

**Maternidad subrogada: inexistencia de regulación normativa en Ecuador y los
derechos de libertad**

Surrogate motherhood: lack of regulation in Ecuador and freedom rights

Paúl Andrés Robles Fernández
María Victoria Matute Gómez
Samantha Teresa Verdugo Cárdenas

**DERECHO CRÍTICO: REVISTA JURÍDICA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

Fecha de recepción: 09/09/2023

Fecha de aceptación: 01/11/2023

Maternidad subrogada: inexistencia de regulación normativa en Ecuador y los derechos de libertad

Surrogate motherhood: lack of regulation in Ecuador and freedom rights

Paúl Andrés Robles Fernández¹

María Victoria Matute Gómez²

Samantha Teresa Verdugo Cárdenas³

Como citar: Robles Fernández, P. A., Matute Gómez, M. V., Verdugo Cárdenas, S. T. (2023) Maternidad subrogada: inexistencia de regulación normativa en Ecuador y los derechos de libertad. Derecho Crítico: Revista Jurídica, Ciencias Sociales y Políticas. 4(4) 1-25. DOI: <https://doi.org/10.53591/dcjcsp.v4i4.1115>

Resumen: El objetivo de esta investigación es examinar el alcance de la maternidad subrogada y sus implicaciones jurídico-sociales frente a la inexistencia de una regulación normativa en Ecuador, por lo que principalmente para este artículo se emplearon varios tipos y métodos de investigación de carácter exploratorio-descriptivo enfocados en las ciencias sociales, pues en primera instancia se utilizó la investigación cualitativa que aportó para llevar a cabo un proceso de recopilación de información, datos y referencias sobre la maternidad subrogada y derechos de libertad; de la misma manera se establecieron los métodos que se emplean para el Derecho y que calzaban para el desarrollo de este tema, entre estos; histórico, descriptivo y comparativo. Con el progreso de la investigación se pudo determinar que existe un reconocimiento constitucional a la toma de decisiones libres y cruciales referente a la formación de familia de cuándo y cuantos hijos/as tener; no se encontró una normativa legal que asista a este tipo de situaciones modernas que han ido surgiendo con los avances tecnológicos, pero si se pudo contrarrestar la situación de Ecuador con otros países como Colombia y Estados Unidos a partir de sus diversos casos y jurisprudencia representativos sobre la maternidad subrogada que marcaron historia en sus países, para lo cual se utilizó el sistema de análisis de argumentos para una posible aplicación en nuestro país, siendo los mismo un punto de partida para las recomendaciones posteriores realizadas de la investigación, dejando pautas para que los creadores de leyes puedan responder ante esta problemática y lo regulen.

Palabras clave: Maternidad Subrogada; Derechos de Libertad; Regulación.

Abstract: The objective of this investigation is to examine the scope of surrogate motherhood and its legal-social implications in the absence of a normative regulation in Ecuador, so mainly

¹ Afiliación con la Universidad Católica de Cuenca, Correo: problesf@ucacue.edu.ec

² Afiliación con la Universidad Católica de Cuenca, Correo: maria.matute@est.ucacue.edu.ec

³ Afiliación con la Universidad Católica de Cuenca, Correo: samantha.verdugo@est.ucacue.edu.ec

for this article several types and methods of research of exploratory-descriptive nature focused on social sciences were used, because in the first instance qualitative research was used, which contributed to carry out a process of collecting information, data and references on surrogate motherhood and liberty rights; In the same way, the methods that are used in law and that fit for the development of this topic were determine, among these: historical, descriptive and comparative. As the research progressed, it was possible to determine that there is a constitutional recognition of the free and crucial decision making regarding the formation of a family, when and how many children to have; It was not found a legal regulation that assists this type of modern situations that have been occurring with technological advances, but it was possible to counteract the situation of Ecuador with other countries such as Colombia and the United States from their several representative cases and jurisprudence on surrogate motherhood that marked history in their countries, for which the system of analysis of arguments was used for a possible application in our country, being the same a starting point for the subsequent recommendations made in the research, leaving guidelines for the creators of laws to respond to this problem and regulate it.

Keywords: Surrogate Motherhood; Liberty Rights; Regulation.

INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada ha tenido lugar dentro de la sociedad desde la época antigua, y así se puede observar cuando dentro de la propia Biblia en su Antiguo Testamento, se expone el caso de Sarah, quien no podía tener hijos, y le pidió a Abraham que tenga relaciones con una sirvienta para poder tener uno. Si bien actualmente y gracias a las nuevas tecnologías, las personas o parejas que por disfunciones biológicas no puedan procrear tienen a su disposición el acceso a diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida. No obstante, con el transcurso del tiempo, la práctica de la maternidad por sustitución ha ido incrementando, llegando hoy por hoy a que existan diferentes tipos esta.

En nuestro país, según un estudio realizado en el 2018 por la Comisión Nacional de Bioética en Salud del Ministerio de Salud Pública, se pudo determinar la práctica de la maternidad subrogada en el Ecuador se presenta desde el año 1993.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, se reconoce al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y garantías, y en concordancia con ello, en su artículo 66 numeral 10 se les otorga a todos los ciudadanos la libertad de tomar decisiones libres e informadas sobre su vida reproductiva, además del decidir cuándo y cuantas hijas/os tener, aquello con la finalidad de proteger el derecho que poseen todas las personas sin discriminación alguna a poder formar una familia.

Sin embargo, ante la falta de inexistencia de regulación normativa sobre la maternidad subrogada se interroga como la misma afecta a los Derechos de Libertad consagrados en la Norma Suprema, ya que si bien, se reconocen los derechos a procrear, no se toma en consideración aquellos casos especiales en los que personas o parejas no puedan concebir de forma natural y deban recurrir a la gestación por sustitución como aquel proceso para lograr ejercer su derecho a crear una familia.

En tal virtud, mediante el presente artículo se ha buscado analizar el alcance de la maternidad subrogada y sus implicaciones frente a la ausencia de regulación normativa en Ecuador, partiendo de la determinación del desarrollo que ha tenido este proceso en la sociedad, pasando por un análisis de los derechos de libertad y su posible vulneración ante la falta de regulación de la gestación por sustitución, finalizando con la comparación de la jurisprudencia y casos emblemáticos de Colombia y Estados Unidos para poder destacar la necesidad urgente de regulación normativa de la maternidad subrogada como un contrato protegido por el Estado.

Maternidad Subrogada: Generalidades

Es importante comenzar señalando que la familia es el núcleo de la sociedad, siendo esta la institución más antigua. Hoy en día existe una gran diversidad, que va desde las formas en las que se organizan y estructuran las familias, hasta los lazos que los unen ya sea por el parentesco o el afecto.

A partir de los avances tecnológicos y científicos, el sueño de un sin número de parejas de formar una familia, que por aspectos biológicos generalmente están imposibilitados, se ha podido hacer realidad, gracias a las famosas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), que consisten en: “*Conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana*” (Santamaña, 2016).

Abordando directamente al tema central que nos lleva a esta investigación, se puede decir que las TRHA están íntimamente relacionadas con la maternidad subrogada, pues las mismas ayudan médicaamente a miles de parejas a convertirse en padres; sin embargo, en esta situación en particular no solo los protagonistas de crear una vida son la pareja con el apoyo del médico, si no que interviene una tercera persona, que es una mujer que alquila su vientre, ampliando los intereses de cada uno de los participantes en esta nueva creación.

Es preciso, explicar los diferentes términos y conceptos con los que se conocen a la maternidad subrogada para un mejor entendimiento, pues según el Diccionario de la Lengua Española, “subrogar” es sinónimo de sustituir, que significa poner a una persona o cosa en lugar de otra (Martínez, 2015).

La maternidad subrogada es conocida también bajo los nombres de: gestación por sustitución, alquiler de vientre, alquiler de útero, gestación subrogada, vientre sustituto, subrogación materna, maternidad por otro, entre otras denominaciones (Martínez y Rodríguez, 2021).

Doctrinarios también se ha pronunciado intentando definir estos dos términos. Según Jesús González Merlo, la maternidad subrogada: “*Es el proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin cópula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer*” (Rivas y Luzuriaga, 2012). En los últimos años la maternidad subrogada, se puede definir como la práctica que lleva a una mujer al aceptar por su voluntad quedar embarazada a través de TRHA, con un solo fin de concebir y dar a luz a un bebé dejando voluntariamente sus derechos como madre, ya sea con o sin retribución económica con la que los padres de intención que han firmado un contrato para recibir al niño (Barahona y Guerra, 2021). En general, significa un acuerdo entre voluntades en donde una mujer acepta gestar a un bebe por encargo de otros, claramente renunciado sus derechos sobre el mismo.

Evidentemente, estas técnicas y tecnologías son innovadoras y actuales. En los últimos años como sociedad moderna estas se han ido implementando, sin embargo, vienen desde la antigüedad como es el caso de la Biblia, que nos mostró diversos acontecimientos sobre ese tema tal y como lo manifiesta la Doctora argentina en Derecho y Bioética, Eleonora Lamm (2013): En el Antiguo Testamento; Sarah se sentía frustrada por no poder tener hijos, insistiendo a Abraham a tener relaciones sexuales con una mujer sirvienta egipcia de nombre

Hagar, fruto de dicha relación nació su hijo Ishmael, acontecimiento contado en Génesis, versículo 16 del 1 a 4, lo que demuestra que desde una perspectiva androcéntrica, en un comienzo únicamente se contemplaba la maternidad subrogada como una necesidad para solucionar intereses del hombre en tener descendencia, si en el caso su mujer no podía o estaba impedida.

Verónica Martínez, (2015) sostiene: El Código del Rey Hammurabi de 1780 a.c disponía en la Ley 144, 145 ,146 y 147 que: “*La mujer principal estéril, debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, si no le daba hijos la esclava la vendía, si la mujer principal no le otorgaba una esclava el marido podía tomar una concubina*”. Cabe mencionar que la misma historia demuestra que este tipo de situaciones no les sucedía exclusivamente a las mujeres, es por esto que, en la antigua religión griega y romana, señalaban que: “*Si el marido resultaba estéril, el hermano o pariente del mismo debía sustituirlo, la mujer debía entregarse a ese hombre, el hijo que nacía de esa unión se consideraba hijo del marido*”.

Actualmente la visión de la maternidad subrogada es diferente, incluso su propio fin e interés. No es hace mucho, que se comenzó a registrar datos sobre estos procesos tecnológicos creacionales de vida, pues haciendo una línea de tiempo surgen recién en el siglo XX.

Entre los años 1940 a 1944 los biólogos John Rock y Meneen, fundaron el primer banco de semen e hicieron la primera fecundación extracorpórea de embriones humanos. En Estados Unidos en 1953, se presentaron los primeros embarazos con semen congelado; y, para el año 1969 se realizó una fertilización in vitro de gametos humanos en Reino Unido (Martínez, 2015).

En el año de 1975 se generó uno de los hechos más polémicos, pues en el mencionado año se publicó un anuncio en un periódico de California que se requería una mujer para ser inseminada artificialmente, dándose la figura “préstamos de úteros”. Este acontecimiento

importante ha sido de gran influencia no solo para la ciencia médica sino también para la vida jurídica, pues a partir del mismo, en 1976 se firmó el primer acuerdo documentado, el cual fue patrocinado por el famoso abogado Noel Keane, quien fundó “Surrogate Family Service Inc.”, que en su traducción significa “Servicio de Familia Sustituta”, en Michigan; y, en 1979 con Richard Levine en Kentucky, quien ayudó a celebrar un contrato de maternidad subrogada.

De modo que se analizan dos figuras importantes en esta línea de tiempo, que serán el punto de partida para los pasos a seguir en la actualidad. Primero: “Inseminación Artificial”, técnica utilizada en los primeros casos de maternidad subrogada cuando la gestante aportaba sus gametos. Para el año de 1978, aparece la técnica de “Fertilización In vitro”, en la cual no aporta la gestante sus gametos; y, no fue hasta el año 1984, cuando una mujer sin útero transfirió sus óvulos a otra para que dé a luz a su hijo (Lamm, 2013).

A lo largo de las décadas, han ido apareciendo diversas posturas con respecto a la maternidad subrogada. Existen agrupaciones que manifiestan que la misma permite dar solución a la imposibilidad de concebir hijos a familias, mientras que, otras expresan que es una nueva forma de explotación de la mujer y tráfico de personas.

El hecho de que la mujer prestadora del vientre reciba el pago de un precio por el alquiler del mismo, es considerado para muchos como una situación indignante. Debido a que: “*El objeto central del acuerdo es el proyecto de vida de un nuevo ser del cual se dispone, por libre acuerdo de los signatarios*” (Rivas y Luzuriaga, 2012). Dicha postura expresa que no es posible que niños sean considerados objetos de comercio, pues la falta de regulación de la maternidad subrogada da paso al tráfico de personas.

Por otro lado, existe una postura relacionada a la antes mencionada, y radica en que, dentro de la misma, “*Prima el interés privado por encima del interés público*” (Rivas y Luzuriaga, 2012). Su argumento se basa principalmente en que al hacer un cumplimiento

estricto de las voluntades de las personas se dejan pasar situaciones que vulneran la dignidad humana y derechos humanos; derechos que son garantizados por el Estado.

La maternidad subrogada altruista fue la primera en existir, debido a que su finalidad era: “*Ayudar a parejas con dificultades para concebir*” (Guzmán y Miralles, 2012), dando paso a las relaciones entre parejas comitentes y la mujer gestante. Este tipo de maternidad se promocionaba como una imagen solidaria de la subrogación, pues las mujeres que alquilaban su vientre donaban su óvulo sin recibir ningún tipo de compensación.

No obstante, aquel concepto cambió al observar que no en todos los casos se trataba de una maternidad altruista, al contrario, se empezó a asociar a la maternidad subrogada con transacciones económicas. Es así, que hay quienes consideran que la misma puede ser remunerada, totalmente altruista o de compensación razonable.

La maternidad subrogada remunerada es aquella en que los padres comitentes celebran un contrato con una mujer para que a cambio de una remuneración pecuniaria ella sea quien conciba a un niño y lo entregue al nacer. Por otro lado, la maternidad subrogada altruista es aquella que se realiza únicamente con la voluntad de ayudar a los padres con intención a cumplir el deseo de formar una familia, por lo cual, no existe ningún tipo de remuneración monetaria. Finalmente, la de compensación razonable, es aquel tipo de maternidad subrogada en que los padres comitentes asumen gastos necesarios para la gestación que lleva como tal la mujer gestante durante el proceso (Merlyn, 2022).

Existen casos, en que dentro de la pareja comitente la mujer es infértil, por lo cual es el hombre quien aporta el semen; en este caso la mujer gestante a más de gestar, deberá donar su óvulo. Para el segundo caso, la pareja comitente puede donar tanto el semen como el óvulo. El último caso radica en que ambas partes en la pareja comitente sean infériles, por lo que los gametos masculinos y femeninos deberán ser donados por una tercera persona.

Para estos casos, Desireé Regalado recopiló que, en el primero, la madre biológica del menor nacido sería la mujer gestante y el padre biológico sería el hombre de la pareja comitente; en el segundo caso, la pareja comitente serían los padres biológicos del nacido, pues son ellos quienes han donado tanto los gametos femeninos como masculinos, y la mujer gestante solo sería la encargada de llevar a cabo la gestación, y finalmente en el tercer caso, los padres biológicos serían los donantes de los gametos (Regalado, 2017).

A través de contratos se lleva a cabo la maternidad subrogada, es de ahí, la creación del famoso “contrato de vientre de alquiler”, que si bien, es un contrato que no se encuentra regulado en la totalidad de países, se puede analizar que el mismo es de naturaleza privada, en el cual intervienen dos sujetos: pareja comitente y mujer gestante, y se pacta el llevar a término el embarazo a cambio de una compensación económica.

El contrato de maternidad subrogada cumple con ciertas características de un contrato de alquiler, en el cual la mujer gestante es la arrendadora y la pareja comitente son los arrendatarios, y el vientre de la mujer portadora sería el bien o cosa en alquiler, sin embargo, dicha postura cae al momento en que nace el menor y los padres comitentes tienen la posesión absoluta del mismo, cuando en el contrato de alquiler como tal se debe dar la restitución.

Sin duda alguna, al celebrarse o pactarse entre las partes la maternidad subrogada, se deben tener en cuenta ciertos aspectos, entre los que se encuentran: 1) Probarse la necesidad de la pareja para recurrir a la reproducción asistida. 2) Se debe especificar si es altruista o remunerada. 3) La capacidad y consentimiento de ambas partes, y finalmente, establecer las obligaciones de cada parte durante el parto y post parto.

De todo lo antes mencionado, la maternidad subrogada o la gestación por sustitución pertenecen a las TRHA, que desde la época antigua se han ido concibiendo hasta la actualidad y que se complementaron con la ayuda de la tecnología. Así mismo, a lo largo de los años se

han visualizado situaciones que han marcado un comienzo para lo que hoy conocemos como maternidad subrogada.

De igual forma, ante este proceso han surgido diversas posturas y tesis, que han tratado las ventajas y desventajas de la gestación por sustitución, las cuales han ido evolucionando por las concepciones de una sociedad moderna con el pasar de los años y que generalmente ha visto en evidencia con la legalización de estas actuaciones a través de contratos especiales.

Derechos de Libertad y Maternidad Subrogada en el Ecuador

Es necesario hacer un análisis del Derecho de Libertad y todo lo que conlleva el mismo, por lo que en primer lugar, es preciso manifestar que, como un acto de preservación de la especie humana, el tema de la reproducción no puede hacerse caso omiso, pues se supone que existe una atención especial por parte de un Estado, partiendo de que toda persona tiene derecho a tener sus hijos y por ende crear una familia, entendiéndose que la gestación por sustitución es un problema social y jurídico que tiene afecciones directas a los distintos campos del derecho como, el de familia, civil y, prevaleciendo el Constitucional, con la protección de los derechos de familia contrastada con los derechos de libertad (Ceferino, Blacio y Durán, 2021).

Como base se debe tener claro que se está estudiando a la maternidad subrogada como un derecho humano, que necesita tener un reconocimiento constitucional, es así que, los distintos organismos internacionales más relevantes se han pronunciado ante esta nueva realidad, que desde tiempos atrás se ha ido ignorando, pues en este sentido se inicia con que existe un derecho a fundar una familia con total libertad, pero que la procreación no se reduce exclusivamente a la reproducción tradicional, como se manifestó en el VI Congreso Mundial de la Fecundación In Vitro y Reproducción Asistida, aspecto que tiene su reconocimiento en las diversas declaraciones y convenios internacionales (Briseño y Jurado, 2018).

Observando directamente nuestro entorno, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 10 garantiza: “*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*” (Asamblea Constituyente, 2008). Partiendo de esta normativa, se podría deducir que en nuestro país la figura de la maternidad subrogada podría ser considerada como una figura legal y legítima, pues su finalidad es permitir a las parejas decidir el número de hijos que deseen tener y cuando hacerlo, tomando en consideración que estas parejas estarían imposibilitadas físicamente para procrear.

Es decir, este derecho está garantizado de forma expresa en nuestra Norma Suprema, por lo que se entiende como una forma de reconocimiento de derechos inherentes y de libre desarrollo de personalidad, como una especie de “*Libre autodeterminación personal*” (Regalado, 2017). No obstante, esta posición se ve limitada en las diversas contradicciones que nuestro propio sistema jurídico posee, pues el mismo no regula de forma explícita el derecho a contar con la maternidad subrogada como figura jurídica, lo cual conlleva una las siguientes interrogantes:

¿Cuál es el límite del derecho de reproducción en el ejercicio de la propia libertad y de los demás?

Según Heredia, (2019), la maternidad subrogada es una práctica que requiere de las TRHA para su efectividad, en la que se involucra el cuerpo de una mujer gestante, quien es considerada un instrumento para la práctica, lo que supondría una vulneración de su derecho a la dignidad. Sin embargo, se enfatiza que el derecho a la maternidad, implica la libertad de procrear o de adoptar, pero no reconoce el derecho de libertad a encargarla a terceros, lo que supondría un límite al derecho de los demás.

¿Los avances tecnológicos deben sobrepasar los límites de la naturaleza?

Una persona puede elegir dentro de múltiples opciones, la forma en la cual traer una vida al mundo, entre ellas una natural, o una asistida. En esta perspectiva, al existir un progreso científico y tecnológico en las TRHA, se entendería que la naturaleza en ciertos casos, estaría limitada respecto de la gestación; sin embargo, el avance tecnológico y una figura legal permitiría que la tecnología, sobreponse a la naturaleza, concediendo a parejas infértilles la posibilidad de crear una familia. Al tener un reconocimiento total a través de las normas, nos llevaría a la aceptación de diversidad que existe dentro de nuestra sociedad (Lamm, 2013).

En este contexto, es importante realizar un análisis de la Constitución de la República del Ecuador, respecto de la posible vulneración de los Derechos de Libertad, plasmados en el Capítulo Sexto, artículo 66 numerales 9 y 10.

Al realizar una interpretación del derecho consagrado en el artículo 66 numeral 9 de la Constitución de la República⁴, se entiende que la mujer tiene el derecho de autonomía sobre su cuerpo, el cual le permite elegir si desea gestar en beneficio de terceras personas o no hacerlo. Frente a esto, la mujer, al estar plenamente informada de lo que implica someterse a las TRHA, no podría alegar vulneración al derecho de dignidad; y, el fundamento de esta afirmación, se tendría que encontrar plasmado en un mecanismo legal, en el cual se detalle minuciosamente el procedimiento de cómo se llevará a cabo la gestación y procreación; teniendo la seguridad plena de que el incumplimiento de dicho mecanismo, traería repercusiones legales, ejecutables por la parte que se sienta afectada.

Por otro lado, el numeral 10 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce el derecho a la libertad que tienen las parejas y las personas a “*(...) decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener*”. Este derecho, no solo se encuentra protegido en nuestra

⁴ Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

normativa interna, sino también en el Derecho Internacional, en normativas como: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16; y, la Carta de los Derechos Fundamentales, en su artículo 9. En este sentido, es el Estado quien debe proteger dicha libertad de elegir cómo y en qué momento formar una familia, aceptando así mismo las diversas formas y modelos de familias que han ido surgiendo, entre ellas, las familias provenientes de una maternidad subrogada.

Sin embargo y pese a que el derecho antes descrito, está protegido por normas internas y externas, en nuestro país no se encuentra establecida una figura jurídica que respalde el derecho consagrado en la Constitución, es decir aquel procedimiento legal que permita a parejas o personas con disfunciones biológicas formar una familia de manera legal, incurriendo así en una posible vulneración a derechos constitucionales, pues si en una parte de la norma se indica que el Estado reconoce y protege ese derecho, debe existir en otro cuerpo normativo una figura que permita ejercer dicho derecho.

A nivel mundial existen varias posturas en los diferentes ordenamientos jurídicos frente al fenómeno de la maternidad subrogada: positivas, es decir, libertad total, sin restricciones; intermedias, en donde se admite a la maternidad subrogada desde un enfoque de la solidaridad, sin el cobro de ningún rubro por estas actuaciones; y, negativas, es decir, prohibición absoluta. El Ecuador por su parte, es un país en el cual ni siquiera existe un pronunciamiento respecto a este fenómeno, pues a pesar de ser un tema de vital importancia para muchas personas, ha sido abordado por la Asamblea Nacional como cualquier tema común, a tal punto que han pasado 10 años discutiendo esta figura para incluirla en el Código Orgánico de la Salud; y, no ha habido ningún tipo de consenso.

En el año 2020 la Asamblea Nacional intentó regular a la maternidad subrogada, pues se envió una propuesta de reforma al Código Orgánico de la Salud, en la cual se pretendía

incluir en el artículo 196 inciso tercero de dicho cuerpo normativo, el siguiente texto: “*La maternidad subrogada estará permitida únicamente en los casos en los que existan circunstancias médicas que no permitan el embarazo en la mujer (...). Se prohíbe las contraprestaciones económicas (...) No se considerarán contraprestaciones económicas a los gastos derivados del proceso de donación y los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto*”(Garzon, 2020).

En base a esta regulación normativa, el Ecuador pretendía tener una regulación intermedia en la maternidad subrogada, es decir, permitir la práctica, con fines altruistas, sin ninguna contraprestación pecuniaria. Pese a ello el ex presidente de la república, Lenin Moreno, vetó totalmente el proyecto de Ley. No obstante, para este 2023 se espera una nueva respuesta ante este particular. Con estas nuevas expectativas, se confía que el Ecuador se una a un criterio universal frente a la maternidad subrogada, pues con la actual situación lo único que tenemos es una laguna normativa, que puede vulnerar derechos constitucionales reconocidos y protegidos.

Ante el silencio del legislativo, se pueden promover actuaciones contrarias a la Ley, entre ellas abusos a las madres gestantes que alquilan sus vientres, o viceversa con quienes pagan o solicitan el acuerdo para formar una familia; sin embargo, se considera que al existir una regulación en el tema, se garantizaría la seguridad jurídica en temas de derechos, deberes y obligaciones, y se evitaría la incertidumbre en quienes a través de este derecho, buscan hacer su sueño realidad y formar una familia.

Es importante recordar que, el derecho a ser padre o madre, ha sido el principal motivo para que la biomedicina haya ido evolucionando en busca de la erradicación de la imposibilidad de tener hijos debido a circunstancias biológicas. Un estudio reciente, arrojó como resultado que, en un 56,37% de las cuatro ciudades más grandes del Ecuador se ofertan vientres de

alquiler a través de internet, teniendo como rango, las edades de 21 a 25 años en las mujeres ofertantes. Este particular es sumamente preocupante al tratarse de prácticas tan delicadas; y, más aún cuando las autoridades no emiten pronunciamiento alguno, permitiendo que cada centro privado de ayuda a la reproducción asistida aplique su regulación interna, sin la supervisión y registro de una institución pública (Merlyn, 2022).

Sin duda alguna, la inexistencia de regulación normativa sobre la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano deja diversos vacíos legales dando como consecuencia que las personas que decidan acceder a esta TRHA lo hagan sin ningún tipo de seguridad tanto para la mujer gestante como para los padres con intención.

Evidentemente, dentro de la población ecuatoriana han ido surgiendo varias interrogantes con respecto a si la práctica de la gestación por sustitución es legal o no. Al observar que la misma no se encuentra prohibida por las leyes ecuatorianas ni tampoco regulada, se practica sin las suficientes seguridades que requiere la celebración de un acuerdo de tal magnitud, y de ello, nacen conflictos por incumplimiento del mismo, trayendo una pregunta legal enorme, que es, ¿Cómo resuelven las y los jueces los inconvenientes derivados de la maternidad subrogada si no existe ningún tipo de regulación con respecto a ella? (Ruiz, 2017).

Sobre esta pregunta, se encuentra un vacío en la ley que pueda responderla, pues si se revisa la normativa del Ecuador, se puede evidenciar que en ninguna parte se encuentra regulada una figura legal que permita entender a los impartidores de justicia, como se configura el acuerdo para que proceda la maternidad subrogada. Esto lleva a entender que, en el país, únicamente se protege aquellas personas que pueden de manera natural procrear hijos y así formar una familia; pero se deja de lado a aquellas parejas que por cuestiones biológicas no

pueden concebir y deben buscar una salida alterna para hacer realidad su sueño de formar una familia. (Ceferino et al., 2021)

En base a los criterios e ideas aportadas en líneas anteriores, se puede entender que en el país, es imposible aplicar algún tipo de maternidad subrogada como los descritos anteriormente, pues no existe una normativa contractual o procesal que permita acceder a la misma; y, ante esta situación se podría incurrir una vulneración a los de derechos de libertad, dispuestos en el artículo 66 numerales 9 y 10 de la Constitución de la República del Ecuador, pues se estaría coartando la posibilidad legal de decidir cuándo y cuantos hijos/as tener a una pareja que por diversas razones, no pueda tener hijos de manera biológica y necesite de un vientre de alquiler para formar una familia.

Maternidad Subrogada: Derecho Comparado

Sentencia T-968-09 de la Corte Constitucional de Colombia

Dentro del proceso se establece que, una mujer de 22 años, madre soltera, de nacionalidad colombiana, con nombre ficticio Sarai; y un señor, de 54 años, casado, de nacionalidad colombiana pero residente en Massachusetts, Estados Unidos, con nombre ficticio Salomón, fueron presentados por parte del director del programa de fertilización in vitro, con el fin que de que la Sra. Sarai alquilará su vientre al matrimonio del Sr. Salomón.

Para realizar el proceso de fertilización in vitro, la Sra. Sarai recibiría los óvulos de la esposa del Sr. Salomón para implantárselos y una vez fecundados con el esperma del mismo, concebir el embarazo; todo por una suma de dinero que sería pagada de forma mensual, sin embargo, la Sra. Sarai no lograba quedar embarazada con éxito.

Es desde aquel momento que la Sra. Sarai afirma que se terminó el convenio realizado con la pareja de esposos, pues fracaso el tratamiento, no obstante, alega que el Sr. Salomón siguió en contacto con ella, y que al cabo de un tiempo tras crear una relación más íntima,

acudieron a otro centro de medicina reproductiva para someterse nuevamente a un tratamiento de fertilización, dicho tratamiento tuvo éxito dando como resultado el embarazo de mellizos, quienes nacieron en marzo de 2006, con buen estado de salud.

A partir del nacimiento de los mellizos, la madre registró a los menores como hijos extramatrimoniales, sin suministrar el nombre del padre, quien no se encontraba en Colombia para el nacimiento de los mellizos debido a que no fue notificado con la fecha de parto. Según la versión del padre, la Sra. Sarai desistió de entregar a sus hijos, luego de haber recibido ya un valor acumulado de \$14.208.750 pesos colombianos. Desde este momento se dio paso a un largo camino de enfrentamientos, denuncias y demandas, que terminaron en la asignación de la custodia provisional al padre, además de la salida definitiva del país de los menores, dada por la autorización del Juez décimo de familia de Cali, ante la cual se propuso una acción de tutela.

Dentro de la sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia se expresa que dentro del “ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las TRHA dentro de las cuales se ubica a la maternidad subrogada, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional (...)” (Sentencia T-968-09, 2009).

El artículo 42 inciso 5 de la Constitución Colombiana, reconoce que: “*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes. La Ley reglamentará la progenitura responsable*”(Constitución Política de Colombia, 1991). La Constitución de Colombia no solo reconoce los derechos de hijos nacidos en matrimonio, extramatrimoniales o adoptados sino también, la misma reconoce a aquellas personas cuyo nacimiento es producto un tratamiento médico, pero intrínsecamente, protege el derecho que poseen las personas que no pueden

concebir de forma natural a acceder a las TRHA con el fin de resolver aquellos problemas de infertilidad que existen dentro de la sociedad, demostrando la clara necesidad de regular las mencionadas técnicas con el objetivo de evitar vulneraciones de derechos.

Dentro del presente caso en análisis, se habla de que no existe una prohibición expresa de la maternidad por sustitución, al igual que la misma tampoco se encuentra regulada en su ordenamiento jurídico, por lo que dentro de Colombia “*se lo maneja desde la esfera del Derecho Privado como un contrato entre una madre gestante y una persona o pareja comitente*” (Barahona y Guerra, 2021); y, es partir de la presente sentencia que se permite la legitimación de la maternidad subrogada como solución a los existentes problemas de infertilidad que afectan a parejas, y por ende a su derecho a formar una familia.

De igual forma, dentro de la misma sentencia la Corte Constitucional de Colombia establece que la regulación de la maternidad por sustitución debe cumplir con ciertos requisitos y condiciones: (i) que la mujer no pueda gestar de forma natural; (ii) que la mujer gestante no aporte sus gametos; (iii) que la mujer gestante únicamente desea ayudar a otras persona, más no lucrar; (iv) que la mujer gestante cumpla con cierto rango de edad, buena salud psicológica, haber sido madre; (v) que la mujer gestante cumpla con la obligación de realizarse exámenes médicos antes, durante y después del embarazo; (vi) que se resguarde la identidad de las partes contratantes; (vii) que la mujer gestante que informada y bajo su consentimiento firme, no pueda retractarse de la entrega; (viii) que los padres comitentes no rechacen al hijo; (ix) que la mujer gestante solo pueda interrumpir su embarazo porque su salud se encuentra en peligro, etc. (Sentencia T-968-09, 2009).

Casos: Estados Unidos (California y New Jersey)

Es preciso analizar los casos más emblemáticos sobre la maternidad subrogada que marcaron la historia de Estados Unidos. El primer caso “Baby M” sucedió en los años 80 y se

trata de que una pareja estadounidense William y Elizabeth Stern que efectuaron un contrato de maternidad subrogada con Mary Beth Whitehead que, como contraprestación recibió 10.000\$ por alquilar su vientre. En este caso el aporte genético fue de William como padre con intención y de Mary Beth como mujer gestante, pues Elizabeth era infértil, dando como resultado una inseminación artificial. La mujer gestante al momento de entregar al bebé se sintió incapaz de hacerlo, lo que generó la primera demanda por gestación subrogada en Estados Unidos por la custodia del bebé (Golombok, 2017).

En este caso la Corte Suprema de New Jersey, analiza ciertos aspectos en su sentencia ***“In the Matter of Baby M, 109 N.J. 396 (1988)”***: Primero, sustentó que los contratos por maternidad subrogada estaban en conflicto con la política pública, por lo que dicho contrato era inválido, pues consideraban que dicho pacto entraba en conflicto con las Leyes de las adopciones en cuanto se prohibía los pagos monetarios por adopciones y por otro lado, con los derechos de los padres sobre los hijos, debido a que la Leyes no rescinden de los derechos de maternidad, excepto si se demuestra ineptitud. A pesar de la guerra judicial, la Corte concedió la custodia del menor a los Stern, permitiendo las visitas a Mary Beth (Wilentz, 1987).

Por otro lado, está el caso en California de Calvert vs Jonhson, entre los años 80 y 90. Sucedió que Mark y Crispina Calvert celebraron un contrato con Anna Jonhson quien se ofreció ser madre sustituta para dicha pareja. Crispina se había sometido a una histerectomía, no obstante, su cuerpo estaba en condiciones de producir óvulos, por lo que, la pareja aportó el material genético, es así que con la ayuda de las TRHA se realizó una fertilización in vitro. En el contrato se estableció, la contraprestación que recibiría Anna por 10.000\$, sin embargo, incluso antes de llegar a término del embarazo surgieron conflictos entre las partes por lo que acudieron ante un tribunal para la determinación de filiación y custodia del bebé. En el proceso,

se llevó a cabo la toma de muestras de sangre que dio como resultado la exclusión a Anna como madre biológica y que Mark y Crispina eran padres naturales del bebé (Valdés, 2014).

A partir de estos dos casos expuestos, con el pronunciamiento de las distintas Cortes de Estados Unidos, es necesario hacer algunas consideraciones adicionales que se analizaron:

- **Fertilización In vitro:** Como sucedió en el caso de Baby M, representa un punto de partida para que los contratos de subrogación apliquen acuerdos modernos, en donde los padres con intención aporten un óvulo y esperma, evitando que la madre gestante aporte el material genético (González, 2020).
- **Intención de los padres comitentes:** No se debe enfocar en la realidad genética, sino la intención de los padres comitentes de tener un bebé, pues la misma sentencia del caso Calvert vs Jonhson comprobó que sin la intención y aportación de los óvulos y semen de los padres nunca, se hubiera dado el embarazo. Por otro lado, en cuanto, a los **Pagos:** Se establecen con el objeto de compensar por los servicios de gestar a un bebé y labores del parto, más no por renuncia de derechos de la madre. No se puede negar el valor de este tipo de contratos, pues se violaría el derecho de libertad de la mujer gestante a que obtenga un beneficio (Valdés, 2014).
- Según Martínez y Rodríguez, (2021), debe existir: Primero **capacidad** necesaria para celebrar el contrato de las partes entendiendo los términos y condiciones, y segundo, el **sometimiento a procesos de evaluaciones médicas y psicológicos:** Estos procesos se someten las partes y las mujeres gestantes deben demostrar que ya han dado a luz anteriormente.

De acuerdo a la jurisprudencia de Colombia y los casos analizados de Estados Unidos, se resalta la importancia de regular la maternidad subrogada en los países que no tienen pronunciamiento expreso respecto a esta problemática, como es el caso de Ecuador, donde se

puede evidenciar la inexistencia de normativa, que da como resultado consecuencias de naturaleza jurídica y sobre todo sociales, es así que los países estudiados previamente marcan un camino más claro, para que se pueda alcanzar y mejorar los ordenamientos jurídicos para los diferentes estados, generando así soluciones prácticas.

Conclusiones

Finalmente, es preciso manifestar que, nuestra legislación no solo debe tener en cuenta dentro de su ordenamiento jurídico, los vínculos paterno-filiales que surgen de una reproducción natural o de una relación a partir de la adopción; sino más bien se debe observar y analizar la incorporación de las nuevas TRHA que han influenciado dentro de la actual sociedad, considerando que la misma tiene mayor práctica en la actualidad; y, que es una alternativa real para concebir hijos.

De toda la investigación realizada, concluimos que debe incluirse dentro de la normativa ecuatoriana, a la maternidad subrogada como una figura legal a través de un contrato, que sea protegido por el Estado. Desde esta perspectiva para una posible regulación se deberían considerar los siguientes términos:

Primero, el enfoque principal de esta investigación es sobre los derechos de libertad y todos los derechos que están relacionados con el mismo, como nuestro modelo constitucional lo garantiza “la familia es el núcleo de la sociedad”, debería ser una de las bases primordiales para la visión de regulación en esta materia, ya que se debe aceptar todos los tipos de familias modernas que se han formado más aun teniendo presente el espíritu actual del mundo mismo, que es con grandes progresos tecnológicos y científicos que ha sido un gran apoyo para la sociedad misma.

Segundo, conforme al estudio ejecutado previamente, referente a las generalidades del tema de la maternidad subrogada, es importante que dentro de la regulación se establezca un

concepto universal y la incorporación de la terminología correcta para este tipo de procedimientos, es aquí que proponemos, que se defina como: La maternidad subrogada es un contrato mediante el cual dos partes intervienen; padres con intención e infériles y mujer gestante, acuerdan someterse a un proceso mediante el cual se procreará una vida para los primeros contratantes.

Todo esto con el objetivo de que el concepto sea asociado por la ciudadanía a la que se dirige la normativa, para que las mismas se encuentren informadas y conscientes sobre todo lo que abarca la maternidad subrogada antes de celebrar estos contratos, avalando así la garantía de la seguridad jurídica, ya que, con esto se evitaría confusiones al ser un tema amplio y con gran acceso, debido a que, a lo largo de la historia nos ha demostrado su evolución y con ello el nacimiento de varias posturas y tesis.

Tercero; los países que tienen mayor desarrollo a comparación de Ecuador, como es el caso de Colombia y de Estados Unidos, referente a este tema, podrían tomarse como ejemplo, modelo y punto de partida para la regulación de las necesidades de nuestro país, así que, de igual forma, es importante indicar que dentro del aporte de nuestra investigación la posible normativa que se elaborará y que los legisladores deberían tomar en cuenta para el cumplimiento de la maternidad subrogada los siguiente aspectos, como lo son: 1) Que los padres con intención no puedan tener hijos; 2) Que los padres con intención cubran todos los gastos que genere el contrato, desde su celebración hasta la entrega definitiva de la o el hijo; 3) Que la mujer gestante se someta a distintos chequeos médicos con la finalidad de determinar si es apta para gestar una vida a terceras personas; 4) Que una vez nacido la o el hijo sea inscrito como hijo de los padres con intención. Todo los mencionado como requisitos mínimos para que no existe problemas futuros explicar cada uno de los aspectos.

Concluyendo; a pesar de que la mejor opción para intentar solventar estos problemas que surgen de la maternidad subrogada “informal”, es una regulación; debemos tener claro las posibles actuaciones que se pueden dar por parte de los intervenientes, pues evidentemente no podemos asegurar que se dé cumplimiento total del pacto, es por esta razón que en caso de que una de las partes infrinja el acuerdo, se podría reclamar el incumplimiento del contrato en la vía correspondiente y sería competente el juez del domicilio donde se firmó el contrato de maternidad subrogada.

Bibliografía

- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* (Registro Oficial, Ed.).
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*
- Barahona-Cobos, D., & Guerra-Coronel, M. A. (2021a). La maternidad subrogada en el Ecuador. *FIPCAEC*, 6(1), 191–214. <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i1.337>
- Briseño Centella, & Jurado Hans. (2018). Derechos Fundamentales a Debate/ Gestación sustituta y subrogada, derecho humano no reconocido constitucionalmente. *Instituto de Investigación y Capacitación de Derechos Humanos*, 6, 31–46.
- Ceferino Jorge, Blacio Juleysi, & Durán Armando. (2021). La maternidad subrogada en la legislación ecuatoriana. *Revista de Ciencias Sociales y Humanísticas*, 5(22), 101. <http://revistamapa.org/index.php/es>
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-968-09, (2009).
- Garzon, W. (2020). *Código Orgánico de la Salud*.
- González, A. (2020). Derechos fundamentales y subrogación materna en México: la regulación en Tabasco, Sinaloa y Ciudad de México. *Revista Especializada En Investigación Jurídica*, 7, 167–187. <https://doi.org/10.20983/reij.2020.2.8>
- Guzmán, J. L., & Miralles, Á. A. (2012). Aproximación a la problemática etica y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXIII(2), 253–267.
- Heredia, A. V. (2019). La Maternidad Subrogada: un asunto de Derechos Fundamentales. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 421–440. <https://assets.hcch.net/docs/>
- Lamm, E. (2013). *Gestación por Sustitución* (Universitat de Barcelona Publicacions i Edicions & Observatori de Bioética i Dret, Eds.).

DERECHO CRÍTICO: REVISTA JURÍDICA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

Vol. 5, Núm. 5, 2023 (1-25)

ISSN: 2953 - 6464

DOI: <https://doi.org/10.53591/dcjcsp.v4i4.1115>

Martínez, K., & Rodríguez, C. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en

Latinoamérica. *Jurídicas*, 18(1), 74–90. <https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>

Martínez, V. (2015). Maternidad Subrogada mirada a su regulación. *Año* 29, 24(2), 353–382.

Martínez-Muñoz, K. X., & Rodríguez-Yong, C. A. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica. *Jurídicas*, 18(1), 74–90.

<https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>

Merlyn, S. (2022). La Gestación por Subrogación en América Latina. In N. Espejo, C. Fenton-Glynn, F. Lathrop, & J. M. Scherpe (Eds.), *La Gestación por Sustitución en Ecuador* (Primera Edición, pp. 181–214). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales y Cambridge Family Law. <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/>

Regalado Torres, M. D. (2017). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2(2), 10. <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>

Rivas, M. A., & Luzuriaga, N. (2012). Contrato de vientre de alquiler y sus consecuencias humanas, jurídicas y sociales. (1st ed., pp. 41–123).

Ruiz, G. R.-R. (2017). La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada. *Revista de Derecho Político*, 99, 49–78.

Santamaña Solís, L. (2016). *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos*.

Susan Golombok. (2017). *Familias modernas: Padres e hijos en las nuevas formas de familia*. Ediciones Akal.

Valdés, C. (2014). La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho*, XXXI, 450–482.

Wilentz. (1987). 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227.