



DOI: <https://doi.org/10.23857/dc.v9i4.3602>

Ciencias Políticas
Artículo de Investigación

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

Legal analysis - medical on the surrogate womb in Ecuador

Análise jurídica - médica no útero substituto no Equador

Ivanna Antonia Peña-Cordero ^I
ivanna.pena.49@est.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0009-0006-1845-5590>

María Auxiliadora Santacruz-Vélez ^{II}
maria.santacruz@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0001-9617-7289>

Jaime Alberto Pacheco-Solano ^{III}
jaime.pacheco@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0009-0004-5080-8582>

Correspondencia: ivanna.pena.49@est.ucacue.edu.ec

***Recibido:** 29 de julio de 2023 ***Aceptado:** 30 de agosto de 2023 * **Publicado:** 29 de septiembre de 2023

- I. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.
- II. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.
- III. Universidad Católica de Cuenca, Ecuador.

Resumen

La gestación subrogada es un tema que a pesar de que en esencia responde al área de la Medicina, contiene repercusiones jurídicas, por lo que ha resultado indispensable analizar la normativa vigente en el Ecuador sobre la práctica del vientre subrogante, la misma se ha realizado mediante la recolección y contraste de información, en donde como resultado se ha evidenciado el desapego del Derecho hacia la realidad del ejercicio del vientre subrogante como técnica de reproducción asistida para quienes se encuentran privados de manifestar su voluntad procreativa de forma natural, considerando que esta técnica es practicada en el país desde hace aproximadamente 10 años, por lo que esta situación se presenta como un amplio campo de inseguridad jurídica que se presta a vulneraciones de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Palabras Claves: Vientre subrogante; Gestación subrogada; Técnicas de reproducción asistida; Voluntad procreacional.

Abstract

Surrogacy is a topic that, although it essentially corresponds to the area of Medicine, contains legal repercussions, which is why it has been essential to analyze the regulations in force in Ecuador on the practice of surrogacy, which has been carried out through the collection and contrast of information, where as a result the detachment of the Law towards the reality of the exercise of the surrogate womb as an assisted reproduction technique for those who are deprived of expressing their procreative will in a natural way, considering that this technique is practiced in the country for approximately 10 years, so this situation is presented as a wide field of legal insecurity that lends itself to violations of constitutionally recognized rights.

Keywords: Surrogate womb; Surrogacy; Assisted reproduction techniques; Procreational will.

Resumo

A barriga de aluguel é um tema que, embora corresponda essencialmente à área da Medicina, contém repercussões jurídicas, por isso tem sido fundamental analisar a regulamentação em vigor no Equador sobre a prática da barriga de aluguel, que tem sido realizada através do coleta e contraste de informações, tendo como consequência o distanciamento do Direito em relação à realidade do exercício do útero substitutivo como técnica de reprodução assistida para aquelas que estão privadas

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

de expressar sua vontade procriativa de forma natural, considerando que esta técnica é praticada no país há aproximadamente 10 anos, portanto esta situação se apresenta como um amplo campo de insegurança jurídica que se presta a violações de direitos constitucionalmente reconhecidos.

Palavras-chave: Útero substituto; Barriga de aluguel; Técnicas de reprodução assistida; Vontade procriativa.

Introducción

En el presente artículo se busca realizar un análisis de la regulación normativa del vientre subrogante en el Ecuador mediante la recolección de información en un acervo bibliográfico sobre el tema, tanto de origen nacional como internacional, con el objetivo de encauzar el análisis hacia las disposiciones jurídicas respecto a esta práctica como técnica de reproducción asistida.

A razón de la importancia de que el Derecho se apegue a la realidad social del país, se analizará la normativa vigente en contraste con la información recopilada, para poder evidenciar la existencia de la problemática planteada respecto al ejercicio del vientre subrogante como técnica de reproducción asistida en el Ecuador.

En este mismo sentido se busca identificar si el estado de la regulación del vientre subrogante del Ecuador repercute de alguna manera en los Derechos Constitucionales, haciendo un enfoque especial a los derechos de familia y libertad reproductiva, los cuales resultan indispensables para el ejercicio de esta práctica médica.

Es por lo antes mencionado que el objetivo general del presente artículo es evidenciar lo que respecta a la regulación del vientre subrogante, considerando que esta es una práctica médica que tiene repercusiones en el área jurídica, por lo que resulta imprescindible para el Derecho ecuatoriano un pronunciamiento sobre el ejercicio de la misma.

Metodología

El método que se utilizó dentro de esta investigación fue de tipo bibliográfico, puesto que, con base a la recolección de información se realizaron tanto interpretaciones como análisis respecto a la realidad normativa nacional e internacional referente a la regulación del Vientre Subrogante como Técnica de Reproducción Asistida, por lo que el acervo de información normativa obtenida permitió encauzar la caracterización de esta técnica médica en el área jurídica.

Resultados

Consideraciones conceptuales

Dentro de los resultados del presente análisis, fue necesario considerar ciertos conceptos que derivan del vientre subrogante, siendo el inicial el que se refiere a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), entendiéndose que estas comprenden la aplicación de la biomedicina mediante métodos que buscan que los procesos que son biológicamente naturales, sean facilitados o sustituidos a razón de un impedimento en esta reproducción natural.

En tal virtud, las Técnicas de Reproducción Asistida, parten desde la “Medicina del Deseo”, es decir que parten desde un área de esta ciencia que no responde necesariamente a un tratamiento urgente o a una patología que ponga en riesgo la salud del paciente, sino que nace desde la voluntad del paciente de obtener una consecuencia médica mediante un procedimiento.

Pues, siguiendo esta línea se encontró que la Medicina del Deseo inició cubriendo la rama de la cirugía estética, respondiendo a su naturaleza de partir desde la voluntad del paciente de un cambio, en este caso físico, a través de un procedimiento médico. No obstante, con la evolución tecnológica, la Medicina del Deseo trascendió hacia lo que es la concepción de un nuevo ser humano, respondiendo a la voluntad del paciente de querer tener descendientes.

Es entonces que esta Medicina, envuelve a lo que en la actualidad se conoce como Técnicas de Reproducción Asistida, siendo destacable el concepto que nos ofrece Natalia Bermejo respecto a qué técnicas reproductivas se denominan de Reproducción Asistida: “a todas aquellas técnicas mediante las cuales se trata de aproximar en forma artificial a las gametas femenina (óvulos) y masculina (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo” (Bermejo, 2012, pág. 1)

Así mismo, las Técnicas de Reproducción Asistida, derivadas de la Medicina del Deseo, han permitido que, mediante la evolución tecnológica y científica, se desarrollen técnicas procreativas que le hacen frente a problemáticas como la infertilidad, por lo que entre estas se encuentran las que derivan de la gestación subrogada, pues en esta se busca reemplazar el lugar de la gestante, es decir, que se sustituye a quien llevará al embrión/feto (dependiendo del momento gestacional), no obstante, esta persona no ejercerá función maternal ni el estatus jurídico del que nazca de su vientre.

En este sentido, ha sido imprescindible en esta investigación resaltar la definición que ofrece Ordeñana Sierra y Barahona Nejer (2016) sobre la maternidad subrogada, pues “Consiste en el consentimiento de una mujer en poner a disposición temporal una parte no separable de su cuerpo,

para su utilización por otros, los cuales harán suyo, al término del proceso de gestación, el fruto de dicho proceso” (p. 53).

Siguiendo esta misma línea es posible destacar que existen distintos tipos en los que se puede concebir un vientre subrogante, siendo estos los siguientes:

1. Gestación subrogada tradicional o parcial: la mujer gestante aporta la carga genética. Esta gestación es realizada a través de una inseminación artificial con semen del futuro padre, sin embargo, también puede tratarse de una fecundación in vitro con óvulos de la madre gestante.

2. Gestación subrogada gestacional o completa: en este caso la madre gestante no transfiere sus óvulos para la creación del embrión que va a llevar en su vientre, sino que la dotación genética se origina de la futura madre o en ciertos casos de una donante de óvulos.” (Trolice, M. & Salvador, Z., 2019)

Si bien, la clasificación anterior parte desde los parámetros médicos mediante los cuales se ejecuta la gestación subrogada, es importante también considerar que con base en parámetros económicos es posible examinar otra clasificación de esta práctica, pues se puede realizar de forma lucrativa, es decir que se retribuirá económicamente a la gestante, o puede ser realizada de forma altruista, que implica que la gestante no tendrá ninguna retribución económica por la subrogación de su vientre.

Regulación Normativa sobre el Vientre Subrogante en el Ecuador

Para el presente artículo, ha sido imprescindible considerar que el Derecho en la sociedad cumple con una función reguladora, pues según el Artículo 1 del Código Civil Ecuatoriano (2005), este resulta ser una herramienta que “manda, prohíbe o permite”, considerando que las prohibiciones al ser infringidas acarrear en una consecuencia sancionatoria, mientras que en los casos en los que la ley “permite”, esta dicta pautas, parámetros o regulaciones en general para el cumplimiento de la acción u omisión.

En consecuencia, se ha podido comprender que el Derecho cumple con sus fines mediante la normativa emanada, pues esta busca evitar que en el ejercicio de las libertades individuales se cometan distintas vulneraciones, es entonces que se convierte en una necesidad que las leyes que se emanen respondan a una realidad social, con el fin de que sea posible para el ordenamiento jurídico acaparar en amplitud las acciones u omisiones que derivan en consecuencias jurídicas, evitando así anomías legales.

A través de este análisis fue inevitable considerar al Derecho como una rama flexible y multidisciplinaria, pues en él convergen distintas materias, a razón de que el avance de distintas

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

disciplinas ha producido que ciertas situaciones que, en esencia se consideraban ajenas al derecho, tengan una repercusión jurídica, como lo es por ejemplo las referentes al área de la medicina.

En el sentido de esta investigación, se ha evidenciado que la biotecnología ha permitido que personas que poseen voluntad procreativa pero que se ven imposibilitadas de materializarla, logren hacerlo mediante técnicas de reproducción asistida, no obstante, es imprescindible considerar el punto en el que se enlazan tanto la Medicina como el Derecho, pues esta es una de las prácticas médicas que en su ejercicio produce consecuencias jurídicas.

En el caso del vientre subrogante, se entiende que hay incidentes genéticos que afectan directamente a la situación jurídica del que está por nacer, pues puede ser el caso en el que la carga genética de este sea completamente ajena a la gestante como lo es en la Gestación subrogada completa, o puede ser una Gestación Subrogada parcial, en la que podría ser realizada una inseminación artificial con los espermatozoides de quien se pretende padre, pero los óvulos corresponden a la mujer gestante.

Ha sido entonces evidenciable que con el ejercicio de esta práctica se presentan distintos problemas jurídicos, como los que respectan a la identidad del que está por nacer en razón a su carga genética, así como las que corresponden a situaciones previas a la gestación e inclusive a las que se presentan durante la misma, de modo que el Derecho no le puede ser indiferente a la regulación de este tipo de prácticas.

Siguiendo esta misma línea, en el acercamiento que se realizó respecto a los cuerpos normativos que tratan la regulación del vientre subrogante en el Ecuador, el único documento existente al respecto es un Proyecto de Ley (Resolución CAL-2015-2017-139) en donde se establece lo siguiente:

“Artículo 150.- Reproducción asistida.- La reproducción asistida podrá realizarse en el país cumpliendo con los requisitos determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional, la cual regulará el acceso a estos métodos. Las técnicas de inseminación artificial y otras de reproducción asistida, estarán permitidas siempre y cuando estén basadas en evidencia científica en el marco del respeto de los derechos humanos y la bioética, incluyendo la reproducción asistida mediante vientres subrogantes.

Se prohíben las remuneraciones de cualquier tipo a cambio de la subrogación del vientre.

Los establecimientos de salud que brinden este tipo de servicios deberán contar con protocolos explícitos de consentimiento informado.” (Resolución CAL-2015-2017-139, 2016)

Del artículo citado se ha destacado lo siguiente:

1. Aceptación de amplio espectro respecto a las Técnicas de Reproducción Asistida

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

2. Uso de Técnicas de Reproducción asistida con respaldo científico
3. Limitaciones respecto a los Derechos Humanos y la Bioética
4. Prohibición de Gestación Subrogante Comercial
5. Exigencias respecto al consentimiento informado

Inicialmente se analizó de este artículo que pretende aceptar en amplitud las distintas Técnicas de Reproducción Asistida, en el sentido de que prevé que se desarrollen nuevas técnicas reproductivas, mismas cuyo ejercicio será permitido en el país siempre que cuenten con una base científica sólida, de modo que los dos primeros puntos enumerados se encuentran relacionados de tal forma que si bien existe una amplia gama de admisión de técnicas reproductivas, estas se restringen a un respaldo científico, en protección no únicamente de la gestante, sino de todos los sujetos involucrados en este proceso.

En este mismo sentido, dentro del ejercicio de este proceso médico, la Bioética resulta imprescindible, pues por la naturaleza de este, resulta indispensable considerar el marco límite que marca la misma, de modo que se consideró dentro de este análisis los principios de la bioética, los cuales Beauchamp y Childres (1979), en su libro “Principle of Biomedical Ethics” exponen el Respeto a la Autonomía haciendo referencia al poder de decisión libre del paciente, la No Maleficencia en cuanto a los procedimientos que se realicen no deben buscar un resultado dañino, la Beneficencia respecto a que las contribuciones de los profesionales de salud incrementen el bienestar del paciente y la Justicia resultante de un trato equitativo en la distribución del servicio de salud en un marco de respeto a los derechos de los pacientes.

Es entonces evidenciada la estrecha relación de la Bioética con los Derechos Humanos, pues persiguen una misma línea de resguardo y protección respecto al ejercicio de las intervenciones médicas. Siguiendo con el desarrollo de los puntos enunciados respecto al análisis del artículo, se encontró la admisión del tipo de Gestación Subrogante Altruista, es decir que se exige la prohibición de retribuciones económicas por el cumplimiento del rol de gestante.

En este punto se analizó la razón de la Prohibición de la Gestación Subrogante Comercial con base a la protección de los Derechos Humanos, sobre todo los que respectan a quien se pretende gestante, pues se busca evitar que la subrogación sea vista como un trabajo reproductivo prestándose a vulneraciones y situaciones de explotación sexual.

Por último se exigen los protocolos respecto al consentimiento informado, siendo este un aspecto fundamental dentro de las intervenciones médicas, pues Gonzalo Bucheli (2018), en su trabajo

“Consentimiento informado y los Derechos Médicos-Pacientes en el Ecuador”, cita a Gonzalo Gianella (2013) quien resalta que dentro del reporte del relator especial de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en la sesión sobre el Derecho a la Salud en el 2009, referente al consentimiento informado se pronunciaron de la siguiente manera: “Garantizar el consentimiento informado es un aspecto fundamental del respeto a la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana de la persona en un proceso continuo y apropiado de servicios de la atención de salud solicitados de forma voluntaria.”(pag, 17)

Además, vale la pena recalcar que el consentimiento informado, que resalta el artículo citado, es garantizado por el cuerpo normativo constitucional, pues en el artículo 362 se dispone lo siguiente:

*“Art. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y **garantizarán el consentimiento informado**, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.*

Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.”(Constitución De La República Del Ecuador, 2008)

No obstante del análisis expuesto sobre el artículo 150 de este proyecto de ley, es de suma importancia recalcar que el mismo no se encuentra vigente, de modo que en el Ecuador no existe en ningún cuerpo normativo una regulación del Vientre Subrogante como Técnica de Reproducción Asistida a pesar de que su ejercicio es una realidad en el país, pues la Comisión Nacional de Bioética en Salud del Ministerio de Salud Pública del Ecuador, en su Resolución CAL-2015-2017-139, afirma que desde el año 1993 se realizan procedimientos relacionados con el vientre subrogante en el país (2018).

Aspectos jurídicos respecto al vientre subrogante en India y Argentina

En la búsqueda y contraste bibliográfico que se realizó en esta investigación, se encontró que la India había sido uno de los países con más ejercicio del Vientre Subrogante como Técnica de Reproducción asistida, pues en el artículo “Gestación Subrogada o Vientres de Alquiler: Reflexiones a la luz del Derecho Comparado y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, publicado por el Profesor en Derecho Constitucional de la Universidad de Navarra, Fernando Yarza (2017), menciona a la India como uno de los destinos más frecuentados para esta práctica médica,

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

pues señala que en el año 2008 alrededor de 450 millones de dólares estadounidenses se habían generado por parte de este segmento reproductivo del país.

El ejercicio de esta Técnica de Reproducción Asistida en la India se maneja mediante un contrato, en donde participan la Clínica, la pareja que busca el vientre subrogante como opción reproductiva, quien se pretende como gestante y el esposo de ésta (de ser el caso), quedando ajenos de este instrumento legal los donadores del material genético, si fuese el caso que se aportase de forma ajena a quienes se pretenden padres.

Inicialmente esta práctica no era regulada dentro de la India, posteriormente con la afluencia de su práctica, se siguieron los parámetros establecidos por el Consejo Indio de Investigación Biomédica en la “Guía Ética para la Investigación Biomédica” (2006), y posteriormente se acoplaba el proceso también a la “Guía para la Reglamentación de Reproducción Asistida” expedida en el año 2010 por el Ministerio de Salud del país.

No obstante, mediante la investigación, se evidenció que no fue hasta un pronunciamiento jurisprudencial, que la India considera verdaderamente emanar una regulación para la práctica del Vientre Subrogante, siendo el primer vestigio para este cambio el que expone Diego García Capilla y Salvador Cayuela Sánchez (2016) en su trabajo “Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía” como caso “Yamada”, en el que una pareja japonesa acudió al país con voluntad procreativa, misma que sería plasmada por medio del vientre subrogante, sin embargo, posterior al nacimiento se suscitaron problemas en cuanto a la filiación de la menor, a razón de que previo al parto, quienes se pretendían padres de la misma se habían divorciado y quien iba a ser madre de la menor concebida por medio de esta técnica de reproducción asistida, se negaba a reconocer a la niña que estaba por nacer, ya que la técnica médica con la que se produjo la gestación subrogada no utilizó sus óvulos, por ende no existía vínculo genético que las conectara, y tampoco existía normativa que regule este tipo de situaciones.

Posteriormente, en el año 2016 se expediría la Ley de Maternidad Subrogada, “The Surrogacy (Regulation) Bill” en su traducción al inglés, en donde se prohibió la Gestación Subrogada Comercial, siendo únicamente permitida la de tipo Altruista, por lo que el mismo cuerpo normativo la define en su capítulo 1, numeral 2, literal “b”, como la subrogación en donde no existen gastos ni compensaciones monetarias excluyendo las que comprenden a los gastos médicos de la gestante.

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

De esta manera, la ley expedida generó cambios radicales en cuanto a esta práctica médica, inicialmente por el carácter altruista obligatorio de la misma, en segundo lugar, establece que son aptos para el ejercicio de esta técnica de reproducción asistida únicamente las parejas con infertilidad médicamente comprobada, siendo otro de los requisitos de la pareja tener entre 23 y 50 años, para la mujer, y entre 26 y 55 años para el hombre, quienes además deberán presentar un certificado de aprobación para el ejercicio de la práctica (The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016)

Además de los requisitos antes expuestos, esta ley prohíbe que quienes se pretendan padres mediante esta técnica médica sean extranjeros, es decir que únicamente podrán acceder a este procedimiento quienes sean ciudadanos de la India, dentro de este punto vale la pena recalcar que sí tienen acceso los extranjeros que poseen la ciudadanía de este país. Otro de los requisitos de esta ley regulatoria del vientre subrogante, The Surrogacy (Regulation) Bill (2016), es que la pareja en cuestión debe contar con mínimo 5 años de matrimonio y no deben tener otros hijos, indistintamente de que sean biológicos o adoptados.

Por último, otro de los requisitos que se presentó a través de The Surrogacy (Regulation) Bill, fue que la gestante tiene que ser una mujer que posea un parentesco cercano a quienes pretenden ser padres por medio de esta técnica de reproducción asistida, no obstante, dentro del cuerpo normativo no existe una delimitación del grado de parentesco al que se hace referencia, dejando un rango ambigüedad respecto a esta regulación para la candidata a gestante, pues esta debe contar con un certificado de aprobación para poder ser partícipe del procedimiento médico, al igual que la pareja con voluntad procreativa que ha optado por este método.

Por otro lado, respecto a la República Argentina, se evidenció que existe la práctica médica del vientre subrogante como Técnica de Reproducción Asistida, no obstante, no existe dentro de su cuerpo normativo una regulación de la misma; los vestigios en la normativa argentina respecto a esta técnica médica se encuentran reconocidos como una Fuente de Filiación por lo que dentro del Código Civil y Comercial de la Nación (2015), dentro del Título IV, en el capítulo dos, se detallan las reglas sobre la filiación resultantes de Técnicas de Reproducción Asistida.

Discusión

Uno de los vestigios más relevantes respecto a la regulación de la gestación subrogante en Argentina es un Proyecto de Ley el cual planteaba una reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, en donde existía la regulación con una sección específica para la “Gestación por Sustitución” que en su

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

artículo 562, exigía un consentimiento de acuerdo a Derecho de todas las partes intervinientes, para que posteriormente este sea homologado frente a la autoridad judicial para poder autorizar los trámites de filiación del nacido.

Aparte de lo antes mencionado, existían otros requisitos referentes a quienes se pretendían padres, pues uno de estos tenía que haber aportado uno de los gametos necesarios para la concepción del futuro nacido, además de que se debía demostrar la imposibilidad de concepción por proceso biológico natural por parte de quienes se pretendan padres.

Es necesario recalcar que se evidenció que este proyecto de ley tenía especial enfoque en las especificaciones de la gestante, pues esta debía contar con buena salud, tanto física como mental, además de que esta se encontraba en prohibición de aportar gametos dentro del proceso médico, dejando de lado completamente la posibilidad de compartir genética, pues su relación solo sería gestacional.

Otro de los requisitos para la gestante, dentro del Artículo 562 del Proyecto argentino para regular el vientre subrogante, era que la misma tuviese como mínimo un descendiente propio, además de que esta no podía recibir retribuciones económicas por la participación en este proceso, lo que quiere decir que dentro de este artículo se prohíbe la Gestación Subrogante Comercial, teniendo que ser obligatoriamente de carácter altruista.

No obstante esta propuesta de ley fue rechazada, dejando al país argentino con vacíos respecto a la práctica de la gestación subrogada, sin embargo, dentro del análisis realizado, fue posible destacar el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación, respecto a la filiación, pues este establece que nadie podrá tener más de dos vínculos filiales, independientemente de la naturaleza de la filiación, considerando que en los artículos anteriores a este se reconocen las Técnicas de Reproducción Asistida como fuentes de filiación, mismas que producen los mismos efectos jurídicos que los resultantes de una procreación natural.

Es importante resaltar este punto porque dentro del artículo 562 del mismo cuerpo normativo se expone lo siguiente:

“Artículo 562. Voluntad procreacional Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”(Código Civil Y Comercial De La Nación, 2015)

Con la vigencia del artículo citado, ha sido evidente la existencia de un problema respecto a la filiación de quien ha nacido mediante Técnicas de Reproducción Asistida, pues la filiación tiene que responder obligatoriamente a la gestante, y al “hombre o mujer que ha prestado su consentimiento”, considerando solo a uno de estos últimos, en concordancia con la prohibición de la existencia de más de dos vínculos filiales por parte del mismo cuerpo normativo, resultando en un problema jurídico respecto a la identidad del menor y una vulneración a la pareja que ha tenido la voluntad procreacional y ha recurrido a este método permitido en el país para materializarla.

En este sentido, han sido las decisiones judiciales las que han respondido a soluciones para este problema jurídico, siendo el primer precedente el pronunciamiento judicial del Juzgado Nacional No. 68 de Buenos Aires expedido en el año 2013, en donde se determinó que existen dos elementos clave dentro de la filiación resultante de Técnicas de Reproducción Asistida, siendo el primero la voluntad procreacional y el segundo la manifestación de esta voluntad procreacional con los efectos jurídicos de quien está por nacer, considerando el interés superior del niño y su derecho a la identidad.

Derechos Constitucionales de familia y libertad reproductiva frente a la regulación normativa del vientre subrogante

Frente al análisis realizado, se ha evidenciado que, alrededor de la práctica médica del vientre subrogante como técnica de reproducción asistida, se desarrollan distintas afecciones hacia el área jurídica, por lo que es indispensable resaltar los derechos iniciales desde los que parte esta práctica, de modo que ha sido posible resaltar dos perspectivas de derechos originarios de la misma.

La primera perspectiva es la que corresponde a quienes se pretenden padres, pues la familia es conocida como el núcleo de la sociedad, por lo que su importancia ha desencadenado su protección desde distintos enfoques jurídicos, en consecuencia, uno de ellos es el reconocimiento de la familia en sus distintas formas, sin que exista discriminación respecto a la forma de constitución de la misma, por lo que, dentro del Ecuador, dentro del artículo 67 de la Constitución se expresa:

“Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal” (Constitución De La República Del Ecuador, 2008).

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

En concordancia con el artículo citado, el vientre subrogante, como técnica de reproducción asistida, responde a lo expuesto dentro de nuestro cuerpo normativo constitucional, a razón de que el origen de este tipo de familia que resulta de la gestación subrogada surge a partir de un vínculo jurídico puesto que la gestante, dentro de este caso, no va a ejercer sus funciones maternas ni el estatus jurídico que tiene como consecuencia del nacimiento, pues quienes tienen la verdadera voluntad procreacional, con todos los efectos que desencadena esta práctica, son quienes se pretenden padres. La segunda perspectiva que ha resaltado en esta investigación es la que respecta a la gestante y el derecho a su libertad reproductiva de poder hacerlo, pues es indispensable dentro de esta práctica médica que quien pretenda dar su vientre en subrogación, lo haga de forma libre y voluntaria, pues la decisión de someterse a esta técnica de reproducción asistida debe partir desde la autonomía y libertad de la mujer, en concordancia con la Constitución que en el numeral 10 de su artículo 69 establece: “El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Es entonces que a partir del ejercicio principalmente de estos dos derechos, en torno al vientre subrogante como técnica de reproducción asistida, se van a desencadenar derechos como consecuencia inmediata de esta práctica, tales como los que se relacionan con el interés superior del niño, una vez que se haya producido el nacimiento, siendo este el fin del proceso de gestación subrogada en términos médicos, pero no el fin de los efectos jurídicos que este procedimiento médico ha causado.

Conclusiones

A través del análisis e interpretación de la información recolectada se evidencia que la Medicina con su evolución ha logrado que su campo de ejercicio repercuta en el área jurídica, pues el Derecho es una rama que se ve inmersa en distintas disciplinas, y en el caso específico de la práctica del vientre subrogante como técnica de reproducción asistida, en donde se pretende manifestar la voluntad procreativa, es indispensable que el Derecho la regule.

Pues en el caso del Derecho, al responder a la realidad social a la que corresponde, puede presentar tres posturas, las cuales son la abstención, la prohibición y la regulación, en el caso del vientre subrogante, por su naturaleza, el Derecho no puede abstenerse, pues es necesaria una regulación respecto a esta práctica, puesto que, según se evidenció en el estudio, la gestación subrogada es practicada en el Ecuador.

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

Dentro del análisis se compara y evidencia como el Derecho, en distintos países busca acoplarse a su realidad mediante cambios normativos, como en el caso de la India, país que vio la necesidad de una transformación normativa de la regulación de la gestación subrogada para ajustarse a su realidad y evitar vulneraciones en sus ciudadanos.

Por otro lado, en Argentina, si bien no se regula de forma expresa este procedimiento médico, se reconoce normativamente su existencia y son los fallos jurisprudenciales los que han generado Derecho frente a las problemáticas presentadas por la falta de adecuada regulación del vientre subrogante como técnica de reproducción asistida.

No obstante, dentro del Ecuador, el único registro que hay de regulación del vientre subrogante es un proyecto de ley que no ha entrado en vigencia, resultando una problemática que el Derecho no responda con una regulación a la fuerza de la realidad viéndose vulnerados derechos no solo de quienes se encuentran privados de la reproducción biológica genética, sino de quienes hacen el papel de gestante y del que vaya a nacer mediante la aplicación de la técnica médica.

En este sentido se ven afectados diferentes ejes del Derecho como la Protección de los Derechos Familiares y la consolidación de la familia, así como los de autonomía, respecto a la libertad reproductiva, y los que responden al interés superior del niño, prestándose a ser una cadena de inseguridad jurídica, e inclusive abriendo una brecha a la clandestinidad de un proceso que, por su naturaleza de ser originario del ejercicio de Derechos, debería estar legalmente garantizado.

Referencias

- Acosta, C. A. (2011). Maternidad subrogada. *Revista Ciencias Biomédicas*, 2(1), 91-97.
- Acosta, R. T. (2001). *Glosario de bioética*. Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela.
- Amador Jiménez, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *CS*, (6), 193-218.
- Amaro Cano, M. D. C., Marrero Lemus, A., Luisa Valencia, M., Blanca Casas, S., & Moynelo, H. (1996). Principios básicos de la bioética. *Revista cubana de enfermería*, 12(1), 11-12.
- Bernal Caicedo, M. C. (2015). La filiación materna en el alquiler de vientre en Colombia.
- Bolaño Barrios, J. E., & Sierra Vega, B. C. (2019). Subrogación de vientre y filiación en parejas heterosexuales, desarrollos jurídicos y científicos en Colombia.
- Bucheli Ramírez, G. G. (2018). Consentimiento informado y los derechos de los médicos-pacientes en el Ecuador (Bachelor's thesis).

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

- Cambra Badii, I., & Mastandrea, P. (2017). Gestación subrogada: elementos para una deliberación singular. In IX Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXIV Jornadas de Investigación XIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires.
- Capelli, F., & Inés, N. (2022). Gestación subrogada.
- Couceiro, A. (2006). Los niveles de la justicia sanitaria y la distribución de los recursos. In Anales del Sistema Sanitario de Navarra (Vol. 29, pp. 61-74).
- Cubillos, J. M. (2013). Técnicas de reproducción asistida. Status Jurídico del Embrión Humano”. Mendoza, Argentina.
- Cutuli, R. (2021). Representaciones mediáticas de la gestación subrogada en Argentina. Entre la espectacularización y la invisibilización. Aiken. Revista de Ciencias Sociales y de la Salud, 1(1), 35-48.
- Daud, F. M. (2022). La Gestación Subrogada de Argentina con respecto a la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del embarazo. Prensa Médica Argentina, 108(7), 339-343.
- Del Ecuador, A. C. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador. Registro oficial Nro, 449, 14-16.
- Fanlo Cortés, I. (2017). Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista. Revista de Derecho Privado, (32), 29-52.
- Galera López, M. E. (2019). Gestación subrogada en la República Argentina. Problemas de filiación (Bachelor's thesis).
- García Capilla, D., & Cayuela Sánchez, S. (2020). Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía. Revista de Filosofía (0034-8244), 45(1).
- Guzmán, J. L., & Miralles, Á. A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. Cuadernos de bioética, 23(2), 253-267.
- Ignacio, R., García, C., Rodrigo, O., Pérez, M., & García, A. B. Autonomía y objeción de conciencia en la Medicina del Deseo en ginecología. BIOÉTICA PARA LA TOMA DE DECISIONES Parte 2, 28.
- Ivanoff, R. (2020). Yo lo parí, pero no es mi hijo: recorrido normativo y psicológico de la gestación subrogada.

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

- Jaramillo, S. H., & Rúa, N. E. G. (2023). Gestación subrogada: un análisis de la regulación en algunos países de América Latina. *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(2).
- León Vélez, C., & Millán Forero, J. W. (2013). El futuro de la maternidad subrogada en Colombia una perspectiva desde las experiencias de España y México.
- Limaico Carcelén, M. K. (2022). El vientre de alquiler como violación de la dignidad humana y los derechos fundamentales (Bachelor's thesis).
- Lovat, A. M. (2018). Las técnicas de ovodonación y gestación subrogada y sus alcances en la Argentina y el derecho comparado (Doctoral dissertation).
- Medina Barrera, M. Determinar la importancia de la legislación, frente a la práctica alquiler de vientres, comparado con la práctica en EEUU, Rusia, Ucrania, España y la India.
- Méndez Ortiz, E. G. (2022). Regulación jurídica de los requisitos para la práctica de la reproducción asistida mediante la técnica del vientre subrogado en el Estado ecuatoriano (Bachelor's thesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador).
- Montes, C. B., & Parres, H. J. (2018). Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente.
- Morejón Quiñónez, L. A. (2017). Regulación jurídica de la gestación subrogante en el Ecuador (Bachelor's thesis).
- Olavarría, M. E. (2018). La gestante sustituta en México y la noción de trabajo reproductivo. *Revista interdisciplinaria de estudios de género de El Colegio de México*, 4.
- Olavarría, M. E. (2019). Personas que gestan para otros: etnografía del trabajo reproductivo en México. *AIBR, Revista de Antropología Iberoamericana*, 14(3), 417-440.
- Padilla Carrillo, M. P. (2013). Naturaleza jurídica del acuerdo entre las personas capaces, para la gestación de un embrión en vientre ajeno en el derecho Colombiano.
- Palomo, J. C. C., & Ortiz, L. L. C. (2014). La omisión legislativa en materia de contrato de alquiler de vientre materno en Colombia y consecuencias jurídicas. *Criterio Jurídico Garantista*, 6(11).
- Pérez Hernández, Y. (2018). Gestación subrogada: una revisión etnográfica para contribuir al debate en México. *Debate feminista*, 56, 85-109.
- Pérez Hernández, Y. (2018). Gestación subrogada: una revisión etnográfica para contribuir al debate en México. *Debate feminista*, 56, 85-109.

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

- Piñas, L. F. P., Naranjo, B. D. C. V., & Sánchez, N. F. F. (2022). La maternidad por subrogación en el Ecuador y los problemas legales que representa. Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores.
- Qhizhpi Jiménez, J. A. (2018). La validez del contrato de "Ventre de Alquiler" dentro de la maternidad subrogada en la Legislación Ecuatoriana.
- Salvador Montoya, G. R. (2016). La bioética en la práctica del consentimiento informado. Estudio de caso Hospital "San Francisco de Quito" del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Enero a julio del 2015 (Master's thesis, Quito: UCE).
- 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*, 7(19), 143-165.
- Siurana Aparisi, Juan Carlos. (2010). Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural. *Veritas*, (22), 121-157. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006>
- Solís, S. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. *Cuadernos de bioética*, 41, 37-47.
- Toledo Quintana, L. Á. (2014). El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos Derecho Transnacional*, 6, 5.
- Triana, J. E. (2007). Bioética, cuerpo humano, biotecnología y medicina del deseo. *Revista colombiana de bioética*, 2(1), 33-51.
- Untiveros Jaime, A. A., & Corahua Huaccha, J. N. (2018). Regulación de la maternidad subrogada como mecanismo de solución para las parejas infértiles en la legislación peruana.
- Vásquez Fernández, G. M., & Barboza Quiroz, D. J. (2021). Regulación del contrato de vientre de alquiler (vientre subrogado) y el derecho a la dignidad de la que alquila el vientre.
- Vázquez Correa, L. (2021). Debates jurídicos y legislativos sobre la gestación subrogada en México.
- Vespucci, G. (2019). Convergencias y disidencias: Los aportes del feminismo a los estudios de diversidad sexual y los debates por la gestación subrogada.

Análisis jurídico – médico sobre el vientre subrogante en el Ecuador

- Villagómez Romero, M. G. (2007). Régimen jurídico sobre la maternidad subrogada en el Ecuador (Bachelor's thesis, Quito: USFQ, 2007).
- Yarza, F. S. (2017). Gestación subrogada o vientres de alquiler: Reflexiones a la luz del Derecho Comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista general de derecho constitucional*, 25, 1-24.
- Yépez González, I. (2021). Subrogación Materna en Ecuador: ¿Es necesaria su regulación? (Bachelor's thesis, Quito).

©2023 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/>).