



Análisis de la creación del contrato de maternidad subrogada en Ecuador

Analysis of the creation of the surrogacy contract in Ecuador

Análise da criação do contrato de barriga de aluguel no Equador

Edison Santiago León-Trujillo ^I

es.leon@uta.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0001-7546-4916>

Donovan Samuel Onofre-Martínez ^{III}

onofresamuel22@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0007-9596-1144>

Correspondencia: es.leon@uta.edu.ec

Ciencias Sociales y Políticas

Artículo de Investigación

* **Recibido:** 17 de noviembre de 2024 * **Aceptado:** 06 de diciembre de 2024 * **Publicado:** 31 de enero de 2025

I. Universidad Técnica de Ambato, Ecuador.

II. Universidad Técnica de Ambato, Ecuador.

Resumen

La presente investigación tiene como objeto el análisis del contrato sobre la gestación y maternidad subrogante, considerando contextos internacionales, la realidad de Latinoamérica y la actualidad en Ecuador sobre la conocida interrogante del vientre de alquiler. La metodología a implementarse se desarrolla dentro de un enfoque cualitativo fundado en el análisis de publicaciones y artículos doctrinarios, así como el estudio de la normativa nacional e internacional que corresponden a la técnica de reproducción asistida mencionada anteriormente, conjuntamente con sus modelos de contratos, para de esa manera realizar ejercicios de derecho comparado ajustándolo a la realidad nacional.

Dentro de los resultados y el contenido se focalizarán 3 puntos de discusión que funcionarán como eje para el desarrollo del artículo, los mismos que se detallan a continuación: la bioética; contexto social; y marco legal sobre el contrato del vientre de alquiler. Macro temas que desarrollarán contenido suficiente para comprender la necesidad de la generación de contratos sobre la gestación subrogante, de la misma manera de la paternidad y maternidad sobre el recién nacido.

Palabras clave: Contrato; gestación; vientre de alquiler; maternidad subrogante; paternidad; maternidad; recién nacido.

Abstract

The purpose of this research is to analyze the contract on pregnancy and surrogacy, considering international contexts, the reality of Latin America and the current situation in Ecuador regarding the well-known question of the surrogacy. The methodology to be implemented is developed within a qualitative approach based on the analysis of publications and doctrinal articles, as well as the study of national and international regulations that correspond to the assisted reproduction technique mentioned above, together with its contract models, in order to carry out comparative law exercises adjusting it to the national reality.

Within the results and content, 3 points of discussion will be focused on that will function as the axis for the development of the article, the same ones detailed below: bioethics; social context; and legal framework on the surrogacy contract. Macro topics that will develop sufficient content to understand the need to generate contracts on surrogacy, in the same way as paternity and maternity on the newborn.

Keywords: Contract; gestation; surrogacy; surrogate motherhood; paternity; maternity; newborn.

Resumo

O objetivo desta pesquisa é analisar o contrato de gravidez e barriga de aluguel, considerando os contextos internacionais, a realidade da América Latina e a situação atual no Equador em relação à conhecida questão da barriga de aluguel. A metodologia a implementar desenvolve-se numa abordagem qualitativa baseada na análise de publicações e artigos doutrinários, bem como no estudo das regulamentações nacionais e internacionais que correspondem à técnica de reprodução assistida acima referida, juntamente com os seus modelos contratuais, de forma a realizar exercícios de direito comparado ajustando-a à realidade nacional.

Dentro dos resultados e conteúdo serão enfocados 3 pontos de discussão que funcionarão como eixo para o desenvolvimento do artigo, os mesmos detalhados a seguir: bioética; contexto social; e enquadramento jurídico do contrato de barriga de aluguel. Macrotópicos que desenvolverão conteúdo suficiente para compreender a necessidade de gerar contratos de barriga de aluguel, da mesma forma que a paternidade e a maternidade do recém-nascido.

Palavras-chave: Contrato; gestação; barriga de aluguel; maternidade substituta; paternidade; maternidade; recém-nascido.

Introducción

En la actualidad, la sociedad en general ha ido evolucionando junto con el tiempo. La mentalidad, la ideología, la cultura, entre otras. El cambio social ha estado presente por diversos factores, por ejemplo: el avance tecnológico, la ciencia, el descubrimiento, el estudio; por tanto, es imprescindible que el Derecho al ser una ciencia social y conexas a otras, también debe cambiar para cumplir con las expectativas que la humanidad espera. En adición, el derecho debe resolver las problemáticas y necesidades que tenga la población, debido a que como se mencionó es evolutivo, es decir que los ordenamientos jurídicos deben modificarse o complementarse en casos que sean pertinentes.

En tal virtud, la presente investigación versa sobre el estudio de la figura del Contrato del Vientre de Alquiler o Maternidad Subrogada en Ecuador. Temática que se puede presentar frente a un problema de salud, es menester mencionar que según la Organización Mundial de la Salud [OMS], alrededor de 186 millones de personas, al igual que 48 millones de parejas, padecen infertilidad

(Organización Mundial de la Salud, 2022). Por tal motivo, la infertilidad es la principal causa para la búsqueda de diferentes alternativas para lograr la procreación. Ante tal problemática social y de salud, los ordenamientos jurídicos se han visto en la necesidad de incluir dentro de su normativa una regulación expresa para la celebración de un contrato respecto de la maternidad subrogada.

Desde otra arista, cuando se analiza la maternidad subrogada es imposible no relacionarla con derechos. Por ejemplo, el Derecho a la vida, pues como tal, se lo respeta y promulga con este método de reproducción asistida. Desde el ámbito jurídico, el Derecho a la vida es un derecho fundamental y por tanto debe ser precautelado con responsabilidad y compromiso legal. De acuerdo con Barahona – Cobos (2021, pp. 196-197), la historia ha impregnado en el devenir del tiempo que desde el Código de Hammurabi ya existían reglas para la maternidad sustituida. Así mismo en Estados Unidos, el caso particular de *Mary Whitehead vs El matrimonio Stern*, marcaron un precedente en busca de cristalizar la idea del Vientre de Alquiler.

Al ser un tema controversial, debatido y abordado por varios países como Italia, Francia, Alemania, España, entre otros; la maternidad subrogada ha sido puesta en duda en cuanto a su viabilidad. Existen factores y análisis de que la figura en mención va en contra de los derechos, que puede ser interpretada como comercio de personas como un mecanismo de obtención de dinero o a su vez como un negocio. Estos últimos que poseen peculiaridad con el tema económico y de derechos humanos, son los que llevan a enfatizar la posibilidad de incorporar en la legislación ecuatoriana el Contrato de Vientre de Alquiler. Es importante mencionar que la investigación se fundamenta en la protección de los Derechos, que vienen inmersos con el Derecho a la Familia, a la Vida y a la Procreación.

Metodología

La presente investigación es una recopilación documental exclusivamente bibliográfica, que tiene por objeto desarrollar la temática sobre un contrato de vientre subrogado dentro de un contexto mundial, latinoamericano y ecuatoriano. Realizando un análisis cualitativo bajo el fundamento biológico - legal que involucra la maternidad subrogada. En base a la información recopilada sobre el tema antes mencionado, usando como herramienta principal la investigación web, generamos fundamentos jurídico-médicos para solventar las interrogantes de esta problemática. Del mismo modo, se realizó la interpretación desde la perspectiva jurídica para que, basándose en los derechos,

se pueda estructurar un contrato de maternidad subrogada o vientre de alquiler, con la finalidad de garantizar el cumplimiento que conlleva este proceso.

Resultados

De acuerdo con Porto – Pérez y Merino (2017), cuando una pareja desea tener un hijo y no puede hacerlo de forma natural, busca otras alternativas como la adopción o en este caso la fecundación in vitro en un vientre de alquiler. El vientre de alquiler logra completar su definición cuando una mujer mediante un contrato previo, está dispuesta a entregar su “capacidad gestante”, para que se someta a un tratamiento de fecundación in vitro, y así también se comprometa a entregar a sus padres al niño que nace de ese embarazo (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2020). Así mismo, Trollice y Salvador (2019) quienes son ginecólogo y embrióloga respectivamente, sostienen que la gestación subrogada es conocida por error como “maternidad subrogada o vientre de alquiler”. Además, lo catalogan como un método de “reproducción asistida” en donde la mujer que gesta al nasciturus los 9 meses, al final no será la madre del mismo. Es decir, que los futuros padres son los “padres de intención”, puesto que ambos prestan sus óvulos y espermatozoides para que el hijo sea biológicamente suyo, en caso de que cualquiera de los dos no pueda, se recurre a un donante.

Para realizar este procedimiento, una alternativa puede ser que el hombre y la mujer aporten con los espermatozoides y ovocitos, con la idea de que la persona gestante únicamente aporte con su útero para mantener el embarazo. Posteriormente, se los lleva a un laboratorio en donde se instalará el embrión en el útero de alquiler que se haya contratado previamente. Sin embargo, para crear un embrión es necesario la asistencia reproductiva, la cual describe diferentes tipos de inseminación (Ovia Health):

- FIV: Es el más común y corresponde a la fertilización in vitro de la unión de un óvulo con un espermatozoide que se lo implanta en el útero. Este ciclo tiene una duración de aproximadamente 2 semanas y su probabilidad de tener éxito es un 40%, aunque también pueden influir otros factores como la edad de la madre gestante, modo de vida, entre otros.
- IUI: Es la inseminación intrauterina, es decir cuando en el útero se inyecta el espermatozoide del hombre, este proceso es de forma rápida posterior a que el espermatozoide se procese. Su efectividad es del 15 al 20%.

- ICI: Es la inseminación intracervical, es decir que se inyecta el esperma en el cuello del útero y al igual que el método anterior solo es cuestión de minutos para que tenga efecto. En cuanto a su efectividad, los especialistas señalan que tiene un éxito similar al IUI.
- IVI: Corresponde a la inseminación intravaginal, lo que significa que el esperma se inyecta en la vagina de la madre gestante. Sin embargo, su grado de éxito es menos claro con relación a los métodos anteriores, aunque es menos costoso, no garantiza la efectividad.

Estos procesos de gestación son en su mayoría aplicados por parejas heterosexuales que no pueden concebir un hijo, o a su vez, parejas homosexuales que desean formar una familia propia. Así mismo, en el primer caso, se puede recurrir a la gestación subrogada en temas como: ausencia de útero o malformación uterina, y contraindicación médica.

La situación de la maternidad subrogada a escala global

La gestación subrogada, mayormente conocido como vientre de alquiler o a su vez, madre sustituta, a lo largo de la contemporaneidad se ha ido estableciendo como una técnica de reproducción asistida, correspondiente a la manipulación controlada de los gametos, tanto óvulos como espermatozoides. En este caso, el embrión es implantado en una mujer que se encargará de concebirlo tras la imposibilidad de los padres verdaderos (Candal, 2010).

Según lo enuncia la International Social Security (2016), se estima que cerca de 20. 000 niños nacen cada año por medio de la técnica de gestación subrogada, de igual manera, advierte un potencial peligro que se puede ocasionar si agencias intermediadoras para la gestión de un proceso como el mencionado empiecen a hacer negocio, ya no siendo conscientes de la vida del ser gestado sino, únicamente haciendo prevalecer intereses económicos.

En España, uno de los países que se tomará como muestra de la realidad global referente al vientre de alquiler, se registraron 748 nacimientos provenientes de dicha técnica, en un período de seis años, correspondientes del 2010 al 2016. No obstante, estos procesos no suceden en el país ibérico, por el motivo que ahí, legalmente está prohibido. Más bien, las inscripciones de los recién nacidos se las realizan en las embajadas, esto debido a que los bebés son provenientes de 12 países en donde la práctica de la gestación subrogada es permitida, siendo Estados Unidos y Ucrania los principales (Moreno, 2018).

Para Sáinz (2015), determina que el 42% de españoles está en desacuerdo con la maternidad subrogada, mientras que el 41,6% tiene una opinión favorable ante esta vía diferente para la

concepción de un hijo en parejas que poseen dificultades biológicas. Se presenta igualmente, que el sector poblacional joven, estimado entre los 18 a 24 años, lo aprueban en un 54%, dos puntos más que los mayores a 65 años.

Como se había definido, Ucrania es uno de los países con mayor actividad en lo que respecta al vientre de alquiler, esto lo corrobora los datos emitidos del Ministerio de Justicia en donde informó que únicamente, en 2019 alrededor de 1500 nasciturus llegaron a la vida, por gestación subrogada, un año antes, la cifra de niños nacidos fue de 1100. Este fenómeno es consecuencia de la realidad económica que vive esa nación, considerando que, aplicar para ser madre subrogante conlleva la ganancia de € 15 000 promedio en relación a los € 350 como salario mínimo (Deutsche Welle, 2020).

Sobre la legislación ucraniana de la gestación subrogada es únicamente permitido hacia parejas heterosexuales casadas, en el que la mujer, para proceder a la técnica mencionada, debe demostrar su imposibilidad de embarazarse por medio de un certificado que dé razón médica sobre los riesgos que puede adquirir si se embaraza. Asimismo, la madre que preste su vientre, tendrá prohibido exigir la maternidad pues se consideran sus padres quienes tienen el material genético del hijo. Cabe mencionar, que la remuneración no tiene un límite propiciado por la legislación (Ruiz, 2017). De la misma forma, en Estados Unidos, en conformidad a estadísticas realizadas por la Society for Assisted Reproductive Technology (SART)¹, la cantidad de criaturas que nacieron de madres subrogadas incrementó de forma significativa en el lapso de 2004 a 2008, pasando de 738 a 1400. De igual manera, el fenómeno del vientre de alquiler impactó en el área jurídica y legislativa del país ya que se ha creado problemáticas con lo que respecta a la validez de los contratos de esta misma (Acosta, 2016).

Ilustración 1

Incremento de nacimientos por maternidad subrogada



Fuente: Adaptado de Acosta, 2016

Elaborado por: autoría propia

En Rusia la maternidad subrogada o también llamada maternidad por sustitución es considerada como una tecnología adicional de reproducción asistida. Esta se legalizó desde 2011, considerando las diversas actas normativas que existen como son el Código de la familia, normas del Ministerio de Salud, leyes de salud reproductiva, entre otros. Se permiten realizar estos procesos solo a parejas del mismo sexo, sin importar si estos hayan contraído matrimonio o no, y también a mujeres solteras (Heredia, 2019).

Así también, existen programas sobre el vientre de alquiler en el que incluye solo una implantación de embrión, y otros, que ofrecen las implantaciones de embrión ilimitadas. De acuerdo a estadísticas realizadas por la Российское общество репродукции человека², todos los años nacen unos 550 niños, producto del vientre de alquiler, sin embargo, ciertos profesionales elevan la cifra a 700 tomando en consideración que existen varias clínicas privadas que no anuncian de los nacimientos a las autoridades (Hebrero, 2017).

En Francia, la gestación subrogada no es reconocida como una técnica de reproducción asistida por lo que no es legal, además es considerada objeto de una prohibición estricta. Este proceso fue prohibido en el año de 1991 por el Tribunal Supremo francés en base a la Ley de Bioética y porque es considerada contraria al orden público. En tal sentido, se toma en cuenta al Código Civil que estipula el principio de que queda sin efecto y se declara nulo a todo acuerdo que tenga relación con la maternidad sustituta. Además, al Código penal en el que este proceso es considerado delito y por ende tiene una pena privativa de libertad (Closcaru & González, M, 2019).

Hasta la actualidad, no hay una ley específica que impida la maternidad subrogada, pero está, si se establece como prohibida en cualquiera de sus casos. Pese a estar prohibida, no ha sido impedimento del uso de esta práctica, en otros países en los que si se encuentra legalizada. De esta forma, se puede ejemplificar que en la República Francesa en 2015 existieron 2000 casos de niños que nacieron en el extranjero por gestación subrogada pero que no poseían nacionalidad francesa (Silva & Perkumiene, D, 2021).

El vientre de alquiler como una alternativa de generación de vida humana

La ciencia ha dado grandes pasos durante el último tiempo, dando alternativas para la fecundación, tales como la fertilidad in vitro y los genomas humanos, mismos que se consideran que han sobrepasado las barreras de las limitaciones del derecho. Dando como resultado alternativas para

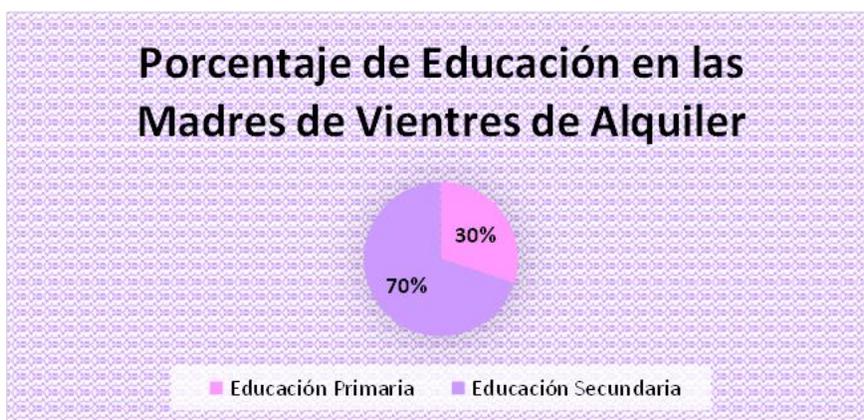
la generación de vida humana. Como se sabe las ciencias de la salud, han ido siempre por delante de la legislación. El hecho de incluir dentro de las normativas el vientre de alquiler supone que se otorgará una categoría de derechos a lo que en sí se considera un capricho, mas no una necesidad teniendo como resultado la construcción de la libertad radical de los individuos y de sus deseos esto según Alicia Miyares citada en Literaria (2018).

Asimismo, este tema ha sido fuente de discusión, por exhibir a la mujer como un objeto de reproducción Asunción Bau (2019), en su obra Mujeres Vasijas menciona que en una sociedad que ha tenido avances legislativos donde se le otorga un papel ciertamente equitativo y liberal a la mujer aún se la puede seguir viendo como una herramienta para la reproducción en un sistema liberal. Uno de los países que más han demostrado desenvolverse en un sistema neoliberal es España, puesto que su regulación no es totalmente clara y concisa respecto a derechos de las mujeres, siendo promotora de prácticas sociales que buscan complacer los caprichos en contra de la dignidad y el trato justo hacia las mujeres, haciéndolas visualizar como un objeto tanto de reproducción como de placer sexual (Harcourt, 2011).

Según encuestas realizadas por Nuria Varela en el año 2017, se menciona que las mujeres que más incidencia a prestar su vientre tienen, son las mujeres que no mantienen una formación secundaria, estas en un 70%, mientras que el otro 30% ni siquiera han cursado la educación primaria, denotando así el alquiler de su cuerpo como un medio para generar ingresos frente a la desigualdad social, que aún se visibiliza en la sociedad.

Ilustración 2

Porcentaje de Educación en las Madres de Vientres de Alquiler



Fuente: Adaptado de Nuria Varela, 2017

Elaborado por: Autoría propia

Latinoamérica

Otro país que destaca por un porcentaje alto de práctica de este proceso es Colombia, ya que este tipo de “alquiler” no se encuentra prohibido del todo, pero a la vez no se le ha proferido una ley para regular aspectos del proceso. Mediante el decreto 2493 emitido en el año 2004 se menciona en una parte que, se admitirá los procedimientos para trasplantes en los seres humanos así también, el funcionamiento de la biomedicina reproductiva, interpretándose así, que el procedimiento de gestación asistida está permitido, haciendo materializar el principio de autonomía profesado dentro de la Constitución Colombiana, misma que otorga el derecho a la formación de una familia (Corte Constitucional De Colombia , 2004). Al respecto la Sentencia T- 968 del 2009, menciona explícitamente que para que este proceso tenga validez se debe utilizar el material genético de ambos padres donde la única labor de la madre sustituta será gestar al embrión (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

En Latinoamérica la maternidad subrogada ha sido un tema de controversia en el ámbito jurídico puesto que, en los países latinoamericanos se está desarrollando leyes pertinentes para prohibir o permitir el desarrollo de la misma. Por lo general, se considera de prioridad definir los parámetros de un contrato para el vientre de alquiler el mismo que, depende de la jurisprudencia de cada país para ser ejecutado en base a proyectos de ley y resoluciones. Uruguay y Brasil han brindado alternativas con lo que respecta al contrato de la maternidad subrogada estableciendo parámetros altruistas y de consanguinidad. Por otro lado, Guatemala, Costa Rica, Perú, Paraguay aún no establecen un marco jurídico para definir la legalidad de la gestación subrogada (Martínez Muñoz & Rodríguez Young, 2020).

Acorde con Laborde (2021), Uruguay es un país en constante desarrollo y ha se ha enfocado en la evolución del derecho, es por ello, que regula la maternidad subrogada desde el año 2013, presentando la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La misma que en su capítulo IV determina los artículos en relación al tema, resaltando que se anulan los contratos a título oneroso. En relación a la filiación, se relaciona al solicitante de la gestación subrogada. Además, se especifica que debe ser altruista y suscrito el acuerdo por las personas que realizan este procedimiento, como característica señala que este proceso se aplica a las personas que no puedan gestar. Por último, debe existir una relación de consanguinidad hasta el segundo grado con la persona que va alquilar su vientre.

Con el paso de los años, Uruguay ha ido implementando decretos y proyectos con el objeto de ampliar la perspectiva de la gestación subrogada y su contrato, destacando temáticas que no han sido consideradas como es en el caso de homosexuales, personas fuera del país sin recursos.

Sin embargo, las propuestas implementadas se han mantenido como proyectos vulnerando derechos a los grupos señalados (Laborde, 2021).

La maternidad subrogada en Brasil es permitida en la normativa bajo Resolución del Consejo Federal de Medicina en el 2015. Siendo así, considera aplicar el proceso de gestación en base a la ética y la armonía, por ello resalta distintos parámetros para llevar a cabo esta acción. En primera instancia es necesario que sea sin fines de lucro, es decir, que sea altruista en su totalidad con el fin de que no se maneje la comercialización de tejidos. Por otro lado, es necesario que sea pariente consanguíneo y que la madre de intención no pueda tener hijos por motivos médicos. Además, es prudente destacar que la maternidad subrogada si es permitida para parejas homosexuales (Rospigliosi, 2021).

Según Cedeño (2022), para que este procedimiento se certifique de manera legal es importante que la madre de intención tenga en su poder una sentencia judicial el día de nacimiento, debido a que da legalidad al proceso que se está llevando a cabo. Sin embargo, si no se ejecuta la sentencia judicial y la madre de intención registra al hijo como si fuere suyo, está cometiendo un acto de ilegalidad.

Principio nullum crimen nulla poena sine lege en la maternidad subrogada

Guatemala, Costa Rica, Perú, Paraguay se manejan con el principio nullum crimen nulla poena sine lege ³para ejecutar la gestación subrogada puesto a que en las normativas existe vacíos legales ⁴que no prohíban o permitan. Es por ello que los países mencionados crean constantes proyectos para establecer en la normativa la maternidad subrogada. Cabe recalcar que únicamente las clínicas son las encargadas del proceso de gestación. Además, se presume que con un vacío legal el contrato que se ejecutó no es de total seguridad.

El contrato de vientre subrogado en relación con Ecuador

La Comisión Nacional de Bioética en Salud del Ministerio de Salud Pública (2018), expuso un artículo acerca de los “Criterios y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador”, el mismo que conceptualiza a la maternidad subrogada como que una mujer alquila su vientre de manera voluntaria, acordando que al término de la gestación no poseerá derechos sobre el niño que nace. Además, la Comisión destaca que existen dilemas bioéticos entorno a este tema

puesto que es una práctica que se realiza en Ecuador desde aproximadamente 23 años atrás. Sin embargo, no existe una regulación legal actual para realizar los contratos. Así mismo, se exponen argumentos en contra y a favor del vientre de alquiler:

En contra:

- Se pierde la esencia de la naturaleza humana, en este caso la maternidad y la dignidad propia de la persona.
- Los lazos existentes entre madre e hijo al momento de la gestación son diferentes.
- Es una forma de explotación hacia la mujer, así también se atenta a su dignidad.
- Es inmoral crear niños en contra de la voluntad de la naturaleza.

A favor:

- Es una solución para las parejas que no pueden concebir hijos de manera natural.
- No es considerado explotación, puesto que es un contrato voluntario.
- De acuerdo con investigaciones no se genera un daño para el menor, ni para la mujer gestante.
- Es un avance de derechos puesto que se fomenta el respeto y tolerancia a las diferentes identidades sexuales y el derecho a formar una familia.

Discusión

Bioética

La maternidad subrogada como ética

Un debate sobre el alquiler de vientre, llegó al Parlamento en Rusia, con un proyecto que propuso prohibir esta práctica hasta que se establezca una nueva ley en la que no existan vacíos legales. El senador ruso Antón Beliakov también tomó en consideración este proyecto, planteándose si la maternidad por sustitución es ética. Mencionando a la vez que el régimen actual no proporciona la protección necesaria a la mujer gestante, padres biológicos y muchos menos al niño que se va a concebir, lo cual genera conflictos (Medina, 2017).

Deshumanización de las madres con vientre de alquiler

Como lo enuncia Profesionales por la Ética (2015), en el periodo de gestación, los padres mantienen su contacto muy cercano con la madre subrogante, la atención es preferente. Sin embargo, tras la culminación de su trabajo, el procedimiento jurídico se da por finalizado, por ende, el contrato que se había oficializado, concluye. Tras eso, la pareja que contrató a la mujer, se

distancia considerándola como un elemento de poca relevancia, molesto y amortizado refiriéndose a una terminología comercial. Tras eso, la mujer se siente explotada, además de separada de un vínculo natural. Constituyéndose en una transacción comercial de personas y no de un producto. En Francia, es considerada como una máquina de reproducción que se regula por un contrato, asimismo, consideran que este proceso cosifica y discrimina a la mujer al comercializar su cuerpo. Por tanto, uno de los inconvenientes que se toman en cuenta del alquiler de vientre es la suposición de la despersonalización y denigración del cuerpo de las madres gestantes. Además, esto se ve utilizado solo como un medio de servicio para el cumplimiento del deseo de terceros (Zurriarán, 2020).

Sociedad

Gestación subrogada, un negocio

Como se ha ido evidenciando a lo largo del texto, la maternidad subrogada es un proceso comercial, que, como en el caso de Ucrania, es legal. Este negocio parte de técnicas de reproducción artificial cuyo mercado está enfocado en parejas que por motivos biológicos no pueden tener hijos, por lo que buscan tener descendencia por medio de la tecnología moderna. Se denomina un fenómeno creciente por razón de que, en 8 años, desde 2008 al 2016, el valor promedio por el procedimiento se incrementó de \$6 000 a \$20 000 (López, 2017).

Conflicto de intereses

La sociedad se ha basado en estigmatizar esta forma de concepción como inmoral, ya que esto solo es un contrato que se da por medio de un apretón de manos, es por ello que se ha buscado asesoría de orden médico y jurídico, para que este proceso tenga una planificación y supervisión tanto médica como legal (Casal, 2011). Es de vital importancia que se genere un contrato en el cual se consagre explícitamente las penalizaciones que se darían, si se llega a presentar un incumplimiento por irresponsabilidad o un tipo de culpa en este proceso. A la vez, se debe marcar un antecedente en el que se haga constar la paternidad y maternidad genética y legal, para evitar que el vínculo afectivo generado tras la gestación haga que se dé un incumplimiento al proceso de gestación in vitro, generándose un conflicto de interés en las partes actoras del proceso, buscando que nadie claudique durante el término del mismo.

Marco legal

Situación legal en el marco europeo

En la gran mayoría de Europa, la actividad de maternidad subrogada está prohibida o limitada por los cuerpos legales de cada país, exceptuando el caso de Rusia, Ucrania, Georgia y Reino Unido, que permite la aplicación de esta técnica tanto para parejas heterosexuales como homosexuales, pero lo que se resalta es el procedimiento altruista, es decir que los padres no están en ningún tipo de obligación de pagar por sus servicios. Se enfatiza de igual manera, que el vientre de alquiler, contradice las normas y disposiciones de la Unión Europea en lo que se refiere a dignidad humana, adopción, protección de la mujer y de los niños, y tráfico de personas (de la Barrera, 2017).

Los países descritos en el párrafo anterior manejan un sistema similar sobre los contratos de maternidad subrogada, el mismo que implica el compromiso por la que una mujer gesta un bebé en su cuerpo, donde se instauran cláusulas de cesión de todos sus derechos sobre la criatura. Esta cláusula de cesión será favorable a los padres que son los contratantes, mismos que se harán cargo de la paternidad y maternidad del recién nacido (López, 2017).

Estados Unidos como estado federal con injerencia en la maternidad subrogada

Estados Unidos es caracterizado por ser un estado federal, por lo que cada estado posee sus propias leyes, por esta razón, no hay una postura uniforme entre estados ante la validación jurídica de contratos de la maternidad subrogada, existen estados en los que la maternidad subrogada está permitida, otros en donde está prohibida y por ende es considerado un delito por lo que se les establece multas y penas de cárcel, como también existen otros estados que no imponen ningún tipo de pena, solo declaran nulo el acuerdo del vientre de alquiler (Rodríguez & Martínez, K, 2018). Otro aspecto a destacar con relación al contrato del alquiler de vientre es el uso del concepto de orden público como criterio primordial para establecer su validez legal. Como se mencionó anteriormente en Estados Unidos existen Estados con posturas disímiles, por lo que hay Estados en los que el contrato no son considerados violatorios del orden público y por consiguiente tienen que respetarse las obligaciones y derechos que se establecen en la misma. Asimismo, hay Estados en los que se niega la validez del contrato por ser considerado violatorio y contrario del orden público, en consecuencia, éste será anulado y no exigible (Méndez, 2019).

El contrato

En principio, para el entendimiento acertado del tema en estudio, es primordial conocer la conceptualización de contrato como tal. De acuerdo con Ayala – Escorza (2017, p.1), contrato

refiere a la voluntariedad de dos personas o más para contraer de forma válida obligaciones y derechos, con pleno conocimiento de que la suscripción a estas puede acarrear consecuencias en derecho o jurídicas. Asimismo, el Código Civil Ecuatoriano define al contrato o, como así lo establece, también denominada convención, es el acto en el cual una de las dos o más partes se exige a hacer, dar o no hacer una determinada cosa (Asamblea Nacional, 2015).

Por otro lado, el significado de contrato de vientre de alquiler o de maternidad subrogada, se define como el convenio en el cual las partes de mutuo acuerdo aceptan que una determinada mujer a través de un procedimiento médico (inseminación artificial), ofrezca desarrollar el proceso de embarazo y que al concluir traspase todo lo que en derecho corresponde (custodia) respecto de la criatura que nace, al contribuyente del espermatozoides (Rodríguez – Yong y Martínez– Muñoz, 2012, pp. 63-64). De acuerdo con Merlyn (2010) citado por Cobeña y Murillo (2020, p.24), dicha figura antes en mención refiere a un acuerdo motivado por el cual una mujer acepta alojar en su cuerpo un embrión procreado de forma artificial y ofrecerle un cuidado como si fuera de su propiedad, y por otra parte las obligaciones que contraen los padres biológicos.

La maternidad subrogada o el alquiler de vientres desde la focalización jurídica fundamentan sus criterios en base a Derechos. Por tal motivo, se busca que desde la perspectiva jurídica se precautele el Derecho a una Familia, a la Procreación y como tal el Derecho a la Vida. Es así que, el ámbito jurídico se ha visto en la necesidad de consolidar dicha acción por medio de un contrato que tenga validez y que así sea consolidado con peso de legalidad.

Refiriéndose netamente al aspecto jurídico, Moran de Vicenzi (2005) citado por Cobeña y Murillo (2020, p.25), establece 4 puntos específicos que debe contener dicho contrato:

- Consentimiento de padres biológicos para llevar a cabo la subrogación materna.
- Pago voluntario por los padres biológicos.
- En cuando a la madre subrogante, la constancia de ningún reclamo posterior a la finalización del proceso.
- Aprobación para los padres biológicos de inscribir a su procreado por parte de la madre subrogante.

Así también Leonseguí (2008) incluye otros puntos, por ejemplo:

- La plena responsabilidad de la madre subrogante para la inserción del óvulo previamente fecundado.
- Precautelar el bienestar durante el proceso para terminarlo con éxito.

- Concluido el proceso, entregar la criatura a los padres biológicos.

De igual forma, es menester mencionar la estructura desde la perspectiva jurídica que debe contener el contrato materia de la presente investigación. Primero, dicho convenio debe poseer fe pública, es decir, ante la presencia de un Notario Público. Posterior, una prueba documental de carácter médico en donde conste que el óvulo fecundado sea de los padres biológicos. Finalmente, la aceptación de la madre subrogante para efectivizar el proceso de gestación (Camacho, 2009).

Para finalizar, Cobeña y Murillo (2020, pp. 29-30), mencionan las cláusulas que el contrato debe poseer. Es así que, en el contrato debe constar lo siguiente, respecto de la muerte de los padres biológicos, abstinencia de relaciones sexuales por parte de la madre subrogante, renuncia de la patria potestad y entrega de la criatura, subsistencia del embarazo, en caso de muerte de la mujer o madre subrogante, incumplimiento y finalmente la rescisión de contrato.

Contrato de maternidad subrogada y filiación materno – paterna

Es de prioridad centrarse en el tema “filiación” en el contrato de gestación compartida puesto que protege los derechos de identidad, y desarrollo integral. Por ello es necesario dar prioridad a los acuerdos conforme la filiación en la que se disponga netamente para los donantes de óvulo y de esperma y para la gestante puesto que es necesario.

Todo menor de edad está en pleno derecho de conocer a sus padres, como garantía biológica. Por ellos es necesario la voluntariedad al reconocer legalmente a un menor. Este reconocimiento en el ordenamiento jurídico es denominado filiación. Es por ello que la filiación materno-paterna en el ámbito de la maternidad subrogada es de fundamental importancia, ya que la madre de alquiler estaría renunciando a su filiación materna a favor del padre contratante. Sin embargo, actualmente no hay un contrato en el que se estipule esta renuncia, por ello no hay forma legal que pueda estar a favor de los padres contratantes, ya que legalmente la madre sería quien engendro al feto durante la gestación (Fertility Center, 2014).

Conclusiones

- La maternidad subrogada es un mecanismo opcional para las personas que desean tener un hijo propio, pero biológicamente no lo pueden hacer, es por ello, que mujeres que están en la posibilidad de engendrar un feto, suelen ser partícipes de este

- proceso, que si bien es cierto es duramente criticado como una aberración a la biología humana y como el tráfico de personas en cuanto al ámbito judicial. Sin embargo, se lleva a cabo, mismo que ha traído consecuencias positivas como satisfacer el deseo de ser padres a ciertos individuos y negativos como que se visualice a la mujer como una herramienta de reproducción y comercialización. A la vez en estos procesos se suelen generar conflictos de intereses entre las partes, tales como, la afinidad que genera la madre de alquiler en el proceso y la legalidad de la madre y el padre que aportaron con el proceso biológico.
- Actualmente se busca la regulación de los vientres de alquiler o maternidad subrogada. Ciertos países de Europa están buscando la regulación y legislación de estos procesos de manera legal, para que no existan conflictos de ámbito afectivo o de retrocesos en la decisión al momento de entablar esta relación que es de orden médico-legal. Es por ello que se ha desarrollado esta problemática y los conflictos legales que presenta, tales como la filiación materna a favor del contratante.
- En Latinoamérica la maternidad subrogada no ha obtenido una aceptación total, sin embargo, los países latinoamericanos que aplican este proceso lo hacen en base a vacíos normativos que existen con respecto a la normativa. Es por ello que realizan constantes proyectos con el fin de que sea una realidad jurídica y que no exista invalidez en los contratos. Cabe recalcar que los países que tienen jurisprudencia para aplicar la maternidad subrogada lo hacen bajo parámetros establecidos.
- En Ecuador la maternidad subrogada no ha tenido un avance en el aspecto social y jurídico puesto que, aún se lleva el proceso mencionado bajo la clandestinidad. Cabe recalcar que en el ámbito legal no se puede aplicar un contrato válido y específico bajo a una normativa debido a que es inexistente. Por ello es preciso que se establezca un marco jurídico especializado para la temática presentada, con el objeto de que sus contratos sean legales en su totalidad.
- En conclusión, dentro de la normativa ecuatoriana, es oscura la figura de un contrato de vientre de alquiler. No obstante, del estudio realizado, se destaca que, de ser positivada esta figura, como es visible en otros países, las características se encuentran palpables dentro de Ecuador. Cumple con las cualidades de un contrato como tal, de tal manera contribuye y establece límites a esta nueva forma de precautelar los Derechos a

la Vida, a la Familia y a la Procreación como los más resaltables de acuerdo a la temática.

Referencias

1. Acosta, A. (2016). Maternidad subrogada. *Revista Ciencias Biomédicas*, 91-97. Obtenido de <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/cbiomedicas/article/view/3397>
2. Al Hebrero, V. (2017). EFE: Obtenido de Proponen prohibir en Rusia los "vientres de alquiler" hasta regularlos mejor: <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/proponen-prohibir-en-rusia-los-vientres-de-alquiler-hasta-regularlos-mejor/10004-3221136>
3. Ayala Escorza, M. D. C. (2017). *Contratos civiles.. IURE Editores*. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uta/40214?page=35>
4. Barahona – Cobos, D. (2021). La Maternidad Subrogada en el Ecuador. *FIPCAEC*. 23(6). 191- 214.: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i1.337>
5. Camacho, J. (2009). Maternidad subrogada, una práctica meramente aceptable, Análisis Crítico de las argumentaciones de sus defensores. Buenos Aires: Fundación Foro de Abogados. Recuperado de <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
6. Candal, L. (2010). La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Revista Redbioética*, 174-188. Obtenido de <https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2018/11/Leila.pdf>
7. Closcaru, A., & González, M. (2019). La gestación subrogada en tela de juicio por la ética y el derecho. Obtenido de <https://zaguan.unizar.es/record/111308/files/TAZ-TFG-2021-162.pdf?version=1>
8. Cobeña – Casto K. S. y Murillo – Calle O. J. (2020). Análisis del Contrato de Vientre de Alquiler como garantía del Derecho a la vida, procreación y a la familia. [Tesis de Grado, Universidad de Guayaquil]. Recuperado de <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/50802/1/Karen%20Cobe%20C3%20b1a%20%200scar%20Murillo%20BDER-TPrG%20179-2020.pdf>
9. De la Barrera, N. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética*, 153-162. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/875/87551223002.pdf>

10. Deutsche Welle. (2020). Los bebés de vientres de alquiler que siguen esperando a sus padres en Ucrania. Obtenido de <https://www.dw.com/es/los-beb%C3%A9s-de-vientres-de-alquiler-que-siguen-esperando-a-sus-padres-en-ucrania/a-53562459>
11. Diccionario Pannhispánico del Español Jurídico (2020). Vientre de alquiler. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/vientre-de-alquiler>
12. Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. En Teoría y realidad constitucional (págs. 421-440). Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6933158>
13. International Social Security. (2016). Urgent need for regulation of International surrogacy and artificial reproductive technologies. Obtenido de https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2016.pdf
14. Leonseguí, R. (Julio de 2008). UNED. Obtenido de Biblioteca UNED: Recuperado de <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07/PDF>
15. López, J. (2017). Dimensión económica de la maternidad. Cuadernos de Bioética, 199-218. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/875/87551223005.pdf>
16. Medina, M. (2017). Importancia de la legislación frente a la práctica alquiler de vientres. Revista de derecho, 558-567. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/36624>
17. Méndez, J. (2019). La maternidad subrogada. Anuario de la Facultad de Derecho, 641-653. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4832049.pdf>
18. Ministerio de Salud Pública - Comisión Nacional de Bioética en Salud. (2018). Criterio y Recomendaciones Bioéticas sobre la Maternidad Subrogada en Ecuador. Recuperado de <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>
19. Moreno, A. (2018). Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español. Papeles Del CEIC, International Journal on Collective Identity Research, 1-27. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6550963>
20. Organización Mundial de la Salud [OMS]. 2022. Infertilidad: https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab_1
21. Ovia Health. Todo sobre la maternidad subrogada o vientre de alquiler. Recuperado de <https://www.oviahealth.com/es/guide/221249/art-all-about-surrogacy/>

22. Porto – Pérez, J. y Merino, M. (2017). Definición de Vientre de alquiler. Recuperado de <https://definicion.de/alquiler-de-ventre/>
23. Profesionales por la Ética. (2015). Vientres de alquiler, maternidad subrogada. early institute. Obtenido de https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/ventreAlquiler/v_aquiler_web.pdf
24. Rodríguez-Yong, C. A. y Martínez-Muñoz, K. X. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59- 81. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>
25. Ruiz, I. (2017). Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada en otros países del mundo. Obtenido de El Mundo: <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/06/28/595279e9e5fdea501e8b467c.html>
26. Sáinz, J. (2015). Maternidad Subrogada O Vientre De Alquiler. Obtenido de https://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2018/carpeta_114/estadisticas/
27. Silva, A., & Perkumiene, D. (2021). Silva Sánchez, A., & Perkumiene, D. (2021). Aspectos relevantes de la regulación jurídica de la gestación subrogada en el marco del derecho comparado. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 143-165. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2448-51362021000300143&script=sci_arttext
28. Trolice, M. y Salvador, Z. (2019). ¿Qué es la gestación subrogada? Definición, tipos e indicaciones. Reproducción Asistida ORG. Recuperado de <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/#que-es-la-gestacion-subrogada>
29. Zurriarán, R. (2020). La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»? Obtenido de *Revistas anahuac*: [https://revistas.anahuac.mx/bioetica/article/view/121/472/Referencia normativa](https://revistas.anahuac.mx/bioetica/article/view/121/472/Referencia%20normativa)
30. Asamblea Nacional. (25 de junio de 2015). Código Civil del Ecuador. Obtenido de Archivos de Transparencia de ESPOL: [http://www.espol.edu.ec/sites/default/files/archivos_transparencia/Codigo%20 Civil.pdf](http://www.espol.edu.ec/sites/default/files/archivos_transparencia/Codigo%20Civil.pdf)

© 2025 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).