

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Análisis del Contrato de Maternidad Subrogada a la Luz del Interés Superior del Niño**

**MATEO SEBASTIAN CADENA BAQUERO**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de  
Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: MATEO SEBASTIAN CADENA BAQUERO

Código: 00136796

Cédula de identidad: 1718554882

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**ANÁLISIS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO<sup>1</sup>**  
**ANALYSIS OF THE SUBROGATED MATERNITY CONTRACT AT THE SIGHT OF THE CHILD'S BEST**  
**INTEREST**

Mateo Sebastián Cadena Baquero <sup>2</sup>  
mateocadenab@hotmail.com

**RESUMEN**

La maternidad subrogada es una técnica que al momento no se encuentra regulada en el Ecuador; sin embargo, se la efectúa. Para el efecto, se analizó el contrato de maternidad subrogada en contraste con el interés superior del niño. Hallados los riesgos que este contrato ocasiona en perjuicio del interés superior del niño, se propone como este principio debe ser tomado en cuenta desde la configuración del contrato para ofrecer parámetros que aseguren los derechos del menor. En tal virtud, se estudió el fundamento para otorgar protección al no nacido y la figura de venta de cosa futura. A modo de cierre, se analizó el proyecto de ley que regulaba esta materia y se realizaron algunas recomendaciones al legislativo para que cuando discuta sobre esta norma, instaure el interés superior del niño como un principio rector del contrato, incluso desde su configuración. La metodología utilizada fue la deductiva.

**PALABRAS CLAVE:**

Maternidad Subrogada, Interés Superior del Niño, Filiación, Identificación, No Nacido.

**ABSTRACT**

Surrogate Motherhood is technique that is not regulated in Ecuador; however, it is being performed. For this purpose, the surrogacy contract was analyzed in contrast to the child's best interests. Having found the risks that this contract causes to the detriment of the child's best interests, it is proposed that this principle should be taken into account from the moment that this contract is created, in order to offer parameters that ensures the rights of the child. In that way, the reason to grant protection to the unborn and the figure of the sale of future things was studied. To close, the bill that intended to regulate this matter was analyzed and some recommendations were made to the legislature so when this law is discussed again, the child's best interests is established as principle of the contract, even from its configuration. The methodology used was deductive.

**KEYWORDS:**

Surrogate Motherhood, Child's Best Interest, Filiation, Identification, Unborn.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Martina Rápido Ragozzino.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO:

1.INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN ECUADOR.- 5. RIESGOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA QUE AFECTAN AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.- 6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.- 7. SOBRE LA PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY: CÓDIGO ORGÁNICO DE LA SALUD.- 8. RECOMENDACIONES.- 9. CONCLUSIONES.-

### 1. Introducción

La maternidad subrogada, maternidad asistida o alquiler de vientre, es una técnica de reproducción humana asistida que consiste en que una mujer preste su vientre a padres que por diferentes cuestiones han decidido someterse a estos procedimientos, donde, a través de la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* fecundan e implantan un embrión dentro del cuerpo de la madre subrogada.

Según la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, en Ecuador, existen alrededor de seis centros médicos acreditados<sup>3</sup> en los que se realiza estos métodos, en los cuales según SEMER han nacido aproximadamente 1300 niños a través de técnicas de reproducción humana asistida desde el año 1990 hasta el 2014<sup>4</sup>. Estos tratamientos no han sido regulados, ni prohibidos hasta la fecha, lo cual, conforme al principio de legalidad de derecho privado, permite a las personas acceder a este procedimiento.

A raíz de esta técnica de reproducción, se abre un abanico de nuevas posibilidades y, por supuesto, de nuevos problemas. En diferentes partes del mundo se han dado casos en los que se han violentado los derechos de la madre gestante y de igual forma de los padres de intención por varias razones, entre esas la falta de un acuerdo expreso que establezca las condiciones en las cuales la maternidad subrogada debía realizarse. No obstante, con el tiempo las partes a través de acuerdos y contratos han logrado delimitar la forma en la cual se ejecuta esta práctica, brindándoles mayor seguridad frente al incumplimiento de una de las partes.

Gracias a los avances jurídicos con relación a controversias por casos de maternidad subrogada, se ha logrado salvaguardar algunos de los derechos de las partes que eran vulnerados

---

<sup>3</sup>Ver: [https://redlara.com/quem\\_somos.asp?MYPK3=Centros&centro\\_pais=Ecuador](https://redlara.com/quem_somos.asp?MYPK3=Centros&centro_pais=Ecuador)

<sup>4</sup>Ver: <http://semerecuador.com/>

por la efectucción de esta técnica; sin embargo, aun existe derechos que pueden ser vulnerados no solo de las partes sino también del futuro niño o niña que vendrá a este mundo producto de este contrato.

De todos modos, aunque esta materia no ha sido regulada en Ecuador a diferencia de otros países como en Estados Unidos, Uruguay o Argentina, hace poco tiempo en la Asamblea Nacional del Ecuador se discutió el proyecto de ley: Código Orgánico de la Salud, mismo que trataba entre otros temas, sobre la maternidad subrogada. El escrito final de este proyecto de ley fue enviado el 24 de agosto de 2020 al Presidente Lenín Moreno, quién con un veto total ha provocado que la materia aun no este legislada.

En consecuencia, el presente artículo académico tiene como intensión explorar el supuesto de maternidad subrogada tomando en cuenta el interés superior del niño, principio establecido en nuestra Constitución e instrumentos internacionales. En este sentido se explorará varias teorías sobre esta técnica y sobre el mismo interés superior del niño. Asimismo, se analizará de manera breve la naturaleza del contrato de maternidad subrogada, sus requisitos de existencia y validez. Adicionalmente, se formularán algunos de los riesgos derivados de este contrato, el cual puede afectar al interés superior del niño, donde se propondrán algunas soluciones para evitar la violación de los derechos del futuro bebé al momento de su concepción y posterior nacimiento.

Por otra parte, para incluir el interés superior del niño en los contratos de maternidad subrogada, se examinará la justificación para otorgar protección al no nacido y determinarlo como un sujeto de derechos en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, se estudia la figura de la venta de cosa futura y sus fundamentos para otorgar una existencia anticipada al NNA que, al momento de pactar la maternidad asistida, no existe.

Por último, se analiza el texto final que fue enviado al Presidente para regular esta materia mediante el Código Orgánico de la Salud y se formulan ciertos parámetros tomando en cuenta directamente el interés superior del niño, para que el legislador, al momento de retomar el debate sobre este proyecto de ley, sea más preciso en esta materia y no se violenten los derechos de las partes de este contrato y de este futuro sujeto de derechos.

Para el efecto, la metodología a usar dentro del presente artículo será la deductiva, la cual implica el razonamiento lógico desde los aspectos más grandes y generales hasta los más pequeños y específicos, lo cual permitirá obtener como resultado una conclusión más concreta y específica en cuanto al tema y problema en cuestión.

## 2. Marco Teórico

### 2.1. ¿Qué es la Maternidad Subrogada?

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana asistida, TRHA, que otorga la oportunidad de convertirse en padres<sup>5</sup> a personas que por diferentes razones no han podido engendrar un hijo<sup>6</sup>. Para lograr la procreación a través de esta TRHA, se implanta un embrión fecundado en el útero de la madre subrogada; sin embargo, de ese embrión, es pertinente conocer a que persona o personas pertenece el material genético aportado para el proceso de fecundación, con el fin de determinar si la maternidad subrogada será tradicional o gestacional.

Con respecto a la maternidad subrogada tradicional, la madre subrogada aporta su propio óvulo mientras que el esperma puede pertenecer al padre de intención o ser donado. Por otra parte, la maternidad subrogada gestacional, a diferencia de la tradicional, la madre subrogada no aporta material genético, sino que puede pertenecer a los padres de intención o ser donado por terceros.

Para lograr el estado de gestación en la madre subrogada se utilizan técnicas como la inseminación artificial o fecundación *in vitro*, dependiendo si el material genético es exclusivo de los padres de intención, donado o si pertenece a la madre subrogada<sup>7</sup>. Una vez logrado el embarazo, la madre subrogada deberá llevar a cabo la gestación tomando todas las medidas necesarias para garantizar el desarrollo del feto y su nacimiento. En atención a los costos generados por el embarazo, serán los padres de intención quienes los asuman. Al terminar el embarazo, la madre subrogada debe renunciar a todos los derechos sobre el niño o niña y posteriormente entregarlo a los padres de intención, deslindándose de todo vínculo existente entre la madre y el bebé.

Como se notó, este procedimiento acarrea riesgos en el plano jurídico, puesto que la desatención de ciertos elementos puede provocar problemas futuros con relación al menor. Dado que esta TRHA es relativamente nueva y no plenamente regulada en la mayoría de los países; se abre un abanico de posibilidades en cuanto a derechos y obligaciones, no solo de los padres de intención, sino también de los del futuro niño o niña. Para el efecto, Meinke señala que el primer acuerdo de maternidad subrogada se creó en 1976 en Estados Unidos<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Para el efecto padres se considera tanto a parejas heterosexuales como homosexuales, e incluso a personas solteras que conforman el hogar monoparental.

<sup>6</sup> Nicolas Jouve, “Perspectivas Biomédicas De La Maternidad Subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII (2017), 4.

<sup>7</sup> Ver: <https://aeges.es/maternidad-subrogada/>

<sup>8</sup> Cindy Arteta, “Maternidad subrogada”, *Revista Ciencias Biomédicas* (28/02/2011), 92.

Tan pronto como fue creado este acuerdo, la técnica se usó cada vez más en este país en aquellos estados que regulaban y permitían ejecutar este procedimiento. A razón de este acuerdo, en 1986 en Estados Unidos surgió el caso *BABY M*<sup>9</sup> en el que William y Elizabeth Stern contrataron a Mary Whitehead para que alquilara su vientre y de a luz a un hijo. Una vez realizado el parto, la madre subrogada no quiso entregar al bebé y decidió conservarlo, sin importarle el convenio que existía de por medio. Cuando el caso fue llevado a juicio, la Corte otorgó la tenencia a William y Elizabeth Stern, y estableció un régimen de visita a la madre subrogada<sup>10</sup>.

A diferencia de casos como *BABY M* donde las madres subrogadas no han entregado al bebé han sucedido, existen casos en los que los padres de intención ya no desean al bebé y lo abandonan<sup>11</sup>. En Tailandia ocurrió el caso *BABY GAMMY* en el que la madre subrogada quedó embarazada de gemelos y cuando los padres de intención descubrieron que uno de estos gemelos tenía una discapacidad mental, instaron a la portadora a que proceda con el aborto; sin embargo, esta decidió no abortar y los padres de intención solo tomaron a uno de los gemelos, dejando al otro, a cargo de la madre subrogada<sup>12</sup>.

En los casos planteados, el negocio jurídico utilizado para convenir esta compleja materia fue el acuerdo; sin embargo, este negocio no ofrece las garantías que un contrato ofrece en cuanto a su respaldo y exigibilidad<sup>13</sup>. A pesar de que Jouve indica que cuando se lleva a cabo la maternidad asistida por cuestiones afectivas, se realiza un acuerdo, y cuando la maternidad subrogada es onerosa, es un contrato<sup>14</sup>; para ambos casos resulta lógico utilizar un contrato ya que, si una de las partes incumple, la parte afectada querrá que se cumpla con el contrato, para lo cual deberá ejecutarse dicho negocio jurídico.

## 2.2. ¿Qué es el Interés Superior del Niño?

En Ecuador, el interés superior del niño es un principio que está recogido en la Constitución de la República del Ecuador, CRE<sup>15</sup>, el Código de la Niñez y Adolescencia, CNA e instrumentos internacionales. A juicio de Murillo, Banchón y Vivela, el interés superior del niño es un principio

---

<sup>9</sup> Judith Younger, "What the Baby M Case Is Really All About", *Law & Ineq* (1988), 75.

<sup>10</sup> Cindy Arteta, "Maternidad Subrogada", 93.

<sup>11</sup> Ver: [https://www.bbc.com/mundo/ultimas\\_noticias/2014/08/140802\\_ultnot\\_australia\\_bebe\\_down\\_wbm](https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm)

<sup>12</sup> Ver: <https://theconversation.com/baby-gammy-case-reveals-murky-side-of-commercial-surrogacy-30081>

<sup>13</sup> Aunque el término acuerdo y un contrato suelen usarse como sinónimos, la diferencia principal entre estos es que los acuerdos no son exigibles por ley, mientras que los contratos tienen respaldo y son exigibles. Ver: <https://clearwaterbusinessattorney.com/difference-between-a-contract-and-an-agreement/>

<sup>14</sup> Nicolas Jouve, "Perspectivas Biomédicas De La Maternidad Subrogada", 4.

<sup>15</sup> Artículo 44, Constitución de la República del Ecuador [CRE], Registro Oficial 449, de 20-oct.-2008.



internacional que ha sido asumido e incorporado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano con el fin de garantizar y salvaguardar los derechos de la niñez y adolescencia<sup>16</sup>. Para definirlo, Cillero menciona que el interés superior del niño “es la plena satisfacción de sus derechos”<sup>17</sup> haciendo alusión a los derechos de las niñas, niños o adolescentes, NNA. De ello resulta necesario indicar que estos derechos deberán estar reconocidos en una norma y tan solo allí podrán ser considerados por este principio<sup>18</sup>.

En lo relacionado a su aplicación, Simon expone que el interés superior del niño es considerado por la doctrina como un concepto jurídico indeterminado contenido en una clausula general<sup>19</sup> tal como demuestra con el artículo IX, del Título Preliminar del CNA<sup>20</sup>. No obstante, el autor establece que este principio no puede ser indeterminado, ya que se eliminaría la necesidad de justificar las decisiones que tome el juzgador. Por lo tanto, Simon explora el interés superior de los NNA, y propone técnicas para reducir la discrecionalidad al momento de que los jueces emitan sentencias. Entre estas técnicas, el autor propone la proporcionalidad y la motivación de las decisiones<sup>21</sup>, ya que el mismo interés superior del niño no establece un marco en el cual deba seguir su acción con el fin de reducir su discrecionalidad.

En consecuencia, el interés superior del niño debe ser entendido en sentido estricto como un principio al momento de ponderar. De esta manera el juzgador no tiene más opción que tomar en cuenta aspectos fácticos como la adecuación, necesidad y la proporcionalidad, haciendo de esta manera efectiva la protección y salvaguardando el bienestar del menor.

Ahora, habiendo definido que es este principio y como debe aplicárselo, es necesario establecer sus funciones. Para Zermatten, el interés superior del niño tiene dos funciones: controlar y solucionar<sup>22</sup>. En cuanto a la función de control, el autor establece como este principio asegura que “el ejercicio de los derechos y obligaciones respecto de los niños sea

---

<sup>16</sup> Katherine Murillo, Jennifer Banchón y Wilson Vivela, “El Principio de Interés Superior del Niño en el Marco Jurídico Ecuatoriano”, *Revista Universidad y Sociedad* (2020), 387.

<sup>17</sup> Miguel Cillero, *El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño* (Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano “Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 1999), 8.

<sup>18</sup> *Id.*, 8-9.

<sup>19</sup> Farith Simon, *Interés Superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva* (Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2014), 94.

<sup>20</sup> *Id.*, 250-251.

<sup>21</sup> *Id.*, 169-218.

<sup>22</sup> Jean Zermatten, *El interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico* (Instituto Internacional de Derechos del Infante, 03/2003), 10.

correctamente efectuado”<sup>23</sup>, esto quiere decir que el objetivo ulterior del interés superior del niño es proteger toda relación que pueda afectar a los NNA. Mientras tanto, la función de solución consiste en la noción misma del interés superior del niño, es decir, una herramienta para que se tome la decisión más adecuada cuando entren en disputa los derechos del NNA<sup>24</sup>.

En síntesis, el interés superior del niño se debe entender como un estándar que coloca a los NNA en una posición jerárquicamente superior sobre otros, en virtud de que estos constituyen un grupo vulnerable y debido a sus limitadas capacidades, necesitan de este apoyo. Sin embargo, este principio no debe ser tomado como un principio todo poderoso, que permita la discrecionalidad del juez, sino como una ayuda para establecer un equilibrio entre los NNA y las demás personas.

### 2.3. Estado del Arte

Actualmente, el interés superior del niño en el marco del contrato de maternidad subrogada ha venido siendo tema de debate, gracias a que esta materia en varios países es permitida y regulada y en otros casos prohibida.

Con referencia a los contratos de maternidad subrogada y al interés superior del niño, Borrillo, analiza el reconocimiento de las inscripciones registrales en el extranjero, en el caso de la gestación por sustitución en Estados Unidos y los problemas que han surgido en el Derecho español. En su trabajo expone la negativa de inscribir como ciudadano a un niño nacido por la TRHA en cuestión, ya que esta técnica se encontraba prohibida en España. Por esta razón, el autor explora los fundamentos de la corte sobre el interés superior del niño y menciona que “a pesar de la prohibición de gestación subrogada en España, se demostró que los jueces reconocieron efectos jurídicos y establecieron vínculos de parentesco en el ámbito nacional”<sup>25</sup>. Finalmente, el autor recomienda una regulación sobre la materia para proteger los derechos de los NNA y de las mujeres que se someten a estos procedimientos.

Siguiendo esta línea, Valdés en su investigación discute si la maternidad asistida es “una solución a los problemas de infertilidad, o si por el contrario su naturaleza es más cercana a la adopción (...), al menos en aquellos casos en que los padres de intención no aportan sus gametos”<sup>26</sup>. En su trabajo, el autor examina si se vulnera la dignidad humana al comerciar a un

---

<sup>23</sup> *Id.*, 11.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> Daniel Borrillo, “El interés superior del menor y el Reconocimiento de inscripciones registrales en el Extranjero”, *VIII Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia* (11/2018), 10.

<sup>26</sup> Caridad Valdés, “La Maternidad Subrogada y los Derechos de los Menores Nacidos Mediante el Uso de Esas Técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI L (2014), 467.

niño y analiza el concepto del interés superior del niño juntamente con el contrato de maternidad subrogada para determinar si esta TRHA vulnera o no los derechos de los NNA. En este sentido, Valdés expone que, aunque existen autores que critican el contrato de maternidad subrogada, este negocio jurídico, no comercializa seres humanos y establece que el objeto del contrato no es entregar un bebé como cosa, sino es “únicamente la prestación del servicio de gestar y alumbrar, atendiendo a la capacidad o aptitud de la madre portadora”<sup>27</sup> por lo que concluye que este contrato no vulnera el interés superior del niño.

Por el contrario, Garibo reconoce que con esta TRHA se abren nuevas aristas en las cuales el interés superior del niño puede estar en riesgo. Esta considera que, en el supuesto de maternidad subrogada, en los países que han regulado esta técnica tan solo se han ocupado de dos aspectos: la inscripción en el país de origen de los padres intencionados y las prestaciones por paternidad y maternidad<sup>28</sup>. No obstante, a diferencia de otros autores, Garibo, en su investigación también analiza otros aspectos que pueden ser afectar al interés superior del niño a raíz de esta técnica reproductiva.

Al respecto, el autor considera que al engendrar a un NNA a través de esta técnica se puede vulnerar el derecho del menor a conocer sus orígenes, ya que una de las obligaciones de la madre subrogada es romper todo vínculo con el bebé. Asimismo, indica que al momento de establecer la filiación “nadie se ocupa de los requisitos de los padres comitentes, ni de su idoneidad, como sí ocurre (...) en los procedimientos de adopción”<sup>29</sup>. Garibo también menciona sobre el “modo de llevar adelante el embarazo y de los cuidados que se debe tener”<sup>30</sup> en donde plantea la continuidad del embarazo en los casos en los que el feto desarrolla alguna malformación. Finalmente, el autor indica que los NNA son las partes más débiles dentro de estos procedimientos y que en todo momento se los debe proteger; no obstante, existirán aspectos que vulnerarán el interés superior del niño debido a la complejidad de esta TRHA.

### **3. Marco Normativo**

Para el correcto análisis del interés superior del niño en el contrato de maternidad subrogada se han considerado como fundamentales las siguientes fuentes legales:

---

<sup>27</sup> *Id.*, 480.

<sup>28</sup> Ana Garibo, “El Interés Superior Del Menor En Los Supuestos De Maternidad Subrogada”, *Cuadernos De Bioética*, Vol. XXVIII (2017), 246.

<sup>29</sup> *Id.*, 257.

<sup>30</sup> *Id.*

### **3.1. Legislación Nacional**

#### **3.1.1. Constitución de la República del Ecuador**

La CRE recoge principios importantes como el de progresividad y la prohibición de no regresividad tomando en cuenta la teoría de los derechos humanos<sup>31</sup>, por lo que se la puede considerar como garantista y en pro de los derechos. Pues, la Carta Magna es la encargada de fortalecer los derechos y garantías que son innatos al ser humano y así trata de equilibrar la situación de desventaja de ciertos grupos de personas como los NNA. En este sentido, la CRE establece a los NNA en su artículo 35 como un grupo de atención prioritaria<sup>32</sup>, con el fin de que estos reciban un trato preferente y especializado tanto en el ámbito público como privado. Por tal razón, el mismo cuerpo legal dispone que el desarrollo integral del NNA, incluso el cuidado y protección desde su concepción<sup>33</sup>, deberá ser preeminente, haciendo énfasis en el interés superior del niño.

Por otra parte, con relación a las TRHA, la CRE reconoce el derecho de las personas a tomar decisiones libres y voluntarias sobre su salud, sexualidad y vida reproductiva, así como, cuando y cuantas hijas e hijos tener<sup>34</sup>. De esta manera, este cuerpo legal reconoce a la familia<sup>35</sup> en sus diferentes tipos, sin importar si esta fue conformada a través de la verdad biológica o por la voluntad procreacional<sup>36</sup>, o si es constituida por un hogar heteroparental, homoparental e incluso si el hogar es monoparental<sup>37</sup>.

#### **3.1.2. Código de la Niñez y Adolescencia**

En igual forma, el CNA es un cuerpo legal que tiene como objetivo asegurar el goce y ejercicio de los derechos de los NNA tomando en cuenta el interés superior del niño<sup>38</sup>, haciendo su situación más favorable. En tal virtud, el código establece a los NNA como sujetos de derechos<sup>39</sup>

---

<sup>31</sup> Julio Trujillo y Ramiro Ávila, “Análisis Nueva Constitución: Los Derechos En El Proyecto De Constitución”, *La Tendencia, Revista de Análisis Político* (2008), 35.

<sup>32</sup> Artículo 35, CRE.

<sup>33</sup> Artículos 44, 45, 46 y 69, CRE.

<sup>34</sup> Artículo 66, CRE.

<sup>35</sup> Artículo 67, CRE.

<sup>36</sup> Concepto introducido por la Sentencia No. 184-18-SEP-CC. Caso No. 1692-12-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Registro Oficial No. 61 de 11-sep.- 2018, 89.

<sup>37</sup> *Id.*, 92.

<sup>38</sup> Artículo 1, Código de la Niñez y Adolescencia [CNA], Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003.

<sup>39</sup> Artículos 2 y 15, CNA.

no solo desde que comienza su existencia legal como persona conforme lo establece el art. 60 del Código Civil, CC<sup>40</sup>, sino desde su concepción<sup>41</sup>.

Con el fin de asegurar la correcta tutela del interés superior del niño, se instaura parámetros para salvaguardar el desarrollo integral de los NNA en lo relacionado a filiación, patria potestad, derecho a la identidad, entre otros. En su artículo 6, el CNA es claro, al mencionar que no podrán ser discriminados ningún NNA en cuanto a su filiación, ni por sus progenitores, representantes o familiares<sup>42</sup>. En lo relacionado a la patria potestad, se amplía la visión del CC al establecer que esta institución no solamente es un conjunto de derechos sino también de las obligaciones de los padres relativos a sus hijos<sup>43</sup>. Finalmente, el CNA dispone que todos los NNA tienen “derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen”<sup>44</sup>, lo cual refiere a que toda persona tiene derecho a un nombre, nacionalidad y relaciones con sus familiares.

### **3.1.3. Código Civil**

Por otra parte, el CC, en sus artículos 24 y 25 establece la forma en la que la filiación entre padres e hijos será declarada. Pues, este es un derecho primordial que tiene el menor en concordancia al interés superior del niño con el fin de que este reciba futuros derechos como alimentos, educación, vestimenta, etc. De igual manera, el CC dispone que el inicio de la existencia legal de una persona empieza tan solo cuando esta última es separada totalmente de su madre<sup>45</sup>. Siguiendo la línea de la CRE, en donde fija al no nacido como sujeto de derechos, el no nacido, conforme al artículo 63 del CC tendrá sus derechos suspensos hasta el día de su nacimiento, día a partir del cual podrá hacer efectivo el goce de dichos derechos<sup>46</sup>. Por otra parte, el mismo texto legal establece las reglas para la patria potestad, emancipación, adopción, entre otras instituciones, mismas que se encuentra reguladas en el CC con el fin de garantizar y hacer efectivo el desarrollo integral de los NNA.

## **3.2. Jurisprudencia Nacional**

### **3.2.1. Sentencia No. 048-13-SEP-CC**

---

<sup>40</sup> Artículo 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. Artículo 60, Código Civil [CC], Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.

<sup>41</sup> Artículo 2.- Sujetos protegidos. - Las normas del Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años. Artículo 2, CNA.

<sup>42</sup> Artículo 6, CNA.

<sup>43</sup> Artículo 105, CNA.

<sup>44</sup> Artículo 33, CNA.

<sup>45</sup> Artículo 60, CC.

<sup>46</sup> Artículo 63, CC.

En el año 2013, la Corte Constitucional estableció que en base a las disposiciones de la CRE y del CNA, el interés superior del niño debe ser interpretado como un principio rector para el desarrollo de la niñez y que la misma carta magna al establecer a los NNA como un grupo de atención prioritaria, consolida una protección reforzada para estos, debido a la necesidad de otorgar un estatus garantista para las condiciones especiales que reviste la etapa de la niñez. De esta manera, concluye que el principio de trato prioritario y prevalencia de satisfacción de sus necesidades debe ser leído de forma conjunto con el interés superior del niño para asegurar la plena satisfacción de los derechos de los NNA.

### **3.2.2. Sentencia No. 064-15-SEP-CC**

Posteriormente, en 2015, frente a la acción extraordinaria de protección que formuló el señor Hester, por la tenencia de su hijo, el mismo órgano jurisdiccional mediante sentencia analizó el interés superior del niño y concluyó que este es “un principio cardinal en materia de niñez y adolescencia, mismo que tiene una consideración primordial al momento de la adopción de todo tipo de medidas, en los ámbitos públicos y privados, ya que goza incluso de reconocimiento internacional universal y, a través del tiempo, adquirió el carácter de norma de derecho internacional”<sup>47</sup>. En diferentes palabras, la Corte determina que este principio debe ser entendido como una herramienta para asegurar el correcto ejercicio de derechos de los NNA y promover el desarrollo integral de estos que no solo es reconocido a nivel nacional, sino también en la esfera de los tratados internacional donde se coloca al interés superior del niño como un principio rector en materias de niñez y adolescencia.

### **3.2.3. Sentencia No. 184-18-SEP-CC**

Aunque este caso es considerado como una victoria que ratifica los derechos de la comunidad LGTBI, lo que realmente realiza la corte es un profundo análisis del caso en relación con el interés superior del niño. La causa se remonta a una acción de protección presentada por la negativa a la inscripción de una menor, manteniendo sus nombres, apellidos y reconociendo su filiación como hija de dos personas del mismo sexo. La corte determinó que se vulneró principalmente el derecho a la identidad personal con relación a la obtención de la nacionalidad, derecho a la igualdad y no discriminación<sup>48</sup>; derechos que se encuentran reconocidos en los

---

<sup>47</sup> Sentencia No. 064-15-SEP-CC. Caso No. 0331-12-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Registro Oficial suplemento No. 504 de 20-may.- 2015, 88.

<sup>48</sup> Caso No. 1692-12-EP, 71.

artículos 45 y 66.28 de la CRE. De esta manera, se fundamenta el fallo explicando que el derecho a la identidad es una cualidad “inherente a la personalidad de cada individuo y esencia misma de la dignidad humana”<sup>49</sup> y en este sentido utiliza el razonamiento de la opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017<sup>50</sup> para concluir que la identidad se encuentra íntimamente ligado al registro y obtención de una nacionalidad, especialmente la de las niñas y niños<sup>51</sup>. Finalmente, como parte de las medidas de reparación integral se dispuso que la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, proceda inmediatamente con la inscripción como ecuatoriana de la niña Satya Amani Bickenell Rothern, reconociendo su filiación como hija de Helen Louise Bickenell y de Nicola Susan Rothern, sus madres<sup>52</sup>.

### **3.3. Legislación Internacional**

#### **3.3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos**

En cuanto a instrumentos internacionales, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en su artículo 25.2 reconoce y dispone que tanto la maternidad e infancia tendrán derechos de cuidado y asistencia especiales<sup>53</sup> debido a sus condiciones de vulnerabilidad siendo concordantes con el interés superior del niño. Además, dicho tratado reconoce que la familia, es un elemento natural y fundamental de protección, e insta a que la sociedad en general y el Estado, resguarden esta institución<sup>54</sup>.

#### **3.3.2. Convención sobre los Derechos del Niño**

Ahora, tomando en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), se establece que en todas las medidas concernientes a niños se atenderá una consideración primordial al interés superior del niño. Es por esta razón que en el artículo 3 del presente instrumento internacional obliga a los Estados parte a asegurar la protección y cuidado de los niños teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres<sup>55</sup>, esto en concordancia con el artículo 18 del mismo instrumento que detalla que son los progenitores del NNA quienes son responsables primordialmente por la crianza y asistencia del menor. Por otra parte, en virtud del interés superior del niño, la CDN

---

<sup>49</sup> *Id.*, 58.

<sup>50</sup> *Id.*, 76.

<sup>51</sup> *Id.*, 59.

<sup>52</sup> *Id.*, 97.

<sup>53</sup> Artículo 25, Declaración Universal de Derechos Humanos [DUDH], París, 10 de diciembre de 1948, ratificada por el Ecuador el 10 de diciembre de 1948.

<sup>54</sup> Artículo 16, DUDH.

<sup>55</sup> Artículo 3, Convención sobre los Derechos del Niño [CDN], Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Ecuador el 02 de septiembre de 1990.

establece que todo niño tiene derecho a la identidad<sup>56</sup>, entendiéndose este como un nombre que debe tenerlo desde su nacimiento, y dispone que el Estado debe intervenir<sup>57</sup> de manera favorable al NNA para garantizar este derecho innato al mismo ser humano.

### **3.3.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Consecuentemente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 17 señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, sin hacer distinción alguna a los diferentes tipos de familia que pueden existir<sup>58</sup>. En tal virtud, se debe entender que la Convención establece una protección general para todas las familias. Además, establece como derecho innato al ser humano a tener un nombre propio que provenga de sus padres o al menos de uno de ellos<sup>59</sup>. Asimismo, en el artículo 19 establece que “todo niño tiene derecho a medidas de protección que su condición de menor requiere”<sup>60</sup>. En este sentido se puede notar que este instrumento internacional insta no solo a los estados a brindar protección para los NNA, sino a su familia y a la sociedad en general, con el fin de asegurar el desarrollo máximo de sus capacidades.

## **3.4. Jurisprudencia Internacional**

### **3.4.1. Opinión Consultiva 17/2002**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en su Opinión Consultiva 17/2002, al referirse al interés superior del niño, señala que “el principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el pleno aprovechamiento de sus potencialidades”<sup>61</sup>. Finalmente, la Corte decide que este principio consagrado en el artículo 3 de la CDN, debe ser tomado en cuenta para la elaboración y aplicación de las normas<sup>62</sup> y que el respeto a la vida, en relación con los NNA, se comprende como “la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas”<sup>63</sup>. De esta manera, el interés superior del niño para este organismo

---

<sup>56</sup> Artículo 7, CDN.

<sup>57</sup> Artículo 8, CDN.

<sup>58</sup> Artículo 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], San José, 7 al 22 de noviembre de 1969. Ratificada por el Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

<sup>59</sup> Artículo 18, CADH.

<sup>60</sup> Artículo 19, CADH.

<sup>61</sup> Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, 56.

<sup>62</sup> *Id.*, 75.

<sup>63</sup> *Id.*, 76.



internacional es un principio rector que protege a los NNA y otorga parámetros para la creación de normas y para la aplicación de estas.

### **3.4.2. Caso Artavia Murillo & otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica**

Por otro lado, en el año 2012, la CIDH en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica establece que la concepción, entendida como fecundación, no puede ser tomada en cuenta para determinar el inicio de la protección del embrión, ya que si la implantación, el embrión no tendrá ninguna posibilidad de sobrevivir<sup>64</sup>. Por esta razón, la Corte faculta la utilización de las TRHA como la fecundación *in vitro*, en virtud de que antes de la implantación, el embrión no está comprendido en los términos del artículo 4 de la CADH<sup>65</sup> y antes de dicho momento, el embrión no puede ser considerado como un sujeto de derechos<sup>66</sup>.

## **4. Análisis Jurídico Sobre el Contrato de Maternidad Subrogada En Ecuador**

La maternidad subrogada al momento es una práctica que no se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano a diferencia de otras materias como la compraventa, el arrendamiento, y otras. Aunque no exista regulación y no se encuentre tipificado ni nominado contrato alguno en nuestro ordenamiento sobre esta TRHA, no implica que la maternidad subrogada se encuentre prohibida. Con el principio de legalidad de derecho privado recogido en el CC, se establece que todo aquello que no se encuentre prohibido está permitido<sup>67</sup>, por lo tanto, las personas estarían facultadas para realizar negocios jurídicos relacionados a esta técnica.

En palabras de Hernández y Guerra: “el contrato es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre personas y constituye un medio de realización social para intereses privados” por lo que, a diferencia de otras convenciones, el contrato sería el negocio jurídico ideal para pactar sobre esta técnica. Resulta útil mencionar que, a la falta de regulación expresa, la autonomía de la voluntad entra en juego para dar forma y moldear el contrato y que finalmente este pueda llevarse a cabo. No obstante, al momento de estipular las obligaciones de las partes, todo aquello que se pacte no deberá irse en contra de prohibición expresa, el orden público o las buenas costumbres, ya que esto provocará ilicitud en objeto o la causa del contrato<sup>68</sup>, haciendo que este sea nulo.

---

<sup>64</sup> Caso Artavia Murillo & otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2012, 60.

<sup>65</sup> Artículo 4: Derecho a la Vida, 1: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...) a del momento de la concepción. Artículo 4, CADH.

<sup>66</sup> Caso Artavia Murillo & otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica, 99.

<sup>67</sup> Artículo 8: A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley. Artículo 8, CC.

<sup>68</sup> Claudia Wagner, *Limitaciones a la Autonomía de la Voluntad* (Tesis doctoral, Universidad Nacional Del Litoral, 2011), 28-32.

#### 4.1. Naturaleza del Contrato de Maternidad Subrogada en Ecuador

Primeramente, el contrato de maternidad subrogada es un contrato bilateral, visto que el número de partes que se encuentran obligadas gravan obligaciones frente al otro<sup>69</sup>; por un lado, la madre subrogada se compromete principalmente a gestar un bebé<sup>70</sup>, por otro, los padres de intención deberán recibirlo y en caso de haber pactado un precio por la gestación, pagarlo.

Aunque este contrato sea bilateral no significa que sea oneroso; ya que la diferencia principal entre un contrato oneroso y uno gratuito, es la utilidad<sup>71</sup> que reporta a los agentes del mismo contrato<sup>72</sup>, es decir, si una persona no recibe provecho o beneficio, el contrato será gratuito. Cabe mencionar que todo gasto que realizan los padres de intención por motivo del embarazo no constituye un beneficio para la madre subrogada, ya que son una obligación de los padres para asegurar el desarrollo y bienestar del NNA. Ciertamente, el supuesto maternidad subrogada altruista, en principio no reviste mayor inconveniente; sin embargo, Cabrera menciona que la maternidad subrogada gratuita está disfrazada como un acto de solidaridad y generosidad que no permite ni la revocación del consentimiento de la madre subrogada, ni la compensación económica por gestar al NNA, haciendo de esta igual, otra forma de mercantilización de la mujer<sup>73</sup>.

En cuanto al contrato de maternidad asistida oneroso, al igual que el gratuito, este ha sido fuertemente criticado por algunos autores gracias a que el pago que se efectúa por la gestación del bebé supone una deshumanización del menor, la mercantilización del cuerpo de la mujer y la explotación de mujeres pobres<sup>74</sup>. A pesar de estas críticas, autores como Valdés exponen que la madre subrogada está realizando un servicio, tan solo esta prestando su cuerpo para que este sirva como un cascarón y así satisfacer las necesidades de los padres de intención al traer un bebé a este mundo. La autora pregunta: “¿Por qué no recibir una remuneración por ello?”<sup>75</sup>, en este sentido expone que no se le da precio a la vida de un ser humano, ya que al momento del contrato no existe

---

<sup>69</sup> Artículo 1455, CC.

<sup>70</sup> La principal obligación del contrato es gestar al niño; sin embargo, la madre subrogada tendrá más obligaciones como la de renunciar a todos los derechos sobre el niño, entregar el niño, tener los cuidados suficientes para el embarazo, entre otros.

<sup>71</sup> Artículo 1456, CC.

<sup>72</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico* (Bogotá: Temis, 2015), 62.

<sup>73</sup> Leticia Cabrera, “El consentimiento libre: La Trampa de la Explotación femenina en la Maternidad Subrogada”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 46 No. 2 (05/2019), 545.

<sup>74</sup> Daniel Borrillo, “El interés superior del menor y el Reconocimiento de inscripciones registrales en el extranjero”, 5.

<sup>75</sup> Caridad, Valdés, “La Maternidad Subrogada y los Derechos de los Menores Nacidos Mediante el Uso de Esas Técnicas”, 469.

siquiera vida<sup>76</sup>, por lo que considera, no existe motivo para criticar a la mujer que recibe un precio por el alquiler de su vientre. Resulta conveniente indicar que, si bien, en este contrato la madre subrogada recibe un precio equivalente<sup>77</sup> con su obligación de gestar un bebé, además de oneroso, el contrato será conmutativo<sup>78</sup>.

Por otra parte, del artículo 1458 del CC se desprende que este contrato de maternidad asistida es un contrato principal, debido a que este subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención<sup>79</sup>. No obstante, Rodríguez expone que los contratos no son ni principales ni accesorios, sino que estos emanan obligaciones principales y accesorias<sup>80</sup>. Desde este enfoque, el contrato de maternidad subrogada crea tanto obligaciones principales y accesorias, tanto para la madre subrogada como para los padres de intención<sup>81</sup>. En último lugar, este contrato conforme lo dispone el artículo 1459 del CC, se perfecciona e inicia su existencia con el simple consentimiento de las partes, sin requerimiento alguno por parte del legislador ni la tradición de cosas<sup>82</sup>.

#### **4.2. Requisitos de Existencia y Validez del Contrato de Maternidad Subrogada**

Aunque se ha establecido el contrato de maternidad subrogada como atípico e innominado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, este aun debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley para existir y sea válido.

##### **4.2.1. Requisitos de Existencia**

Ante todo, para que el contrato cobre vida legal será indispensable que las partes declaren su voluntad para obligarse a esta convención<sup>83</sup>. Al manifestar la voluntad, las partes estarían dando su consentimiento, lo cual como se trató anteriormente, perfecciona al contrato. Como se precisó anteriormente, esta TRHA no ha sido regulada por legislador, por lo que este último mucho menos pudo haber establecido formalidad o solemnidad alguna<sup>84</sup> a la cual este contrato deba ceñirse. No obstante, a arbitrio de las partes, esta técnica puede reducirse a instrumento privado, para que sea prueba en caso de litigio y exista un documento al cual remitirse a las obligaciones contraídas por los agentes<sup>85</sup>.

---

<sup>76</sup> *Id.*, 470.

<sup>77</sup> Artículo 1457, CC.

<sup>78</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, 63.

<sup>79</sup> Artículo 1459, CC.

<sup>80</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, 65.

<sup>81</sup> Artículo 1455, CC.

<sup>82</sup> Artículo 1459, CC.

<sup>83</sup> Artículo 1461, CC.

<sup>84</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, 223.

<sup>85</sup> *Id.*, 227-228.

En cuanto al objeto del contrato, la ley dispone tan solo debe ser definido para existir<sup>86</sup>; ya que la voluntad expresada por las partes debe encaminar a un objeto jurídico mismo, el cual, en otras palabras, consiste en la creación de una o más relaciones jurídicas<sup>87</sup>. En atención a esto, el contrato de maternidad subrogada, por un lado, ha sido criticado por algunos autores al indicar que se mercantiliza la vida de los NNA<sup>88</sup> y que, por lo tanto, el contrato tiene objeto ilícito por traficar; por otro lado, autores como Valdés indican que el objeto de este contrato no es el tráfico de personas, sino, es gestar una vida humana<sup>89</sup>. Sin embargo, la licitud o ilicitud del objeto no impide que el contrato exista, basta con que se lo especifique y como se puede observar, a pesar de los diferentes puntos de vista, existiría un objeto de por medio.

Finalmente, en lo que concierne a la causa, esta se puede entender como aquella razón intrínseca por la cual las partes decidieron obligarse al contrato<sup>90</sup>, lo cual está claro en el supuesto de maternidad subrogada –engendrar a un nuevo ser. So pretexto del artículo 1461 del CC, si uno de estos requisitos es omitido al momento de configurar el contrato, este, a los ojos del Derecho, ni siquiera existe<sup>91</sup>.

#### **4.2.2. Requisitos de Validez**

Para que el contrato sea considerado como válido y surta efectos, es necesario que las partes cuenten con capacidad legal, que su voluntad sea libre de vicios, el objeto y causa sean lícitos y en caso de haberlo, cumplan con las solemnidades establecidas en la ley<sup>92</sup>.

Para que el contrato sea considerado como válido y surta efectos las partes deberán tener la aptitud de obligarse por si mismo sin el ministerio o autorización de otra<sup>93</sup>. De acuerdo con el artículo 1463 del CC, no podrían obligarse menores de 18 años, en virtud de que estas son incapaces<sup>94</sup>. Asimismo, la voluntad que estas expresen deberá ser libre de vicios como el error, fuerza o dolo, caso contrario su consentimiento puede estar viciado y provocar la nulidad del contrato.

---

<sup>86</sup> Artículo 1459, CC.

<sup>87</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, 84.

<sup>88</sup> Ana Garibo, “El Interés Superior Del Menor En Los Supuestos De Maternidad Subrogada”, 256.

<sup>89</sup> Caridad Valdés, “La Maternidad Subrogada Y Los Derechos De Los Menores Nacidos Mediante El Uso De Esas Técnicas”, 480

<sup>90</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, 257.

<sup>91</sup> *Id.*, 83.

<sup>92</sup> Artículo 1459, CC.

<sup>93</sup> *Id.*, 86-87.

<sup>94</sup> Artículo 1464, CC.

En cuanto al objeto del contrato, tal como se menciono anteriormente, este aspecto ha sido reprochado por un sector de la doctrina, ya que según Regalado el ser humano es “cosificado”<sup>95</sup> cuando la madre gestante se somete a estos procedimientos, con el objetivo recibir una suma de dinero. Asimismo, a juicio de Garibo, el niño en estos contratos es mercantilizado por el hecho de fijarse un precio para la entrega del NNA<sup>96</sup>, provocando que el contrato tenga de por medio un objeto ilícito – tráfico de personas. En cambio, autores como Valdés consideran que en este contrato el objeto es únicamente la prestación del servicio de gestar y alumbrar a un menor<sup>97</sup>, y siguiendo la idea de Rodríguez la obligación de entregar al NNA a los padres de intención, es una obligación meramente accesoria, sin hacer de este un objeto por el cual se paga una suma de dinero.

Al igual que el objeto, la causa de este contrato deberá ser lícita, por lo que el fin por el cual contratan los agentes no debe contravenir la ley, el orden público o a las buenas costumbres<sup>98</sup>, lo cual ya requerirá un análisis por cada caso. Por último, la ley establece que, en caso de haberlo, el contrato debe ceñirse a las solemnidades establecidas para cada contrato<sup>99</sup>, sin embargo, como se mencionó anteriormente, el contrato de maternidad subrogada no cuenta con legislación alguna, lo cual no deja ninguna solemnidad la cual seguir.

## **5. Riesgos Derivados del Contrato de Maternidad Subrogada que Afectan al Interés Superior del Niño**

Todo contrato, sea cual sea este, deriva un riesgo para las partes, esto ocurre día a día, incluso en contratos que están regulados y tipificados en nuestro ordenamiento jurídico. Al no estar regulada la maternidad subrogada en el Ecuador, los efectos de este contrato no pueden ser gravoso solo para las partes, sino también, para el futuro ser humano. Por esta razón, este contrato debe ser configurado con pinzas para evitar que se vulneren los derechos del NNA, que, aunque no existe al momento de crear el contrato, este eventualmente existirá.

A pesar de esto, se han observado casos como el de *BABY GAMMY*<sup>100</sup> en el que los padres de intención no quisieron recibir ni reconocer a su hijo, evitando así sus responsabilidades como progenitores del NNA, privando los derechos que por el interés superior del niño le debieron ser

---

<sup>95</sup> María Regalado, “Efectos, Consecuencias y Regulación de la Maternidad Subrogada”, *Femeris*, Vol. 2 (2016), 15-17.

<sup>96</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, 84.

<sup>97</sup> Caridad Valdés, “La Maternidad Subrogada y los Derechos de los Menores Nacidos Mediante el Uso de Esas Técnicas”, 467.

<sup>98</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, 262-263.

<sup>99</sup> Artículos 1486 y 1711, CC.

<sup>100</sup> Ver: <https://theconversation.com/baby-gammy-case-reveals-murky-side-of-commercial-surrogacy-30081>

asegurados. Por tal situación, es pertinente mencionar que el CNA establece las obligaciones que tienen los padres con relación a sus hijos<sup>101</sup> y las agrupa en aquello que se conoce como la patria potestad<sup>102</sup>. Sin embargo, ¿Pueden ejercer la patria potestad los padres de intención si estos aun no han reconocido a esta criatura como su hijo? Indudablemente, para ejercer que los padres ejerzan la patria potestad sobre sus hijos, es necesario que se establezca la relación parento-filial que existe para ambos.

Conforme se desprende del CC, la filiación se establece “Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio; por haber sido reconocido voluntariamente por el padre o la madre, en el caso de no existir matrimonio o por haber sido declarada judicialmente hijo de determinado padre o madre”<sup>103</sup>. El CC en esta disposición parece acogerse a la verdad biológica, para determinar la relación parento-filial, lo cual, para el supuesto de maternidad subrogada, no permite establecer dicha relación.

En tal virtud, es necesario traer a colación la sentencia No. 184-18-SEP-CC del 20 de mayo de 2019, caso Satya, ya que en esta sentencia la Corte Constitucional introduce entre otros, la doble maternidad o paternidad. Por lo que, en su fallo expresa que, a pesar de que la filiación se ha venido estableciendo en base a la verdad biológica, es necesario tomar en cuenta la realidad y los derechos de las parejas o personas a tener hijos en base al uso de las TRHA, sobre la cual se introduce el principio de voluntad procreacional<sup>104</sup>.

Para esto, la Corte define este principio como la decisión de una pareja o persona a tener un hijo, con dos realidades: primero, se utilizan TRHA con material genético homólogo y segundo cuando el material genético es heterólogo a la pareja o a la persona<sup>105</sup>. En otras palabras, este órgano jurisdiccional faculta a las personas a tener hijos a través de estos procedimientos y permite entablar la relación parento-filial entre los padres de intención y los NNA procreados por estas TRHA.

No obstante, inmediatamente surge otro problema, ya que tanto la madre subrogada como los padres de intención podrían inscribir al NNA como suyo y en este caso no estaría claro a quien

---

<sup>101</sup> El CNA establece obligaciones en cuanto al cuidado, crianza, educación, desarrollo integral en concordancia al 18 de la CDN.

<sup>102</sup> Aunque el CC en el artículo 284 trata a la patria potestad tan solo como lo derechos que tiene el progenitor sobre el hijo no emancipado, el CNA amplía esta visión al mencionar que esta institución también son las obligaciones que tiene el padre frente al hijo. Artículo 105, CNA.

<sup>103</sup> Artículo 24, CC.

<sup>104</sup> Caso No. 1692-12-EP, 88.

<sup>105</sup> *Id.*, 88-89.

corresponde la filiación. Aunque, la Corte es algo ambigua el establecer que, en caso de controversia, se deberá resolver en función al interés superior del niño, posteriormente en su fallo ordena a que el Registro Civil inscriba a los NNA que fueron procreados a través de técnica, tan solo con el certificado del centro médico en indique que se realizó dicho procedimiento<sup>106</sup>.

Por otra parte, el CNA en conformidad a la CADH y al pleno ejercicio del interés superior del niño, establecen que los NNA tienen el derecho a la identidad, el cual puede estar en riesgo por las disputas producto del contrato de maternidad subrogada, sin saber si es válido el nombre que obtiene del certificado de nacimiento el NNA o el nombre que colocan los padres de intención al momento de realizar la inscripción en el Registro Civil. De modo similar, el caso Satya resulta de gran utilidad, ya que, en este precedente Constitucional, la Corte determina que al momento de registrar el nombre de los NNA que han sido procreados por maternidad asistida, se debe tomar en cuenta los apellidos de los padres de intención sin hacer diferencia si estos son heterosexuales u homosexuales, y en el caso que el padre sea solo una persona, utilizar los apellidos de esta persona.

En consideración del no nacido y en función del interés superior del niño, una vez realizado el procedimiento de fecundación e implantación dentro del cuerpo de la madre subrogada, el embrión será considerado un sujeto de derechos<sup>107</sup>, el cual deberá tener las condiciones necesarias para su adecuado desarrollo y protección hasta su nacimiento. Sin embargo, ¿Qué ocurre si en este punto las partes ya no desean tener al NNA? Resulta especialmente complejo siquiera pensar en una resolución del contrato una vez que la madre subrogada se encuentra embarazada. Puesto que la legislación actual relativa al aborto no permite que la mujer cese voluntariamente con la vida del no nacido<sup>108</sup>, esta debe alumbrar al *nasciturus* y los padres de intención deberán recibir al NNA; ya que, en este punto, una vez que ha sido concebido un NNA, por más su voluntad sea la de resolver el contrato, el interés superior del niño entra en juego para el embrión y le otorga el derecho a la protección.

## **6. El Interés Superior del Niño en el Contrato de Maternidad Subrogada**

Como se ha venido tratando, el interés superior del niño es un principio que entra en juego para proteger el desarrollo integral de los NNA; sin embargo, el contrato de maternidad subrogada es un negocio jurídico único en su especie que genera efectos no solo para las partes sino también

---

<sup>106</sup> *Id.*, 92.

<sup>107</sup> Artículo 45, CRE.

<sup>108</sup> Artículos 150, Código Orgánico Integral Penal [COIP], Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014

para el NNA que será procreado a efectos de esta TRHA. Si bien es cierto, que este principio otorga protección a los NNA desde su concepción, este debería ser utilizado y aplicado incluso en los contratos de maternidad subrogada en los cuales aun ni siquiera existe un embrión al cual brindar protección. A primera vista, esto sería algo impensable ya que no existe ningún sujeto de derechos al cual otorgarle derecho alguno; sin embargo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen varias instituciones que podrían ser tomadas en cuenta para que el interés superior del niño actúe desde mucho antes de que exista el ser humano en los contratos de maternidad subrogada.

### **6.1. El No Nacido Como Sujeto de Derechos**

Según el CC la existencia legal de una persona empieza cuando esta se desprende totalmente del cuerpo de la madre<sup>109</sup>. Esta disposición implica que, a partir de la separación total entre el bebé y la madre, la persona será considerada como “aquel ente al que se le reconoce la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones”<sup>110</sup>. Por otro lado, el mismo cuerpo legal en el artículo 61 se menciona que “La ley protege la vida del que está por nacer”<sup>111</sup>, disposición que sigue la misma línea del art. 45 de la CRE. Asimismo, de acuerdo con el CNA las normas de aquel código son aplicables para todo ser humano, incluso desde la concepción. A primera vista se podría decir que las normas mencionadas están en contradicción; sin embargo, de lo que expresa Simon se colige que no existe contradicción entre estas normas ya que, a modo de ver del autor, todo derecho que tendría el no nacido está suspenso hasta que se verifique su nacimiento<sup>112</sup>.

Resumiendo, aunque el *nasciturus* no sea una persona, este es considerado como sujeto de derechos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, le otorga un régimen jurídico de protección desde su concepción con el fin de que su desarrollo sea el apropiado y su bienestar sea salvaguardado. Desde la perspectiva de Cillero el interés superior del niño “tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho)”<sup>113</sup>. Por lo tanto, este principio estaría vigente desde la misma concepción para asegurar la máxima satisfacción de los derechos del NNA cuando se confirme su nacimiento.

### **6.2. La Venta de Cosa Futura**

---

<sup>109</sup> Artículo 60, CC.

<sup>110</sup> Grisel Galiano, “Reflexiones Conceptuales Sobre Las Categorías: Persona, Personalidad, Capacidad Y Sujeto De Derecho”, *Derecho y Cambio Social* (01/01/2013), 4.

<sup>111</sup> Artículo 61, CC.

<sup>112</sup> Farith Simon, *Introducción al Estudio del Derecho*, (Quito: Cevallos, 2017), 268.

<sup>113</sup> Miguel Cillero, *El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño*, 9.



Acerca de la venta de cosa futura, el CC establece que existen situaciones en las que se permite la venta una cosa que no existe, pero se espera que exista<sup>114</sup>. A primera vista sería ilógico vender algo que no existe; sin embargo, el legislador así lo ha decidido. Citando a Ospina, esta institución fue creada “para evitar la ocurrencia de actos jurídicos carentes de objeto, elemento esencial de los contratos”<sup>115</sup>. En esta misma línea, el autor desarrolla que el reconocimiento legal de la cosa futura debe realizársela en forma condicional y cualquier derecho u obligación que se produzca a razón de estos objetos, quedarán suspensos hasta que se confirme su existencia<sup>116</sup>.

A pesar de que el artículo 1752 del CC trata sobre un objeto, este mismo tratamiento se lo podría utilizar para anticipar la existencia de los NNA que no existen, pero que por medio del contrato de maternidad subrogada se espera que existan. Visto de esta forma, al momento de pactar sobre esta TRHA, como el fin de este contrato es la gestación y el posterior alumbramiento de un NNA, el interés superior del niño entraría en juego para por lo menos moldear el contrato y que este se lo configure tomando en cuenta los derechos del futuro NNA que eventualmente existirá.

En efecto, este fundamento de otorgar derechos a algo que no existe es plenamente visible cuando se le otorga protección al no nacido ya que históricamente, este era considerado como una visera más de la madre<sup>117</sup>. No es hasta la sentencia de la CIDH, en el caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica, en la que se establece que la vida empieza desde la implantación del huevo o cigoto en el útero de la madre<sup>118</sup>, y con la declaración del *nasciturus* como sujeto de derechos de la CRE que el no nacido adquirió el derecho a la protección desde su concepción<sup>119</sup>.

Sin lugar a duda, en el supuesto de la maternidad subrogada no existe siquiera un embrión al cual brindar protección. No obstante, producto de este contrato un nuevo ser vendrá a este mundo el cual, al tiempo de confirmarse su nacimiento, se dará el inicio legal de su personalidad lo que provocará que sea merecedor de todos los derechos expresados en nuestro ordenamiento jurídico e instrumentos internacionales. Consecuentemente, si se contrata a una mujer para que preste su cuerpo con el fin de que esta gaste y alumbré a un bebé, aunque este no exista, y se espera que

---

<sup>114</sup> Artículo 1753, CC.

<sup>115</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, 241.

<sup>116</sup> *Id.*, 241-242.

<sup>117</sup> Ricardo Rabinovich-Berkman, *Derecho Civil Parte General* (Buenos Aires: Astrea, 2000), 192.

<sup>118</sup> Caso *Artavia Murillo & otros* (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica, 99.

<sup>119</sup> *Id.*, 60.

exista, el interés superior del niño por su función debería ser tomando en cuenta al momento de configurar el contrato de manera obligatoria por las partes.

## **7. Sobre la Propuesta del Proyecto de Ley: Código Orgánico de la Salud**

En la Asamblea Nacional del Ecuador el último año se estuvo discutiendo el proyecto de ley del Código Orgánico de la Salud, COS. Este proyecto de ley tenía como intención de regular la atención de emergencias obstétricas, el derecho al secreto profesional y entre estos, la maternidad subrogada. El texto final aprobado por la Asamblea fue enviado el 25 de agosto de 2020 para que el Presidente de la República lo sancione u objete<sup>120</sup>. Dicho proyecto fue vetado totalmente el 25 de septiembre de 2020 lo cual implica que la Asamblea solo podrá considerarlo nuevamente después de un año<sup>121</sup> y volver a debate para corregir aquellos preceptos por los cuales no se aprobó la ley. A pesar de que este proyecto de ley haya sido vetado, es pertinente analizar de manera breve el artículo 196<sup>122</sup>, mismo que trata sobre la reproducción humana asistida y sobre esta base el legislador tenía la intención de regular esta técnica.

Para comenzar, en este articulado se trató establecer que las TRHA podrían realizarse siempre que cumplan los requisitos que la Autoridad Sanitaria Nacional dispusiera para el caso<sup>123</sup>. Lo cual no reviste inconveniente alguno, ya que, de regularse tal materia, lo más lógico hubiera sido que la Autoridad Sanitaria Nacional emita regulaciones y requisitos para acceder a estas técnicas.

Además, en este artículo el legislador pretendía restringir el acceso a la maternidad asistida tan solo a mujeres que por circunstancias médicas no se les permita el embarazo<sup>124</sup>. Por esta razón, esta disposición discrimina a parejas homosexuales que deseen procrear un bebé a través de esta técnica, a parejas heterosexuales que por razones no biológicas deciden acudir a estas técnicas de reproducción y a las personas que decidan conformar un hogar monoparental por medio de la maternidad subrogada, violentando así, el derecho estas personas a su vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantos hijos tener<sup>125</sup>.

Por otro lado, el tercer inciso del artículo menciona brevemente que se garantizaría el derecho de los niños de acuerdo con el desarrollo de su personalidad dentro del seno familiar, lo

---

<sup>120</sup> Artículo 138, CRE.

<sup>121</sup> Artículo 139, CRE.

<sup>122</sup> Artículo 196, Proyecto de ley: Código Orgánico de la Salud [COS], estado: veto total.

<sup>123</sup> *Id.*

<sup>124</sup> *Id.*

<sup>125</sup> Artículo 66.10, CRE.

cual hace alusión al interés superior del niño. De igual forma, el legislador toma en consideración la vulnerabilidad de la mujer embarazada y pretendía disponer en el articulado que se le garantice en todo momento el cuidado y atención con la intención de evitar riesgos en durante el embarazo, parto, post parto e incluso en los procesos de fertilización<sup>126</sup>.

En cuanto al último inciso del articulado, se pretendía prohibir que los menores de edad efectúen esta TRHA, lo cual a su vez es lógico en virtud de que estas personas, en razón de su edad, no tendrían capacidad legal para decidir por si mismas a obligarse a la efectuación de este tipo de métodos para quedar embarazadas.

En último término, se tenía la intención de prohibir cualquier tiempo de contra prestación por la donación de gametos, embriones e incluso por la subrogación del vientre<sup>127</sup>, dejando atrás la posibilidad de realizar una maternidad subrogada a cambio de dinero, e instaurando tan solo la maternidad subrogada altruista, tal como lo es en algunos países de Sudamérica como Uruguay y Paraguay. Asimismo, el legislador establecía que cualquier gasto derivado del proceso de maternidad subrogada no sería considerado como prestación para la madre subrogada, lo cual resulta razonable, ya que, de esta manera se elimina la posibilidad de que los pagos que se realicen por el embarazo sean tomados como una compensación hacia la madre.

## **8. Recomendaciones**

A modo de recomendación, por las razones ya expuestas, se sugiere al legislador a que explore la posibilidad de incluir como principio rector de esta materia al interés superior del niño, siguiendo el mandato de la opinión consultiva OC-17/2002 que establece que para las normas que conciernen a los NNA, dicho principio deberá ser tomado para la creación y aplicación de normas<sup>128</sup>.

De esta manera, al momento de redactar corregir el texto del COS, en lo relacionado a la maternidad asistida, el legislador debería en primer lugar, establecer que cualquier negocio jurídico que se realice con el objetivo de efectuar esta TRHA, deberá realizárselo tomando en cuenta los estándares establecidos por el interés superior del niño, todo esto con el fin de asegurar el desarrollo integral y las mejores condiciones para el NNA que eventualmente será concebido y alumbrado. Este punto es de vital importancia ya que, al estar regulado en la norma, la ley puede

---

<sup>126</sup> Artículo 196, COS.

<sup>127</sup> *Id.*

<sup>128</sup> Opinión Consultiva OC-17/2002, 75.

ejecutar su carácter de supletoriedad en caso de silencio de las partes al momento de configurar el contrato, haciendo que, si las partes no toman en cuenta este elemento, el contrato no se vicie y se subsane por la misma ley.

Segundo, el legislador no debe hacer caso omiso a la Sentencia No. 184-18-SEP-CC referente al caso Satya, en el que la Corte ordena a la Asamblea a regular el supuesto de maternidad subrogada. La Corte en dicha sentencia, introdujo los conceptos de doble maternidad y paternidad, además de la voluntad procreacional, lo cual faculta a las personas, sean estas parejas heterosexuales, homosexuales o personas que quieren formar un hogar monoparental, a acceder a estas técnicas para procrear un hijo. En tal virtud, el legislador no debe restringir el acceso a esta técnica solo a mujeres que por razones biológicas no puedan tener hijos.

En este sentido, de acuerdo con el interés superior del niño, la norma propuesta por el legislador debería establecer que no se niegue la inscripción del NNA con los apellidos de los padres de intención, y mucho menos el establecimiento de la relación parento-filial. Para lo cual debería fijar como uno requisito para estas dos actuaciones, el certificado médico de que el NNA ha sido procreado a través de TRHA.

En último lugar, en lo relacionado a la prestación que puede o no recibir la madre subrogada por prestar su vientre, el legislador debería analizar si realmente es necesaria una prohibición a recibir un pago por este servicio o si deberían ser aceptados y tolerados los pagos que se realicen a la madre subrogada que generen utilidad a esta.

## **9. Conclusiones**

El derecho no es un producto estático que debe ser utilizado para enmarcar y encasillar la vida de las personas, sino el fin de este es regular y organizar la conducta de las personas conforme estas evolucionan. En este sentido, el legislador debe adaptar el ordenamiento jurídico para que la norma cumpla con su fin y esta al final del día sea eficaz.

En lo relacionado a la maternidad subrogada, la realidad nos demuestra que esta técnica ha sido, es y seguirá siendo efectuada en el Ecuador, sin perjuicio de que se no se encuentre regulada y no exista prohibición alguna para hacerlo. Las personas, sean parejas heterosexuales, homosexuales o incluso personas que quieren conformar un hogar monoparental, pueden acceder a esta técnica, a través de acuerdos con la madre subrogada; sin embargo, el negocio jurídico ideal para desarrollar estos procedimientos sería el contrato, gracias a las garantías que esta convención ofrece frente al incumplimiento de una de las partes.

A consecuencia de que se configure un contrato de maternidad subrogada, no solo se generan efectos para las partes, sino también para un sujeto de derechos que, al momento de crear el contrato, no tiene esta calidad de sujeto, por lo que nos encontramos en frente de un contrato sui generis. Por otra parte, aunque se quiera discutir sobre la ilicitud e invalidez de este contrato, una vez que ha sido efectuada la TRHA y el NNA ha sido concebido, el interés superior del niño toma efectos y provoca que el no nacido tenga al menos el derecho a la protección mientras este se encuentre en el vientre de la madre subrogada y posteriormente en su nacimiento todos aquellos derechos que se encuentra reconocidos por la norma y tratados internacionales.

Sin embargo, esta postura ya es recogida por la CRE y el ordenamiento jurídico en general, por lo que, es necesario llegar más allá y a través del estudio de la figura de venta de cosa futura, se ha podido establecer que la existencia de un NNA, específicamente para los contratos de maternidad subrogada, se la puede anticipar provisionalmente; todo esto debido a los alcances que este contrato tiene per se, el cual si no se lo realiza de manera adecuada, se puede desatender el interés superior de los NNA desde varios puntos de vista y por lo tanto violar sus derechos.

Frente a estas aristas que pueden afectar al interés superior del niño de aquellas personas que han sido procreadas a través de esta técnica, el caso Satya de ofrece soluciones en cuanto al filiación, derecho a la identidad, entre otros. Sin embargo, estas controversias que surgen a razón del contrato de maternidad subrogada podrían ser previstas y solucionadas en una norma.

En tal virtud, el legislador, cumpliendo con la decisión del caso Satya, debería instaurar una norma que ya no solo faculte a las partes para que efectúen este contrato de maternidad subrogada, sino que este realice un análisis más profundo y establezca al interés superior del niño como un estándar dentro de estos contratos para ofrecer así, ya que este es un principio que tiene tanto reconocimiento nacional como internacional, en el que busca establecer la situación más favorable para el NNA y que sobre todo que en estos contratos se prevenga y evite la violación de derechos de un sujeto de derechos que eventualmente será alumbrado a través de estos procedimientos.