

Cristhian Sarango, Universidad Técnica Particula de Loja, Ecuador
 cgsarango@utpl.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-0743-471>

Recibido: 2023- 11- 03 | Revisado: 2023-12-16
 Aceptado: 2024- 01-06 | Publicado: 2024-01-26

La Maternidad Subrogada en Ecuador: Análisis Jurídico de su Regulación como Contrato Individual de Trabajo

The regulation of surrogacy as an individual employment contract in Ecuador

RESUMEN

El objetivo primordial de esta investigación consistió en analizar la necesidad de regular la maternidad subrogada como un contrato individual de trabajo en Ecuador. Para llevar a cabo este análisis, se empleó una metodología basada en los principios de la dogmática jurídica *lege ferenda*, considerando estudios previos sobre el tema, así como en la Constitución ecuatoriana, el Código de Trabajo y otras leyes pertinentes. Entre los resultados más significativos, se destaca la necesidad imperante de reglamentar la maternidad subrogada como una modalidad de trabajo individual que conlleve derechos y obligaciones específicos. Por tanto, se concluye que es crucial y necesario que la legislación ecuatoriana establezca un marco legal sólido que regule la maternidad subrogada, definiendo con claridad los roles y responsabilidades de las partes, y garantizando los derechos reproductivos de todos los involucrados.

Palabras clave:

maternidad subrogada, regulación laboral, derechos reproductivos, marco legal.

ABSTRACT

The primary objective of this research was to assess the need to regulate surrogacy in Ecuador as an individual employment contract. To carry out this analysis, a methodology based on previous studies on the subject was used, as well as the Ecuadorian Constitution, the Labor Code, and other relevant laws. Among the most significant results, the pressing need to regulate surrogacy as a form of individual work that entails specific rights and obligations stands out. Therefore, it is concluded that it is crucial and necessary for Ecuadorian legislation to establish a solid legal framework that regulates surrogacy, clearly defining the roles and responsibilities of the parties, and guaranteeing the reproductive rights of all those involved.

Key words:

surrogacy, labor regulation, reproductive rights, legal framework.

INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada, tema de gran trascendencia y actualidad, genera posturas enfrentadas en todo el mundo, involucrando aspectos legales, éticos y sociales. En este estudio, se busca ofrecer un análisis exhaustivo y multidimensional de la maternidad subrogada, explorando diferentes aspectos de este fenómeno complejo. Para ello, se empezará proporcionando una definición precisa y clara de la maternidad subrogada, estableciendo así un marco de referencia común que facilite el entendimiento del tema. Esto requerirá la identificación y explicación de los actores principales involucrados: la madre subrogante, la mujer que

gesta el embarazo, y la pareja subrogante, quienes desean tener un hijo mediante este proceso.

A continuación, se examinarán las responsabilidades de todas las partes involucradas. Es crucial entender las obligaciones y compromisos que deben asumir tanto la madre como la pareja subrogante para asegurar un proceso transparente, ético y legal. Además, se llevará a cabo una clasificación detallada de los diferentes tipos de maternidad subrogada, que variarán según la participación de la pareja subrogante. Esto incluirá la discusión de los distintos métodos y técnicas utilizadas en el proceso de subrogación, y cómo estos afectan las responsabilidades y derechos de las partes involucradas.

Además, se analizarán los derechos reproductivos en el contexto de la maternidad subrogada. Este análisis incluirá una reflexión sobre cómo la maternidad subrogada se relaciona con los derechos reproductivos de las personas, y cómo se puede garantizar que estos derechos sean respetados y protegidos durante todo el proceso de subrogación.

METODOLOGÍA

En lo que respecta al contexto ecuatoriano, el análisis de la maternidad subrogada comenzará revisando los antecedentes históricos del país con relación a esta práctica. Esto incluirá un repaso de cómo y cuándo surgió la maternidad subrogada en Ecuador, los cambios legales y sociales experimentados a lo largo del tiempo, y cómo estas evoluciones han impactado y se relacionan con la garantía para la constitución de la familia en el país. Dado que la constitución de la familia es un derecho fundamental, es esencial entender cómo la maternidad subrogada se inserta en este marco y cómo afecta o facilita la posibilidad de formar una familia.

Posteriormente, se tratará la maternidad subrogada desde la perspectiva laboral, considerándola como una modalidad de trabajo. Esto implicará un análisis de cómo se conceptualiza la maternidad subrogada en el contexto de un contrato individual de trabajo en Ecuador, explorando las implicaciones de este enfoque, incluidos los derechos y deberes de la madre subrogante, así como las protecciones laborales que se le deben garantizar. Asimismo, se examinará el marco legal ecuatoriano que regula la maternidad subrogada, prestando especial atención a las disposiciones relativas a las protecciones laborales, responsabilidades y seguridad jurídica de las partes involucradas. Este análisis incluirá una revisión de la legislación vigente, así como de las decisiones judiciales relevantes y otros documentos legales pertinentes.

Asimismo, se analizará la aplicación del principio de dependencia laboral en situaciones de maternidad subrogada en Ecuador. La dependencia laboral se refiere a la relación entre un empleado y un empleador, en la que el primero depende económicamente del segundo. En el contexto de la maternidad subrogada, esto puede tener implicaciones importantes en términos de derechos y responsabilidades de la madre subrogante, así como en la seguridad jurídica del proceso. Este análisis buscará determinar cómo se aplica este principio en la práctica y cuáles son sus efectos en las situaciones de maternidad subrogada.

Finalmente, se abordará la maternidad subrogada en el contexto internacional, lo que permitirá una comprensión más completa y global de este tema complejo e importante. Es importante recordar que el objetivo de este ensayo es analizar la necesidad de regular la maternidad subrogada como un contrato individual de trabajo en Ecuador.

RESULTADOS

Maternidad Subrogada: Un análisis de sus aspectos técnicos, legales y éticos

La maternidad subrogada o vientre en alquiler, útero en arriendo, maternidad delegada o gestación por sustitución, consiste en el compromiso de una mujer de gestar a un niño en su útero para otra persona o pareja, con la intención de entregarles la custodia del niño tras el término del embarazo. Para ello, Córdoba (2000) considera que, la maternidad subrogada, desde una perspectiva técnica, se realiza mediante un procedimiento quirúrgico "donde se implanta el embrión de una pareja en el útero de otra mujer. Esta última se encargará de llevar a cabo la gestación y de dar a luz, para finalmente entregar al recién nacido a los padres biológicos" (p. 89). Además, la Fundación Víctor Grífols i Lucas (2010) sostiene que "esta práctica puede ser entendida como una especie de acuerdo entre una mujer, denominada madre portadora o subrogada, y una pareja casada, denominada pareja subrogante" (p. 13).

Por lo tanto, la maternidad subrogada es una opción de crecimiento familiar que algunas personas o parejas eligen cuando no pueden concebir un hijo de forma natural o a través de técnicas de reproducción asistida. La mujer que acepta ser la gestante (madre subrogada) acuerda llevar

el embarazo a término y entregar el bebé a los padres de intención después del nacimiento. Este proceso, como se menciona, requiere tanto de procedimientos médicos como acuerdos legales, y debe llevarse a cabo con el máximo cuidado y consideración para garantizar los derechos y el bienestar de todas las partes involucradas, incluyendo, por supuesto, la gestación del futuro niño.

Es importante definir las responsabilidades de la parejas subrogantes o también conocidas como futuros padres, se refieren a personas que, por diversas razones médicas o personales, desean tener un hijo, pero no pueden concebir o adoptar. Como resultado, optan por el camino de la maternidad subrogada y llegan a un acuerdo o contrato con una mujer, la madre subrogante, que está dispuesta a asumir el embarazo en su lugar. Según el criterio de Frankford et. al (2015) "los padres subrogantes son aquellos que aspiran a obtener la paternidad legal del niño, nacido de un contrato de maternidad subrogada", (p. 286). Por otro lado, Guillot (1994) sostiene que "la pareja subrogante puede o no tener un vínculo biológico con el niño, dependiendo de si contribuyen con su material genético al proceso" (p. 323).

Las responsabilidades de la pareja subrogante, definidas en gran medida por el acuerdo de subrogación, incluyen asegurarse de que el contrato sea legal y ético, facilitar los recursos necesarios para el tratamiento médico y cuidado prenatal de la madre subrogante, cubrir todos los costos asociados con el proceso, brindar apoyo emocional durante el embarazo, establecer la paternidad legal del niño y asumir la responsabilidad completa de su crianza una vez finalizado el proceso de subrogación.

Para lograr una comprensión integral del fenómeno de la maternidad subrogada, es esencial considerar las diversas modalidades en las que puede presentarse, tomando en cuenta diferentes criterios de clasificación. Entre las múltiples variantes que emergen de este proceso, según Viteri (2019) conceptualiza estas modalidades como: "a) Maternidad portadora, b) La maternidad sustituta y c) La embriodonación" (pp. 23-24).

Otro punto importante son los derechos reproductivos se han convertido en un tema relevante en las discusiones legales y éticas actuales, y la maternidad subrogada presenta un escenario complejo donde estos derechos son particularmente importantes. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas define los derechos reproductivos como el reconocimiento de "la capacidad básica de todos los individuos de disfrutar y controlar su vida reproductiva de manera libre y responsable" (ONU, 2018, p.12). Este enfoque incluye "el derecho a decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos, el derecho a la información y educación sobre salud sexual y reproductiva, y el derecho a acceder a métodos de planificación familiar" (ONU, 2018, p. 13). Según la opinión de Blum, (2017):

La maternidad subrogada se ubica en este contexto como un medio potencial para que los individuos ejerzan sus derechos reproductivos, particularmente aquellos que no pueden concebir hijos de manera natural. Sin embargo, este proceso también plantea desafíos éticos y legales significativos, como la necesidad de proteger los derechos de la madre subrogada, asegurar el bienestar del niño y garantizar que los padres intencionados puedan formar una familia (p. 186).

La maternidad subrogada es una opción importante para aquellos que no pueden concebir naturalmente, y se considera por muchos como una extensión de los derechos reproductivos internacionalmente reconocidos. Estos derechos incluyen decidir sobre el número, espaciamiento y momento de tener hijos, así como tener la información y medios para hacerlo. Es crucial proteger los derechos de la madre gestante, lo que implica un contrato con consentimiento informado, derecho a atención médica adecuada y comprensión clara de derechos y responsabilidades. El bienestar del niño es fundamental en todas las leyes de familia, y en el contexto de la maternidad subrogada, incluye el derecho a conocer su origen genético, recibir cuidados adecuados y tener una relación segura y estable con sus padres. Es esencial asegurarse de que la maternidad subrogada no explote ni perjudique al niño de ninguna manera. Además, los derechos de los padres de intención, incluido el derecho a formar una familia y tener una relación con su hijo, deben ser respetados y protegidos.

En términos legales, es esencial que los contratos de maternidad subrogada estén diseñados de manera que se respeten los derechos de todas las partes involucradas, y que las leyes nacionales e internacionales proporcionen un marco adecuado para la protección de estos derechos. La maternidad subrogada ha sido un tema de debate en muchos países, y Ecuador no es la excepción. Aquellos en contra de esta práctica citan una variedad de preocupaciones, tanto éticas como legales. No obstante, en el país existe cierta postura que considera que no es necesario legalizar la maternidad subrogada. Así, por ejemplo, para Pacheco y García (2018) se señalan como argumentos en contra de la práctica de la gestación por sustitución o de madre subrogante:

Dichas prácticas infringen la naturaleza y dignidad humana, pervierten los lazos madre-hi-

jo, y cosifican tanto a la madre gestante como al niño. La mujer, a lo largo de la gestación, es explotada física y espiritualmente, no siendo respetada como un fin en sí misma. Además, la maternidad subrogada supone una forma de control y explotación de la mujer, y se considera un ataque a su dignidad al asignarle un precio a su integridad (p. 2).

A pesar de estos argumentos, es importante reconocer que la falta de regulación de la maternidad subrogada también puede llevar a abusos y malentendidos. Sin una ley clara y justa que proteja a todas las partes involucradas, pueden surgir situaciones problemáticas, desde la explotación de las mujeres hasta las disputas sobre la custodia del niño. Al regular la maternidad subrogada, el Estado puede establecer directrices que protejan tanto a las madres subrogantes como a los padres de intención, garantizando el respeto a los derechos humanos y proporcionando una estructura legal para manejar cualquier complicación que pueda surgir. Además, la regulación puede proporcionar una vía legal para aquellas personas que, por razones médicas, no pueden tener hijos de manera natural.

El artículo 66 de la Constitución ecuatoriana establece que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, a tomar decisiones y al control de su cuerpo y vida reproductiva. Estos derechos incluyen la capacidad de tomar decisiones informadas y voluntarias sobre la propia salud y la vida reproductiva, y son importantes en la discusión de la subrogación, ya que la madre gestante al celebrar un contrato de maternidad subrogada, este debe tener la libertad para decidir y, sobre todo, libre de vicios de consentimiento.

En este contexto, los derechos de la madre gestante se encuentran en una delicada intersección entre su derecho a la autodeterminación reproductiva y al trato digno y los derechos de otras personas a formar una familia. Por lo tanto, cualquier marco legal relacionado con la gestación subrogada en Ecuador debe tener cuidado de garantizar que la gestante subrogada no sea explotada y que su participación en el arreglo sea totalmente voluntaria e informada. Esto significa que la madre subrogada debe recibir asesoramiento legal y psicológico antes de tomar la decisión, y que su salud y bienestar deben protegerse adecuadamente durante el embarazo y el parto. Además, el estatus requiere que se evite cualquier forma de coerción o presión financiera para influir en su decisión de participar en un contrato de subrogación.

La maternidad subrogada en el contexto ecuatoriano

En el ámbito internacional, el primer suceso registrado de maternidad sustituta se dio en los Estados Unidos en 1975. En aquel entonces, una pareja que no tenía la capacidad de procrear recurrió a los servicios de una mujer que fue inseminada artificialmente. Por ello con relación a Ecuador

(...) se remonta a 1993 el origen de la maternidad subrogada según un informe elaborado por la Comisión Nacional de Bioética en Salud (CNBS). Aunque este fenómeno ha sido recurrente a lo largo de las últimas décadas, todavía existe una laguna jurídica en el país, debido a la ausencia de normativas específicas que lo rijan (Pacheco y García, 2018, p. 1).

Según un estudio de 2008 de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, "se reporta que aproximadamente cuatro entidades de salud en Ecuador realizan tratamientos de fertilidad, con cerca de 474 ciclos de dichos procedimientos implementados" (Zegers, et al., 2008, p. 20). Este estudio apunta a que la maternidad sustituta seguirá siendo una práctica común en Latinoamérica y en Ecuador. Además, datos del mismo estudio muestran que, entre 1990 y 2011, cerca de 1100 niños han nacido en Ecuador gracias a las técnicas de reproducción asistida. Esta constante presencia de tales procedimientos subraya la imperiosa necesidad de un marco jurídico adecuado en el país. "No cabe duda de que esta práctica seguirá en aumento en Ecuador, y la necesidad de una legislación pertinente es vital para regular y salvaguardar la salud tanto de los menores como de las madres sustitutas" (Rosales Andrade, 2018, p. 144).

La maternidad subrogada en Ecuador representa un reto jurídico significativo debido a la inexistencia de una normativa específica que aborde la situación de la mujer que decide gestar y alumbrar a un hijo para otra persona o pareja. Tales acuerdos se realizan en medio de una vaguedad legal en el país, destacando asuntos relacionados con los derechos de los participantes involucrados. La Constitución del Ecuador, en su Artículo 66, numeral 10 reza "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". Como podemos observar, el numeral antes descrito indica que todas las personas tienen el derecho de tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su salud y que encierra la vida reproductiva. A partir de esta base, se podría argumentar que la maternidad subrogada está implícitamente permitida, ya que es un método que permite a las personas ejercer su derecho a tener hijos. Este derecho es fundamental en el mar-

co de los derechos humanos y está respaldado por varios tratados internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD).

En términos de la maternidad subrogada, esta disposición podría interpretarse como un apoyo al derecho de una persona a decidir recurrir a la maternidad subrogada como medio para tener hijos. Sin embargo, las leyes y regulaciones específicas del tema pueden variar significativamente dependiendo del país, y algunos podrían tener restricciones o prohibiciones sobre esta práctica. Además, el ejercicio de este derecho debe estar en equilibrio con otros derechos fundamentales, como el derecho de la madre gestante a no ser explotada y el derecho del niño a su bienestar y protección. Esto subraya la necesidad de leyes y regulaciones claras que proporcionen protecciones adecuadas para todas las partes involucradas en la maternidad subrogada.

Claramente, la intención es salvaguardar ciertos valores y derechos con relación a la familia y los derechos individuales. De hecho, el artículo 67 "se reconoce la familia en sus diversos tipos". Se podría deducir, sin duda, que la gestación por maternidad subrogada tendría un estatus legal y legítimo dentro del marco jurídico ecuatoriano, dado que su propósito único es brindar una opción para aquellas parejas que, por diversas circunstancias, no pueden tener hijos, permitiéndoles así formar una familia.

Asimismo, podríamos destacar lo que resalta el Artículo 25 de la Constitución (2008) "Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales". Así, la propia Constitución se erige como el medio que ha facilitado el dismantelamiento de los obsoletos paradigmas en torno a la maternidad, asegurando la libertad reproductiva libre de prejuicios morales, religiosos o de género. Además, promueve la aplicación de los avances científicos y médicos en beneficio de la familia y del derecho a la reproducción.

Por otro lado, el Artículo 363, numeral 6 destaca lo siguiente "El Estado será responsable de (...) "Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto". (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Como se puede apreciar, el Estado tiene el deber de asegurar la implementación de acciones y servicios que fomenten la salud sexual y reproductiva. Esto puede abarcar una variedad de aspectos, como el acceso a métodos anticonceptivos, la divulgación de información y la promoción de educación en salud sexual y reproductiva, así como la prevención y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual.

Además, es crucial garantizar el bienestar integral y la vida de las mujeres, lo cual no solo se refiere a la salud física, sino también a la salud mental y emocional. La explicitación del derecho a la vida de las mujeres implica un compromiso estatal de adoptar medidas para proteger la vida de las mujeres en todos los aspectos de la atención de la salud. Particularmente durante el embarazo, parto y postparto, se enfatiza la necesidad de prestar especial cuidado a la salud y bienestar de las mujeres en estos periodos críticos. Esto puede interpretarse como un mandato para garantizar la provisión de servicios de atención prenatal y postnatal seguros, de alta calidad y accesibles, así como la atención durante el parto.

Consecuentemente, este ensayo subraya la importancia de asegurar la salud y el bienestar de las mujeres en relación con su derecho a la salud y vida reproductiva, enfocándose específicamente en el embarazo, parto y postparto. Podría inferirse que este artículo brinda un respaldo legal indirecto a la maternidad subrogada, siempre y cuando se garantice la salud y el bienestar de las mujeres durante todo el proceso. Desde una perspectiva infraconstitucional, la Ley Orgánica de Salud concuerda con los mandatos constitucionales previamente examinados. En este sentido, el artículo 6, inciso 6 de la mencionada Ley establece lo siguiente:

Es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública: (...) 6. Formular e implementar políticas, programas y acciones de promoción, prevención y atención integral de salud sexual y salud reproductiva de acuerdo al ciclo de vida que permitan la vigencia, respeto y goce de los derechos, tanto sexuales como reproductivos, y declarar la obligatoriedad de su atención en los términos y condiciones que la realidad epidemiológica nacional y local requiera.

El antes señalado de la Ley Orgánica de Salud reafirma los mandatos constitucionales referentes a la salud sexual y reproductiva. Este artículo especifica que es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública formular e implementar políticas, programas y acciones en este ámbito, evidenciando el papel crucial del Ministerio en orientar las iniciativas relacionadas con la salud sexual y reproductiva. El artículo enfatiza la importancia de realizar acciones para promover la salud sexual y reproductiva, prevenir enfermedades y problemas asociados y ofrecer atención integral a las per-

sonas, abarcando los aspectos físicos, psicológicos y sociales. Se señala la necesidad de diseñar e implementar estas acciones teniendo en cuenta las diversas etapas de la vida de las personas, lo que implica una atención y un enfoque diferenciados dependiendo de la edad y la etapa de vida.

De esta forma, subraya que todas las acciones deben estar orientadas a garantizar el reconocimiento, respeto y ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos. Además, recalca que la atención a la salud sexual y reproductiva es obligatoria y debe ajustarse a las condiciones y necesidades epidemiológicas a nivel nacional y local. La Corte Constitucional expidió la Sentencia N°. 184-18-SEP-CC más conocida como caso Satya, en la cual solicita a la Asamblea Nacional lo siguiente:

Como medida de garantía de no repetición, en procura de la tutela de los derechos de las mujeres y familia a su integridad personal, libertad reproductiva, y el goce de los beneficios y aplicaciones del progreso científico; se dispone que la Asamblea Nacional en el plazo no mayor al de un año contado desde la notificación de esta sentencia, adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida en forma armónica con los preceptos constitucionales, observando para aquello los criterios vertidos por esta Corte Constitucional en el análisis del derecho constitucional al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos.

Esto deriva en que, la Asamblea Nacional promulgue un nuevo Código Orgánico de Salud, el cual, en su parte pertinente, Artículo 189 mencionaba "Reproducción humana asistida. - Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema". Sin embargo, es crucial señalar que este Código no logró avanzar más allá del segundo debate, resultando en su relegación al olvido. Este hecho da lugar a un significativo vacío legal que aún persiste.

La maternidad subrogada como un contrato individual de trabajo

El análisis de la maternidad subrogada debe abordarse desde la perspectiva del derecho laboral, considerando que nuestra propuesta tiene como objetivo principal su regulación en términos de un contrato de trabajo individual. Por ello, la Constitución del Ecuador, en su Artículo 33, define "El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado".

Como vemos el trabajo es un derecho y un deber social y económico, que debe ser realizado en condiciones dignas y con una remuneración justa. Adicional a ello, el Artículo 284, numeral 6 dicta "La política económica tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales". Esto en concordancia con el Artículo 325 "El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo⁸, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores".

La maternidad subrogada puede interpretarse desde el punto de vista del derecho laboral, tal como lo sugieren los artículos de la Constitución ecuatoriana antes descritos. En primer lugar, el Artículo 326 sostiene que el trabajo es un derecho y un deber social y económico, que debe llevarse a cabo en condiciones dignas y con una remuneración equitativa. Esta perspectiva puede aplicarse a las madres subrogadas, cuyo compromiso de llevar a término un embarazo para otra persona puede considerarse una forma de trabajo que requiere una compensación justa y condiciones adecuadas.

El Artículo 284, inciso 6, promueve el pleno empleo y valora todas las formas de trabajo, lo que puede incluir la maternidad subrogada. En este sentido, el Estado estaría comprometido a fomentar condiciones de trabajo seguras y equitativas para las madres subrogadas, así como a valorar este tipo de trabajo como contribución significativa a la sociedad.

Por último, el Artículo 325 garantiza el derecho al trabajo y reconoce todas las modalidades de trabajo. De nuevo, esta disposición puede interpretarse como un reconocimiento de la maternidad subrogada como una modalidad de trabajo legítima. Además, en la parte donde se describe "labores de autosustento y cuidado humano" puede ser relevante para la maternidad subrogada, ya que implica el cuidado de un feto y su posterior entrega a la familia intencionada.

Estos artículos proporcionan un fundamento constitucional para la interpretación de la maternidad

8 Énfasis añadido. La maternidad subrogada podría ser una modalidad más de trabajo.

subrogada como una forma de trabajo que debe ser regulada para garantizar condiciones justas y seguras para las madres subrogadas, así como para proteger los derechos de todas las partes involucradas. Sin embargo, también es importante tener en cuenta las consideraciones éticas y de derechos humanos que rodean a la maternidad subrogada, y cualquier legislación o regulación debe buscar un equilibrio entre estas consideraciones y los derechos laborales de las madres subrogadas.

En ese orden, el Artículo 9 del Código de Trabajo establece el "Concepto de trabajador.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero". Según la normativa ecuatoriana, dicha prestación debe entenderse como servicios lícitos y personales, esto es, la obligación jurídica que el trabajador asume voluntariamente para desarrollar actividades legales acordadas de manera personal.

La maternidad subrogada puede regularse desde la perspectiva laboral, reconociéndose que los acuerdos de este tipo se configuran como verdaderas relaciones de dependencia, en las que la madre gestante se configura como una trabajadora, y los padres subrogantes como los empleadores, lo que conllevaría a la inclusión de su regulación en el Código del Trabajo.

Por otro lado, la pareja subrogante podría encarnar la figura del empleador, tal como se establece en el artículo 10 del Código del Trabajo: "La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador". Ahora bien, queda por analizar la actividad lícita que les involucra en la relación jurídica laboral, la capacidad para celebrar el contrato y las excepciones que la ley debería considerar para su regulación.

Además, el Artículo 8 del Código de Trabajo define el "Contrato individual. - Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre. La maternidad subrogada podría conceptualizarse como una forma de contrato laboral individual. Bajo esta premisa, se establecerían parámetros para proteger los derechos de todas las partes involucradas, tanto de las madres gestantes como de los padres subrogantes. En Ecuador, la prevalencia de centros médicos especializados en técnicas de reproducción asistida, así como la existencia de clínicas que facilitan los acuerdos de maternidad subrogada, evidencian la necesidad de una regulación jurídica detallada y exhaustiva.

Este marco legal, centrado en la protección de los derechos laborales y humanos, debería regular adecuadamente todas las fases del proceso de la maternidad subrogada, incluyendo la contratación, los aspectos médicos y la filiación. De este modo, se prevenirían infracciones legales que podrían poner en peligro el bienestar de las madres subrogadas y los niños nacidos a través de estos métodos, tales como el maltrato, la explotación sexual, entre otros.

El objetivo es proporcionar una base legal sólida que respete la dignidad y los derechos de las madres gestantes, garantice la protección legal de los padres subrogantes y defina claramente la filiación del niño. Esto fortalecería la legitimidad de la maternidad subrogada en Ecuador, y a su vez, facilitaría la formación de familias a través de este método, respetando siempre los principios de equidad, justicia y respeto a la dignidad humana.

El marco legal de la maternidad subrogada en Ecuador: protecciones laborales, responsabilidades y seguridad jurídica

Una de las características fundamentales del Código de Trabajo ecuatoriano es que se distingue por la inclusión de directrices imperativas que son de cumplimiento obligatorio para patronos y trabajadores por igual. Esto significa que las disposiciones allí establecidas deben ser respetadas en su íntegra aplicación, dando lugar a derechos que se califican como inalienables y, por tanto, irrenunciables.

Cuando se categoriza la maternidad subrogada como un contrato de carácter individual, según se indica en el Artículo 8 del Código de Trabajo, esto crea una relación laboral entre la madre subrogada y los padres subrogantes. Esta relación laboral, a su vez, trae consigo una serie de obligaciones que deben ser observadas para asegurar la protección de los derechos adquiridos por la trabajadora, en este caso, la madre subrogada.

Esta interpretación reconoce a la maternidad subrogada como una labor de relevancia social, y, por ende, sujeta a los derechos y protecciones laborales establecidas en la ley. Esto incluiría, entre otros, el derecho a condiciones de trabajo dignas, a una remuneración justa, y a la protección de la salud y seguridad de la madre subrogada. Asimismo, en este marco legal, los padres subro-

gantes adquieren responsabilidades legales específicas en su rol de empleadores, asegurando así una mayor protección para todas las partes involucradas en el proceso de maternidad subrogada.

Por lo tanto, las madres subrogantes deberían disfrutar de los derechos y las protecciones que la Constitución garantiza a todos los trabajadores, entre los que se incluye la recepción de una remuneración equitativa, tal como señala el Artículo 328.- "La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos".

A más de gozar con la inscripción en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, tal como se establece el Artículo 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

Es esencial definir con precisión las responsabilidades que corresponden a los padres de intención, tales como: asegurar un monitoreo médico constante durante la gestación, brindar la atención sanitaria requerida en el momento del parto, pagar una remuneración adecuada que sufrague los gastos personales y médicos de la madre gestante, así como proporcionar soporte psicológico tras el parto, entre otros deberes. Por ello, como destaca Rosales Andrade (2018):

Es importante destacar que uno de los deberes esenciales de los padres de intención es garantizar la salud y bienestar del niño, independientemente de las condiciones de salud con las que nazca. Esto significa que, si el niño nace con una afección congénita o sufre alguna complicación durante el parto que afecte su aspecto físico, los padres de intención deben comprometerse a su cuidado y adopción (p. 147).

La finalidad esencial es asegurar que la madre gestante pase por un embarazo seguro que favorezca el desarrollo saludable del bebé, en consonancia con el interés superior del niño, principio básico consagrado en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia. Esto supone que el niño debería nacer en las condiciones de salud más favorables para garantizar su desarrollo pleno e integral.

En lo que respecta a las obligaciones de la madre gestante, de acuerdo con el Código del Trabajo, se destacaría la ejecución del servicio acordado en el plazo estipulado. Sin embargo, es crucial tener en cuenta que una de las responsabilidades más relevantes sería la entrega del bebé a los padres de intención tras su nacimiento. La eventual resistencia de la madre gestante a separarse del bebé podría crear conflictos y debe ser debidamente gestionada en el contrato.

Esto garantizaría la seguridad jurídica, expuesta en el Artículo 82 de la Constitución. - "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". Al respecto, la Corte Constitucional en varias ocasiones se ha referido a este derecho señalando que:

(...) consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas, solo de esta manera se logra crear certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos para el respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional" (Sentencia No. 045-15-SEP-CC). Por esta razón este organismo señaló que:

Del texto constitucional se desprende que el individuo debe contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas. Este debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad" (Sentencia No. 1593-14-EP/20).

La maternidad subrogada, como una modalidad contractual y laboral, se encuentra en un terreno legalmente incierto en muchos contextos. La aplicación de los artículos mencionados de la Constitución ecuatoriana proporciona un marco de seguridad jurídica que resulta indispensable en este contexto. Tanto es así que, el Artículo 82 resalta la necesidad de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes. En el caso de la maternidad subrogada, la creación de regulaciones claras y preexistentes proporciona un marco de seguridad para

todas las partes involucradas: los padres intencionales, la madre subrogada y el futuro niño. Estas normas permitirían a todas las partes tener expectativas razonables y claridad sobre los derechos, obligaciones y posibles consecuencias de participar en un contrato de maternidad subrogada.

Asimismo, las sentencias de la Corte Constitucional citadas refuerzan esta interpretación. La Sentencia No.045-15-SEP-CC establece que la seguridad jurídica se basa en la expectativa razonable de las personas sobre las consecuencias de sus acciones en relación con la aplicación del derecho. En términos de maternidad subrogada, esto significaría que los padres intencionales, la madre subrogada y los profesionales médicos deben tener una comprensión clara de las implicancias legales de su participación en el proceso.

Del mismo modo, la Sentencia No. 1593-14-EP/20 pone de relieve la necesidad de que el ordenamiento jurídico sea previsible, claro, determinado, estable y coherente. En la maternidad subrogada, esto implica que las leyes y regulaciones deben establecer claramente las condiciones bajo las cuales puede realizarse, las obligaciones de todas las partes y las protecciones legales disponibles. Todo esto es crucial para evitar situaciones de arbitrariedad o abuso y para garantizar que la maternidad subrogada se realice de manera que respete los derechos y la dignidad de todas las partes involucradas.

Aplicación del principio de dependencia laboral en situaciones de maternidad subrogada

Los componentes esenciales de la relación laboral se encuentran encapsulados en la descripción de lo que constituye un contrato laboral. De acuerdo con Cabanellas (1981), un contrato laboral se define como "un acuerdo cuyo propósito primordial es la provisión de servicios de naturaleza económica y privada, en el que una de las partes ofrece una retribución o gratificación a cambio de los servicios prestados, mientras que la parte que los proporciona se halla bajo su subordinación o mando" (p. 351).

Es posible confundir un contrato laboral con uno de naturaleza civil; sin embargo, lo que verdaderamente distingue a uno del otro es la relación asimétrica existente entre las partes involucradas. Como se estableció anteriormente, una de las partes se encuentra en una posición de subordinación o dependencia, lo que define y caracteriza la esencia de un contrato laboral.

La relación entre la madre subrogante (o gestacional) y los padres subrogantes (o intencionales) es un tema jurídico de gran relevancia y, en ocasiones, puede ser objeto de análisis desde diferentes puntos de vista. En términos generales, podemos decir que existe una relación de dependencia, pero ésta es de naturaleza bastante única en comparación con la dependencia típicamente observada en las relaciones laborales convencionales.

En una relación laboral estándar, la dependencia se basa en que el empleador tiene el poder de dirigir el trabajo del empleado y, a cambio, el empleado recibe una remuneración por sus servicios. En el caso de la maternidad subrogada, la madre subrogante se compromete a gestar y dar a luz a un niño para los padres subrogantes. Por este servicio, ella recibe una compensación que puede incluir los costos médicos del embarazo, una suma adicional por el tiempo y el esfuerzo involucrados, y a veces apoyo para gastos de vida durante el embarazo.

Sin embargo, la naturaleza misma de la gestación significa que los padres subrogantes no pueden "dirigir" el embarazo de la misma manera en que un empleador puede dirigir el trabajo de un empleado. Existen límites éticos y legales claros sobre cuánto control pueden ejercer los padres subrogantes sobre el cuerpo y el comportamiento de la madre subrogante durante el embarazo.

Por lo tanto, aunque hay una relación de dependencia entre la madre subrogante y los padres subrogantes, es una dependencia que requiere una cuidadosa negociación y equilibrio. Ambas partes tienen obligaciones y derechos importantes, y los acuerdos de maternidad subrogada deben ser redactados de manera que respeten la autonomía y dignidad de la madre subrogante, al tiempo que proporcionen a los padres subrogantes seguridad en su deseo de tener un hijo.

La maternidad subrogada en el contexto internacional

A continuación, presentamos una tabla que refleja la situación actual de la maternidad subrogada en el marco legal internacional:

País	Marco legal	Restricciones	Procedimientos
Rusia	Código de Derecho de Familia desde 1995.	Ninguna restricción en cuanto al estado civil.	Permite a cualquier individuo mayor de edad tener un hijo mediante la maternidad subrogada.

Grecia	Reforma del Código Civil en 2002.	Solo para ciudadanos o residentes legales de Grecia. La madre subrogada debe demostrar su buen estado de salud reproductiva.	Requiere autorización judicial previa y acuerdo escrito sin beneficios económicos entre las partes.
Ucrania	Artículo 123 del Código de Familia (modificado en 2006).	Ninguna restricción específica.	Permite subrogación gestacional, donación de óvulos/esperma, programas especiales de adopción de embriones o combinaciones de estos.

La maternidad subrogada, un tema de gran complejidad, es abordada de formas distintas en cada país. Estas variaciones son un reflejo de las actitudes, enfoques legales y valores culturales, éticos y sociales propios de cada nación en relación con la maternidad subrogada.

CONCLUSIONES

Este estudio realiza un análisis exhaustivo de la maternidad subrogada en el contexto ecuatoriano, desentrañando sus fundamentos, aplicaciones y regulaciones. Clarifica conceptos esenciales y define los roles de las partes interesadas. Asimismo, se analiza la relevancia de los derechos reproductivos y su interacción con la gestación subrogada. Por lo que, ofrece una visión legal más amplia y detallada sobre los problemas individuales que emergen de esta práctica.

La incorporación de la maternidad subrogada en el Código de Trabajo es fundamental para garantizar la protección de los derechos de todas las partes involucradas. Esta práctica potencia la realización de los derechos reproductivos de aquellos que no pueden concebir naturalmente, permitiéndoles decidir sobre el número y el momento de tener hijos. Es crucial asegurar el consentimiento informado, la atención médica adecuada y la comprensión clara de los derechos y responsabilidades de la madre gestante, lo que se puede lograr considerándola como un tipo de trabajo y proporcionando las protecciones laborales necesarias. Además, el bienestar del niño debe ser una prioridad, garantizando su derecho a conocer su origen genético, ser cuidado adecuadamente y tener una relación segura y estable con sus padres. Por último, los padres de intención o pareja subrogante también tienen derechos que deben ser protegidos, incluido el derecho a formar una familia y tener una relación con su hijo.

Finalmente, es fundamental dar prioridad a la protección de la salud y los derechos de la madre gestante, así como a la compensación económica, como factores cruciales que requieren regulación en el contexto de la maternidad subrogada en Ecuador. Esto resalta la importancia que los participantes asignan al bienestar y los derechos de las mujeres embarazadas. Es esencial reconocer que la madre embarazada subrogante desempeña un rol central en el proceso de maternidad subrogada, y, por lo tanto, es imperativo asegurar su bienestar físico y mental, así como garantizar una compensación económica justa. Esto incluye no solo la atención médica adecuada durante todo el embarazo, sino también el apoyo emocional y legal necesario. Además, el contrato entre las partes involucradas debe ser claro y detallado, incluyendo el consentimiento informado y libre de presión de la madre gestante, y una comprensión clara de sus derechos y responsabilidades en el proceso. Todo esto refuerza la necesidad de una regulación sólida y comprensiva que proteja los derechos de todas las partes involucradas, especialmente de la madre gestante, en el contexto de la maternidad subrogada en Ecuador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador.
- Barahona-Cobos, D., & Guerra-Coronel, M. A. (2021). La maternidad subrogada en el Ecuador. *Revista Científica FIPCAEC (Fomento de la investigación y publicación científico-técnica multidisciplinaria)*, 6(1), 191-214.
- Blum, L. M. (2011). A Symposium on Susan Markens's " Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction". *Sociological Forum*, 26(1), 194-196.
- Cabanellas, G. (1981). *Contrato de Trabajo*. Tomo II. Heliasta.
- Campoverde, K. A. E., Álvarez, J. C. E., Avila, D. A. O., & Zurita, I. N. (2020). Maternidad subrogada desde la perspectiva constitucional en el Ecuador. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminológicas*, 5(8), 547-564.

- Código de Derecho de Familia ruso. (1961). El derecho de familia en la Unión Soviética. Derecho PUCP, 20, 97.
- Código de Familia de Ucrania (modificado el 22 de diciembre de 2006, No. 524-V). Parlamento Ucraniano.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil. Corporación Editora Nacional.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código de la Niñez y la Adolescencia. Corporación Editora Nacional.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código de Trabajo. Corporación Editora Nacional.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2006). Ley Orgánica de Salud. Corporación Editora Nacional.
- Córdoba, J. E., & Torres, J. C. S. (2000). Fecundación humana asistida: aspectos jurídicos emergentes. Alveroni Ediciones.
- Frankford, D. M., Bennington, L. K., & Ryan, J. G. (2015). Womb outsourcing: Commercial surrogacy in India. MCN: The American Journal of Maternal/Child Nursing, 40(5), 284-290.
- Fundación Víctor Grífols i Lucas (2010). Interrogantes de la Fundación Víctor Grífols y Luca: Aspectos medicobiológicos de la subrogación uterina.
- Gimeno, A. (2011). El deseo de ser madre. España: Alba Editorial.
- Guillot, R. (1994). La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, (7), 317-338.
- Muñoz Gómez, D. (2022). Movimiento de fronteras en el derecho de familia: los desafíos de la maternidad subrogada. Actualidad jurídica iberoamericana, (17), 2282-2309.
- ONU (2018). "Comentario General No. 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el derecho a la vida". Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf
- Pacheco, D. García, D. (2018). Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada. Ecuador: Comisión Nacional de Bioética en Salud.
- Parlamento de Grecia. Código Civil en el año 2002 mediante la Ley 3089/2002.
- Rosales Andrade, V. E. (2018). La maternidad subrogada: Propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador. USFQ Law Review, 5(1), 140–156. <https://doi.org/10.18272/lr.v5i1.1221>
- Sentencia No. 184-18-SEP-CC, (Corte Constitucional del Ecuador 2018). Recuperado de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec>.
- Sentencia No. 481-14-EP/20, (Corte Constitucional del Ecuador 2020). Recuperado de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec>.
- Sentencia, No. 045-15-SEP-CC, Caso N. 0 1055-11-EP (Corte Constitucional 25 de febrero de 2015). Recuperado de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec>.
- Viteri, M. (2019). Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador. Tesis (Maestría en Derecho Constitucional). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho.
- Zamora, A., Loyola, M. (2019). Importancia de regular la maternidad subrogada en Ecuador. Consideraciones sobre nueva forma de filiación. Revista Derecho Público, (56), 137-149.
- Zegers, F., Schwarze, J., y Galdames, V. (2008). Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida. Lo Fontecilla.