9

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

ANÁLISIS

Respecto a la pregunta número nueve el 21% de las encuestadas es decir 69 personas, piensan que la aplicación de alternativas reproductivas garantizan los derechos de las personas contemplados en la Constitución de la República del Ecuador, mientras que un 79% es decir 270 personas no están de acuerdo y consideran que este tipo de prácticas van en contra de todo tipo de garantías y derechos.

INTERPRETACIÓN

De acuerdo a los datos obtenidos la mayoría de las personas considera la maternidad subrogada vulnera todo tipos de derecho, ya sea aquellos que se encuentran reconocidos constitucionalmente como aquellos ratificados internacionalmente, por cuanto y a pesar de varias teorías Sui géneris, se comercializa con la vida humana.

10. ¿Considera usted que la maternidad subrogada afecta el interés superior del niño?

Cuadro No. 14 Pregunta N° 10

Opciones	Frecuencia	Porcentaje
Si	65	19%
No	274	81%
Total	339	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

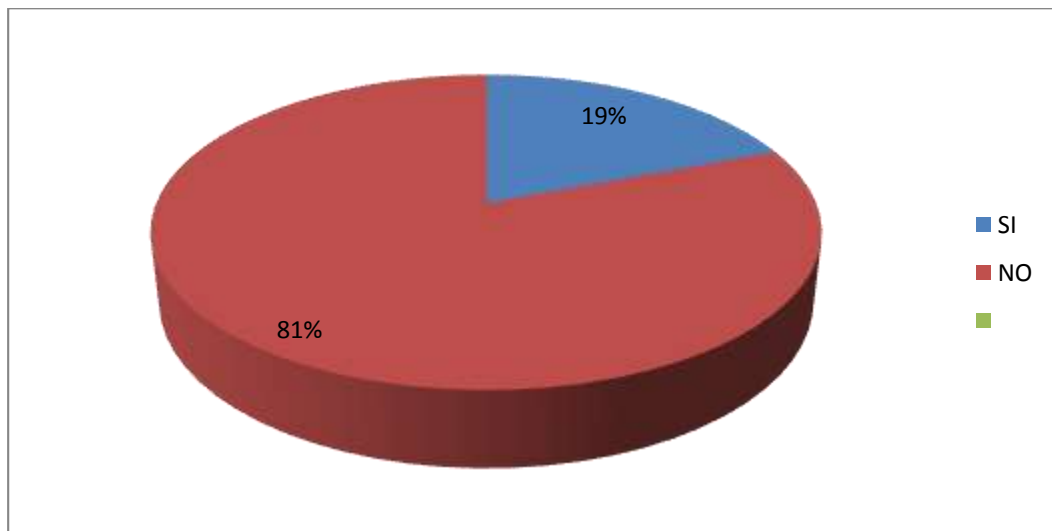


Gráfico No. 13 Pregunta N° 10

Fuente: Encuesta

Elaborado por: La Investigadora

ANÁLISIS

Respecto a la pregunta número diez el 19% de las encuestadas es decir 65 de los profesionales del derecho, manifiestan que la maternidad subrogada no afecta directamente el interés superior de los niños, mientras que un 81% de los encuestados es decir 274 personas manifestaron que la maternidad subrogada afecta de gran forma en interés superior de los niños.

INTERPRETACIÓN

La mayoría de las personas coincidieron que la maternidad subrogada afecta de manera irreparable el interés superior de los niños, por cuanto la aprobación legal de este tipo de prácticas, influirá en el estado de derecho por cuanto si se llegase a aprobar en la normativa legal dejaría abierta la posibilidad a que varias personas utilicen este medio permitido por la ley para comercializar con la vida humana.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En virtud de que el presente problema es social, considerando que muchos investigadores en ciencias sociales prefieren asegurar la validez cualitativa; para la comprobación de la hipótesis se ha tomado como referencia lo expuesto por Sáenz (2012), quien afirma “La hipótesis de la investigación puede ser probada desde diversos enfoques, siendo el enfoque cualitativo el más cercano en la comprensión del objeto de estudio por que busca aproximaciones a la realidad de forma creativa y flexible” .(p.88)

De la misma manera, Coolican (2005), menciona que: “Es el empleo de datos cualitativos para comprobar hipótesis; en este método, la teoría orienta aún el análisis, pero se utilizan como sustento ejemplos de significado y no datos cuantitativos.” (p.94).

Las preguntas que se han tomado como referencia para verificar la hipótesis se han resumido mediante el siguiente cuadro:

Cuadro No. 15 Verificación de hipótesis

Pregunta N°2	Total	Porcentaje
Si	318	92%
No	21	8%
TOTAL	339	100%
Pregunta N°6	Total	Porcentaje
Si	64	19%
No	275	81 %
TOTAL	339	100%
Pregunta N°8	Total	Porcentaje
Si	26	8%
No	313	92%
TOTAL	339	100%
Pregunta N°9	Total	Porcentaje
Si	69	21%
No	270	79%
TOTAL	339	100%
Pregunta N°10	Total	Porcentaje
Si	65	19%
No	274	81%
TOTAL	339	100%

Fuente: Encuestas

Elaborado por: La Investigadora

A través de los resultados obtenidos en las encuestas aplicadas, la mayor parte de la población concuerda en que la maternidad subrogada no debería aplicarse en el Ecuador, siendo necesario que el derecho ecuatoriano regule de manera urgente este vacío legal que existe, en el sistema jurídico y lograr así que se garantice el interés superior de los niños, para que de esta manera se deje de vulnerar los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Ecuador.

Como se ha manifestado por parte de las personas encuestadas y en especial por parte de los Administradores de justicia, es necesario su regulación y tipificación para evitar que se siga utilizando estos medios alternativos para el cese de vulneración de derechos.

Mediante la derivación de los resultados de las encuestas se puede constatar que la mayoría de la población concuerda que la maternidad subrogada si vulnera de manera incalculable los derechos de los niños y niñas, al convertirlos en un objeto de comercio y privándolos de los principios más fundamentales de los derechos humanos. Si bien es cierto existen leyes que tratan de regular el cuidado y protección de los menores, pero no hay duda que los vacíos legales y falta de normativas punitivas permite que el interés superior del niño no sea plenamente garantizado.

Para que la tipificación de la maternidad subrogada sea regulada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es necesario que la doctrina internacional, jurisprudencia, tratados y convenios sean estudiados y plenamente debatidos en nuestro país, las investigaciones realizadas por expertos en los ámbitos necesarios, entre otros profesionales han determinado que este tipo de alternativas medicas han causado un daño irreparable en la vida de las personas que se someten a este tipo de técnicas reproductivas.

Finalmente se puede decir que la maternidad subrogada ha sido un fenómeno, el cual por la falta de normativas jurídicas regulen su aplicación se ha sido un método de explotación humana, afectando, vulnerando, denigrando los principios más básicos y fundamentales que posee el ser humano en pro de sus derechos,

Luego de análisis realizado, se rechaza la Hipótesis Nula (H_0) y se acepta la Hipótesis Alterna (H_1), con lo que se comprueba la hipótesis alterna de la investigación que dice: La maternidad subrogada incide en el interés superior de los niños.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

De la investigación teórica, documental e investigativa realizada sobre la maternidad subrogada se llegó a la conclusión que está es un procedimiento medico en el cual una mujer previo acuerdo con las partes (padres biológicos), presta su vientre para quedar embarazada y al concluir el embarazo entrega al niño a los padres que guardan un vínculo genético con el menor. Este tipo de maternidad es un procedimiento medico muy frecuente que optan parejas las cuales no pueden quedar embarazadas, siendo la maternidad subrogada usada a nivel mundial teniendo tres formas en las que algunas naciones la permiten o prohíben. En algunos países es un procedimiento permitido, en otros está prohibido que la mujer alquile su vientre mientras que en algunos existe restricciones o cláusulas que deben cumplir las parejas que vayan alquilar el vientre así como la mujer que lo alquila, uno de esos requisitos es que la madres subrogante sea familiar y esta práctica médica se lo hago con fines altruistas.

La regulación de la maternidad subrogada estaría dando hincapié a que aparezcan varios problemas legales entre los padres biológicos y la madre subrogante, afectando gravemente la integridad de los menores.

Al permitir que la maternidad subrogada sea legal en el Ecuador se presentarían varias vulneraciones de derechos de los niños y de la madre que alquila su vientre, el primero porque es tratado como un objeto comercial y la segunda porque genera problemas de explotación reproductiva.

RECOMENDACIONES

Es indispensable que se realice una reforma al Código Orgánico Integral Penal, con el fin de que se regula la práctica ilegal e irregular de la Maternidad Subrogada, y se evite la especulación y explotación de la mujer.

Es necesario que se realicen reformas a las leyes que no van a la par con las realidades de los ciudadanos para evitar que surjan nuevos tipos penales como la explotación de la mujer en el caso de la maternidad subrogada y la vulneración de los derechos de los niños.

Es necesario una regulación para las madres que presten sus vientres para la maternidad subrogada así como para las terceras personas que prohíba esta práctica e ilegal y de explotación hacia la mujer y los menores.

CAPÍTULO VI

LA PROPUESTA

DATOS INFORMATIVOS

Título: La maternidad subrogada y el interés superior del niño

Equipo Técnico Responsable: Investigadora- Carolina Estefanía Avalos Medina

Institución Ejecutora: Universidad Técnica de Ambato y Asamblea Nacional.

Tiempo de Ejecución: Seis Meses

Beneficiarios: Los niños y mujeres que alquilan su vientre

Ubicación: Ambato

Financiamiento: El financiamiento de esta investigación lo asume el Estado, con un costo total de USD \$ 3,000.00 (TRES MIL CON 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA

Mediante la investigación realizada advierte que esta práctica es una "nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas que convierte a los niños en productos comerciales", y donde las empresas que realizan estos "contratos" solo buscan "lucrarse a costa del sufrimiento de los padres infértiles y de la vulnerabilidad de mujeres en situación desfavorecida".

En nuestro país, en el año 2000 se presentó un proyecto del Código de Familia, donde incluía temas como el regular la maternidad subrogada. Además en dicho

proyecto establecía que se considerará como madre a quien guarde el vínculo genético con el niño y que la madre gestacional no podrá quedarse con el niño.

La práctica de una maternidad subrogada irresponsable acarrea varios problemas, las razones para estar en contra de esta práctica, según aseguran desde la Profesionales por la Ética, están en que "hasta seis personas pueden reclamar la paternidad" de un bebé nacido mediante el vientre de alquiler: la donante de óvulos, el donante de esperma, la madre gestante, su pareja, la persona que "encarga" el bebé y la pareja de ésta. Además "de una fuente de conflictos jurídicos, impide al niño conocer su origen e identidad, tal y como establece la Convención de Derechos del Niño".

Asimismo, el estudio indica que en muchos países, la subrogación se encuentra "invariablemente unida" a las redes de prostitución en las que se ofrece a mujeres "trabajo respetable o pasaporte a cambio de alquilar su vientre".

Actualmente en las leyes ecuatorianas, no se encuentra ni regulado ni prohibido, de tal manera que existe un vacío legal, generando con ellos varios problemas legales como la explotación a la mujer y a niños.

Al regular la maternidad subrogada en el Ecuador se estaría tratando de eliminar el vacío legal existente dentro de este ámbito, porque al realizar este procedimiento se está vulnerando el derecho y el interés superior de los menores concebidos por maternidad subrogada.

JUSTIFICACIÓN

La propuesta planteada es de gran importancia, esta se ha realizado tomando en consideración la relación existente entre la maternidad subrogada y el interés superior del niño, es decir el vacío legal existente en nuestro país ha hecho que al no estar regulada esta práctica médica nazcan niños a través de este método y al nacer algunos con problemas de salud sean abandonados por los padres subrogantes, dejando niños abandonados y en la desprotección.

Se justifica la propuesta ya que, en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo sesenta y seis, numeral 1 establece que todos tienen derechos a la inviolabilidad de la vida, es decir que se garantiza el derecho a la vida desde la concepción. En el numeral 3 literal d, la prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos, en este ámbito se estaría prohibiendo la maternidad subrogada en el país al ser una experimentación genética.

Además que en la misma Constitución en su artículo cuarenta y cinco, menciona que todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, garantiza a los menores a tener una familia y gozar de una salud integral, al realizar la maternidad subrogada se crearía un problema que atente a su integridad y a su salud mental de los menores.

Con todos los antecedentes expuestos, Puedo manifestar que la propuesta si es factible, ya que esta no solo cuenta con la suficiente información , sino también con las ganas de impulsar y concretar la presente propuesta, para que de esta manera se pueda plantear la reforma de carácter legal , Capítulo III, Título IV, Sección I Delitos contra los derecho a la salud , ya que, si se logra llevar a cabo hasta su ejecución, se ayudará a menores que son concebidos por maternidad subrogada y que por problemas den su gestación son abandonados por los padres subrogantes; así como se evitara que la maternidad subrogada se convierta en un delito de explotación reproductiva hacia la mujer.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Reformar el Capítulo II, Título II, Libro I del Código Orgánico Integral Penal, para que se pueda sancionar a las personas que realicen prácticas de maternidad subrogada en el Ecuador.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Conocer los aspectos necesarios para la realización de la reforma legal.
- Elaborar el proyecto de reforma del Capítulo II, Título II Libro I del Código Orgánico Integral Penal.
- Presentar el proyecto de reforma del Capítulo II, Título II, Libro I del Código Orgánico Integral Penal, a la Asamblea Nacional para su estudio y debate en la Asamblea Nacional.

ANÁLISIS DE FACTIBILIDAD

La propuesta es factible ya que existe el compromiso de parte de la investigadora, quien cuenta con la asesoría de los docentes de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Técnica de Ambato, de los funcionarios de las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Ambato y de los Abogados en libre ejercicio profesional, además de tener en cuenta aspectos de gran relevancia como son:

POLÍTICO

Nuestra legislación ecuatoriana brinda la oportunidad para que los ciudadanos, puedan realizar reformas legales, este procedimiento se encuentra establecido de una manera muy clara en nuestro ordenamiento jurídico, para lograr cumplir con el objetivo se acudirán a los representantes provinciales de la Asamblea, los mismos que en su gran mayoría son profesionales del derecho, por lo que pueden entender de manera más clara el problema que se quiere resolver, y a través de los representantes provinciales se llegará al Pleno Legislativo para su aprobación.

SOCIAL

Existen los recursos sociales, se cuenta con los conocimientos de los Jueces, de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Ambato,

Abogados en libre ejercicio profesional, con estos elementos, se cumplirá con los objetivos planteados.

ECONÓMICO

Esta propuesta tiene factibilidad económico- financiero, ya que será la parte interesada (investigador) quien correrá con los gastos, mientras que su aprobación será únicamente competencia de los legisladores (asambleístas).

LEGAL

Existe la factibilidad legal para la ejecución, por cuanto la presente propuesta está debidamente fundamentada en los derechos establecidos en la Constitución.

FUNDAMENTACIÓN LEGAL

En nuestro país de acuerdo a la norma suprema que es la Constitución, está permitido que se realicen iniciativas y por medio de estas a la participación ciudadana, teniendo en cuenta este aspecto se ha procedido a desarrollar la presente investigación y presentar esta propuesta.

Para el desarrollo de la propuesta ha sido menester ampararse en lo establecido en nuestra Constitución de la República del Ecuador (2008), la misma que al ser la máxima norma dispone:

“El Estado fomentará la participación ciudadana a través de sus instituciones en todos los niveles de gobierno mediante la asignación de fondos concursales, becas educativas, créditos y otros, a fin de que, las organizaciones sociales realicen proyectos tendientes a formar a la ciudadanía con temas relacionados con derechos y deberes, de conformidad con la constitución y la ley”(Art.43).

De igual modo la Constitución de la República del Ecuador (2008) señala: “El más

alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (Art.11). Por tanto es esencial realizar la propuesta planteada ya que se cumplirá con los requerimientos establecidos en nuestra Carta Magna. También dentro de la misma Constitución señala:

"La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: ...5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional"(Art.134).

Finalmente en la Constitución de la República del Ecuador (2008) manifiesta

“El sistema de educación superior tiene como finalidad la formación académica y profesional con visión científica y humanista; la investigación científica y tecnológica; la innovación, promoción, desarrollo y difusión de los saberes y las culturas; la construcción de soluciones para los problemas del país, en relación con los objetivos del régimen de desarrollo” (350).

La Constitución de la República, brinda a la Asamblea Nacional, la potestad de crear y reformar leyes, las mismas que deben ser presentadas por un Asambleísta o grupos social reuniendo las firmas de respaldo correspondiente, luego será analizado por la comisión respectiva, para llegar al debate en pleno y dar paso o no. Por ello se respetará toda la normativa vigente para la cristalización de la propuesta de reforma el Código Orgánico Integral Penal.

Con todos los antecedentes señalados existe un sólido amparo Constitucional y legal que a la autora le permite realizar la propuesta planteada.

DESARROLLO DE LA PROPUESTA

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Es obligación fundamental del Estado asegurar y garantizar el derecho a reproducción, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 1 Forma de estado y Gobierno, establece que El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 10 Titulares de Derecho, dispone que las personas, pueblos, nacionalidades, y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo Art. 120 deberes y atribuciones de la asamblea nacional en el numeral 6, se le faculta a la Asamblea Nacional como atribuciones: “Expedir, codificar, reformar y derogar las

leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio y demás deberes que determine la ley de la Constitución de la República.”

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo Art. 84, señala.-La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 32, señala.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 32, señala.-El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva (...).

Que la Constitución de la República en su Art. 66, numeral 10 reconoce el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

Que la Constitución de la República en su Art. 363, numeral 6 establece
.- El Estado será responsable de asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto.

Que el Ecuador ha ratificado convenios y tratados internacionales que determinan compromisos importantes del país en diferentes materias como derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos, derechos de niños, niñas y adolescentes, entre otros;

PROYECTO DE REFORMA AL CAPÍTULO II, TÍTULO II LIBRO I DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Al final del Capítulo II, Título II del Código Orgánico Integral Penal agréguese dos artículos con el texto:

Art 214.1.- Prohibición de la Gestación por Sustitución: Se prohíbe disponer del cuerpo humano con el propósito de realizar la gestación por sustitución. Todo acto jurídico en el que se consigne la obligación a cargo de una mujer de renunciar a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero es nulo absoluto, y por tanto, no surtirá efectos legales, ni será susceptible de valer por confirmación o prescripción.

Serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años además, tendrá como pena accesoria el sometimiento a un procedimiento psicológico relativo a terapias consistente en maternidad responsable.

Art 214.1.- Terceros comitentes en la maternidad subrogada: Se sancionara con pena privativa de la libertad de uno a tres años a quien tenga calidad de terceros comitentes, sea que proporcionen el todo o parte del material genético a la madre sustituta y faciliten su conducta.

MODELO OPERATIVO

Cuadro No. 16 Modelo Operativo

FASES	METAS	ACTIVIDADES	RECURSOS	RESPONSABLES	TIEMPO
Elaboración y Revisión de la Ley Reformatoria.	Reformar el Capítulo II, Título II, Libro I del Código Orgánico Integral Penal.	-Investigación bibliográfica Documental -Redacción del proyecto -Revisión del proyecto - Impresión proyecto final	Cuerpos Legales Laptop, Internet Humano Testimonial (, jueces)	Investigadora	1 mes
Socialización del Proyecto	Dar a conocer el presente proyecto a las personas e Instituciones interesadas	-Foro de discusión con especialistas de la materia -Elaboración de hojas balance para socialización de ley -Apreciar nuevos criterios	Lugar para la reunión Profesionales especialistas Papel, pizarra, Bolígrafos, carpetas Cuerpos Legales Laptop	Investigadora	2 mes
Obtención de Firmas	Planificar cronograma de trabajo para reunir el 25% de firmas de los ciudadanos inscritos en el patrón electoral	-Elaboración de fichas para recolección de firmas -Recaudación de firmas -Control y verificación de firmas	Fichas Bolígrafos Carpetas Papel Tinta	Investigadora	2 mes
Entrega del Proyecto de Ley Reformatoria a la Asamblea Nacional	Distribución del proyecto a los Asambleístas	Remitir Proyecto de Ley a una comisión especializada.	Impresiones Oficios Solicitudes Anillados	Asambleísta patrocinador del Proyecto	1 mes

Elaborado por: La Investigadora

Fuente: Plan de Evaluación

ADMINISTRACIÓN

La administración de la propuesta la efectuará la Investigadora conjuntamente con los interesados y por supuesto con la Asamblea Nacional.

Con el objetivo primordial de puntualizar y concretar la propuesta que se ha planteado, por cuanto esta idea innovadora debe ser contar con Patrocinio de algún legislador para que esta sea presentada como proyecto de ley ante los legisladores ecuatorianos, ya que se ha podido comprobar con datos reales y verídicos la existencia de un problema, el mismo que necesita una pronta solución, además los jóvenes en la actualidad están comprometidos a crear proyectos, propuestas e ideas innovadoras a los problemas que detectamos mediante la investigación.

Para una correcta administración para la consecución de los objetivos de la propuesta se utilizarán los siguientes recursos:

RECURSOS INSTITUCIONALES

- Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
- Universidad Técnica de Ambato
- Asamblea Nacional del Ecuador
- Abogados en libre ejercicio profesional

RECURSOS HUMANOS

- Tutor – Dr. Eduardo Mayorga
- Alumno Investigadora
- Jueces de las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
- Abogados en libre ejercicio profesional

RECURSOS MATERIALES

- Transporte
- Otros

RECURSOS TECNOLÓGICOS

- Computadora
- Internet
- Impresora
- Cámara
- Grabadora

RECURSO FINANCIERO

- Asumido por el Estado.

PREVISIÓN DE LA EVALUACIÓN

Con el objeto de confirmar el impacto y eficacia de la propuesta que se presenta, se plantea realizar la correspondiente evaluación, para así poder estructurar de manera ordenada y analizar de una manera sistematizada la información de los resultados, y obtener los juicios de valor correspondientes a la propuesta planteada.

Dicha evaluación se la realizará conforme a la siguiente Matriz

MATRIZ DEL PLAN DE EVALUACIÓN

Cuadro No. 17 Plan de Evaluación

¿PARA QUIÉN EVALUAR?	Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia Abogados en libre ejercicio profesional
¿Por Qué Evaluar?	Porque son los beneficiarios directos de la propuesta
¿Para Qué Evaluar?	Determinar el cumplimiento de los objetivos planteados en la propuesta
¿Qué Evaluar?	Nivel de aceptación por parte de los jueces y abogados en libre ejercicio profesional
¿Quién Evalúa?	Investigadora
¿Cuándo Evalúa?	Seis meses posteriores a la ejecución de la propuesta
¿Cómo Evalúa?	Encuestas
¿Con Qué Evalúa?	Cuestionario Guía de entrevistas

Elaborado por: La Investigadora

Fuente: Plan de Evaluación

Bibliografía

1. Ambert, J. (2011). Lo que enseña la Iglesia sobre la Maternidad Subrogada, Puerto Rico. El visitante.
2. Alcántara, S. (2012). La Fuente Del Equilibrio Moral Y Jurídico, España, Ad usum private
3. Alkorta I. (2003). Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Navarra: Thomson Aranzadi.
4. Arámbula, A. (2008). Maternidad Subrogada. Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, México, Cámara de Diputados. México, D.F.
5. Araiza, M. (2009). Williams Ginecología, Department of Obstetrics and Gynecology University of Texas Southwestern Medical Center at Dallas. México D.F.: Editorial McGraw-Hill Interamericana S.A.
6. Alvira, F. (2000). Los dos Métodos de las Ciencias sociales. Madrid: CIS.
7. Benedicto XVI. (2008). Encíclica Bioética, Italia, AAS
8. Boscan, D. (2015). El mercado de los vientres, Ecuador, Diario el expreso
9. Camacho, J. (2011). Una práctica moralmente aceptable, España, Revista Jurídica
10. Cannesa, R. (2008). Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana, Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
11. Calva, A. S. (1989). La maternidad Subrogada un derecho. Buenos Aires .

12. Cano, M. (2007). Maternidad Subrogada. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea.
13. Código de Familia, (1985), N°. 5487-1, Rusia
14. Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia, (2009) Corporación de estudios y publicaciones, legislación codificada. Quito Ecuador
15. Código Penal Francés. Decretos del Consejo de Estado 93-726, de 29 de marzo de 1993.
16. Código de Hammurabi. (1750 a.C. Mesopotamia.
17. Conferencia Internacional sobre los derechos del hombre, (1968),Tehéran.
18. Conferencia Interamericana de las Mujeres (1975), México.
19. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994), El Cairo, Informe N25/04
20. Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. Nro. 000 1 de 11 de Agosto de 1998.
21. Coolican, H. (2005). Métodos de investigación y Estadística, México, Manual moderno.
22. Correa, M. (2011).Maternidad Subrogada, México, Balam
23. Córdova, D. (2006). Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil, Lima, Grijley
24. Diccionario de la Real Academia, (2014) , Madrid, NTomás

25. Delgado, A.(2004). La Maternidad subrogada un derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano, México, Palestra.
26. Declaratorio de los Derechos Humanos . (1948). Francia.Unesco.
27. Dreyzin, A. (2011), La subrogación materna en su despliegue internacional, Revista de Derecho de Familia.
28. Vistazo (23 de Abril 2015). La legalizacion de la maternidad subrogada,Ecuador
29. Echeverría, M. (2013). Propuesta para la regulación jurídica de la Maternidad Subrogada a través de las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador,Universidad Católica de Ibarra
30. Enciclopedia Jurídica Omeba,(1960), Buenos Aires,Editorial Bibliográfico Argentina Tomo XII.
31. El Catecismo de la Iglesia Católica (1993), Italia, Editrice Vaticana
32. Escobar, I. (2012).Derecho a la reproducción humana, Buenos Aires, Astria.
33. Farnós, E.(2010).Reproducción Asistida, Madrid, Tecnos.
34. Federación Internacional de Planificación Familiar (2008), México, Registered Chariti
35. Fuente, A. (2014).Alteraciones genéticas como causa de infertilidad, España, Dykinson.
36. Gana, C. (1998), La Maternidad Subrogada ¿Cabe la sustitución?, Chile , Revista de Derechos

37. García, Y.(2011). Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad, Granada , Comares Albolote
38. Gonzales, M. (2011). Enfermedades en las trompas de Falopio, México, Revista Médica
39. González, S. (2014).Situación actual de la gestación por sustitución, España ,UNED
40. Gomez, J. (2013). Patología Benigna Y Lesiones Premalignas De Cervix, España,Masson.
41. Green (2001), Implicaciones éticas y morales acerca de la maternidad subrogada , España, CreateSpace,
42. Gurria, D. (1996), El conocimiento mundano de la moralidad y su alcance.,México, Oviedo
43. Herrera. (2008). Obtenido de <http://cmelendez.wikispaces.com/file/view/EL+PROCESO+DE+INVESTIGACI%C3%93N.pdf>
44. Higuera, G. (1986). Maternidad Subrogada. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
45. Instituto Nacional del Cáncer, (2010), Institución de Ayuda ,Estados Unidos
46. Juan Pablo II. (1995). Evangelio de la vida. Italia: AAS.
47. Kane ,(1988).La Historia de la Maternidad Subrogada,Porrúa, Madrid, S.T.A
48. Manasevich, R. (2008). *Las Obligaciones Tomo I* . Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

49. Marín Vélez, G. A. (1995). El Arrendamiento de Vientre en Colombia. Medellín: Universidad de Medellín, Primera Edición.
50. Mendoza, G. (2013). Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada. Universidad Nacional Autónoma de México
51. Mir, C. (2010). La Maternidad Intervenid , México, Revista Red Bioética
52. La American Society For Reproductive Medicine (2013), Documento de edad y fertilidad
53. Lamm, E. (2012), Gestación por sustitución, Indret , Argentina
54. La American Society For Reproductive Medicine, (2013), Esterilidad e infertilidad, Copyright, Estados Unidos.
55. Lema, J. (1999), La maternidad Subrogada su regulación y tratamiento , Porrúa, México.
56. Lima F. (2005). Bioética y Bioderecho. México Universidad Federal del Espíritu Santo.
57. Lema, C. (2014). Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
58. Lledó, F. (2007), Fecundación Artificial, Madrid, Tecnos
59. Ley Orgánica De La Salud, (2006) Corporación de estudios y publicaciones.
60. Ossorio, M. (2001) .Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y
61. Sociales, Ecuador, Comares

62. Pantaleón, F. (2006) .Técnicas de reproducción asistida y Constitución», Colombia , Revista del Centro de Estudios
63. Peña Bernaldo, M. (1989). Derecho de Familia. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Sección de publicaciones.
64. Pérez, M. (2002). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Madrid: Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia.
65. Reyes, A. A. (2008). Maternidad Subrogada . Mexico: Centro de Documentación, Información y Análisis.
66. Rogel , S. (2004). Marcadores tumorales en la endometriosis: relación con la gravedad de la enfermedad ,España ,Proa Obstet.
67. Rubin, L. y. (1996). Estadística para administración y la economía, Mexico, Prentice Hall.
68. Sánchez ,R.(2010). La Gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos,Madrid: Centro de estudios Registrales.
69. Sánchez, N. (2014).Regulaciones del contrato de vientre de alquiler como fecundación humana aplicada a la legislación ecuatoriana para introducir reformas al Código Civil, Ecuador ,Universidad Central del Ecuador.
70. Santander, C. (2012).El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler, Chile, Universidad Alberto Hurtado.
71. Sanz, J. E. (2002). Fecundación Asistida. Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida. Medellin, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA
72. Saenz, A. (2012). Métodos para investigaciones de alto impacto en las

ciencias sociales y jurídicas, México, Dykinson.

73. Serrano, A. (1999). Aspectos de la fecundación artificial, Buenos Aires ,Depalma
74. Souto,B.(2005).Aproximación del estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva bioderecho, México, Valdivia.
75. Sociedad Americana contra el Cáncer, (1913). Organización voluntaria de salud a nivel nacional dedicada a combatir el cáncer, Geordia.
76. Stewart, G. (2008) .Libro sobre Sexualidad y tecnología reproductiva, México, Aristotelis
77. Svitnev, K. (2006),Reproducción Humana,Rusia, Rome
78. Tamayo, T. y. (1997). El Proceso de la Investigación científica. Mexico, Limusa S.A.
79. Villar, (1989),Aspecto Biojurídico del tratamiento actual de la esterilidad, España, Tesis de la Universidad Complutense.
80. Vela, A. (2012), El contrato de maternidad suborgada, Buenos Aires, Astrea
81. Warnock. (2004). Farebambini. Einaudi.

ANEXOS



ANEXOS A

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA DIRIGIDA A LAS MUJERES CON PROBLEMAS DE INFERTILIDAD Y ESTERILIDAD

INDICACIONES: MARQUE CON UNA (X) LA RESPUESTA CORRECTA

1. ¿Conoce usted que es la maternidad subrogada?

Si () No ()

2. ¿Considera usted que la maternidad subrogada debería ser tipificada en el Ecuador como un delito?

Si () No ()

3. ¿Considera usted que la maternidad subrogada, garantiza los derechos de los intervinientes en este tipo de procesos?

Si () No ()

4. ¿Considera usted que la práctica de la maternidad subrogada en el Ecuador se la realiza con fines lucrativos?

Si () No ()

5. ¿Considera que la maternidad subrogada vulnera los derechos humanos?

Si () No ()

6. ¿Cree usted que la maternidad subrogada, se realiza en el Ecuador con fines solidarios?

Si () No ()

7. ¿Considera que existe seguridad jurídica para la aplicación maternidad subrogada?

Si () No ()

8. ¿Considera que existe seguridad jurídica para la aplicación maternidad subrogada?

Si () No ()

9. ¿Considera que la maternidad subrogada garantiza los derechos establecidos Constitución de la República del Ecuador?

Si () No ()

10. ¿Considera usted que la maternidad subrogada afecta el interés supero del niño?

Si () No ()

GLOSARIO

1. Explotación Sexual: Utilización del cuerpo de la mujer con fines reproductivos y como objeto negociable, modalidad de tráfico de personas con fines únicamente lucrativos. (Esparza, 2014)

2. Trata de personas: La trata de personas, comercio de personas o tráfico de personas es el comercio ilegal de seres humanos con propósitos de esclavitud laboral, mental, reproductiva, explotación sexual, trabajos forzados, extracción de órganos, o cualquier forma moderna de esclavitud contra la voluntad y el bienestar del ser humano. (Ecuador, 2014)

3. Infertilidad: Es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de llevar a término o finalizar un embarazo clínico con un recién nacido vivo. (García Antonio, 2013, pág. 89)

4. Integridad de la mujer: Técnica de reproducción asistida que consiste en trasladar el semen de un varón (o de donante), recogido previamente, al interior de la vagina o del útero de una mujer, sin que se realice el coito entre ambos. (García Antonio, 2013, pág. 32)

5. Madre Genética: Viene a ser aquella que aporta el material genético, quien tiene lazos de identidad y correspondencia genética por el hecho de brindar el óvulo, y así proporcionar el 50% de la información genética del concebido. (García Antonio, 2013, pág. 56)

6. Madre Gestante: Es aquella que porta al embrión durante todo el tiempo que dura la gestación, siendo primero implantado en su útero; además, atraviesa los trastornos del embarazo y da a luz al concebido. (García Antonio, 2013, pág. 57)

7. Madre Subrogada: Es aquella mujer que ha acordado previamente, la implantación de un embrión (mismo que genéticamente no le pertenece) en su útero

hasta el nacimiento, para el beneficio de otra mujer o pareja que desean ser padres, todo esto a cambio de una compensación o de manera altruista.(García Antonio, 2013, pág. 60)

8. Fertilización: Y por otra parte, a instancias de un contexto médico, especialmente aquel que se ocupa de la reproducción, se designa con el término de fertilización a la fusión de gametos o células sexuales en el curso de la reproducción sexual. Tal fusión dará como resultado a la célula cigoto en la cual se encontrarán reunidos los cromosomas de los dos gametos intervinientes (hombre y mujer). (García Antonio, 2013, pág. 102)

9. Parto: Es la expulsión o extracción de uno o más fetos de la madre después de completadas 20 semanas de edad gestacional.(García Antonio, 2013, pág. 62)

10. Vientre: Denominado también útero o claustro uterino, en donde se produce la anidación del nuevo ser y se forma el tejido placentario en el cual se va a desarrollar el embarazo. (García Antonio, 2013, pág. 92)

11. Evaluación Psicológica: es un proceso de recogida de información dirigida por un psicólogo especializado, por medio de diferentes técnicas y herramientas (test y entrevistas) creadas para este fin. La finalidad por la que se realiza el proceso de evaluación psicológica determina las pruebas y el posterior informe. (García Antonio, 2013, pág. 95)

12. Identidad.- como derecho fundamental, la integridad personal o física se relaciona al derecho a no ser objeto de vulneraciones en la persona física, tales como lesiones, torturas, tratos inhumanos, penas crueles, o la muerte. En este sentido, ser íntegro significa tener salud, estar entero, sin daños. (Significados, 2014)

PAPER DE INVESTIGACIÓN



TÍTULO:

“LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

AUTORA:

Carolina Estefanía Avalos Medina.

LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Universidad Técnica de Ambato

Resumen

La presente investigación pretende que la maternidad subrogada sea considerada como un acto punible en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que de este modo se evitará que los derechos de los niños sean violentados.

En la actualidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la maternidad subrogada no se encuentra normada; sin embargo de ello en el año 2000 se intentó crear un proyecto de Ley de Familia, en el que intento regular la aplicación de la maternidad subrogada, pero este proyecto de ley nunca fue promulgado.

Si bien es cierto la Legislación ecuatoriana no prohíbe la realización de la maternidad subrogada por lo que se sobreentiende que está se encuentra plenamente permitida, por lo que en la actualidad se la viene realizando con total libertad, sin ningún tipo de control.

Motivo por el cual la investigadora ha creído conveniente plantear la presente investigación con el tema “La Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño”, tiene como finalidad proponer la prohibición de la maternidad subrogada ya que su aplicación constituye una forma de explotación de la mujer y sobretodo convierte a los niños en productos comerciales. Supone, por tanto, una flagrante violación de los derechos de los niños.

Esto significa que en el Código Orgánico Integral Penal, se establezca sanciones para quien aplique esta técnica reproductiva de la maternidad subrogada.

Descriptores

Maternidad Subrogada, Interés Superior, Derechos, Vientre de alquiler.

Abstract

The present investigation intends that the surrogate motherhood is considered as a punishable act in the Ecuadorian legal system, since in this way it will be avoided that the rights of the children are violated.

At present, in the Ecuadorian legal system surrogate motherhood is not regulated; nevertheless in 2000 an attempt was made to create a draft Family Law, in which I try to regulate the application of surrogacy, but this bill was never promulgated.

Although it is true the Ecuadorian legislation does not prohibit the realization of maternity surrogates, so it is understood that it is fully allowed, so it is now being carried out with total freedom, without any type of control.

The reason for which the researcher has thought it appropriate to present the present investigation with the theme "Surrogate Motherhood and the Superior Interest of the Child", has the purpose of proposing the prohibition of surrogacy since its application constitutes a form of exploitation of women And above all makes children into commercial products. It therefore implies a flagrant violation of the rights of children.

This means that in the Integrated Criminal Code, sanctions are established for those who apply this reproductive technique of surrogacy.

Keyword

Maternity surrogate, Superior Interest, Rights, Belly rental

Introducción

El Trabajo de Investigación tiene como tema: La maternidad subrogada y el interés superior del niño

Su importancia radica en la necesidad de investigar los posibles daños que ocasiona el permitir la aplicación de la maternidad subrogada en el Ecuador; así como plantear una sanción para quienes hagan uso de esta técnica reproductiva.

En el Estado ecuatoriano la falta de observancia por parte del poder ejecutivo y legislativo ante el problema planteado, ha dado como resultado que los derechos y garantías de los niños sean completamente vulnerados, siendo este en inicio de una gran red de problemas que surgen con el cometimiento de este tipo de actos los cuales penosamente el estado y la sociedad no han tomado cartas en el asunto para evitar así el cese de una vulneración de derechos. Siendo esta una práctica completamente reprochable desde todo punto de vista, debiendo mencionar que en la legislación comparada, de varios países, este es un tema el cual ya se encuentra regulado y protegido por las leyes.

Si bien es cierto la legislación ecuatoriana garantiza los derechos de las personas, pero, aun podemos observar como cientos de estos, aun no cuentan con una normativa legal que garantice y precautele el interés óptimo de los derechos, siendo así que el legislador no ha previsto de manera amplia los temas que han tratado, dejando así en completo estado de vulneración las garantías de las personas en el especial la de los menores, tal y cual como es el caso de la maternidad subrogada la cual ni cumple ni garantiza con el mandato constitucional de protección y cuidado de los menores, ya que al no regular este tipo de prácticas deja abierta la posibilidad de que varios individuos, puedan hacer un uso indiscriminado del tráfico de personas accediendo de manera libre a este tipo de pericias medicas sin un control adecuado.

Desde un punto de vista más amplio cabe mencionar que este tipo de prácticas reproductivas es un negocio lucrativo, el cual sin importar ningún tipo de condición las personas que son reclutadas son objeto de trata de personas, esclavitud, imposición de condiciones las cuales van contra de los derechos humanos, los mismos que prohíben la explotación, trata, comercio y esclavitud de los seres humanos.

Metodología

Sujetos:

Dentro de la investigación se determinó que la población debía estar conformada por los principales afectados, en base a ello se acudió a la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia en la Ciudad de Ambato, a realizar las encuestas. De igual manera se logró obtener información a través del Consejo de la Judicatura del número de abogados existentes en la ciudad de Ambato, y posteriormente estos abogados fueron quienes nos ayudaron con la información necesaria para este tema de investigación.

Técnicas e Instrumentos:

La técnica e instrumento que se utilizó para esta investigación fue la encuesta, la investigadora procedió con el desarrollo de las encuestas las mismas que han sido dirigidas a los Jueces de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y a los abogados en libre ejercicio de la ciudad de Ambato, por cuanto son estas las personas idóneas para contestar todas nuestras dudas respecto al tema en estudio.

Procedimiento:

Para lograr el cumplimiento de cada uno de los objetivos planteados en el trabajo de investigación, nos concentramos en la recolección de suficiente información, se aplicó la encuesta, y a su vez los instrumentos correspondientes la guía cuestionario. Una vez realizada la encuesta se procedió con la tabulación la misma que nos permitió organizar los datos obtenidos, para una visión clara acerca de cómo se ha venido dando y los cambios que ha tenido el problema que es objeto de la investigación, además de su concordancia con las variables planteadas, consecuentemente se realizó el análisis e interpretación de datos lo que nos llevó a comprobar la hipótesis planteada.

Resultados

Los resultados que se alcanzaron en la presente investigación fueron los siguientes:

De la investigación teórica, documental e investigativa realizada sobre la maternidad subrogada se llegó a la conclusión que está es un procedimiento medico en el cual una mujer previo acuerdo con las partes (padres biológicos), presta su vientre para quedar embarazada y al concluir el embarazo entrega al niño a los padres que guardan un vínculo genético con el menor. Este tipo de maternidad es un procedimiento medico muy frecuente que optan parejas las cuales no pueden quedar embarazadas, siendo la maternidad subrogada usada a nivel mundial teniendo tres formas en las que algunas naciones la permiten o prohíben. En algunos países es un procedimiento permitido, en otros está prohibido que la mujer alquile su vientre mientras que en algunos existe restricciones o cláusulas que deben cumplir las parejas que vayan alquilar el vientre así como la mujer que lo alquila, uno de esos requisitos es que la madres subrogante sea familiar y esta práctica médica se lo hago con fines altruistas.

La regulación de la maternidad subrogada estaría dando hincapié a que aparezcan varios problemas legales entre los padres biológicos y la madre subrogante, afectando gravemente la integridad de los menores.

Al permitir que la maternidad subrogada sea legal en el Ecuador se presentarían varias vulneraciones de derechos de los niños y de la madre que alquila su vientre, el primero porque es tratado como un objeto comercial y la segunda porque genera problemas de explotación reproductiva.

Discusión o reflexión critica

A través de los resultados obtenidos en las encuestas aplicadas, la mayor parte de la población concuerda en que la maternidad subrogada no debería aplicarse en el Ecuador, siendo necesario que el derecho ecuatoriano regule de manera urgente este vacío legal que existe, en el sistema jurídico y lograr así que se garantice el interés superior de los niños, para que de esta manera se deje de vulnerar los derechos

establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Ecuador.

Como se ha manifestado por parte de las personas encuestadas y en especial por parte de los Administradores de justicia, es necesario su regulación y tipificación para evitar que se siga utilizando estos medios alternativos para el cese de vulneración de derechos.

Mediante la derivación de los resultados de las encuestas se puede constatar que la mayoría de la población concuerda que la maternidad subrogada si vulnera de manera incalculable los derechos de los niños y niñas, al convertirlos en un objeto de comercio y privándolo de los principios más fundamentales de los derechos humanos. Si bien es cierto existen leyes que tratan de regular el cuidado y protección de los menores, pero no hay duda que los vacíos legales y falta de normativas punitivas permite que el interés superior del niño no sea plenamente garantizado.

Para que la tipificación de la maternidad subrogada sea regulada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es necesario que la doctrina internacional, jurisprudencia, tratados y convenios sean estudiados y plenamente debatidos en nuestro país, las investigaciones realizadas por expertos en los ámbitos necesarios, entre otros profesionales han determinado que este tipo de alternativas medicas han causado un daño irreparable en la vida de las personas que se someten a este tipo de técnicas reproductivas.

Finalmente se puede decir que la maternidad subrogada ha sido un fenómeno, el cual por la falta de normativas jurídicas regulen su aplicación se ha sido un método de explotación humana, afectando, vulnerando, denigrando los principios más básicos y fundamentales que posee el ser humano en pro de sus derechos,

Luego de análisis realizado, se rechaza la Hipótesis Nula (H0) y se acepta la Hipótesis Alternativa (H1), con lo que se comprueba la hipótesis alternativa de la investigación que dice: La maternidad subrogada incide en el interés superior de los niños.

Referencias Bibliográficas

1. Ambert,J.(2011).Lo que enseña la Iglesia sobre la Maternidad Subrogada,Puerto Rico. El visitante.
2. Alcántara, S. (2012). La Fuente Del Equilibrio Moral Y Jurídico, España, Ad usum private
3. Alkorta I. (2003). Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Navarra: Thomson Aranzadi.
4. Arámbula, A. (2008). Maternidad Subrogada. Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, México, Cámara de Diputados. México, D.F.
5. Araiza, M. (2009). Williams Ginecología, Department of Obstetrics and Gynecology University of Texas Southwestern Medical Center at Dallas. México D.F.: Editorial McGraw-Hill Interamericana S.A.
6. Alvira, F. (2000). Los dos Métodos de las Ciencias sociales. Madrid: CIS.
7. Benedicto XVI. (2008). Encíclica Bioética, Italia, AAS
8. Boscan, D.(2015), El mercado de los vientres, Ecuador, Diario el expreso
9. Camacho, J. (2011).Una práctica moralmente aceptable, España, Revista Jurídica
10. Cannesa,R.(2008). Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana, Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
11. Calva, A. S. (1989). La maternidad Subrogada un derecho. Buenos Aires .
12. Cano, M. (2007). Maternidad Subrogada. Buenos Aires, Argentina, Editorial

Astrea.

13. Código de Familia, (1985), N°. 5487-1, Rusia
14. Código Orgánico De La Niñez Y Adolescencia, (2009) Corporación de estudios y publicaciones, legislación codificada. Quito Ecuador
15. Código Penal Francés. Decretos del Consejo de Estado 93-726, de 29 de marzo de 1993.
16. Código de Hammurabi. (1750 a.C. Mesopotamia.
17. Conferencia Internacional sobre los derechos del hombre, (1968),Tehéran.
18. Conferencia Interamericana de las Mujeres (1975), México.
19. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994), El Cairo, Informe N25/04
20. Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. Nro. 000 1 de 11 de Agosto de 1998.
21. Coolican, H. (2005). Métodos de investigación y Estadística, México, Manual moderno.
22. Correa, M. (2011).Maternidad Subrogada, México, Balam
- 23.** Córdova, D. (2006). Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil, Lima, Grijley