

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS



**“LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA Y
LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN LEGAL EN EL SALVADOR”**

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:
ALFARO CASCO ÓSCAR SATURNINO
LÓPEZ AYALA ROSENDO
VÁSQUEZ MARTÍNEZ LUIS ENRRIQUE

ASESOR DE CONTENIDO
Dr. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO HERNÁNDEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE 2016

TRIBUNAL CALIFICADOR

LICDA. CLAUDIA JEANNETTE VIDES LANDAVERDE
(PRESIDENTA)

LIC. ELÍAS ALEXANDER MEJÍA MERLOS
(SECRETARIO)

DR. JOSÉ NICOLÁS ASENCIO HERNÁNDEZ
(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

LIC. JOSÉ LUIS ARGUETA ANTILLÓN
RECTOR INTERINO

LIC. ROGER ARMANDO ARIAS
VICERRECTOR ACADÉMICO INTERINO

ING. CARLOS ARMANDO VILLALTA RODRÍGUEZ
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO

DRA. ANA LETICIA ZAVALETA DE AMAYA
SECRETARÍA GENERAL INTERINA

LICDA. NORA BEATRIZ MELÉNDEZ
FISCAL GENERAL INTERINA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DECANA

DR. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO
VICEDECANO

LIC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
SECRETARIO

LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LIC. MIGUEL ANGEL PAREDES
DIRECTOR DE SEMINARIO

LICDA. MARIA MAGDALENA MORALES
COORDINADORA DE LOS PROCESOS DE GRADUACION DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURIDICAS

AGRADECIMIENTOS.

A DIOS.

Agradezco a nuestro amado Dios por ser quien me guía en la vida y me da sabiduría e inteligencia en mi formación académica, por permitirme llegar a esta etapa de mi vida y lograr este triunfo que es parte del éxito de mi vida.

A MIS PADRES.

A quienes dedico este logro, por haberme inculcado valores como la educación, responsabilidad y perseverancia, así también por todo su amor, dedicación y paciencia en el transcurso de mi vida, el apoyo incondicional que me han brindado siempre y también por dedicarme su tiempo para motivarme a salir adelante.

A MI HERMANO.

Por su apoyo, cariño y palabras de aliento en todo el transcurso de mi carrera y de mi vida, lo cual fue motivación para la consecución de este éxito.

A TODOS MIS FAMILIARES Y AMIGOS.

Asimismo dedico este éxito a mis familiares y amigos que de alguna manera me apoyaron en la realización de la carrera, por todas sus oraciones, y apoyo en los momentos difíciles.

Óscar Saturnino Alfaro Casco.

AGRADECIMIENTOS.

A DIOS TODO PODEROSO: Por el don de la vida, por las Bendiciones con las que me ha colmado, y por haberme iluminado en el transcurso del camino, permitiéndome culminar con éxito la mi carrera profesional.

A MI MADRE: ELVIRA LOPEZ AYALA, por darme su Amor incondicional, y ser mi modelo de superación, y mi guía, y de esa manera sacarme adelante y enseñarme Humildemente que, con la Fe en Dios, con trabajo y dedicación, se pueden hacer grandes cosas y es por esta razón que este triunfo es suyo.

A MIS TIOS: Tomasa López, Antonio Lara, Concepción López, Benito López, Paulina López, Rosa López, y Héctor López, con quienes comparto este triunfo, gracias por sus oraciones.

A MIS PRIMOS: Especialmente a, Roxana López, Yanira López, Evelinda López, Leticia López, Esmeralda López, José Manuel, José María López, Francisco López, Saúl López. A quienes les agradezco de todo corazón y comparto hoy con ellos este triunfo.

A MIS AMIGOS: Hermana Rosa, Tony Gasbarros, Cecilia Ramírez, Delfina Guevara, Isaías Lara, Lupita Robles, Wendy Domínguez, Erasmo Robles, Jairo Santos, Raúl Santos, Roberto Guevara, Roberto Flores, Oscar Alfaro, Luis Vásquez, Jacinta Robles, Rubidio Robles, Reyna Guevara, Nelson Chacón, Osmin Santos, Obdulio Robles, Amílcar Salazar,... y a todas aquellas personas que de alguna manera colaboraron en el transcurso de mi carrera.

Rosendo López Ayala.

AGRADECIMIENTOS.

Le agradezco a Dios por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad y por brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad.

Le doy gracias a mis padres José Mario Vásquez Bolaños y María Haydee Martínez Flamenco, por apoyarme en todo momento, por los valores inculcados y por haberme dado la oportunidad de tener una excelente educación en el transcurso de mi vida.

A mis hermanos Milton Iván Montenegro Martínez, Haydee Vásquez Martínez y mi tía Ana Delia Flamenco Hernández, por ser una parte importante de mi vida, por haberme apoyado cuando más lo necesitaba a lo largo de mi carrera.

A Briseida Beatriz Beltrán Ramírez, por ser una persona importante en mi vida, por motivarme en los momentos de angustia y por hacer de su familia mi familia con todo su apoyo incondicional.

Un agradecimiento muy especial merece la comprensión, paciencia y el ánimo recibidos de mi familia y amigos. A todos ellos, muchas gracias.

Luis Enrique Vásquez Martínez.

INDICE

RESUMEN

ABREVIATURAS Y SIGLAS

INTRODUCCIÓN.....I

CAPITULO I

HISTORIA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA 1

1. ÉPOCA ANTES DE CRISTO 2
 - 1.1. Génesis.....3
 - 1.2. Código de Hammurabi.....3
 - 1.3. Antiguo Egipto 4
2. ANTIGUA GRECIA Y ROMA 5
3. EDAD MEDIA
4. ÉPOCA MODERNA 6
5. ÉPOCA POSTMODERNA 7
6. ÉPOCA ACTUAL..... 11

CAPITULO II

ELEMENTOS DE LOS CONTRATO EN GENERAL.....13

1. DEFINICIÓN DE CONTRATO EN GENERAL
2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO 14
 - 2.1 . Elementos de existencia
 - 2.1.1. El consentimiento.....15
 - 2.1.2. Objeto del contrato17
 - 2.1.3. La causa18
 - 2.1.4. Solemnidades21
 - 2.1.4.1. Formalidades ad solemnitatem
 - 2.1.4.2. Formalidades habilitantes24
 - 2.1.4.3. Formalidades ad probationem.....25
 - 2.2. Elementos de validez26
 - 2.2.1. La capacidad.....27
 - 2.2.1.1. Capacidad de goce.....29
 - 2.2.1.2. Capacidad de ejercicio.....30
 - 2.2.2. El consentimiento libre de vicios
 - 2.2.2.1. El Error31
 - 2.2.2.1.1. Error de Derecho.....32
 - 2.2.2.1.2. Error de hecho.....33
 - 2.2.2.2. La Fuerza.....34
 - 2.2.2.3. El Dolo.....35
 - 2.2.3. El objeto como elemento de validez del contrato.....38

2.2.3.1.	Existencia del objeto	
2.2.3.2.	La determinación del objeto.....	39
2.2.3.3.	La posibilidad del objeto	
2.2.3.4.	El objeto debe ser lícito	40
2.2.4.	La causa lícita	
3.	ELEMENTOS COMUNES Y PROPIOS DE LOS CONTRATOS	42
3.1.	Elementos esenciales.....	43
3.2.	Elementos naturales	
3.3.	Elementos accidentales.....	44
4.	CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS	

CAPITULO III

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	49	
1.	DEFINICIÓN DE MATERNIDAD SUBROGADA	50
2.	CLASES DE GESTACIÓN SUBROGADA	52
2.1.	Dependiendo de quién aporta el ovulo y quien los espermatozoides	
2.1.1.	La Subrogación parcial o tradicional	
2.1.2.	La Subrogación total o gestacional	53
2.1.3.	La maternidad compartida o Maternidad fragmentada	54
2.2.	De acuerdo al fin de la madre gestora tenemos	
2.2.1.	Subrogación altruista.....	55
2.2.2.	Subrogación por un precio	
3.	DEFINICIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	
4.	CARACTERÍSTICAS.....	56
4.1.	Bilateral	
4.2.	Oneroso.....	57
4.3.	No conmutativo	
4.4.	Principal	
4.5.	Innominado	
4.6.	Consensual.....	58
4.7.	Contrato de familia	
4.8.	De ejecución diferida	59
5.	ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	
5.1.	Elementos de existencia.....	60
5.1.1.	Consentimiento	
5.1.2.	Objeto	61
5.1.3.	Causa	62
5.1.4.	Solemnidad	63
5.2.	Elementos de validez	64
5.2.1.	Capacidad	65
5.2.2.	Consentimiento libre de vicios.....	66
5.2.3.	Objeto como elemento de validez del contrato de arrendamiento de vientre	67
5.2.3.1.	Existencia	
5.2.3.2.	Posibilidad	68
5.2.3.3.	Licitud	
5.2.4.	Causa lícita.....	71
6.	ELEMENTOS COMUNES Y PROPIOS DE LOS CONTRATOS	73
6.1.	Elementos esenciales	

6.2.	Elementos naturales.....	75
6.3.	Elementos accidentales	
7.	PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	
7.1.	La madre solicitante	76
7.2.	La mujer gestante	
7.3.	El padre	77
8.	OBLIGACIONES QUE PRODUCE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE.....	78
8.1.	Obligaciones de la madre gestante	80
8.2.	Obligaciones de la pareja solicitante	83
9.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	85
10.	ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS RESPECTIVOS CONTRAARGUMENTOS.....	86

CAPITULO IV

EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	93	
1.	INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA	
1.1.	Pacto internacional de derechos civiles y políticos.....	95
1.2.	Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales	
1.3.	convención americana sobre derechos humanos	96
1.4.	Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “protocolo de san salvador	
1.5.	Declaración universal de derechos humanos	97
2.	PROBLEMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	100
2.1.	Jurisdicción competente internacional.....	103
2.2.	Determinación del derecho aplicable a la relación jurídica	107
2.3.	Reconocimiento y ejecución de sentencias.....	108
2.3.1.	Exequátur en el código procesal civil y mercantil.....	115
3.	DERECHO COMPARADO	118
3.1.	Países que permiten la maternidad subrogada	119
3.2.	Estados Unidos	120
3.2.1.	Jurisprudencia	121
3.3.	Argentina	122
3.3.1.	Jurisprudencia	124
3.4.	España	
3.4.1.	Instrucción de 5 de octubre de 2010.....	126
3.4.2.	Jurisprudencia	128
3.5.	México	129
3.5.1.	Distrito Federal	
3.5.2.	Tabasco	130

CAPITULO V

CONCLUSIONES	133
RECOMENDACIONES	134
BIBLIOGRAFIA	136

RESUMEN

La maternidad subrogada es un procedimiento cuyo término es reciente, utilizado por primera vez en Estados Unidos; el proceso de la maternidad subrogada se remonta desde tiempos antiguos antes de cristo, por la falta de avances científicos la forma de la maternidad subrogada era tradicional y de manera carnal, actualmente gracias a los avances tecnológicos se cuenta con una maternidad tradicional y una maternidad gestacional.

La figura de los contratos como fuente de las obligaciones, adquiere una gran importancia en la actualidad por la seguridad jurídica que produce para las partes. La maternidad subrogada para poder ser considerada como contrato requiere tanto de elementos de existencia como de validez; exigidos por la ley, surgiendo la necesidad de acudir a las generalidades de los contratos.

La maternidad subrogada debe ser entendida en su forma contractual como: un contrato de arrendamiento de vientre, en el que surgen dos obligaciones principales; pagar el precio por parte de la madre solicitante y la de la madre gestante de alquilar su útero y entregar él bebe una vez nazca. Son muchos los autores que consideran que el contrato de arrendamiento es nulo de pleno derecho por contener un objeto ilícito y una causa ilícita, con el estudio realizado se determina que la ilicitud en el objeto y en la causa, solo se presenta en la maternidad subrogada tradicional y no así en la maternidad subrogada gestacional.

El Derecho comparado nos proporciona una serie experiencias en países donde la maternidad subrogada ha adquirido mayor importancia, brindando lineamientos a seguir ante los problemas que pudiese ocasionar el arrendamiento de vientre; debido a su falta de regulación legal.

ABREVIATURAS Y SIGLAS.

Art.	Artículo.
Cn.	Constitución de El Salvador
DIPr.	Derecho Internacional Privado
Inc.	Inciso
Ord.	Ordinal.
BOE:	Boletín Oficial Español.
CC:	Código Civil.
CF:	Código de Familia.
CP:	Código Penal.
CPCM:	Código Procesal Civil y Mercantil.
CSJ:	Corte Suprema de Justicia.
DGRN:	Dirección General de Registro Español.
DIH:	Derecho Internacional Humanitario
EEUU:	Estados Unido de Norteamérica.
FIV:	Fecundación In vitro.
LTRA:	Ley Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.
TRHA:	Técnica de Reproducción Humana Asistida.
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación se centra en analizar los elementos del contrato de maternidad subrogada y la necesidad de su regulación legal en el salvador, determinando qué tan viable es considerar el producto de la concepción como el objeto de la prestación como cualquier otro bien sujeto a las transacciones reguladas por el código civil y la necesidad de su regulación; limitando así, el ámbito del presente estudio a la legislación civil salvadoreña, especialmente a la contractual; no profundizando en problemas que se dan en otras ramas del derecho como familia, entre otras, no porque las sean menos importantes, sino porque no nos es posible abarcarlo todo dentro del presente trabajo.

Al inicio de la investigación se planteó como problema principal, la interrogante: ¿Existen los elementos jurídicos de existencia y validez necesarios para considerar la maternidad subrogada como un contrato, conforme a lo que establece la legislación salvadoreña?

Se trazó como objetivo principal: Determinar la naturaleza de la relación jurídica en el pacto de maternidad subrogada, los beneficios y consecuencias de su regulación como contrato en El Salvador, como solución a los problemas de la procreación; y como objetivos específicos: a) Establecer si existe ilicitud en los elementos causa y objeto en el pacto de maternidad subrogada; b) Determinar si el contrato de maternidad subrogada es permitido por la Constitución Salvadoreña; c) Identificar los tipos de maternidad subrogada y los efectos de ésta; d) Obtener elementos jurídicos comparando las leyes internacionales en relación a la maternidad subrogada, y e) Establecer la importancia de la regulación jurídica de la maternidad subrogada.

Lo anterior permitió formular como hipótesis principal: “considerar el pacto de maternidad subrogada como contrato ilícito genera vulneración a los derechos sociales, civiles y económicos de las personas que lo realizan.” Y como hipótesis específicas: “La falta de regulación de la Maternidad Subrogada condiciona los avances de la ciencia en El Salvador y genera vacíos legales.” y eventualmente: “La regulación jurídica de la maternidad subrogada basada en valores y principios, minimizara los problemas éticos que surgen de la práctica de esta.”

Para confirmar las hipótesis se diseñó una estrategia metodológica, enfatizada a realizar una investigación de carácter: teórico, utilizando doctrina extranjera en su mayoría por la carencia de la misma en El Salvador; legal, se realizó un estudio a nivel de la legislación salvadoreña y a nivel de los instrumentos internacionales ratificados por el Salvador, para determinar su aplicabilidad y por ultimo jurisprudencial. La investigación en cuanto a la fuente es bibliográfica documental, al margen del derecho comparado; de acuerdo al contexto es sincrónica.

Es por ello que se realiza un análisis sobre la necesidad de utilizar una técnica de reproducción asistida como lo es la subrogación de la maternidad, y que esta actividad sea regulada para así evitar que se den vulneraciones de derechos constitucionales de las partes intervinientes en la misma y así establecer los límites a esta práctica. establecer cuáles son las ventajas y desventajas en el ámbito jurídico y social; si es posible una regulación de la práctica de la maternidad subrogada como contrato civil para que aquellos que se le imposibilita reproducir por cualquier razón, tengan la oportunidad de concebir un hijo a través de dicha práctica, y de esa manera poder informar a la población sobre los riesgos, garantías y efectos que les puede traer dicha actividad, debido que para la gran mayoría esta práctica es

desconocida casi en 100% su contenido, considerándose una salida para aquellos que adolecen de problemas reproductivos dentro de sus familias.

El arrendamiento del vientre se ha considerado como un avance de la tecnología, que involucra ciencias como la medicina y la genética, produciendo impacto en la sociedad, por lo que se convierte en un asunto del derecho, al tener que definir los aspectos jurídicos que enmarcan ese hecho social.

Por lo general, las normas positivas de derecho no alcanzan a contemplar los fenómenos que sobrevienen a raíz de los avances de la ciencia con la inmediatez que la sociedad lo requiere, es por esto que mediante el planteamiento de este problema, se pretende esquematizar una figura atípica del derecho, que repercute en el conglomerado social, tratando de dar solución a un problema jurídico, anticipándonos a una eventual figura legal.

La realización de este trabajo se estructura en cinco capítulos principales. El primero empieza con el desarrollo de la maternidad subrogada en la historia. En el segundo capítulo se desarrollaran las generalidades de los contratos, definición, clases, características, elementos, obligaciones. El tercer capítulo se estudia a plenitud el contrato de arrendamiento de vientre, aplicando todas las generalidades de los contrato en lo que fuere posible, hasta llegar a lo específico del contrato de arrendamiento vientre, terminado dicho capítulo con los argumentos en contra y a favor de la maternidad subrogada. Con este capítulo se pretende resolver los problemas que plantea la maternidad subrogada a la hora de ser considerado como contrato según nuestra legislación civil. En su cuarto capítulo se presenta el resultado de las indagaciones realizadas en los Instrumentos Internacionales y en la doctrina internacional en lo referente al contrato de arrendamiento del vientre, con el

fin de demostrar la aplicabilidad del derecho comparado con las situaciones de facto que generan los avances de la ciencia que involucran a la sociedad salvadoreña y por último en el quinto capítulo se desarrollara las conclusiones y recomendaciones sobre el contrato de arrendamiento de vientre

CAPÍTULO I

HISTORIA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

El problema de la infertilidad biológica o la incapacidad física de tener hijos y reproducir una familia se conoció y tiene origen desde los tiempos antiguos. La idea del vientre de alquiler o subrogación maternal se gestó entre las personas desde siglos antes de Cristo, debido a la falta de las técnicas de reproducción avanzadas¹, la gente se veía obligada a recurrir a la fecundación natural de la donante que a la vez era madre de alquiler, por ello la modalidad que se empleaba era la tradicional y de manera carnal.

Es así que Aunque la maternidad subrogada se presenta como una figura de la actualidad, la verdad es que hay registros en el Antiguo Testamento. Eleonora Lamm recoge este extracto: “Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilhá²; llégate a ella y dará a luz sobre mis rodillas y yo también tendré hijos de ella”³.

Son innumerables las teorías y los datos históricos existentes que establecen el origen de esta práctica, usada esta palabra en sus inicios, ya que con el devenir de la historia y con la evolución no solo de la tecnología

¹Hasta el año 1790 se realizó la primera inseminación artificial en un ser humano en la historia. Esta fue llevada por el cirujano escocés John Hunter recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadia (enfermedad degenerativa del pene) y lo inyectó en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en la historia. Con anterioridad se había llevado a cabo con animales, hasta remontarnos a los sumerios, que registraron por primera vez una técnica, muy artesanal, de inseminación artificial en ovinos, que fue utilizada posteriormente, fue hasta en el siglo XX que esta práctica se desarrolló de forma más científica.

²*Esclava de Raquel, esposa de Jacob, quien se la ofrece a su marido para que tenga hijos con ella, y considerarlos como suyos, al no poder procrear, Génesis 30,*<https://www.biblegateway.com/passage/?search=G%C3%A9nesis+30&version=RVR1960>

³Eleonora Lamm, “Gestación por sustitución”, *Indret*, revista n.3, (2012): 10-49.

sino del conocimiento humano, se hace más puntual denominársele una institución como tal, esto por llevar inmersa un cúmulo de elementos que hacen merecerle tal denominación y no solamente una práctica.⁴

Como se hizo notar anteriormente, se cuenta con un vasto conjunto de información, tal cual fundamentan el inicio de esta institución, se ha de exponer que la más antigua ha sido la que se le denomina, el primer caso del vientre de alquiler, desde la antigüedad más remota el hombre siempre ha soñado con tener hijos y, pese a la infertilidad incurable en aquellos tiempos, ha procurado por todos los medios conseguir un heredero tan anhelado, ante lo cual se ha utilizado la maternidad subrogada como método para poder superar este obstáculo y poder engendrar, es así que daremos un pequeño fragmento histórico de cada una de las épocas en que se utilizó este método.

1. Época antes de cristo

En este apartado se estudiarán los casos que se dieron de la utilización de la maternidad subrogada, aun sin conocerse con esta denominación en los siglos anteriores a la existencia de Cristo, ya que en los diferentes siglos de esta época se presentaron casos de infertilidad donde se hacía uso de la maternidad subrogada como método de solución a la infertilidad en las mujeres principalmente.

1.1. Génesis

La primera madre de alquiler conocida en la historia nació hace unos dos mil años antes de Cristo en la tierra árida de Canaán, cerca de Hebrón, en el siglo XIX a.C.⁵

⁴ibíd., 10

He aquí lo que dice al respecto el Antiguo Testamento. Saraí, la esposa de Abram era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo. Saraí dijo a Abram: “Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava. Tal vez por medio de ella podré tener hijos”. Y Abram accedió al deseo de Saraí. En aquel entonces Abraham tenía 86 años, pero su edad venerable no impidió la concepción. En 1910 a. C. Agar dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael. Saraí le sentó en sus rodillas como si fuera su hijo propio.⁶

Hay otras historias parecidas en el Génesis, de las que no pueden deducirse la legitimidad de las madres subrogadas aunque es indiscutible que el recurso de embarazo en otras mujeres para tener un hijo aprovechando las malas condiciones de éstas, ha existido siempre⁷.

Por ejemplo, durante la época patriarcal, la procreación era un asunto primordial y la poligamia era una práctica muy usual entre los patriarcas en los harenes reales.⁸

1.2. Código de Hammurabi

El segundo programa de gestación subrogada, del que tenemos conocimiento se desarrolló en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII a. C. fue una práctica corriente, y más aún consolidada legalmente. El Código del rey Hammurabi (1792-1750), creado en 1780 a. C. El cual disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a

⁵María José Rubio Sanchis. *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*, [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2C2ED85D73B1A5C605257D3A0056D2FB/\\$FILE/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_RubioSanchis_MJ.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2C2ED85D73B1A5C605257D3A0056D2FB/$FILE/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_RubioSanchis_MJ.pdf)

⁶ Génesis 16, Antiguo testamento, libro sagrado de judíos, cristianos y musulmanes.

⁷ R. A. Leonseguí, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, UNED, revista n.7, (1994): 317-338.

⁸ Julio Mir Candal, “La maternidad intervenida, Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, Red bioética/UNESCO, revista n.1: 174-188.

su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón.⁹

A menudo se le señala como el primer ejemplo del concepto jurídico de que algunas leyes son tan fundamentales que ni un rey tiene la capacidad de cambiarlas. Las leyes, escritas en piedra, eran inmutables. Este concepto pervive en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos. Estas leyes, como casi todas las de la Antigüedad, son consideradas de carácter divino.

1.3. Antiguo Egipto

La gestación subrogada fue una práctica habitual en la antigüedad. Basta decir que muchos faraones egipcios en el siglo XVI a.C. Se servían de sus criadas para tener hijos. Se consideraba que los gobernadores del Antiguo Egipto descendían directamente de Ra¹⁰. Para que la sangre divina no se mezclara con la de personas normales, el faraón se casó con su hermana. Claro está que, en caso de haber nacido, los niños procreados en ese matrimonio incestuoso no gozaban de una salud de hierro.

Por ejemplo, Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo que gobernó en el siglo XVI a. C., no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis I. Los nacidos de concubinas se consideraban hijos del faraón aunque se veían menoscabados en sus derechos y sólo podían pretender al trono a falta de herederos más legítimos.

⁹Código de Hammurabi 1780 A.C, Art. 144.

<http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/Ci%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>

¹⁰ "Gran Dios" anónimo, demiurgo, dios solar de Heliópolis en la mitología egipcia. Ra era el símbolo de la luz solar, dador de vida, así como responsable del ciclo de la muerte y la resurrección.

Tutmosis I tuvo a Tutmosis II dado a luz por una esposa secundaria, e incluso un nieto nacido igualmente el futuro gran guerrero Tutmosis III, padre de Amenhotep II. La monarquía egipcia se heredaba por línea “solar” femenina así que el hijo del faraón, independientemente de su filiación, no podía ascender al trono sin haberse casado con su hermana o hermanastra.

2. Antigua Grecia y Roma

En las Antiguas Grecia y Roma también fue una práctica muy extendida. Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, una región que estaba situada en la parte central de Asia menor, y su esposa estéril Estratónica que personalmente seleccionó entre las prisioneras a la bella Electra para su marido y crio a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos, “con amor y una generosidad admirable”.

En la Grecia clásica la mujer era rechazada y marginada socialmente por una cuestión biológica, al no ser capaz de tener descendencia, ya que la esterilidad era vista como un castigo de los dioses.¹¹

Por otra parte los griegos transforman la visión original de la procreación sosteniendo que el padre quien engendra, mientras que la madre solo cumple una función de nodriza del germen depositado en sus entrañas.¹²

3. Edad media

La institución de concubinas también fue conocida en la Europa medieval. Carlomagno que quedó viudo, en el año 800, mantuvo relaciones amorosas con varias concubinas. La verdad es que los hijos nacidos de estas uniones

¹¹A. Hernández & J. L. Santiago, “Ley de maternidad subrogada del Distrito federal”, UNAM, revista n.12 (2011): 2196-2204.

¹² ibíd.

se consideraban extramatrimoniales y, por tanto, ilegítimos.¹³ Este hecho no impidió que su padre les proporcionara una educación excelente para aquella época.

En esta época, como en otras, a los hijos nacidos de una madre subrogada no se les reconocían los derechos propios de un hijo nacido de la relación matrimonial, pero adquirirían ciertos derechos. Esto se debió a que no acudían a una madre subrogada con la necesidad de gestar un hijo porque la mujer fuera estéril, sino como fruto de una necesidad carnal por parte del progenitor varón.

Las diferencias culturales y religiosas no fueron un obstáculo para que en la Edad Media la maternidad subrogada tradicional se utilizara en China, Corea y Japón. Uno de tales casos que se hizo patrimonio de la historia está descrito en la película talentosa del célebre director coreano *Im Kwon taek* que se llama de igual manera, “The Surrogate Mother”. La esposa de Li, heredero de una familia noble, era estéril y le ofrecieron como concubina a una chica campesina que no alcanzaba la mayoría de edad.

En este caso se vuelve a la necesidad de que otra mujer geste a la criatura debido a la infertilidad de la mujer comitente.

4. Época moderna

Las investigaciones en materia de fecundación artificial ya se están desarrollando durante varios siglos. En 1677 el inventor del microscopio Antoni van Leeuwenhoek estudió el semen humano y fue el primero en ver espermatozoides. Supuso que el espermatozoide es una suerte de semilla, al

¹³Un ejemplo de que los hijos nacidos de uniones extramatrimoniales realizaban una buena carrera profesional, son los hijos ilegítimos de Carlomagno, así, Drogon fue nombrado obispo de Metz, mientras que el hijo menor, Gugo, pasó a ser el abad de Saint-Quentin.

tiempo que el útero femenino sólo le crea un ambiente favorable para su “germinación”. En 1790 el eminente cirujano y venereólogo escocés John Hunter recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadia¹⁴ y lo inyectó en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en la historia. El experimento resultó en el nacimiento de un niño sano ese mismo año.

En 1880 se llevó a cabo el primer intento de FIV (fecundación in vitro) en conejos y conejillos de Indias, en este caso en el sentido pleno de la palabra. Dentro de 11 años el científico británico Walter Haupe realizó con éxito una FIV y transferencia de un embrión de una coneja a otra, haciéndola la primera “madre subrogada”. En la última década del siglo XIX el obstetra ruso Victorín Gruzdev (1866-1936) elaboró la teoría sobre la importancia de la madurez del óvulo para la fecundación y la probó en conejas. La técnica diseñada por Gruzdev llegó a ser prototipo de las transferencias simultáneas de gametos femeninos y masculinos a la trompa de Falopio.¹⁵

5. Época postmoderna

Desde la segunda mitad del siglo XX se han desarrollado métodos de reproducción asistida que ayudan a las personas con problemas para tener descendencia. Apareció la FIV, que consiste en la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa en el laboratorio fuera del cuerpo de la madre, para su posterior implantación en el útero. Fue en 1978, cuando Luis Brown nació por esta técnica, lo cual significó un cambio.¹⁶

¹⁴El hipospadia es una anomalía congénita por la que el pene no se desarrolla de la manera usual. El resultado es que la abertura del pene se localiza en algún lugar en la parte inferior del glande o tronco, o más atrás, como en la unión del escroto y pene.

¹⁵Vita Nova, Clínica de Reproducción, *Fecundación in vitro* (Rusia: Moscú, 2003), <http://vitanovaclinic.ru/es/eko/>.

¹⁶ Hernandez y Santiago, “Ley de maternidad subrogada”, 1335-1348 (véase cap.1, n.11)

En lo que se refiere a la maternidad subrogada como tal, este término fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Míchigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres. Al principio sólo ofrecía programas de maternidad subrogada tradicional, utilizando un óvulo de la madre de alquiler fecundado con el semen del padre biológico. Debido a los esfuerzos del enérgico abogado, para el año 1988 nacieron 302 niños.

El primer programa coordinado de maternidad subrogada tradicional en Estados Unidos y en el mundo fue realizado en 1980 en Louisville con asistencia de la compañía Surrogate Parenting Associates inc. Constituida un año antes por el Dr. Richard M. Levin. El proceso de pruebas médicas y coordinación de la documentación legal, previo al comienzo del programa, tardó nueve largos meses pero el embarazo fue conseguido en el primer intento y terminó con el nacimiento de un niño sano. Desde entonces Surrogate Parenting Associates, Inc. ha contribuido al nacimiento de más de 500 niños, mientras que el propio Dr. Levin ha llegado a ser una persona mediática, al igual que el abogado Keane.¹⁷

En abril de 1986 en Ann Arbor (Míchigan) nació el primer bebé fruto de un programa de maternidad subrogada gestacional que consiste en que la madre de alquiler gesta un niño que no tiene ningún vínculo genético con ella. La niña fue concebida bajo este método a partir del semen y óvulo de sus padres biológicos. La Fecundación se llevó a cabo en el centro médico Mount Sinaí de Cleveland bajo la dirección del Dr. Wolf Utian. La madre biológica de 37 años de edad con el útero extirpado recurrió a su amiga de 22 años, madre de dos hijos, para que le gestara el feto. El programa se desarrolló bajo la supervisión del referido Noel Keane, y una de sus principales condiciones fue el mantenimiento de la confidencialidad total.

¹⁷ C. ARTETA, "Maternidad subrogada", Ciencias biomédicas, revista n.6 (2011): 91-97.

El primer programa de gestación subrogada ocurrido en el seno de la misma familia tuvo lugar en Sudáfrica en octubre de 1987, cuando Pat Anthony, de 48 años, gestó y dio a luz sus propios nietos para su hija Karen Ferreira-Jorge, de 25 años. Karen y su marido Alcimo ya tenían un hijo pero soñaban con tener otros tres más. Karen, a la que en 1984 se le extirpó el útero como consecuencia de una fuerte hemorragia posparto, pensaba que su sueño nunca se haría realidad. Al enterarse de la maternidad subrogada como un método de reproducción, fue entonces cuando Patricia se decidió alquilar su vientre. Le fueron implantados cuatro embriones de los once que se habían obtenido, tres de ellos resultaron viables y continuaron su desarrollo. De acuerdo con la Ley Child Status Bill vigente entonces en la República de Sudáfrica, la señora Anthony se consideraba la madre de los trillizos y, por tanto, tuvo que ceder la patria potestad a favor de su hija y yerno, que se vieron obligados a adoptar a sus propios hijos.

Las mujeres Samo¹⁸ del África negra que padecen amenorrea¹⁹, representan para los pueblos africanos la anormalidad máxima y se las llega a acusar de práctica de brujería. La poliginia en Mali, África occidental, es una opción social que facilita al hombre y a su gran familia, tener descendencia por sus propios medios, aunque actualmente esta alternativa compita con las técnicas de reproducción asistida. En otras tribus africanas, se recurre a la hermana fértil de las parejas para poder tener hijos.²⁰

¹⁸ Tribu étnica existente en el occidente de África.

¹⁹ La amenorrea es la ausencia de menstruación de manera prolongada y que puede afectar a mujeres de cualquier edad. Se considera que una mujer tiene amenorrea cuando ha tenido ciclos menstruales normales y, de repente, deja de menstruar durante seis o más meses. Si la mujer está embarazada, en periodo de lactancia o en la menopausia, no se considera amenorrea. En deportistas de élite, bailarinas o mujeres que llevan a cabo dietas extremas es frecuente que aparezca la amenorrea. Además, esta patología está vinculada a la anorexia.

²⁰Candal, "La maternidad intervenida", 169-170 (véase cap.1, n.8)

No son pocos los casos en que familiares han actuado como madres subrogadas. En el estado norteamericano de Carolina del Norte una mujer prestó el útero a su hermana que durante seis años siguió un tratamiento infructuoso contra la infertilidad, y en mayo de 1994 dio a luz un hijo. A Edith Jones, una británica de 51 años, fueron implantados dos embriones formados con óvulos de su hija que no podía gestar debido a una malformación congénita. En 2005 en Sudáfrica la cuñada de la cardiocirujana Susan Vosloo le dio a luz a las mellizas Nina y Laila.

En Estados Unidos se han identificado casos de subrogación en la época anterior a la guerra civil. Muchas esclavas gestaban a bebés que pertenecían a sus amos.²¹

Desde 1976 sólo en Estados Unidos han nacido más de 40.000 niños que fueron engendrados mediante programas de maternidad subrogada tradicional. Hasta ahora se conocen 15 casos de madres de alquiler que se han negado a entregar el niño a sus padres biológicos.

El caso más sonado, el de Baby M, tuvo lugar en Nueva Jersey en 1988, cuando la madre de alquiler “tradicional” Mary Beth Whitehead optó por quedarse con el bebé que venía gestando para la pareja de William y Elizabeth Stern. Después del parto la madre subrogada huyó con la niña a Florida, donde fue localizada por un detective privado contratado por los Stern y fue devuelta a su hogar. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey reconoció a Mary Beth como madre genética de la menor, pero otorgó la custodia de Baby M a los Stern, aunque concedió a Mary Beth un derecho de visitarla de vez en cuando.

²¹Camilo Andres Rodríguez Yong y Karol Ximena Martínez Muñoz, “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, Valdivia, revista n.3 (2012): 59-81.

Sólo en cuatro casos las madres subrogadas han logrado ganar la batalla judicial y obtener la custodia de su hijo. También se ha dado un caso en que los progenitores han querido hacerse con sólo uno de los mellizos gestados por una madre de alquiler. Sin embargo, a solicitud de la portadora se le otorgó la patria potestad de ambos hijos, para no separarlos. Las principales razones de las renunciaciones son el embarazo conseguido por la pareja misma, el nacimiento de mellizos o trillizos en vez de un solo hijo, el sexo “incorrecto” del niño, defectos físicos o, simplemente, la falta de madurez.

En el reino unido debido a la falta de legislación sobre estos temas y a la ansiedad suscitada en la sociedad, el parlamento encargó la confección de un reporte. En 1984 la “comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana” presidida por la filósofa Mary Warnock entregó el denominado “informe Warnock”.²²

6. Época actual

En febrero de 2006 en Moscú se dio un caso singular ocurrido en la familia de los Nirov. Tras varios intentos fallidos, Svetlana afrontaba el último chance y, sin confiar en un resultado favorable, contrató a una madre de alquiler. A cada mujer se le implantaron dos embriones. Ambas mujeres quedaron embarazadas y ambas tenían gemelos, Tanto Svetlana, la madre biológica, como Nadezhda, la madre de alquiler, dieron a luz varones que tenían la misma altura de 52 cm, sólo los de Nadezhda eran más gorditos.

La británica Carole Horlock, mantiene el récord mundial como la madre de alquiler más prolífica. Su carrera profesional se inició en 1995. Durante este

²² En 1984 la “comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana” presidida por la filósofa Mary Warnock entregó el informe que lleva su nombre en alusión a la filósofa que lo dirigió. El informe buscaba determinar el estatus de los embriones concebidos artificialmente y hallar justificación que permitiera su manipulación durante un tiempo.

tiempo Carole ha hecho felices a nueve parejas, dando a luz un total de 12 hijos ocho niñas y cuatro niños. Su último programa de gestación fue encargado por una pareja griega que no pudo concebir debido a una histerectomía²³.

Sin lugar a dudas desde hace unas décadas la fecundidad y la maternidad han pasado a pertenecer al “orden médico”. La concepción y la maternidad ya no dependen sólo del azar y la incertidumbre. Los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos han posibilitado el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción asistidas como alternativas a la esterilidad, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco tiempo. Entre estas “maternidades intervenidas”, la maternidad subrogada constituye, en la actualidad, uno de los temas bioéticos²⁴ de relevancia en el debate público en algunos países europeos. La aparición de estas nuevas tecnologías plantea nuevos retos éticos y nuevas respuestas socioculturales para nuestros países latinoamericanos.²⁵

²³ Operación quirúrgica que consiste en extirpar el útero total o parcialmente.

²⁴ La bioética es el estudio sistemático de la conducta humana en los campos de las ciencias biológicas y de la atención de la salud, en la medida en que esta conducta se analiza a la luz de los principios y valores morales

²⁵ Leila Mir Candal. *Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*, http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DE LOS CONTRATO EN GENERAL

Para determinar la viabilidad jurídica de la figura de la maternidad subrogada como un contrato reconocido por el ordenamiento legal salvadoreño es menester estudiar la figura del contrato en general, tanto en nuestro Código Civil como en la doctrina, de esta manera establecer la relación que guarda la práctica de la maternidad subrogada con los elementos del contrato en general.

1. Definición de contrato en general

El código civil salvadoreño en su Artículo 1309 define al contrato como *“una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*.²⁶

Jorge A. Sánchez y Cordero Dávila, cuando hacen referencia a la definición de contrato en el Código Civil Mexicano en la que sostienen que: *“El acto jurídico bilateral o convenio lato sensu es el acuerdo de dos o más voluntades que crea, transmite, modifica o extingue derechos y obligaciones, fundándose en una regla de derecho. Conforme a la distinción que hace el C.C.Mexicano los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos (artículo 1793 C.C.) y por exclusión los que modifican o extinguen obligaciones toman el nombre de convenios stricto sensu.”*²⁷

²⁶ Código civil de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador).

²⁷ Jorge Antonio Sánchez Y Cordero Dávila, *Introducción al derecho mexicano*, (México: UNAM, 1981), 82.

De lo anterior, se denota que la definición que proporciona nuestro Código Civil, no es la más apropiada, por lo que, se llevará a cuenta las definiciones que proporciona la doctrina, dentro de las que podemos encontrar; “El contrato, *lato sensu*, es todo acuerdo de voluntades tendente a producir efectos jurídicos”²⁸.

Manuel Ossorio,²⁹ en su Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, quien citando a Capitant lo define como: acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones.

De las anteriores definiciones se llega a la conclusión, que un contrato es un acuerdo de voluntades, entre dos o más personas con el objeto de crear obligaciones las cuales pueden consistir en un dar, hacer o no hacer.

2. Elementos de existencia y validez del contrato

Los elementos de los contratos según la doctrina se dividen en: Elementos de existencia y de validez. Dentro de los primeros están: el consentimiento, objeto materia del contrato, causa y en algunos casos la solemnidad. En los segundos; la capacidad, el consentimiento libre de vicios, objeto lícito, y la causa lícita.

2.1. Elementos de existencia

El contrato al igual que los actos jurídicos en general se constituye por una serie de elementos, los principales, aquellos sin los cuales no podría tener vida jurídica, los llamados elementos de existencia, también denominados

²⁸ Carlos Lasarte, *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, Editorial, 4° ed. (Trivium, 1987), 6.

²⁹ Manuel Ossorio; *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (Heliasta, 1974). 93.

esenciales, estos son tres, a saber son: el objeto, el consentimiento, causa y en ciertos casos la solemnidad. El efecto directo de no satisfacer alguno de los elementos de existencia es que no surja el contrato, es decir es imposible que genere consecuencia jurídica alguna como acto jurídico.

2.1.1. El consentimiento

El consentimiento es la base fundamental del contrato. Todo contrato, cualquiera que éste sea, supone el consentimiento de las partes que han concurrido. Son ellas, las que expresan su voluntad, y las que se benefician o se obligan.

El consentimiento, está expresado en el artículo 1416 CC. Al mencionar que: "Todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y solo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales."

Alessandri y Somarriva, definen el consentimiento como *"el acuerdo de voluntades de dos o más personas con un objeto lícito"*³⁰.

El consentimiento, ha sido considerado de acuerdo a la concepción tradicional, sin lugar a duda el requisito más importante para la existencia y validez del acto jurídico, pues en definitiva los demás requisitos afectan directa o indirectamente tal elemento, sin el cual no podría nacer a la vida un acto jurídico.

Para mejor comprensión de este elemento, se deben conocer algunas nociones generales sobre la voluntad jurídica, así se tiene que: la voluntad es la *"facultad de la persona que la autoriza para conducirse y hacer los que*

³⁰Arturo Alessandri Rodríguez Y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil, Redactado por Antonio Vodanovic*, Tomo IV, (Chile: Ed. Nacimiento, 1942), 76.

desea", esta voluntad se conforma de dos elementos esenciales, la intención o voluntad interna y la manifestación externa de la misma³¹. O sea que para que la voluntad sea considerada por el derecho es necesario que esta persiga fines o resultados jurídicos, por ello debe exteriorizarse ya que al derecho no le interesa lo que pertenece al fuero interno de la persona. Dicha manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita.

En actos jurídicos unilaterales se habla de voluntad y en actos jurídicos plurilaterales de consentimiento.

El consentimiento es pues un acto bilateral a diferencia de la voluntad que es un acto unilateral. El acuerdo que constituye consentimiento no existe sino cuando la voluntad de cada una de las partes se une a la voluntad de la otra³². Consecuentemente, se puede definir al consentimiento como *el acuerdo de voluntades de dos o más personas con un objeto lícito, destinado a producir efectos jurídicos*.

Para la conformación del consentimiento, se requiere la concurrencia de dos etapas, *la oferta y la aceptación*. La propuesta u oferta, se entiende como la invitación que una o más personas hacen a otra u otras a celebrar una convención, y la aceptación es el acto de adhesión a la propuesta por parte de la persona o personas a quienes esta se ha dirigido.

Hay consentimiento entonces al darse ese encuentro entre propuesta y aceptación pura y simple³³.

³¹ Adolfo Oscar Miranda, *Apuntes para el quinto curso sobre la teoría de las obligaciones*, (El Salvador: Publicaciones de la Asociación de Estudiantes de Derecho, UES, 1976), 37-38.

³² Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, 2ª. Ed. (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978), 54.

³³ Miranda, *Apuntes*, 39.

Entre presentes, el negocio jurídico se perfecciona de inmediato, ya que el acuerdo de voluntades es también inmediato, no existe pues lapso de tiempo entre la oferta y la aceptación. Entre ausentes, existen en doctrina diversas teorías que tratan de explicar el momento cuando se produce dicho acuerdo.³⁴ La legislación salvadoreña sigue la teoría de la recepción, según la cual el consentimiento es perfecto cuando la aceptación llega a su destino, aun cuando el oferente no la conozca aún. Asimismo es también importante señalar que el consentimiento puede ser expreso o tácito.

Finalmente, cuando el consentimiento es tácito, los hechos o actos que señalan la expresión del consentimiento, deben expresarlo de manera inequívoca, sin dejar dudas, ya que aunque sea tácito, no puede ser presumido o supuesto³⁵.

Es así que para que el consentimiento se considere válidamente prestado no es suficiente que exista un querer efectivo en el fuero interno de la persona. Es preciso que esta voluntad interna se manifieste, que no exista discrepancia entre lo querido y lo declarado y que las partes contratantes coincidan en lo que pretenden, desde sus respectivas posiciones.

2.1.2. Objeto del contrato

El objeto del negocio ha sido entendido de diversos modos por la doctrina, identificándolo unas veces con el fin que persiguen los sujetos al realizar el mismo otras con la prestación debida; reduciendo de esta forma el elemento objeto a los negocios contractuales, y a veces con la cosa o bien sobre la que versa el negocio. Sin embargo, si pretendemos dar al objeto la utilidad

³⁴Miranda, *Apuntes*, 39.

³⁵*ibíd.*, 105.

que tiene realmente como elemento esencial de cualquier tipo de negocio, debe entenderse por tal la materia sobre la que recae dicho acto negocial.³⁶

Basándose en lo que indica Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en su libro *Contratos Civiles*, se puede analizar el objeto conforme a dos categorías distintas, el objeto jurídico y el objeto material. Considerando al objeto jurídico en una subdivisión de objeto directo y objeto indirecto.

El objeto jurídico directo del contrato, se desprende de la naturaleza jurídica del mismo, y se entiende como la creación y transmisión de derechos y obligaciones (1308 Código Civil).

El objeto jurídico indirecto del contrato equivale al objeto directo de la obligación, es decir, a la conducta de dar, hacer o no hacer³⁷ (Art.1309 Código Civil).

“El objeto material del contrato, se refiere a la cosa que se tiene que dar, al hecho que se tiene que realizar y a la conducta de la que debe abstenerse.”

2.1.3. La causa

La palabra causa viene del latín (*causa*), semánticamente equivale a “lo que considera como fundamento u origen de algo, motivo o razón de obrar”.³⁸

BORJA SORIANO³⁹ parte del criterio de considerar a la causa como el móvil o motivo que induce a las partes a contratar: en este sentido tiene razón,

³⁶ Nancy C. Ojeda Rodríguez, *Derecho de contrato, Tomo I. Teoría General del Contrato*, (Cuba: Habana, 2001), 85.

³⁷ Víctor Amaury Simental Franco, *enfoque actual de la teoría general del contrato*, (Mexico: UNAM), 98

³⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua Española*, Tomo II, (España: Madrid 1970), 282.

aunque es de destacarse que esta noción queda comprendida en la noción de objeto. Conforme a esta idea, el objeto del contrato comprende no sólo el hecho que constituye la prestación sino también los motivos. García Rojas parte de la noción de la causa independientemente de la idea que de ella tuvo el legislador. Dentro de esta perspectiva tiene razón, pero disentimos en su conclusión de que por ello sea condición de validez del contrato.

La causa es el motivo del contrato, la doctrina distingue entre la causa impulsiva y la causa final. La primera no es un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación. La causa final al contrario si es inherente al contrato, implicada por la naturaleza del contrato y que es conocida o debía serlo por ambas partes. La causa impulsiva es relativa y personal a cada contratante y por lo tanto esencialmente variable; en tanto que la causa final es siempre idéntica en la misma clase de contrato.⁴⁰

Constituye uno de los requisitos o elementos esenciales comunes del contrato, dicho elemento se encuentra regulado en los artículos 1338 y 1339 del Código Civil.

Desde su origen dicho requisito ha sido una cuestión profundamente debatida entre los diversos autores que defendían la teoría causalista y los que estaban en contra de ella los “anticausalistas”. Tiene siglos de existencia, según algunos autores arranca desde el Derecho Romano, otros doctrinarios afirman que esta no se encuentra en dichos textos sino que sólo fue contemplada como sinónimo de fuente o de hecho generador de la obligación.

³⁹ Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las Obligaciones*, Toma I, (México: Porrúa S.A., 1959), 185.

⁴⁰ Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila, *Introducción al derecho*, 12 (véase cap.2, n.27)

Al definir lo que es causa teniendo en cuenta que alude a varios conceptos y en un primer momento se entiende como causa “el fundamento u origen de una cosa, lo que produce efecto”; existiendo otra acepción “motivo o razón para obrar” y en un momento más preciso es el productor del efecto y teniendo plasmado como causa final objetivo de lo que se hace, en estas acepciones queda planteado lo que se entiende por este elemento que desde Domat y Pothier queda planteado el problema hasta el presente existiendo un total desencuentro y creando polémicas entre los distintos autores, pues se ocuparon de dilucidar la cuestión sin que hasta este momento se haya llegado a una solución en la doctrina.

Debe tomarse en cuenta que se crea un problema al señalar causa como elemento contractual, no se debe dejar de lado que una primera aproximación es la causa del contrato y la causa en el contrato el estudio del problema no indica que antes de poder ser abordados no resulta necesario establecer claramente el objeto de estudio, pero para una aproximación a el como primer lugar debe de situarse “dentro del contrato”.⁴¹

La causa del contrato debe de entenderse en el en primer concepto “el origen de una cosa, lo que produce efecto”, señalando que el contrato en sí mismo es una herramienta es la forma para el hecho económico y es en este último donde se debe asentar la causa o fuente del contrato y al cual le debe su existencia, lo concreto entonces es que la causa del contrato o la causa de su existencia se debe al hecho económico acceso a intercambio de bienes y servicios.

Se debe disipar las dudas también respecto de la causa en el acto voluntario este se diferencia de manera fundamental del involuntario ya que el resultado

⁴¹Carlos Alberto Ghersi, *Contratos Civiles y Mercantiles: Parte General y Especial*. (Argentina: Astrea, 2002), 111-113.

acto existe causal lógica funcional racional entendiéndose como acto voluntario a la respuesta adecuada a un móvil psicológico cerebral.

Hay que tener en cuenta que a su vez debe ser real según el artículo 1338 inciso 1º del Código Civil, entendiéndose existente y no algo irreal, lo cual toma importancia para materializar el contrato ya que este sería inexistente sin una causa que realmente tenga existencia real.

2.1.4. Solemnidades

El artículo 1316 del Código Civil Salvadoreño, no hace ninguna referencia al presente requisito, pero no por ello se puede decir que no constituyen un verdadero requisito de existencia de determinados actos jurídicos. Su omisión se debe a que las solemnidades se consideran una manera especial de consentir en determinados casos, de manera tal que su omisión en los casos que la ley la requiere produce la inexistencia del mismo.

Para Ospina, las solemnidades son la "sujeción de las manifestaciones de voluntad privada a formas predeterminadas"⁴²

En el sistema legal salvadoreño se hace una clasificación de las solemnidades el cual las clasifica en: solemnidades propiamente dichas, solemnidades habilitantes y solemnidades ad probationem.⁴³

2.1.4.1. Formalidades ad solemnitatem

"Es la declaración de insuficiencia de la voluntad privada como fuente de los efectos jurídicos".⁴⁴ Para el autor, este tipo de formalismo implica la

⁴² Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 2ª (Bogotá: Temis S.A, 1994), 231.

⁴³ Miranda, *Apuntes*,39 (véase cap.2, n.31)

⁴⁴Fernández y Acosta, *Teoría general*, 236.

restricción de los medios de expresión de la voluntad privada, mediante el señalamiento de formas, sin las cuales la voluntad medio de expresión de la voluntad en ciertos actos, de manera que si no se llenan, el acto se reputa inexistente.⁴⁵

De acuerdo con lo anteriormente expresado por el jurista colombiano, se puede decir que este tipo de formalidades llamadas también solemnidades propiamente dichas son aquellas que inciden en la formación y perfeccionamiento de los actos jurídicos, y se exigen en consideración a la naturaleza misma del acto de que se trata. Su omisión produce pues, la inexistencia o nulidad absoluta del acto.

En los contratos solemnes, no basta el concurso de las voluntades de las partes contratantes, sino que es indispensable que su consentimiento se revista de formalidades externas para que contrato pueda perfeccionarse y generar las obligaciones queridas por las partes⁴⁶. La formalidades requerida no únicamente como medio de prueba de su existencia, aunque también sirva para ello; sino que como "integrante de la substancia misma del contrato, que sin ella carece de existencia jurídica, y no puede, por lo mismo, producir efecto civil alguno, ni aunque partes estén de acuerdo en haberlo celebrado⁴⁷.

Las solemnidades propiamente dichas se dividen en legales o voluntarias, según que la formalidad sea exigida por la ley o haya sido pactada por las partes. Las solemnidades legales se subdividen a la vez en ordinarias y especiales⁴⁸. Como ejemplo de solemnidades legales en nuestro medio podemos citar la necesidad de consignar un acto en instrumento público o

⁴⁵ibíd.,242.

⁴⁶Solar, *Explicaciones de Derecho*, 581 (véase cap. 2, n.32)

⁴⁷Ibíd., 582

⁴⁸ Miranda, *Apuntes*,34 (véase cap.2, n.31)

privado. También en algunos casos como en el de la hipoteca podemos citar como solemnidad propiamente dicha el requisito de la publicidad.

Ospina a su vez, hace una clasificación general de los elementos de las formalidades legales, atendiendo al criterio del efecto que su omisión produce sobre los actos respectivos, y así divide los requisitos de las formalidades ad solemnitatem en requisitos esenciales, requisitos para su valor y requisitos indiferentes. Según este autor, los requisitos esenciales son aquellos cuya omisión implica inexistencia de la solemnidad legal misma, y por lo tanto del acto; un ejemplo de ellos sería la intervención de Notario en el otorgamiento del acto.

Por último, los requisitos indiferentes son aquellos cuyo cumplimiento es conveniente, pero su omisión no afecta existencia o validez del acto; un ejemplo de este tipo de requisitos sería la integridad y claridad de las firmas. Para el autor si la solemnidad no se cumple a plenitud, va a depender de la importancia que la propia ley atribuya a cada uno de los elementos o requisitos que exige como parte de la solemnidad, lo que va a determinar si el acto es eficaz o no. Si el acto no cumple con los requisitos ad solmnitatem, puede estar viciado pero no absolutamente, ya que algunos requisitos legales de forma puede que solo persigan mayor claridad de los actos jurídicos y que su omisión no afecte el interés en la seguridad del acto. Para el autor, la ley debe decir la omisión de cuáles de estos requisitos no afectan ni la validez ni la existencia del acto⁴⁹.

En el caso de las solemnidades voluntarias se está ante el supuesto en que la voluntad privada es fuente de un formalismo con efectos semejantes a los del formalismo legal, pero no se pueden equiparar nunca sus efectos a los

⁴⁹ibíd., 244.

del formalismo ad probationem, porque el derecho probatorio es de orden público⁵⁰. Así, si partes voluntariamente requieren escritura pública para el perfeccionamiento de un contrato, este no existirá mientras esta no se otorgue. Pero si la escritura solo se busca como prueba del contrato, éste es válido; y obliga aún antes, no sólo al cumplimiento, sino al otorgamiento de la escritura⁵¹.

2.1.4.2. Formalidades habilitantes

Las formalidades habilitantes son aquellos requisitos externos que se exigen no por la naturaleza del acto, sino en consideración a las personas que intervienen en su formación, para proteger y salvaguardar los intereses de los incapaces. Como ejemplo de este tipo de formalidades se puede citar el requisito de venta en pública subasta de los bienes de los menores de edad, a que se refiere nuestro Código Civil en su artículo 267.

Las formalidades habilitantes son requisitos externos al acto pero cuya finalidad es suplir la voluntad de los incapaces, por lo tanto las formalidades habilitantes tienen por finalidad proteger a los incapaces, esto quiere decir que estos requisitos externos, al contrario de los solemnes propiamente tal, son dirigidos en cuanto al estado de la parte celebradora con una capitis deminutio y por lo tanto, el padre o madre o ambos, administras los bienes de su hijos menores, porque tienen un derecho de goce sobre ellos, pero no pueden enajenar las raíces de sus hijos, a menos que cuenten con autorización judicial, por causa evidente. Esta autorización judicial es una formalidad habilitante. Toda participación de un representante en virtud de una persona incapaz, constituye una solemnidad habilitante. La sanción aparejada al incumplimiento de una solemnidad habilitante es la nulidad

⁵⁰ibíd., 240-241.

⁵¹Solar, *Explicaciones de Derecho*, 112 (véase cap. 2, n.32)

relativa, pero respecto de los absolutamente incapaces es la nulidad absoluta.⁵²

2.1.4.3. Formalidades ad probationem.

Al igual que el anterior formalismo, éste también señala formas a que la expresión debe amoldarse. Este tipo de formalismo no incide en la formación o perfeccionamiento del acto jurídico, sino que solamente en la manera de acreditarlos judicialmente. Ospina define el acto formal ad probationem como "*aquel en que la omisión de la forma jurídica solamente repercute sobre la prueba del acto*"⁵³. O sea que no afecta existencia, sino capacidad de probarlo judicialmente.

En otras palabras se debe decir que este tipo de formalismo produce la ineficacia del acto frente a terceros o la privación del medio de prueba del mismo. Ejemplo de este tipo de formalismo es la necesidad de consignar por escrito los actos de los cuales deriven obligaciones cuyo valor exceda los doscientos colones, artículo 1580 CC.⁵⁴

Como se ha establecido, el artículo 1316 del Código Civil Salvadoreño no hace ninguna referencia al presente requisito, pero no por ello se puede decir que este no constituye un requisito de existencia de determinados actos

⁵²Renato Pezoa Huerta. *Teoría del acto jurídico, formalidades de los actos solemnes*, <http://elactojuridico.blogspot.com/2009/04/las-solemnidades-de-los-actos-solemnes.html>

⁵³Fernández y Acosta, *Teoría general*, 237 (véase cap. 2, n.42)

⁵⁴Art. 1580. Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos colones. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma.

No se incluirán en esta suma los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida.

jurídicos. Como se vio, este requisito no es de aplicación general a todo acto jurídico, sino que constituye una manera especial de manifestar el consentimiento, en determinados casos que la ley así lo requiere, para reconocerle existencia al acto de que se trata. Así, en los casos que la ley manda que el consentimiento se revista de formalidades externas para que el contrato pueda perfeccionarse y producir las obligaciones requeridas por las partes, si éstas no se cumplen, el contrato no produce efecto alguno. Estamos pues en presencia de las llamadas solemnidades propiamente dichas, las cuales se dividen en legales y voluntarias, según que la formalidad se exigida por la ley o haya sido pactada por las partes.⁵⁵

2.2. Elementos de validez

La diferencia entre los elementos de validez y los elementos de existencia, consiste en la sanción que el derecho les aplica cuando estos no se cumplen, mientras que para los elementos de validez la sanción consiste en una nulidad ya sea relativa o absoluta, mientras que, para la ausencia de algún elemento de existencia implica la inexistencia del contrato; como es lógico deducir los efectos jurídicos de la sanción correspondiente (nulidad relativa o anulabilidad, nulidad absoluta, o inexistencia) son muy distintos.

Se vio que en el caso de la inexistencia, el acto jurídico en general, y del contrato en particular, no producen efecto jurídico alguno entre las partes ni frente a terceros, es la nada jurídica; frente a eso la nulidad relativa, efecto de no cumplirse con los elementos de validez (excepción hecha del objeto, motivo o fin ilícito, el cual puede producir la nulidad absoluta o relativa), tiene como características principales: la primera siempre permite que el acto

⁵⁵Fernández y Acosta, *Teoría general*, 237.

produzca provisionalmente sus efectos; y la segunda es susceptible de ser convalidada y de prescribir.

La nulidad absoluta es la consecuencia de tener como objeto, motivo o fin del contrato un hecho ilícito, está a diferencia de la nulidad relativa no es susceptible de ser convalidada, ni de prescribir; pero a diferencia de la inexistencia, el contrato existe, y mientras no sea pronunciada la nulidad por el órgano jurisdiccional respectivo, produce sus efectos jurídicos provisionalmente.⁵⁶

2.2.1. La capacidad

Al atender al primer elemento de validez, la capacidad debe entenderse, como explica Borja Soriano, como aquella “actitud para ser sujeto de derecho y hacerlo valer. Hay, pues, dos especies de capacidad o más bien dos grados en la capacidad: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio”.⁵⁷

Además, de esto, ha sido definida como “la aptitud que se tiene, en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o sujeto pasivo de las mismas. Como se ve esta capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos, o relativa cuando consiente realizar algunos de ellos y no otros.”⁵⁸

El Numeral 1 del artículo 1316 dice que para que una persona se obligue a otra por un acto o decisión de voluntad es necesario que sea legalmente capaz.

⁵⁶Víctor Amaury Simental Franco, *enfoque actual de la teoría general del contrato*, (México: UNAM), 104.

⁵⁷Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, (México, Porrúa, 1984), 240

⁵⁸ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. (Argentina: Heliasta S.R.L. Viamonte 1730-Pisoº), 103.

El mismo artículo en el inciso segundo dice que la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra, la cual viene a ser la definición legal de capacidad.

La misma ley nos establece quienes son capaces, de lo cual dice el artículo 1317 que: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”.⁵⁹

Es así que la Ley presume que todo sujeto por ser “persona” es capaz. La incapacidad no se presume, debe existir texto expreso que declara.

Toda persona por el hecho de ser tal es titular de derechos, la ley le reconoce personalidad que consiste en ser sujeto de derechos, y así lo dice Somarriva en su Libro Curso de Derecho Civil⁶⁰

De la definición legal de capacidad que da, el artículo 1316 C. en su segundo inciso, se puede afirmar que existe un tipo de capacidad que es la de ejercicio pero además de esta se conoce otra que es la denominada capacidad de goce.

Sobre esto Para mayor precisión resulta pertinente destacar, al respecto, la observación del maestro Jorge Magallón Ibarra, quien considera que: La

⁵⁹ A esto el Art.1318 CC nos hace mención de quienes se consideran incapaces el cual reza: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos que no puedan darse a entender de manera indudable.

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos y las personas jurídicas; pero la incapacidad de los primeros no es absoluta, pues sus actos pueden tener valor en los casos determinados por la ley. En cuanto a las personas jurídicas se consideran absolutamente incapaces, en el sentido de que sus actos no tendrán valor alguno si fuesen ejecutados en contravención a las reglas adoptadas para el gobierno de las mismas.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

⁶⁰ Alessandri Somarriva, *Curso de Derecho Civil, Parte General*. (Chile: Nacimiento, 1971), 473.

capacidad es un vocablo jurídico que paradójicamente está ampliamente reglamentada, tanto en el derecho civil de fondo como en el procesal, para la determinación de esta limitación, cuando decimos disfrute, estamos haciendo referencia al aspecto genérico de la capacidad, esto es, su goce.

Cuando se habla del cumplimiento de derechos y obligaciones, se está ante la capacidad de ejercicio. Luego entonces en el doble ángulo del goce y el ejercicio se manifiesta plenamente este atributo. Desde el punto de vista de su goce, este no tiene obstáculos; en cambio en el perfil de su ejercicio vamos a encontrar numerosos requisitos que determinan la posibilidad de que esta entre en funciones.⁶¹

2.2.1.1. Capacidad de goce

La capacidad de goce no es más que la aptitud para adquirir derechos, esta es la regla general, pues toda persona es apta para adquirir derechos y obligaciones, es decir es un sujeto de derechos y obligaciones.

La capacidad de goce comienza con el nacimiento de una persona, así lo determina el artículo 75 CC. Hay casos en los cuales el goce de ciertos derechos se adquieren hasta llegar a una determinada edad, por ejemplo el Art. 1002 CC. En lo referente al testamento y el Art.12CF. En cuanto al matrimonio. Esta capacidad termina con la muerte de la persona independientemente que sea la muerte real o presunta Arts.77 y 79CC.

La “capacidad jurídica” o de “derecho” como la llama Valencia Zea “se refiere simplemente a la posibilidad de que determinado derecho se radique en cabeza de una persona. En cuanto se refiere a los derechos civiles de orden

⁶¹Jorge Magallón Ibarra, *Instituciones de derecho civil*, vol. II (México: Porrúa, 2000), 32.

patrimonial (derechos reales, créditos, derechos inmateriales y hereditarios) toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene capacidad jurídica”.⁶²

2.2.1.2. Capacidad de ejercicio

Es la facultad que tiene una persona de ejercer sus derechos y contraer obligaciones por sí.

El Art. 1317 CC. Plantea que: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”. Lo anterior implica que la regla general es de que, toda persona tiene capacidad inherente a sí misma, es decir por el hecho de existir como tal. Es la ley, quien por excepción establece las incapacidades, que como se vio pueden ser absolutas o relativas, debido a la concurrencia de ciertos factores o supuestos.

La anterior concepción es sumamente relevante, toda vez que se debe comprender que la capacidad de ejercicio es la concepción total para entender quiénes pueden celebrar un acto jurídico plenamente eficaz, y es la que debe centrar la atención al momento de analizar qué personas se encuentran habilitadas para realizar determinados actos jurídicos.⁶³

2.2.2. El consentimiento libre de vicios

El consentimiento es el acuerdo de voluntades de dos o más personas con un objeto lícito, destinado a producir efectos jurídicos. Consecuentemente, el artículo 1316 CC, establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Ord. 2º Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios.

⁶²Valencia Zea, *Derecho Civil, I Parte General y Personas*. 11º edición. (Colombia: Temis, 1984), 418.

⁶³Ibarra, *Instituciones de derecho*, 36 (véase cap.2, n. 61)

A fin de que un acto jurídico sea válido jurídicamente, no basta que exista consentimiento de ambas partes en el mismo, sino que además es necesario que este consentimiento no esté viciado. El consentimiento puede adolecer de alguno de los vicios de los que nuestro Código Civil regula en los artículos 1322 y siguientes, los cuales son *el error, la fuerza y el dolo*. La presencia de cualquiera de ellos vicia el consentimiento, porque este ya no se manifiesta de manera espontánea o libre.

2.2.2.1. El Error

Éste consiste en la creencia equivocada o inexacta de las cosas que sirve para que la persona que cae en el error presuponga la realización de un acto jurídico, es decir, un hecho humano que es voluntario y lícito con la finalidad establecer relaciones jurídicas, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones para los contratantes.

Este tipo de acto jurídico es libre, como puede ser la celebración de un contrato, a diferencia del acto jurídico debido, que se realizan para cumplir un deber, como puede ser el pago de una deuda.⁶⁴ A diferencia de los vicios del consentimiento que se verán con posterioridad, en ellos se percibe algún acto ilícito como la amenaza, la violencia o la coacción y el engaño, sin embargo cuando el consentimiento está viciado por el error no es posible encontrar ninguna ilicitud.⁶⁵

El Error es una falsa apreciación sobre una cosa o persona, no supone la ignorancia del sujeto sino una voluntad desviada de la realidad, no presupone mala fe. Es un estado psicológico apartado de la realidad.

⁶⁴Luis Díez Picazo, Y Antonio Guillón, *Instituciones de Derecho Civil Patrimonial*, T.I, (España: Tecnos, 1998), 121.

⁶⁵ Luis Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T.I, (España: Civitas, 2007, 208.

El error consiste en creer, que una cosa está constituida de ciertos elementos, pero en la realidad lo está por otros totalmente diferentes. La ignorancia consiste en no tener noción de tal cosa; pero para el Derecho tal distinción no existe, son equivalentes: tanto yerra el que se equivoca, como el que ignora, porque el error proviene de la ignorancia. Ignorantia era para los romanos el vicio que consistía en el falso concepto de la realidad.⁶⁶ El cual tiene la clasificación siguiente.

2.2.2.1.1. Error de Derecho

El artículo 1323 de nuestro Código Civil hace referencia sobre este tipo de error el cual dice que “El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”.

Un ejemplo claro de este tipo de error es el que da la doctrina cuando menciona que si una persona negocia con un menor de edad aun a sabiendas que este no tiene la capacidad para contratar comete error de Derecho.⁶⁷

Al seguir los postulados del Código Francés, esta clase de error si vicia el consentimiento. Tal aserto está basado en que, el error de hecho, invalida todo acto jurídico, porque el interesado no prestaría su consentimiento de no incurrir en él, lo mismo puede argüirse del error de derecho, ya que quien consiente basado en la ignorancia o en un falso concepto de una norma jurídica, es posible que evitaría hacerlo si lo conociera a plenitud.

La legislación Salvadoreña, por el contrario, y siguiendo la línea del derecho romano y español, no acepta lo anterior. De ello da fé el artículo citado en el párrafo anterior.

⁶⁶Fernández y Acosta, *Teoría general*, 187 (véase cap. 2, n.42).

⁶⁷ibíd.

Las razones de todo ello, están basadas en el hecho de que no habría seguridad en el aspecto social y comercial. El artículo 8 del Código Civil salvadoreño lo dice claramente: "No podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona". Argumentar que se ignora la ley, no es excusa para no cumplirla, porque se presume que es conocida de todos, por lo tanto nadie puede alegar la nulidad de un acto cumplido bajo la potestad de un error acerca de ella. De ello nació el aforismo romano "juris error nocet".⁶⁸

Alessandri Somarriva, aludiendo al artículo 1323 C. dice, "que tal regla es absoluta cuando la persona que yerra pretende liberarse de la obligación, es decir, cuando la víctima del error pretende lucrar o beneficiarse con este error, tratando de eludir el cumplimiento de la obligación contraída por ella; pero, si al hacerlo no lo invoca para ese propósito, sino para evitar un perjuicio mayor, entonces la ley lo considera y admite que el consentimiento así producido adolezca de vicio."⁶⁹

El Código Civil Salvadoreño en su artículo 2,048 dice que: "Se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía fundamento ni aun una obligación natural". De la misma forma estatuye el artículo 2,050 cuando afirma que: "Del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho".⁷⁰

2.2.2.1.2. Error de hecho

El artículo 1324 de nuestro Código civil se refiere a este tipo de error cuando menciona que: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las

⁶⁸El error de Derecho no perjudica.

⁶⁹Somarriva, *Curso de Derecho*, 111 (véase cap.2, n.60)

⁷⁰ibíd.

partes entendiéndose empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa especificada de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiéndose vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiéndose comprar otra".

Así, también, los artículos 1325⁷¹ y 1326⁷² del mismo cuerpo normativo hacen referencia al error el primero refiriéndose al error en la calidad del objeto y el segundo al error en la persona.

Según el Autor Pérez Fernández este error se da "cuando recae sobre la naturaleza y características del objeto material del contrato."⁷³

2.2.2.2. La Fuerza

Este vicio del consentimiento se encuentra regulado en nuestro Código Civil, en los artículos 1327⁷⁴ y 1328⁷⁵.

G. Ospina da un concepto de la fuerza, y dice: "Por fuerza o violencia se entiende toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico. Dicha presión

⁷¹ Art.1325 CC. "El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

⁷² El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato.

⁷³, Bernardo Pérez Fernández Del Castillo, *contratos civiles*, 32.

⁷⁴Artículo 1327 CC:" La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

⁷⁵Artículo 1328 CC: "Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento".

produce generalmente en la víctima un sentimiento de miedo o temor que la coloca, si así se puede decir, en un estado de necesidad, o que le resta libertad de decisión requerida por la ley para cualquier manifestación de la voluntad privada".⁷⁶

Alessandri Somarriva la define así: "Fuerza es la presión que se ejerce sobre una persona por actos materiales o amenazas para inducirla a consentir".⁷⁷La fuerza puede ser física y puede ser moral. Es física cuando hay coacción material, como cuando se castiga por medio de azotes, tortura, secuestro, etc.

La fuerza moral es cuando hay amenazas que intimida a la persona víctima, creándole en su conciencia una resolución de consentir en el acto jurídico para librarse del mal que pende sobre ella. Estas amenazas son de todo tipo, tales como: El secuestro de un ser querido, causarle la muerte, etc.

Aquí cabe una aclaración, y es que debe ser una relación causal y no ocasional entre la amenaza y el consentimiento y además, tal fuerza está referida a la composición de la celebración de un acto o negocio jurídico.

Existen Requisitos para que la fuerza vicie el consentimiento dentro de estos se tiene que la fuerza debe de ser grave, injusta y determinante, siempre y cuando cumpla con estos requisitos se considerara viciado el consentimiento.⁷⁸

2.2.2.3. El Dolo

El dolo está compuesto por dos elementos esenciales como son: voluntad y el conocimiento, unidos son suficientes para viciar el consentimiento.

⁷⁶Fernández y Acosta, *Teoría general*, 220 (véase cap. 2, n.42).

⁷⁷Somarriva, *Curso de Derecho*, 112 (véase cap.2, n.60)

⁷⁸Jorge Ortega Torres, *Código Civil con otras concordancias*, 3° Ed Actualizada, (Colombia: Temis, 1955), 110

Este vicio del consentimiento se encuentra regulado en nuestro código civil en los artículos 1329⁷⁹ y 1330⁸⁰.

El primer artículo hace referencia a que para que el dolo vicie el consentimiento es necesario que concurren dos condiciones: a) Que sea obra de una de las partes y b) Que sea determinante del contrato.

La primera condición hace diferenciar al dolo de la fuerza, ya que la segunda puede ejercerla una de las partes contratantes o un tercero. Pero no por ello debe llegarse a la equivocación de considerar que el dolo, a pesar de ejercerlo un tercero no vicia el consentimiento. Esto es posible cuando dicho tercero haga las veces de cómplice del principal contratante.

La segunda condición se refiere a la inducción que padece la víctima a celebrar el acto o contrato, que de no terciar el artificio doloso, no se hubiera llevado a efecto. Esto quiere decir que la víctima, da su consentimiento basado en un engaño, que por supuesto desconoce. Lo anterior constituye un vicio que produce la invalidez del acto y la correspondiente obligatoriedad de indemnizar a la víctima por los daños y perjuicios causados a la misma.

La segunda parte del artículo mencionado dice: "Que en los demás casos el dolo da lugar a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta la concurrencia del provecho que han reportado del dolo".

⁷⁹Art.1329 CC. "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo".

⁸⁰Art. 1330 CC. "El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.

Estos demás casos están referidos al dolo que no es un vicio del consentimiento, es decir, el dolo llevado a cabo por terceros sin connivencia con el principal.

Al respecto Ospina argumenta que: "Todo acto y toda omisión, cumplidos con la intención de inferir injuria o daño, constituyen delitos civiles que se traducen en la obligación de indemnizar de los perjuicios inferidos.⁸¹ Esta indemnización debe ser cumplida por los que han fraguado el dolo y por los que se han aprovechado del mismo. Las primeras responderán por el total del daño, y las segundas por el provecho alcanzado por ellas a consecuencias de la práctica dolosa.

Algunos autores hablan del concepto "dolus bonus" como aquel que se considera que no todo engaño se da por algún acto ilícito, a pesar de que la raíz del dolo sea el engaño nacido de un acto con éste requisito⁸². El llamado "dolus bonus" consiste en exagerar afirmaciones que literalmente son algo engañosas pero tienen un margen de engaño tolerado por los usos y la moral. Este tipo de dolo suele utilizarse mayormente en publicidad.⁸³

La doctrina hace una clasificación de dolo: en bueno y malo. El primero consiste en las exageraciones evidentes que a modo de propaganda o reclamo se efectúan para la recomendación de algún objeto o de los servicios de alguna persona, ponderación excesiva que no entraña engaño alguno. De acuerdo con los romanos, el error relevante susceptible de viciar la voluntad e impedir la producción de los efectos de un negocio podía haber sido provocado por una persona distinta al autor del acto, mediante argucias o artimañas encaminadas a engañar al declarante, denominadas

⁸¹Fernández y Acosta, *Teoría general*, 216 (véase cap. 2, n.42).

⁸²Picazo, *Fundamentos de Derecho*, 173 (véase cap.2, n.65)

⁸³ Josep Llobetl Aguado, *El deber de información en la formación de los contratos*, (España: Marcial Pons, 1996), 130.

genéricamente dolo malo, y por otro lado divide al dolo en: principal e incidental.

El dolo principal es el que recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes, es decir, cuando los induce a celebrar un contrato que de otra manera no hubieran celebrado, y engendra un error vicio o error nulidad, y el dolo incidental recae sobre otros aspectos o circunstancias que hacen a un contratante celebrar el contrato sólo en condiciones menos favorables o más onerosas, como en el caso del error indiferente⁸⁴.

2.2.3. El objeto como elemento de validez del contrato

El objeto del contrato como elemento de validez debe ser idóneo. El concepto de idoneidad es paralelo al de capacidad. Esta es aptitud del sujeto; aquélla, aptitud del objeto. Las calidades que determinan la idoneidad de un objeto y que son exigidos por ordenamiento salvadoreño son: existencia, posibilidad, determinación y licitud.⁸⁵

2.2.3.1. Existencia del objeto

La regla general es que el objeto del contrato debe existir en la naturaleza en el momento de la conclusión del contrato, sin embargo, el art. 1332 inc. 1 c.c. establece que: *“No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.”*

⁸⁴Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones civiles*, (México: Oxford, 1999), 173

⁸⁵ Fernando J. López De Zavala, *teoría de los contratos, Tomo 1 Parte General*, 4° ed. (Argentina: 1997), 236

El principio es que la cosa debe existir al celebrarse el contrato, pues si ella no existe o dejó de existir, el contrato será nulo, Pero, las 'cosas futuras' son aquellas que si bien no existen aún, es previsible que existan posteriormente. Los contratos sobre 'cosas futuras' son permitidos y de uso muy frecuente. Ejemplo: a fin del 1999, un librero le compra a Editorial Estudio 500 ejemplares del Código que se va a editar en el 2000; voy a una fábrica y compro 500 pantalones, pero como no tienen stock, me dicen que cuando los hagan me los entregan; le compro a un productor lo que va a cosechar.

2.2.3.2. La determinación del objeto

Ahora bien, no es suficiente que el objeto exista, si no, que este además sea determinado o determinable, tanto así que el Art. 1332 inc. 1 c.c., establece como requisito del objeto del contrato: que sean comerciables y que estén determinadas La noción de comercio debe entenderse en su acepción, es decir que la cosa debe tener una naturaleza patrimonial o bien un valor económico.⁸⁶

Gutiérrez y González brillantemente define la comerciabilidad: “resulta ser (la comerciabilidad) entonces, la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedírseles ni la naturaleza ni la ley”.

2.2.3.3. La posibilidad del objeto

El Art. 1332 inc. 2 establece que: *Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible*, de la misma forma el Inc. 3 establece que: *Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.*

⁸⁶Dávila, *Introducción al derecho*, 88 (véase cap.2, n.40)

De las anteriores disposiciones, se denota que es necesario que el objeto del contrato debe ser posible (*impossibilium nulla obligatio*) física y jurídicamente. Nadie puede contratar y obligarse a dar o hacer algo que sea imposible físicamente, las prestaciones de hecho imposibles físicamente, no pueden integrar el objeto de la obligación.⁸⁷ (ej.: tocar el cielo con las manos) o imposible jurídicamente (ej. hipotecar un auto, preñar un inmueble). También hay imposibilidad jurídica si se enajena una cosa que está fuera del comercio (Aclaremos, que las cosas 'fuera del comercio' no pueden ser enajenadas, pero sí pueden ser dadas en locación, arrendamiento o concesión).

2.2.3.4. El objeto debe ser lícito

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario según el Art. 1316.-Ord. 3º c.c. Que recaiga sobre un objeto lícito; y en base al Art. 1333 c.c., *Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público salvadoreño.*

La licitud es su condición de comercialidad o apropiabilidad, pues no pueden ser objeto de contratos las cosas fuera del comercio o las cosas comunes o que no pueden formar parte del patrimonio de una persona. En cuanto a los servicios, no pueden ser contrarios a lo permitido por la ley, las buenas costumbres y la moral.⁸⁸

2.2.4. La causa lícita

Se comentó anteriormente que la causa que se acepta por el ordenamiento jurídico salvadoreño es la causa final; que es considerada un fin intrínseco y

⁸⁷Ibíd., 88

⁸⁸Rodríguez, *Derecho de contrato*, 86(véase cap.2, n.36)

abstracto y que es idéntico en cada categoría o grupo de contratos. Pero con relación a la causa lícita como elemento de validez del contrato, según el artículo 1338 inciso 2 de nuestro código civil “debe ser aquella que no esté prohibida por la ley, o sea contraria a las buenas costumbre o al orden público.”

Es así que, es la propia ley la que se encarga de establecer que la causa es ilícita cuando es prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público, La causa puede ser ilícita cuando la contraprestación lo es; en este caso la ilicitud de la causa viene a ser un reflejo del objeto. La causa también puede ser ilícita si la prestación es contraria a las buenas costumbres. Por lo tanto, la contraprestación ilícita determina la ilicitud de la causa. Pero también la causa puede ser ilícita a pesar de que el objeto sea lícito. Habrá también causa ilícita cuando una de las partes prometiére dar algo a la otra porque cumpla con el deber que le impone de antemano la ley o la moral.

Teóricamente consiste en contravención a la ley, orden público o buenas costumbres ya sea por las obligaciones de una de las partes en los contratos bilaterales o por la prestación que sirve para perfeccionar los reales. Así, en la obligación de pagar dinero por cometer un delito hay causa ilícita.⁸⁹

La teoría clásica recurre a la causa impulsiva para explicar la causa ilícita. Se habla de causa de la obligación y causa del contrato para darle vida a la causa ilícita, porque el objeto es insuficiente por sí mismo para botar el contrato. Hay causa ilícita en función del acto o contrato, pero no en función de la obligación. Así a veces, aunque el objeto sea lícito, el fin del contrato es ilícito y el acto jurídico debe estudiarse en totalidad, por lo tanto no sólo debe

⁸⁹Fernández y Acosta, *Teoría general*, 633 (véase cap. 2, n.42).

ser lícito el objeto, sino también el fin que las partes se proponen. Por ello es importante estudiar la causa ilícita, porque a veces sólo con el objeto no se puede botar el contrato. Los clásicos son criticados al tener que recurrir a la causa impulsiva para explicar la ilícita, ya que por medio de la causa final no puede haber ni explicarse la causa ilícita. Así se dice que cuando el motivo o propósito que persiguen las partes al contratar es prohibido por la ley; o es contrario a la moral, buenas costumbres u orden público, estamos en presencia de una causa ilícita.

3. Elementos comunes y propios de los contratos

Los elementos son ciertos requisitos de los contratos. La doctrina los divide en tres clases o categorías: Elementos esenciales, Elementos naturales y Elementos accidentales. De la misma forma los reconoce la legislación salvadoreña actual en el Art. 1314 inc. 2 c.c. cuando menciona que se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales.⁹⁰

Según el Profesor JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA⁹¹ Aludir a los elementos de los contratos es distinguir entre requisitos comunes a todos los contratos y requisitos propios de cada contrato específico.

Los requisitos propios de cada contrato, se clasifican en esenciales, naturales o accidentales, Por ejemplo, en el contrato de compraventa son requisitos esenciales la cosa y el precio; son requisitos naturales las

⁹⁰ Art.1315 CC. "Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

⁹¹Jorge López Santa María, *los contratos, parte general*, (Chile: Ed. jurídica de chile, 1986), 6.

obligaciones del vendedor de sanear la evicción y sanear los vicios ocultos de la cosa; son accidentales, un plazo convenido para el pago del precio o un pacto comisorio o una cláusula penal.

3.1. Elementos esenciales

Son aquéllos que necesariamente deben existir para que haya contrato. No pueden faltar. Si falta alguno de ellos el contrato es inexistente o no tiene valor y como consecuencia no produce efectos o degenera en otro contrato diferente.

Por ejemplo, en la compraventa revisten este carácter la cosa vendida y el precio; en el arrendamiento, la cosa alquilada y el precio del alquiler; etc. En el anterior ejemplo si falta un elemento del contrato de compraventa como lo es el precio; este contrato se degeneraría en una donación.

3.2. Elementos naturales

Son los que acompañan normalmente al contrato, como derivados de su índole peculiar y se sobreentienden o presumen por la ley, pero pueden ser excluidos por la voluntad de las partes.⁹²

Son aquéllos que naturalmente se encuentran en un contrato y forman parte de él por imperio de la ley, no siendo esenciales en él, se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial. Son por ejemplo, el pacto comisorio en los contratos bilaterales, la garantía de evicción y de vicios redhibitorios en los contratos a título oneroso.

⁹²María José Núñez Tomas, *derecho de las obligaciones y contratos*, (España: bosch casa editorial s.a., 1994).

Según el Doctor Adolfo Oscar Miranda los elementos naturales son aquellos que “no son indispensables estipularlos o mencionarlos, pues por mandato de la ley se entienden incorporados en el negocio jurídico, por ejemplo es de la naturaleza del contrato de compraventa la obligación del vendedor de sanear la cosa vendida, que comprende la evicción y responder de los efectos ocultos de la misma.⁹³

3.3. Elementos accidentales

Son elementos que normalmente no corresponden a un contrato, pero que las partes voluntariamente pueden incorporar por medio de una cláusula expresa. La diferencia con los anteriores es clara. Mientras los elementos naturales están en el contrato y las partes pueden dejarlos de lado; los accidentales no están en el contrato, pero las partes pueden incorporarlos. Al depender de la voluntad del sujeto o de las partes que intervienen en el negocio, los elementos accidentales que se incorporen al mismo pueden ser muy variados. Ellos no son necesarios para la configuración y validez del acto, pero una vez incorporados al negocio son de obligatorio cumplimiento⁹⁴. Ej. La *condición*, el *término* y la *carga modal*.⁹⁵

4. Características de los contratos

Estos son caracteres que pertenecen a cada uno de los contratos, cada uno de estos poseen sus propias características, ya que no todas pueden estar

⁹³ Miranda, *Apuntes*, 27 (véase cap.2, n.31)

⁹⁴Diez -Picazo y Gullón consideran que incluso puede afirmarse que los elementos accidentales vienen a ser, por voluntad de las partes, requisitos de la eficacia negocial, pues los efectos del negocio quedan, en cierto modo, afectados por ellos. No cabría entonces considerarlos, como ha pretendido un sector de la doctrina, "determinaciones accesorias de la voluntad", pues ellos inciden en la voluntad que lleva a querer o no querer los efectos del negocio, pudiendo considerarse ésta denominación como acertada sólo en algunos casos. *Vid.* DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., 550-551. (véase cap.2, n.64)

⁹⁵ Rodríguez, *Derecho de contrato*, 90(véase cap.2, n.36)

en un solo contrato a continuación se presentaran las características de los contratos en general.

Según el autor Arturo Alessandri Rodríguez,⁹⁶ las características de los contratos son:

La bilateralidad: Cuando en las partes que contratan se crean obligaciones recíprocas, es decir, a cargo de ambas partes, La bilateralidad equivale pues al sinalagmático: cada parte en el contrato es a la vez acreedora y deudora de la otra (por ejemplo la compraventa). La característica fundamental es la correlación, la interdependencia de las obligaciones en el contrato. La obligación de la parte es la causa de la obligación de la contraparte. El concepto se centraría en la existencia de una o dos partes obligadas, pero debe destacarse que no basta que en el contrato bilateral cada una de las partes resulte obligada con una prestación, o sea que existan obligaciones contrapuestas, sino que entre en ambas debe existir un vínculo de reciprocidad, de interdependencia, por lo que cada Parte no está Obligada a su prestación sin que sea debida la prestación de la otra; una resulta presupuesto de la otra.⁹⁷

La unilateralidad: Cuando al celebrar el contrato solo se crean obligaciones para una de las partes, La unilateralidad nace del contrato y no por los efectos jurídicos que se produzcan con posterioridad, en estos hay una sola declaración de voluntad que se obliga o compromete con total independencia de la otra parte. Esto ocurre por ejemplo cuando el testador manifiesta su voluntad de lo que quiere que ocurra a su muerte con sus bienes.

⁹⁶Ibíd., 38

⁹⁷Francesco Messineo, *Manual De Derecho Civil Y Comercial*, T. IV, (Milán: 1954), 473.

La gratuidad: Cuando en el contrato celebrado solo una de las partes obtiene utilidad al contratar. Es el caso por ejemplo del contrato de donación; por virtud de este contrato, el donante transmite gratuitamente parte o la totalidad de sus bienes presentes.

La onerosidad: Cuando ambas partes tiene utilidad al contratar, se grava el beneficio que le contrato le reporta con una obligación a favor de la otra parte, la que a su vez también adquiere una obligación a favor de la primera. Es cada parte ha de obtener alguna ventaja o compensación procedente o a cargo de la otra, o cuando alguna de las partes recibe alguna cosa de la otra ya sea bajo la forma de una dación inmediata o de una promesa para el futuro.

La conmutatividad: Cuando las prestaciones son equivalentes entre las partes, aquellos casos en los que en el momento de su celebración se conocen las ventajas o pérdidas económicas que tendrán las partes contratantes, Así sucede en la permuta, en la compraventa y en tantos otros contratos en los que las prestaciones suelen ser de tracto único y generalmente realizadas de presente.

La principalidad: Cuando no necesita de otra obligación para existir, esta característica se da aquellos contratos que existen por sí mismos, no depende de otro que le precede y por lo tanto tiene vida propia.⁹⁸

La accesoriedad: Cuando necesita de una obligación preexistente para existir, es decir no pueden darse por sí mismos, sino más bien necesitan de otra obligación para darse, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir en ella.

⁹⁸Javier Rodríguez Velarde. *Clasificación de los contratos*,
http://www.rodriuezvelarde.com.pe/pdf/libro1_parte1_cap3.pdf

Reales: Cuando para validar el contrato se necesita del consentimiento de las partes, pero además la entrega de la cosa, se requiere esto para que se pueda dar por entendida su perfección, es decir, “son los que se perfeccionan con la entrega de la cosa”. Dentro de un contrato real es esencial que se cumplan dos requisitos, estos son: La Entrega de la cosa para nacer a la vida jurídica, un Acuerdo de las voluntades sobre la finalidad real de la entrega.

La solemnidad: Esta característica se da cuando es necesario para validar el contrato de hacer uso de solemnidades que la ley establece para celebrar el contrato, En estos contratos no se producen los efectos que le son inherentes mientras el consentimiento no se otorga en la forma prescrita por la ley.

Consensual: Cuando basta con el consentimiento de las partes para celebrar el contrato, sin necesidad de ninguna formalidad, En los contratos consensuales no se requiere de otra cosa más que de la voluntad de las partes para que el contrato exista y sea válido jurídicamente.

La tipicidad: Cuando el contrato a celebrar está regulado en algún cuerpo normativo, no basta con que sean mencionados incidentalmente en alguna ley, o para establecer alguna consecuencia jurídica, Sólo son contratos típicos aquellos cuyas características esenciales, nacimiento y ejecución, se encuentran regulados por la ley, aunque se trate de una regulación sucinta parcial, que haya de ser completada en gran medida con las normas generales sobre los contratos.⁹⁹

⁹⁹Es la característica de aquello que es típico, representativo o particular de algún tipo. El concepto suele utilizarse en el ámbito del derecho para nombrar a aquello que constituye un delito ya que se adecua a una figura que describe la ley.

La atipicidad: Cuando el contrato al que se hace referencia no se encuentra regulado en ningún cuerpo normativo, La existencia de los contratos atípicos o innominados nace del principio de la libertad contractual y no tiene más limitación que el cumplimiento de los requisitos generales de todo acto jurídico y en particular los relativos al objeto lícito y a la causa lícita. Cuando las partes no han previsto en el contrato innominado una determinada situación y debe recurrirse a las disposiciones supletorias de la ley, han de aplicarse las normas del contrato típico más parecido.

CAPITULO III.

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

Para que un acuerdo entre dos partes genere obligaciones amparables por el derecho, configurando, entonces, lo que se denomina un contrato, debe, en primer lugar, emanar de la libre voluntad de las partes y cumplir con los elementos del contrato: entonces, no parece haber objeción para que un contrato de maternidad subrogada sea considerado como un verdadero contrato. Hasta aquí, entonces, no parece haber objeción para que un contrato de maternidad subrogada sea toma como un verdadero contrato en los términos definidos.

Dentro de un sistema jurídico que, como el salvadoreño, reconoce aunque no con carácter absoluto, la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público.¹⁰⁰

Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico salvadoreño no se contempla, ni de manera prohibitiva la maternidad subrogada y tampoco existe doctrina abundante sobre este tema, por lo que, el desarrollo de la presente investigación se realizara en doctrina de países donde la maternidad subrogada ha cobrado mayor importancia por el excesivo número de casos de maternidad subrogada suscitados.

¹⁰⁰Gustavo Adolfo Marín Vélez, "El arrendamiento de vientre en Colombia", Opinión jurídica vol. 2, revista n. 3 (2010):79.

1. Definición de maternidad subrogada

Se comenzará por examinar las diferentes acepciones a la maternidad subrogada para poder estudiar en los capítulos siguientes la problemática que se desprende de este tema. Existen múltiples definiciones de Maternidad Subrogada, así podemos citar:

Según Jesús Gonzáles Merlo; “Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin cópula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”.¹⁰¹

Según el Informe Warnock; “Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”. (Reino Unido).¹⁰²

Situación jurídica por la cual una mujer dota del material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y pare al nuevo ser, con la intención de entregarlo.

La maternidad subrogada, no hay duda, es un proceso atípico, no sólo por llevarse a cabo en un recinto ajeno, sino también por estar alimentado el nuevo ser con sangre distinta a la de su genitora. A demás, puede incluir el aporte, venta o cesión del óvulo, lo cual compromete genéticamente a la mujer sustituta, dándole mayor complejidad social, ética y legal al asunto. En efecto, cuando no hay lazo genético es apenas un préstamo del medio

¹⁰¹Jesús Gonzáles Merlo “Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”, revista n. 3 (2005): 32.

¹⁰²*Según el Informe Warnock*; “Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.
<http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquilervientre-problemas/alquiler-ventre-problemas.shtml>.

ambiente y el hijo así nacido pertenece a los que aportan los genes, es decir, a los padres naturales.

Periodísticamente se ha hablado de “madres de alquiler”; se trata de ciertas agencias, rozando la ilegalidad, que actúan como intermediarias en ciertas parejas en que la mujer por diferentes razones no puede o no quiere quedar embarazada y recurre a una mujer que presta su útero para gestar el embarazo, dando el niño a los que van a ser padres legales, mediante una recompensa económica. El caso más famoso es el de Baby M.¹⁰³

En su acepción vulgar el vocablo “subrogar” significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Se puede hablar de una suerte de reemplazo de una persona o un objeto que cumplen una función y que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros.

La ciencia médica define a la maternidad como la “relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre”. A su vez, distingue como “maternidad gestacional” a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación.¹⁰⁴

La maternidad subrogada, portadora o de alquiler ha sido definida por el informe Warnock (Reino Unido) como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.

¹⁰³ 1º Jornada Nacional de Bioética y Derecho, Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000 Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad de Buenos Aires.

¹⁰⁴ Diccionario de Medicina, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra. España, Espasa Siglo XXI, 2000, Los facultativos de ese país aclaran que la maternidad Subrogada es incorrecta debido a la violencia que impone a la madre y a la cosificación del hijo, debido a que luego de la gestación y el establecimiento de vínculos de afecto, la madre debe entregar al hijo a la pareja contratante.

Según criterio propio; la maternidad subrogada es la Práctica reproductiva por la cual se sustituye a la madre genética, a efecto de que es otra mujer distinta quien gesta y pare al concebido.

2. Clases de gestación subrogada

La Maternidad Subrogada (o Gestación por Sustitución), o llamada Alquiler de Vientres, es un procedimiento médico de fertilización asistida. Es un tratamiento médico indicado para personas o parejas que sufren de infertilidad, y que no pueden gestar a su propio hijo. Se distinguen distintos tipos de Maternidad Subrogada. Según Cristiana Baffone, las formas de maternidad subrogada se pueden clasificar dependiendo de:¹⁰⁵

2.1. Dependiendo de quién aporta el ovulo y quien los espermatozoides tenemos:

Los tipos de maternidad subrogada a los que recurriremos tendrán vinculación directa con las "circunstancias" y "escenario de hecho" que circunden a la misma, sin pretender agotar el mismo. Conforme lo expuesto se afirma que dichas circunstancias o eventualidades hacen que las se clasifiquen, según la genética del bebé, la maternidad subrogada puede ser de dos tipos:

2.1.1. La Subrogación parcial o tradicional

Cuando la subrogada es la mujer gestante y biológica. El marido de la pareja solicitante aporta su semen.¹⁰⁶

¹⁰⁵ *ibíd.*

¹⁰⁶ La madre sustituta es inseminada con el espermatozoides del hombre de la pareja contratante, aportando sus propios óvulos. Aquí, la madre sustituta y el niño están relacionados genéticamente.

En este caso la mujer gestante, entendida como; la persona que alquila su útero y su óvulo para ser fecundado con el semen del esposo, de la mujer solicitante, la cual no poseerá ningún vínculo biológico con él bebe producto de la gestación, a diferencia de su pareja, el cual, será el padre biológico. Forma de maternidad que se llevara a cabo con más frecuencia cuando la mujer solicitante es, infértil o tuviere problemas que le impidieren ovular. El contrato implica que la madre sustituta renuncie a todos sus derechos de maternidad y admita la adopción por parte de la madre contratante.¹⁰⁷

2.1.2. La Subrogación total o gestacional

La madre subrogada alquila únicamente su vientre para la gestación¹⁰⁸. En este caso el material genético será aportado por la pareja solicitante, por lo que, el hombre aporta el semen y la mujer el óvulo para ser fecundado e introducido en el útero de la mujer subrogada, generándose un vínculo biológico directo con la pareja solicitante, teniendo la gestante solo la obligación de alquilar su útero.

“Ejemplo cuando una mujer que está casada no puede gestar en su propio útero, por ejemplo por no tenerlo o por alguna malformación que lo impida, pero sí cuenta con sus propios óvulos. Y por otro lado el marido tiene espermatozoides de buena calidad con lo cual pueden realizar una fecundación in vitro, e implantar el embrión en la hermana de la mujer en cuestión quien se ofrece voluntariamente como forma de ayudar a la pareja en esta dificultad. Este es el caso más frecuentemente loable, valorado y menos cuestionado de todos, ya que se trataría de un acuerdo por fines

¹⁰⁷ Ivonne Corti, *La maternidad por sustitución*. (Milán: Giuffré, 2000), 166.

¹⁰⁸ la madre sustituta es contratada exclusivamente para completar el desarrollo del embrión fecundado *in vitro* con gametos provenientes de la pareja contratante o de donantes, el cual le será transferido para que se lleve a término la gestación.

meramente altruistas por parte de la hermana en donde no media el dinero se trata de una pareja heterosexual y en una relación simétrica entre familiares.”¹⁰⁹

2.1.3. La maternidad compartida o Maternidad fragmentada

Existen dos madres sustitutas que se ocupan respectivamente de la gestación y de la aportación del material genético.

En este caso existe un hombre anónimo que dona el semen y una mujer solicitante a la que se le llama madre social, este caso sucede cuando una mujer, que no puede generar óvulos, acude a una mujer para que aporte el óvulo, el cual será fecundado el útero de una tercera mujer, generándose de esta forma la intervención de tres mujeres; la madre gestante, madre biológica y una madre social¹¹⁰.

2.2. De acuerdo al fin de la madre gestora tenemos:

Existen diferentes tipos de maternidad subrogada según el objetivo de la madre que aporta el vientre y el factor monetario de por medio. La maternidad subrogada también puede categorizarse según las finanzas de por medio en:

¹⁰⁹ Javier Martín Camacho, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, revista n.2 (2009): 45.

¹¹⁰ Es así, como la maternidad subrogada, crea nuevas figuras de maternidad, que según la doctrina ha clasificado, según, el grado de partición la mujer; de lo que podemos obtener las siguientes clasificaciones: 1) maternidad plena: engloba la relación biológica (genética y gestacional) de la mujer con el niño y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que son parte de la maternidad; 2) maternidad genética: se refiere a la donante que proporcionó los óvulos; 3) maternidad gestacional: es la relativa a la mujer que se encarga de la gestación de un embrión, a partir de un óvulo donado; 4) Maternidad legal: se refiere cuando la mujer asume frente al hijo los derecho y obligaciones inherentes a la maternidad, sin que exista entre ellos algún vínculo biológico.

2.2.1. Subrogación altruista

Cuando la madre gestora acepta llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita, por lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante. En este caso sólo lleva a buen término el embarazo, ya que no aporta material genético propio, sino que este es aportado por la pareja contratante. Existe una relación más estrecha entre los padres que aportan el material genético y la madre sustituta.

2.2.2. Subrogación por un precio

En países como Estados Unidos se permite que la pareja contrate a una madre gestora, que lleve a buen término el embarazo, y que lo efectúe a cambio de una contraprestación. En el contrato de arrendamiento de vientre, la madre gestora se obliga a prestar su útero a cambio de una prestación económica, prestación que será pactada entre las partes. La madre subrogada tiene un fin lucrativo, por lo que se ve reflejada la característica de la onerosidad de los contratos en esta clase de maternidad subrogada.¹¹¹

3. Definición de contrato de arrendamiento de vientre

En la maternidad subrogada, existe un acuerdo de voluntades de las partes intervinientes, las cuales pueden obligarse a una determinada prestación. Existen requisitos tanto de existencia y de validez de los contratos para ser considerados como tales; los cuales deberán de analizarse uno por uno para verificar su cumplimiento, tal como los establece el código civil salvadoreño.

Para realizar un análisis de la maternidad subrogada como contrato es necesario determinar qué clase de contrato es la maternidad subrogada.

¹¹¹ Adriana Hernández Ramírez y José Luis Santiago Figueroa, "Ley de Maternidad Subrogada del distrito Federal", revista n.2 (1985): 15

Para lo cual se comparte el planteamiento realizado por AGUILAR GOMEZ, quien lo considera como un contrato de arrendamiento de vientre al sostener que: *“El arrendamiento del vientre de la mujer, o maternidad subrogada, llamada así por la doctrina, consiste en el acuerdo al que llegan una pareja, interesados en procrear, y un tercero (que para el caso se requiere que tenga el aparato reproductor femenino) por medio del cual expresan su consentimiento encaminado a la gestación del ovulo ya fecundado en el vientre de esa mujer ajena a la relación de afinidad, y esta a su vez exige una remuneración por haber dado en arrendamiento su vientre durante los nueve meses que dura la gestación del feto, de ahí nacen las obligaciones reciprocas, para la pareja solicitante de pagar el precio, y para la mujer gestante, gestar y entregar al niño.”*¹¹²

4. Características

El contrato de arrendamiento de vientre obedece a las mismas características señaladas por la autora Claudia Gana Winter¹¹³, es decir, que el contrato de arrendamiento de vientre contiene su propio grupo de características, las cuales son.

4.1. Bilateral

Tanto la madre gestacional como la madre solicitante resultan obligadas de manera recíproca, la primera a la gestación y la entrega de la criatura, y la segunda al pago del precio acordado, sin perjuicio que el contrato asuma el carácter de gratuito; en esta modalidad sin bien no hay un precio es posible

¹¹² Emilio José Aguilar Gómez, *contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, una mirada de la norma Constitucional Colombiana*. (Colombia: Universidad Libre Sede Cartagena, 2010), 28.

¹¹³ Claudia Gana Winter, “La maternidad subrogada: ¿cabe sustitución?” *opinión Chilena de Derecho*, Vol. 25, revista n. 4 (2010): 851-866.

acordar el pago de los gastos incurridos durante el proceso gestacional. Su objeto reporta utilidades a ambos contratantes.

4.2. Oneroso

Ya que tiene la utilidad de ambas partes (aunque sea solo un beneficio económico). Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; la utilidad de los padres consiste en tener un hijo con su carga genética; y la utilidad de la portadora yace en la remuneración económica que esta recibe por haber dado su vientre.

4.3. No conmutativo

El alquiler del útero por parte de la madre gestante no se puede ver como equivalente al precio pagado por la pareja gestora, el precio es variable y no existe forma de determinarlo como equivalente al préstamo del útero. Esto a pesar de realizar esfuerzos y ajustar un precio por los servicios prestados¹¹⁴.

4.4. Principal

El contrato de arrendamiento de vientre existe solo sin necesidad de otro acuerdo, es decir, que tiene existencia y validez propia, sin depender para ello de otro contrato; la carga obligacional para las partes nace de la convención en este contrato, sin que dependa de otro para su existencia.

4.5. Innominado

El contrato de arrendamiento no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico salvadoreño, creando cierta incertidumbre jurídica a las personas que

¹¹⁴ El contrato no es posible verlo como conmutativo ya que las prestaciones no son equivalentes, entendiéndose esto como la falta de equivalencia por los valores que están en juego.

deseen utilizar esta práctica, los participantes lo celebran bajo su autonomía privada, por lo que cuando está legislado si se limita esta autonomía.

4.6. Consensual

El carácter consensual del contrato es fundamental para determinar si su celebración pertenece al ámbito de acción del derecho a procrear, en virtud de la voluntad pro creacional, o si éste constituye un grave atentado a la dignidad de la persona, afectando esta infracción tanto a la mujer que gesta como a la criatura producto de la gestación.

De tal modo, y conforme a la clasificación antes expuesta, parece interesante agregar aquella propuesta por Lacruz Berdejo, al identificar tres contratos distintos¹¹⁵ y que definirían los distintos tipos de relaciones jurídicas en el contrato de maternidad subrogada, a saber:

El primero calificado como un arrendamiento de obra o de servicio entre el facultativo, la pareja y la madre portadora. Un segundo calificado como atípico entre la madre gestacional y la pareja destinataria de la criatura y un tercero como un arrendamiento de servicio, entre el médico y el centro médico donde se realizará la técnica. Por lo que se ve la importancia de esta característica en este tipo de contrato, ya que a través de esta se establece si se hará uso de formalidades.

4.7. Contrato de familia

En el contrato de Arrendamiento de Vientre el objeto jurídico no es patrimonial sino que es un derecho de familia, la filiación. No es un niño directamente lo que se contrata, sino que se trataría de una obligación de

¹¹⁵ José Luis Lacruz Berdejo. "Informe sobre la Fecundación Artificial y otros extremos semejantes", revista n.2 (1985): 11.

conducta expresada en la conducta gestacional, sin perjuicio que se entrega finalmente una criatura.¹¹⁶

4.8. De ejecución diferida

Las obligaciones van apareciendo y se modifican conforme avanza el embarazo. Aquellos que generan obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya propia naturaleza impide que puedan ser satisfechas de manera instantánea; la obligación de la portadora de gestar cautelosamente el feto, se extiende en el tiempo que por naturaleza dura el embarazo, sin que exista la posibilidad de que se satisfaga de manera instantánea, sin embargo, aquella obligación se limita hasta el momento en que finaliza el embarazo y el niño es entregado a sus padres. Entonces en este contrato no se habla de resolución sino de terminación, el contrato se extinguirá, dejara de producir efectos para el futuro pero quedaran subsistentes los producidos anteriormente.

5. Elementos de existencia y validez del contrato de arrendamiento de vientre

Los contratos para ser considerados como tales, requieren de dos requisitos esenciales para su formación y que son exigidos por la legislación civil salvadoreña, necesarios en todo contrato estos son: Los elementos de existencia y validez¹¹⁷.

Analizar el contrato de maternidad subrogada implica necesariamente una revisión pormenorizada de los elementos de existencia y validez de los actos

¹¹⁶ Rosa Adela Leonseguí, "La Maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo" Boletín de la Facultad de Derecho, revista n. 7 (1994): 334.

¹¹⁷Gustavo Adolfo Marín Vélez, *El arrendamiento de vientre en Colombia*, (Colombia: Editorial sello, 2005), 139.

jurídicos. Es decir, debe inicialmente efectuarse una calificación de tipo contractual aplicable y, hecho lo anterior, proceder a precisar la caracterización del mismo contrato y, obviamente, su eficacia o validez dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño.

5.1. Elementos de existencia

Los elementos de existencia son los que permiten al contrato existir; tanto la doctrina como la legislación salvadoreña reconocen como elementos de existencia de todo contrato al: consentimiento, objeto, causa y por último en algunos casos la solemnidad.

5.1.1. Consentimiento

Una vez se estudió el significado que engloba el consentimiento como elemento indispensable para la existencia del acto jurídico, se puede analizar la aplicación del mismo, como requisito indispensable para existencia y validez del contrato de arrendamiento de vientre.

Como anteriormente se ha establecido, el consentimiento es aquel acuerdo de voluntades de dos o más personas destinado a producir efectos jurídicos, el cual es el primer requisito que nuestra ley exige para la existencia del acto jurídico, mismo que se ve reflejado en el contrato de arrendamiento de vientre, al momento de acordar las partes intervinientes en que se concrete el arrendamiento de vientre y sus respectivas consecuencias jurídicas, es decir, la entrega del recién nacido a la pareja comitente, y de parte de esta última una determinada compensación económica por los gastos incurridos como producto de la gestación.

Además, que en el consentimiento debe manifestarse una voluntad seria o sea con el propósito de producir efecto de Derecho, requisito que en el

contrato de arrendamiento de vientre podemos ver reflejado al momento de perfeccionarse dicho acuerdo¹¹⁸.

También se expresó que la voluntad puede manifestarse de manera expresa o tácita, y que tanto una como la otra tiene idéntico valor, salvo que la ley o las partes exijan un modo especial; pero en el caso del arrendamiento de vientre por la naturaleza del contrato, se entenderá, que se ha consentido siempre y cuando se manifieste expresamente.

Con anterioridad se vio que para que el consentimiento sea tomado en cuenta por el Derecho es necesario la concurrencia de dos etapas, las cuáles eran la oferta y la aceptación, las que en el contrato de arrendamiento de vientre se evidencian en cuanto que existe una manifestación de voluntad ejercida por las partes, se da una aceptación por parte de la madre gestante de alquilar su vientre, ante la oferta efectuada por la pareja comitente.

5.1.2. Objeto

Todo acto jurídico necesita de un objeto sobre el cual recaigan las obligaciones contraídas por las partes. También se dijo en dicha oportunidad, que el objeto de los actos jurídicos es el crear derechos y las correspondientes obligaciones, y que a su vez el objeto de dichas obligaciones era la prestación que contenía un dar, hacer o no hacer. Este objeto concreto de las obligaciones es pues lo que el legislador regula como requisito de existencia del acto jurídico.

En el caso de los compromisos de gestación subrogada, las prestaciones de las partes son fáciles de determinar. La prestación debida por la pareja

¹¹⁸Raquel Sandra Contreras López, "La maternidad sustituta y el contrato de prestación de servicios gestacional", UNAM, Vol. 35, revista n. 2 (2013): 60.

comitente es la remuneración económica que se ofrece a la madre gestora. Por otra parte, la madre gestora se obliga a alquilar su útero y al final del plazo entregar al hijo a la pareja, renunciando al mismo tiempo a sus derechos y obligaciones sobre el mismo.¹¹⁹

Por otra parte, la prestación a que se obliga la madre gestora implica la prestación de un servicio concluido con la entrega material del hijo, acompañada de la renuncia de sus deberes como madre legal. Se ve que la prestación de la gestora implica a la vez tanto un hacer material como un hacer jurídico.

Es así, que en el contrato de arrendamiento de vientre, el objeto del contrato lo constituye el útero que se dará en alquiler, cuyo objeto directo está constituido por las obligaciones.

5.1.3. Causa

En el arrendamiento de vientre la causa del contrato será aquella que Obedece a la pregunta de ¿Por qué dar por una parte y pedir por la otra en arrendamiento el vientre materno?; así las cosas, la razón de ser de este contrato yace de una parte, en el anhelo de conformar una familia (pareja solicitante), y de la otra en obtener una remuneración económica mediante una actividad que no está legalmente prohibida.

Es así que se presentan las causas impulsivas¹²⁰ por las cuales la pareja solicitante desea acudir al arrendamiento de vientre.

¹¹⁹Aida Elena Minero Reyes, "Análisis de los compromisos de gestación subrogada según la normativa de los actos jurídicos", (Tesis para optar a licenciatura, universidad Dr. José Matías Delgado. San Salvador, San salvador, 1990), 120-125.

¹²⁰ Ana Soledad Delgado Calva, "La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano", (Tesis de maestría, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004), 60-65.

Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación; Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación; Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé; Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio; y Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoides de su marido mediante una fecundación in vitro.

Resulta evidente que la causa de la maternidad subrogada revela por el contrario un interés legítimo de los padres biológicos en alcanzar propósitos atinentes a su propia realización personal y de pareja.

5.1.4. Solemnidad

En el caso de los contratos de arrendamiento de vientre no se encuentra en la legislación salvadoreña requisito alguno que mande que la voluntad que expresen las partes interesadas quede sujeta a algún tipo de formalidad. La legislación salvadoreña, no manda que la obligación que se contrae de pagar una cantidad de dinero, de renunciar a un derecho o de hacer una entrega de un hijo cuales son las obligaciones que las partes contraen, requieran sujetarse a algún tipo de formalidad para producir efecto jurídico.¹²¹

No obstante lo antes expuesto, pese a no estar regulado en las leyes jurídicas secundarias de El Salvador, el contrato de arrendamiento de vientre debido a la falta de regulación jurídica, no quiere decir que esta relación

¹²¹Sin embargo, hay países donde la maternidad subrogada se vuelve un contrato solemne al requerir una autorización judicial para poder llevar a cabo este tipo de contratos como es el caso de Ucrania.

jurídica no pueda sujetarse a ciertas solemnidades para su perfeccionamiento, si las partes así lo consideraren necesario, sin cuya concurrencia no produciría efecto jurídico alguno para los contratantes, pese a haber consentido ambas partes en dicho proceso de gestación.

Lo anterior responde al principio de Libertad Contractual, regulado en el artículo 23 de La Constitución de República de El Salvador, lo que significa que un contrato consensual, puede convertirse en uno solemne si así lo decidieren las partes involucradas.

La solemnidad ad probation se puede apreciar en atención a que, por la naturaleza del contrato de arrendamiento de vientre, este puede constar en una escritura matriz o en documento privado autenticado, para efecto de otorgar valor probatorio en un juicio a un acto jurídico. En el contrato de arrendamiento de vientre, se puede apreciar la existencia únicamente de la solemnidad convencional, pues son las partes quienes de común acuerdo pueden volver el arrendamiento de vientre un contrato solemne.

5.2. Elementos de validez

Una vez comprobada la existencia, de un contrato, su vida jurídica depende de reunir los requisitos de validez.¹²²

De hecho, buena parte del debate sobre la aceptación legal o no de la maternidad subrogada gira en torno a este tipo de conceptos. Quienes se oponen a esta práctica suelen esgrimir que atenta contra la moral y las buenas costumbres, que va en detrimento de la dignidad humana tanto de la gestante como del niño que nace.

¹²² Andrea Carolina Yáñez Morales, “Propuesta de modelo de contrato de maternidad subrogada elaborado según los principios de la legislación civil ecuatoriana”, (Tesis para optar a licenciatura, Universidad de las Américas, Ecuador, 2013), 41.

Para que el contrato sea válido, es necesario que las partes sean capaces, que exista ausencia de vicios del consentimiento, que su objeto o su motivo o fin sean lícito y que el consentimiento se haya manifestado en la forma que la Ley establece.

5.2.1. Capacidad

La plenitud de la capacidad jurídica está formada por la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Al hablar de capacidad, se está refiriendo a un concepto que puede ser tomado en dos sentidos.

i) Como aptitud que se les atribuye a las personas o sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones. Aquí se está refiriendo a la llamada capacidad de goce cual es un atributo de la personalidad jurídica.

ii) Como el poder que se les reconoce a los titulares de dichos derechos y obligaciones para realizar actos jurídicos, sin el ministerio o autorización de otra persona. En este caso se refiere a la capacidad de ejercicio, la cual es la exigida por la ley para obligarse.

En relación a este requisito a fin de que las partes puedan obligarse válidamente en este tipo de compromisos sería menester que éstas gocen de capacidad de ejercicio¹²³., no se puede permitir que una menor de edad sea la persona encargada de gestar y de igual forma no se puede permitir que una pareja con capacidad de goce utilizare esta forma de procreación, si no puede ejercer sus derechos como podrán ejercer los del menor. Siendo

¹²³En Ucrania se exigen los siguientes requisitos. **La gestante:** debe ser una mujer mayor de edad (mayor de 18 años) con capacidad judicial. Además, debe tener al menos un hijo propio, estar sana a nivel tanto físico como psicológico y ser capaz de llevar un embarazo a término y dar a luz. **Los padres de intención:** deben estar casados, tener la mayoría de edad y al menos uno de ellos debe contar con una receta médica que le permita someterse a un tratamiento de reproducción asistida.

necesario para la validez del contrato de arrendamiento de vientre que las partes gocen de capacidad de ejercicio.

5.2.2. Consentimiento libre de vicios

El consentimiento tal y como opinan *Medina y Erades*; tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público.¹²⁴ En relación al Alquiler de vientre, el consentimiento libre de vicios, se puede decir, que para que las partes en cada caso puedan obligarse válidamente, será necesario que el consentimiento tanto de la pareja comitente, como el de la madre gestante, sea manifestado de manera espontánea. Es decir, que no se haya conseguido dicho consentimiento mediante el uso del error, fuerza o dolo.

Es necesario, entonces, analizar cada caso en concreto para así poder determinar si el consentimiento se manifestó de manera espontánea o no. Para poder hablar de consentimiento en el contrato de alquiler de vientre, este no debe incurrir en error, es decir, que debe existir claridad en lo acordado por las partes y no haya lugar a equivocaciones sobre las condiciones convenidas tanto en la oferta como en la aceptación pactada sobre el proceso de gestación. Además, dicho consentimiento no debe sufrir constreñimiento que induzca a una persona (madre gestante) a consentir bajo presión de ningún tipo. También será necesario que el consentimiento no adolezca de dolo, es decir, que no debe existir la intención de causar injuria o engañar por parte de ninguno de los contratantes sobre la gestación acordada.

La honorable Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en resolución pronunciada, a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres, la cual reza: las técnicas de reproducción

¹²⁴Graciela Medina, "Maternidad por otro. Alquiler de úteros", revista n.2 (2010): 8.

humana asistida a falta del elemento natural de la unión sexual, la manifestación de la voluntad pro creacional se da con actos de otra índole, como el consentimiento tácito o presunto, mediante la dación del material genético para que la concepción se produzca; o el consentimiento expreso, a través de la manifestación verbal o escrita dada con anticipación.¹²⁵

5.2.3. Objeto como elemento de validez del contrato de arrendamiento de vientre

Para la regularización de la maternidad como contrato se requiere desarrollar la idoneidad del objeto, es decir la aptitud del objeto, para darle la naturaleza contractual y evitar problemas jurídicos derivados de los argumentados que consideran al objeto del contrato de arrendamiento de vientre como ilícito y por lo tanto sin validez. Los elementos que determinan la idoneidad del objeto son: la existencia, determinación, posibilidad y licitud.

5.2.3.1. Existencia

En el contrato de arrendamiento de vientre la característica de la existencia del objeto no presenta ningún inconveniente, puesto que el objeto del contrato “útero” tiene existencia en la mujer y no una posibilidad que exista, ya está establecido que la mujer es apta para contratar luego de haberse sometido a los exámenes médicos pertinentes.

Determinación

En cuanto a la determinación del objeto, este debe ser determinado o por lo menos determinable, en la maternidad subrogada el objeto del contrato, es

¹²⁵Sentencia de casación, Referencia: 1055-2003 (El Salvador, Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, 2003).

decir, el útero a arrendar ya está determinado, y es mediante exámenes que los especialistas en fertilidad determinaran las calidades del útero.¹²⁶

5.2.3.2. Posibilidad

El útero si bien es cierto se encuentra fuera del comercio, este no tiene prohibida su arrendamiento de manera expresa en la Ley. (Art. 1332 c.c., y Arts. 140, 141, 156,157 Pn). Por lo que, si es posible jurídicamente. En cuanto a su posibilidad física la maternidad subrogada es un procedimiento que actualmente con los avances de la medicina, es una realidad, el hecho que una mujer alquile su útero para la implantación del ovulo de otra mujer.

5.2.3.3. Licitud

Las leyes no pueden aceptar contratos u obligaciones cuyo objeto sea ilícito, es decir, contrario a la ley o a la moral y buenas costumbres; Así por ejemplo se encuentra que dentro del Código Penal Salvadoreño se regulan ya en tipos penales específicos aspectos vinculados con el avance científico. En el ámbito de la medicina, tales como: La manipulación genética Arts. 140 y 141 Pn, la inseminación artificial no consentida (art. 156 Pn) o fraudulenta (Art. 157 Pn) También se consideran ilícitos los siguientes contratos: sobre herencias futuras (1334 c.c.); los celebrados en el extranjero para violar leyes nacionales (1333 inc. 2); etc.

En la actualidad, como El Salvador no posee normativa alguna al respecto, dichas técnicas no son sujetas a control administrativo o judicial alguno, por lo cual de forma implícita el acceso y la utilización de tales mecanismos no ha tenido más control que la posibilidad de sufragar los gastos económicos que implica su aplicación. Por otra parte, tampoco existen en el

¹²⁶ Gómez, *contrato de arrendamiento*, 35-36 (véase cap.3, n.112)

ordenamiento jurídico salvadoreño normas que establezcan los límites de estas técnicas de reproducción asistida, diferenciándolas por ejemplo de otras prácticas como lo son las manipulaciones.¹²⁷

La discusión sobre la licitud del objeto del contrato de arrendamiento de vientre, suele esgrimirse a la hora de establecer si es contrario a la ley, buenas costumbres o al orden público. Sin embargo se considera que esta dependerá de la categoría, de la cual formaría parte dicho contrato, es así, que no puede considerarse como una compraventa, porque, en el arrendamiento de vientre, se contrata con el fin de conseguir el alquiler de un útero¹²⁸ en el cual se pueda gestar un bebe que no le pertenecerá, por no poseer su rasgos biológicos, por haber aportado la pareja solicitante el material genético, así como pagar por el alquiler de su vientre.

Sin embargo, si, se considera al contrato como un arrendamiento por parte de la gestora, quien alquilara su útero por el tiempo que dure la gestación, a cambio de una prestación económica, aunque condicionada que al final de dicho arrendamiento tenga que entregarse al recién nacido. Situación que no lo excluye de ser considerado como arrendamiento; debido a que la pareja solicitante al inicio del contrato, entrego su material genético (ovulo y espermatozoide o solo espermatozoide) para ser fecundado en el útero que se ha dado en arrendamiento y el cual producirá un nuevo ser. Para mejor comprensión, puede decirse que es similar al arrendamiento de tierras por parte de un agricultor, quien alquila la tierra para cultivarse y una vez la cosecha este lista, el agricultor puede disponer de ella, pues es el dueño a pesar que la tierra no es de él, pero que sin embargo pago un precio por el

¹²⁷Raúl Eduardo Miranda Luna, y Roberto Enrique Rodríguez Meléndez, “bioética y derecho de familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad”, revista n.3 (2005): 7.

¹²⁸Si bien es cierto el útero se encuentra fuera del comercio, pero eso, no imposibilita que pueda ser arrendado a cambio de una prestación económica o en algunos casos de manera altruista cuando es motivado por lazos de amistad o de parentesco.

alquiler. Esta comparación tal vez no sea la más adecuada, pero permite concluir que el hecho de tener que entregar el recién nacido, no le quita la categoría de arrendamiento.

La ilicitud del objeto en el presente contrato respecto del útero de la mujer como objeto del mismo, ya está dicho que no hay prohibición expresa de la ley en esta materia, *contrario sensu*, varios instrumentos internacionales abren este campo, lo que permite concluir que el útero de la mujer no representa un objeto ilícito en la figura contractual bajo estudio.¹²⁹

En cuanto si es contrario a las buenas costumbres, si bien es cierto, las buenas costumbres están compuestas por las reglas de la moral, estas puede variar según el tiempo, es así, que tanto los avances en la ciencias médicas permiten conocer distintas formas de procreación como solución a la infertilidad o problemas de procreación, las cuales están siendo aceptadas por la sociedad actual.

El arrendamiento de vientre, no es contrario a las buenas costumbres recordemos que; es la pareja solicitante quien aporta el material genético para que sea fecundado en el vientre que será alquilado, diferente postura se sostendría cuando el producto de la gestación no tiene ningún vínculo biológico con la pareja solicitante y si con la gestora¹³⁰, pues este es su hijo biológico y entregarlo por un precio sería una venta y por lo tanto contrario a las buenas costumbres y al orden público.

¹²⁹ Gómez, *contrato de arrendamiento*, 7 (véase cap.3, n.112)

¹³⁰ Esta clase de maternidad subrogada según la clasificación hecha anteriormente corresponde a la maternidad parcial en la cual, la madre gestante es también la madre biológica, pues está a consentido la utilización de su ovulo. clase de maternidad que resulta a la sociedad mucho más reprochable moralmente debido a que es su hijo biológico y entregarlo por un precio sería venderlo siendo esto uno de los argumentos más fuertes de quienes sostienen que la maternidad subrogada es un contrato nulo de pleno de derecho por ser contrario a las leyes, buenas costumbres y la moral.

5.2.4. Causa lícita

El artículo 1338¹³¹ del Código Civil, establece que podemos entender por causa ilícita es la prohibida por la ley, contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Para determinar si la causa del arrendamiento de vientre es lícita, es necesario acudir a las causas impulsivas que lo originan. Si ya de por si moralmente es un debate el tema de la maternidad subrogada, hay causas impulsivas que estarían en contra de la moral. Y es que la causa final del contrato siempre será la misma obtener una familia, de ahí la necesidad de acudir a las causas impulsivas.

De los motivos que se dan con mayor frecuencia son los relacionados a la esterilidad y la Infertilidad las cuales son las más aceptadas por la sociedad ya que se dan por un impedimento natural de no poder tener hijos lo que ocasiona la necesidad en las parejas de utilizar este método como solución para poder ser padres.

Existen causas que también son comunes como la de mujeres que desean tener un hijo, pero no estar embarazadas para poder conservar su forma física, la cual es rechazada moralmente por la sociedad ya que a estas mujeres no les afecta ningún impedimento natural el no poder tener hijo y solamente hacen uso del método del alquiler de vientre por una vanidad física de conservarse en buen estado y no sufrir las secuelas que un

¹³¹Código Civil Artículo 1338: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa, el motivo inmediato que induce a contraer la obligación, y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tienen una causa ilícita”.

embarazo deja al cuerpo humano, otra de las causas utilizadas es aquella donde se tiene a una pareja del mismo sexo, caso que se da nada más en los lugares donde se permiten a estas parejas conformarse en matrimonio, lo cual en nuestro país no podría darse, ya que la causa por la cual se hará uso de este método será ilícita al verificar que en nuestro medio prohíben las parejas del mismo sexo conformarse en matrimonio, el artículo 11 del código de familia establece que “el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida.” Vemos que expresamente la legislación lo prohíbe por lo cual no podrían hacer uso de este método ni tampoco el de poder adoptar a un hijo ya que tampoco es permitido, bajo este mismo punto de vista tampoco es permitido al estar en contra de las buenas costumbres y el orden público que la sociedad salvadoreña maneja como las correctas, es por eso que dicha causa se excluye al considerarse ilícita su aplicación.

Los demás casos, que aunque sean pocos no son por ello menos importantes; se debe recordar que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir que surja el contrato de arrendamiento de vientre, para así no tener problemas al momento de su celebración.

La escuela clásica entiende a la teoría de la causa como el fin, en vista del cual ha contratado la parte¹³², se parte entonces de que en el contrato de arrendamiento del vientre materno, ya caracterizado por su bilateralidad y conmutabilidad, las obligaciones son recíprocas de cada una de las partes. En los términos mencionados anteriormente en cuanto a la obligación de cada una de las partes, es decir que la portadora se obliga de la manera ya enunciada, simultáneamente la pareja solicitante lo hace en reconocer el

¹³² Álvaro Ortiz Monsalve, *Manual de Obligaciones*, 3ª Ed, (Bogotá: 2003), 73.

precio que van a pagar por dicho arrendamiento, lo que trae como consecuencia una causa lícita.

El fin que persiguen las partes en la maternidad subrogada es el de tener un hijo, y satisfacer así un deseo de paternidad. Por otra parte, el fin que persigue la madre gestadora va a variar dependiendo de los móviles que hayan impulsado a cada una de ellas a participar en este compromiso. Así habrá algunas que hayan sido impulsadas por móviles altruistas, proporcionándole a una pareja incapaz de tener hijos la tan anhelada por ellos, mientras que otras por móviles meramente económicos.

Por lo que, el móvil perseguido por las partes en este tipo de compromisos es lícito, y no atenta contra la ley, el orden público y las buenas costumbres, ya que los hechos realizados dentro del contrato no están prohibidos por ninguna ley, por lo tanto no tienen la calidad de ser ilícitos.

6. Elementos comunes y propios de los contratos

Tal y como lo sostiene el Profesor Jorge López Santa María,¹³³ aludir a los elementos de los contratos es distinguir entre requisitos comunes a todos los contratos y requisitos propios de cada contrato específico. Los requisitos propios de cada contrato, se clasifican en esenciales, naturales o accidentales.

6.1. Elementos esenciales

En el de arrendamiento vientre son esenciales dos en torno a las cuales giran, respectivamente y de las cuales no pueden faltar, las obligaciones del arrendador y del arrendatario, y que constituyen correlativamente el objeto y

¹³³Santamaría, *Los contratos, parte general*, 6 (Véase cap. 2, n. 91)

la causa de las prestaciones a cargo de cada uno. Esos elementos son: a) La cosa arrendada, y b) El precio o renta; es de la esencia del contrato de arrendamiento del vientre materno, el útero de la mujer portadora del ovulo fecundado y la calidad que esta debe requerir, y de otro lado, el precio ofrecido por la pareja solicitante que aporto la carga genética de dicho ovulo, pactados los cuales se entiende perfeccionado el contrato.¹³⁴ ¿Qué pasaría si uno de estos dos elementos (la cosa arrendada y precio o renta) faltara?

Primer caso, cuando faltare el precio, recordar que como anteriormente se abordó el contrato de arrendamiento en general y el de arrendamiento de vientre en específico es necesario que exista dos cosas: una cosa a arrendar un canon de arrendamiento, para ser considerado como tal, ahora bien, si el elemento faltante es el precio, no podría considerarlo un arrendamiento, porque, se degeneraría a otro contrato, que por las características de la gratuidad sería un comodato o préstamo de uso del vientre materno, no es que el contrato deje de producir efectos, sino, que serán los del comodato y no los del arrendamiento.

Segundo caso, cuando faltare la cosa que se dará en arrendamiento, si fuere este el caso hay que tomar en consideración que en este contrato la cosa que se da en alquiler es el útero de la mujer, para la fecundación del ovulo y espermatozoide de la pareja solicitante, para que al final de dicho alquiler se les entregue al recién nacido. Si el elemento faltante es la cosa, es decir, el útero y al final se entrega un bebe, el contrato se degenera en una compraventa, porque, se estaría entregando un bebe que no fue producto de dicho alquiler, ni de su material genético, lo que produciría que el contrato fuere nulo; por ser su objeto ilícito y como consecuencia violar la Ley, las buenas costumbres y el orden público.

¹³⁴Gómez, *contrato de arrendamiento*, 34 (véase cap.3, n.112)

6.2. Elementos naturales

Si los elementos naturales le pertenecen a cada contrato por ministerio de ley, se plasmen o no en cláusulas dentro del mismo y de la misma forma se puede excluir por no ser esenciales, algunos ejemplos de elementos naturales en el contrato de arrendamiento de vientre son; la entrega del niño¹³⁵, si bien es cierto, aunque en el contrato no se establezca la entrega del niño esta se sobre entiende por lo que se trata de un elemento natural, se debe recordar que se alquila el útero con el fin de que se geste un bebe con el material genético que aporte la pareja solicitante, para que, una vez nazca se les entregue ese material genético ya transformado en un nuevo ser otras de las obligaciones es el sometimiento a tratamiento médico por parte de la gestora, con el fin de llevar a control la salud del nasciturus.

6.3. Elementos accidentales

Los elementos accidentales: son todos aquellos que se pacten en el contrato, por ejemplo: el hecho de que la pareja asuma la manutención absoluta de la portadora durante el tiempo de gestación¹³⁶; plazo pos-natal durante el cual se le dará atención médica a la gestante, en fin todas estas condiciones, términos o cargas modales, dependerán de la voluntad de las partes de incluirlas o no dentro del contrato, pero una vez incluidas en el, se vuelven de obligatorio cumplimiento.

7. Partes intervinientes en el contrato de arrendamiento de vientre

El tema de la subrogación es muy complejo debido a que implica y comprende una gran variedad de elementos e involucra a varias personas en

¹³⁵La entrega del niño es un elemento natural que va implícito en el arrendamiento del vientre, por ser este, el resultado por el que se arrendo el útero de la gestante.

¹³⁶ Gómez, *contrato de arrendamiento*, 37 (véase cap.3, n.112)

el proceso las cuales dependerán de la clase de maternidad que se lleve a cabo. Dentro de las partes que pueden intervenir en el contrato de maternidad subrogada se tiene: la madre solicitante o pareja comitente, la mujer gestora y por último el padre.¹³⁷

7.1. La madre solicitante

Mujer con capacidad de goce y ejercicio, quien por variadas circunstancias contrata con otra mujer, para que esta le alquile su útero para la gestación de un bebe a cambio de una prestación económica.

Si la madre solicitante aporta su material genético (ovulo) para la gestación esta puede adquirir una calidad adicional como lo es: madre portadora (madre biológica) o madre social; Madre portadora: La mujer solicitante es la que genera los óvulos y como consecuencia los aporta para llevar a cabo la gestación, si la pareja de la solicitante aporta el semen, entonces se estaría frente a la maternidad total. Madre social: La mujer solicitante ni genera óvulos ni puede gestar, y decide buscar una mujer que alquile su útero y otra que done su óvulo para cumplir con ambas funciones.

7.2. La mujer gestante

Mujer con capacidad de goce y ejercicio que a título gratuito u oneroso se compromete a llevar a cabo la gestación del producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que puede o no aportar su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con el fin del embarazo o el nacimiento. A quien le corresponderán los derechos derivados de la condición biológica de mujer embarazada hasta la conclusión de dicho estado o el nacimiento.

¹³⁷Reyes, Análisis de los compromisos, 45 (véase cap. 3, n.119)

7.3. El padre

Hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta o no su material genético para la fecundación¹³⁸ y que se compromete mediante el instrumento denominado: Instrumento para la subrogación gestacional desde el momento de la implantación, las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, procurando velar por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica.¹³⁹

Y por último existe la Embriodonación, hay infertilidad en la pareja, la mujer no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil. Se recurre a un donante de esperma y a una mujer que permita ser fecundada artificialmente y termine el proceso de gestación. Puede darse el caso, de la intervención de tres personas en el proceso de gestación: los óvulos de una mujer, el útero de otra y los espermias de un tercero.¹⁴⁰

Lo que daría lugar a la existencia de una madre biológica entendida como: la mujer que dona su óvulo; una madre gestante que sería, la mujer que presta su útero; y por último existirá un padre biológico que sería el donante de esperma.

En cuyo caso a la pareja solicitante se denomina padres sociales y en caso de cumplir con los requisitos que la legislación exigiere, padres legales, por no guardar ningún vínculo biológico alguno con el producto de dicha gestación.

¹³⁸Si aporta el material genético será el padre biológico del menor.

¹³⁹ Claudia Gamboa Montejano y Arturo Ayala Cordero, "Maternidad subrogada análisis de las iniciativas presentadas en el tema, a nivel federal", revista n.2 (2010): 25.

¹⁴⁰ Leila Mir Candal, "La maternidad intervenida, reflexiones en torno a la maternidad subrogada", revista n.1 (2010): 6.

8. Obligaciones que produce el contrato de arrendamiento de vientre

El principio de la autonomía de la voluntad privada, que consiste en la atribución a los particulares del poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, encuentra en el contrato su más fecunda aplicación, porque en materia contractual la ley no asume, por regla general, una actitud dispositiva. Vale decir, imperativa, sino más bien procura reconocer y amparar las manifestaciones de la voluntad de los contratantes, e interpretar o suplirlas solo cuando sean oscuras o deficientes¹⁴¹

En el contrato de arrendamiento de vientre al momento de su celebración surgen una serie de obligaciones para las partes. Así el artículo 1331 del código civil establece que “Toda declaración debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”. En esencia este artículo hace referencia a las tres formas en que se pueden dar las obligaciones, en este caso se refiere al contrato arrendamiento de vientre se ve que las obligaciones principales que nacen del contrato para las partes son: para la pareja solicitante entregar el pago al cual se llegó al acuerdo con la madre subrogada por el alquiler del vientre, y por parte de esta facilitar su vientre para que sea implantado el ovulo fecundado y al nacer este, se dé la entrega del nacido y el consentimiento para que este sea registrado de forma legal como hijo legítimo de la pareja solicitante vemos que estamos en presencia de una obligación de dar.

Según el artículo 1419 del código civil salvadoreño la obligación de dar es aquella que “contiene la de entregar la cosa”, acción que se da en la

¹⁴¹Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*, 7ª ed. (Bogotá: Temis, 2001), 39.

celebración del este contrato al momento de que ambas partes cumplen con las obligaciones nacidas por la celebración del mismo.¹⁴²

Así también se ve que la obligación principal en el presente contrato es una obligación a plazo esto según el artículo 1365 CC., el cual expresa “el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación” en este caso se ve que para poder darle cumplimiento a la misma se da un plazo que en este sería el tiempo de duración del embarazo normalmente nueve meses, después de transcurrido este plazo la obligación se vuelve exigible para cada una de las partes, para la pareja solicitante que se le haga entrega del nacido y para la madre subrogada que le remuneren por sus servicios, ya que como dice Bullard González, no se ve inconveniente alguno en permitir la onerosidad del contrato, en aras del dinamismo del Derecho y de su adaptabilidad a la realidad, del libre comercio, del aprovechamiento de la capacidad reproductora de la de la mujer que arrienda su útero, y su correspondiente valorización económica, así como del probable interés de la pareja solicitante en incentivar la devolución del nacido, sano.¹⁴³ A lo cual BRUGI aporta estableciendo que se debe tomar en cuenta que la gratuidad del contrato hace menos rigurosa la evaluación de la culpa, quedando generalmente excluida la garantía en los contratos gratuitos.¹⁴⁴

Es así que a la vez estamos en presencia de una obligación civil ya que estas son según el artículo 1341 inciso 2 CC. “Aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.” En el caso del presente contrato como se ha

¹⁴² Alejandra Selma Penalva, “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida” *Bioderecho*, Vol.1, revista n.1 (2014): 4.

¹⁴³ Alfredo Bullard Gonzales, “El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual, Asociación ius et veritas, revista n. 10 (1995): 55-56.

¹⁴⁴ Brugi Biagio, *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción de Jaime Simo Bofaull, (México: Editorial Hispano-América, 1946), 305.

establecido anteriormente al término del plazo le da el derecho a las partes para exigir de la otra el cumplimiento de la obligación contraída.

Las obligaciones que se crean al celebrar este contrato para las partes no son solamente las principales, por parte de la pareja solicitante pagar el precio del arrendamiento del útero a la madre subrogada y por parte de esta facilitar su vientre para engendrar el ovulo fecundado y entregar él bebe que ha llevado durante nueve meses en su útero a la pareja solicitante, debe saberse que durante este tiempo existen una serie de obligaciones a cumplir por ambas partes las cuales se detallan a continuación:

8.1. Obligaciones de la madre gestante

Debe reconocerse que quienes acuden a las prácticas de la maternidad subrogada o gestante lo hacen inspirados en el deseo de ejercer sus derechos reproductivos, garantizado en la constitución, confiando dicha garantía en una mujer capaz para procrear, ante la imposibilidad de la solicitante, generándose de esta forma una serie de obligaciones para la madre gestante; dentro de las que se puede destacar las siguientes.

La madre subrogada se obliga a realizar el examen médico durante el período preparatorio en la clínica, indicada por los padres gestores, siguiendo la cantidad de los test y los análisis establecidos por los médicos tratantes, estos exámenes se someten al pago por parte de la pareja solicitante¹⁴⁵.

La madre subrogada está obligada a proporcionar a la pareja solicitante, personal de la clínica u otras personas autorizadas, la información verídica y

¹⁴⁵Acuerdo de gestación subrogada en ucrania, <http://www.babygest.es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/>.

completa sobre las enfermedades padecidas y las intervenciones quirúrgicas practicadas, enfermedades hereditarias, psíquicas y venéreas en la familia, y asimismo el informe médico expedido por los establecimientos psiconeurálgicos y centros de intoxicación adscritos certificando que no padece enfermedades de este perfil.

La madre subrogada se compromete a proporcionar a la pareja solicitante el consentimiento de su marido en caso de que ya este casada, debidamente formalizado y certificado por el notario, para su participación en el programa de "Maternidad subrogada". El consentimiento escrito del cónyuge de la madre subrogada se adjunta en el Anexo al presente Contrato y es la parte inseparable del mismo¹⁴⁶. Asimismo la madre subrogada se compromete a firmar el consentimiento informado para la participación en el programa según los procedimientos y de acuerdo con los plazos establecidos para la clínica que llevara a cabo el tratamiento.

La madre subrogada se compromete a cumplir sin objeción, con exactitud y a tiempo todas las prescripciones de los médicos especialistas, tomar los medicamentos necesarios, someterse a los procedimientos, prescritos para la realización de los Protocolos.

En el caso de surgir cualquier variación durante la preparación y la realización del procedimiento de la fecundación en su útero, aunque sea mínima e inexplicable, la madre subrogada se compromete a notificarlo de inmediato a los médicos de la clínica y a la pareja solicitante.

¹⁴⁶ El consentimiento del marido de la Gestante, en lo que respecta a la participación de su esposa en el programa de gestación subrogada y su renuncia a toda reclamación que pudiera tener respecto a sus derechos paternos sobre el niño su esposa va a traer al mundo es un requisito indispensable para las madres gestante que su conyugue consienta dicha práctica.

Al confirmarse el hecho del embarazo la madre subrogada se compromete dentro del término establecido a darse de alta para la observación en la clínica donde se realizó el tratamiento.

La madre subrogada se compromete presentarse al primer requerimiento para el examen médico y procedimientos que se realizarán por los médicos especialistas, indicados por la pareja solicitante durante todo el término del embarazo.

La madre subrogada se compromete a cumplir sin objeción las prescripciones y requerimientos sobre el horario del día, sobre el régimen de alimentación, sobre la posibilidad de mantener las relaciones sexuales. Tomar a tiempo todos los medicamentos necesarios y realizar todos los procedimientos médicos.¹⁴⁷.

La madre subrogada de manera consciente y voluntaria se compromete a no tener relaciones sexuales durante todo el período del embarazo, estando consciente de los riesgos de coger enfermedades que pueden dañar al feto en desarrollo.

La madre subrogada se compromete en el caso de surgir las complicaciones (por mínimas e inexplicables que sean) del estado de su salud, a ponerlo en conocimiento de los médicos especialistas y a la pareja solicitante durante todo el término de su embarazo.

Durante el período del embarazo la madre subrogada se compromete a tomar todas las medidas necesarias para la alimentación normal y completa, evitar por todos los medios las situaciones de estrés, renunciar a las

¹⁴⁷**Incumplimiento del acuerdo:** La gestante deberá devolver toda cantidad abonada por parte de los futuros padres en caso de incumplir alguno de los aspectos detallados.

costumbres viciosas (tabaquismo, bebidas alcohólicas, etc.). En el período de embarazo esta se compromete a tomar todas las medidas que estén en su alcance para evitar las situaciones que ejercen la influencia negativa o pueden ejercerla sobre el desarrollo del feto y el nacimiento del niño y pueden afectar el cumplimiento de sus obligaciones asumidas según el presente Contrato.

La madre subrogada está de acuerdo con el parto mediante la “cesárea”. La decisión sobre la utilización del método de la “cesárea” la puede tomar exclusivamente el médico obstetra que realiza el seguimiento. La madre subrogada tras el nacimiento del niño, se compromete a expedir su consentimiento escrito para registrar a la pareja solicitante como los padres del niño que alumbró, y no causar ningún impedimento para el registro oficial en los órganos estatales.¹⁴⁸

8.2. Obligaciones de la pareja solicitante

En los procedimientos de maternidad subrogada, intervienen mujeres que aportaran o no sus óvulos, pero que en todo caso son quienes soportaran el embarazo y el alumbramiento, con todos los riesgos y contingencias que pueden presentarse.

La regulación sobre estas prácticas debe contemplar una garantía de que los solicitantes se harán responsables por los daños o perjuicios que pudiera sufrir la gestante a causa del embarazo o alumbramiento, dichas garantías se ven reflejadas en las obligaciones que tiene que asumir la pareja solicitante. Dentro de las cuales se incluyen las siguientes.

¹⁴⁸Rosa Adela Leonseguí Guillot, “la maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, revista n. 7(1994): 321.

Todos los gastos, relacionados con la realización de los protocolos del tratamiento, incluido el pago de los servicios de la clínica, gastos para la adquisición de los medicamentos, realización de las consultas médicas, exámenes y análisis, se pagan por parte de la pareja solicitante.

En el período de embarazo la pareja solicitante se comprometen a pagar los gastos de alimentación y manutención de la madre subrogada en la cuantía y fecha que acuerden, desde el momento desde el momento de haberse llevado a cabo el procedimiento de fecundación. Este importe debe gastarse por la madre subrogada según sus razonamientos, pero exclusivamente para los objetivos correspondientes al objeto del presente Contrato y para cumplir sus condiciones.

En el caso de la no conservación del embarazo, no siendo la culpa de la madre subrogada, que requiera la intervención médica o quirúrgica, en el plazo temprano del embarazo desde las 5 semanas hasta las 8 semanas inclusive, la pareja solicitante deben pagar a la madre subrogada la compensación en la cuantía acordada.

Y por último la pareja solicitante se compromete a pagar la compensación a la madre subrogada restablecimiento de la salud, pérdida de la capacidad laboral, pérdida de ingresos, que hayan surgido como resultado del cumplimiento por la madre subrogada de sus obligaciones. La entrega del dinero se produce después del nacimiento del niño y la firma del consentimiento de la madre subrogada para registrar a la pareja solicitante en calidad de los padres, pero no más tarde del momento del alta de la madre subrogada del hospital de donde se realizó el tratamiento.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Maricruz Gómez De La Torre Vargas, *la fecundación in vitro y la filiación*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica conosur Ltda, 1997), 205.

Básicamente esas son las obligaciones que se crean al momento de celebrar este contrato cada una de las partes se obliga al cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones resultando de tal celebración, lo que debe ser regulado por un cuerpo normativo que garantice el cumplimiento de estas obligaciones y así evitar que se generen vacíos legales que perjudiquen la seguridad jurídica de las personas.¹⁵⁰

9. Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, se entiende que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si ello fuera así, se convalidaría el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos, se considera que dicho contrato; no es netamente de carácter privatista, por el contrario priva en él, el interés público, puesto que lo que acá se discute es una vida humana, y la salud de la arrendante, bienes jurídicos protegidos por nuestro sistema jurídico, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo.

Compete al interés público del Estado, regular la presente relación jurídica en observancia del principio tuitivo (guarda, ampara o defiende) y de respeto a la dignidad y los derechos humanos, siendo él quien prevenga, el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, a través del órgano jurisdiccional con la

¹⁵⁰ Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de las Personas*, 4ª ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2004), 95.

intervención y derecho de contradicción por parte del Ministerio Público, es por ello que es necesario la autorización judicial para contratar este tipo de servicios, hay algunos que consideran que este tipo de relaciones jurídicas es de interés social, así a decir del connotado *jurista español Jaime Vidal Martínez*¹⁵¹, *un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público*, por la cual se entiende que dicho acto jurídico como contra viniente a las buenas costumbres aceptadas, sería nulo, viciado de invalidez y de repudio moral por parte de la sociedad, si bien esta posición es respetada, este punto de vista, no conduce a la solución del problema sino por el contrario lo agrava, ya que es un fenómeno social que requiere solución por parte de la ciencia jurídica.

*Es así que se considera que dicha relación es de interés público pero de derecho privado, al igual que el derecho de familia que adopta un enfoque ecléctico.*¹⁵²

Es así que en suma la naturaleza jurídica de la relación sustantiva constituida entre los padres genéticos y la madre subrogada viene a ser de derecho privado, pero de interés público.

10. Argumentos en contra de la maternidad subrogada y sus respectivos contraargumentos

Los principales argumentos en contra del contrato de maternidad subrogada pueden agruparse básicamente en siete planteamientos que expondremos a continuación, a los cuales adjuntaremos sus respectivos contra argumentos;

¹⁵¹ Jaime Vidal Martínez, *Derechos reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida*,(Granada, 1998),191.

¹⁵²Héctor Cornejo Chávez, *Derecho Familiar Peruano*, 10ª ed. (Lima-Perú: Editorial Gaceta Jurídica, 2004), 33.

por medio de los cuales hemos considerado la viable aplicación de dicho contrato, aspectos que se explican a continuación:

Primero: la maternidad es un proceso natural e incorporar otras variables que desnaturalicen el proceso es moralmente inaceptable.

Este es uno de los argumentos más frecuentemente dado por quienes sostienen posturas conservadoras¹⁵³. Este argumento es insostenible, pues lo natural no es homologable con lo bueno moralmente, es decir, que no se puede considerar como mala una conducta antinatural por el simple hecho de serlo o algo como bueno por ser natural. Se tiene que decir entonces, que estos avances tecnológicos desnaturalizan a las enfermedades y por lo tanto son moralmente inaceptables; o se puede también objetar este argumento diciendo que hay muchos ejemplos de otros procesos naturales como los terremotos, las erupciones volcánicas, los tsunamis que son claramente naturales y sin embargo nadie los consideraría buenos.¹⁵⁴

Hace ya siglos que la maternidad es un complejo proceso que involucra muchas otras variables: psicológicas, familiares, económicas, sociales, éticas o políticas que exceden la supuesta naturalidad alegada; lo cual motiva a preguntarse *qué hay de natural en una cesárea*, una de las prácticas antinaturales más frecuentes de alumbramiento hoy en día o qué podemos decir de las ecografías, acaso se deben descartar porque no son naturales.

La maternidad es mucho más que parir, por lo que la lista de los supuestos “ejemplos antinaturales” podría ser muy extensa.

¹⁵³ Véase. Kent Krimmel, La posición en contra de la maternidad sustituta en Luna, F. y Salles, A., *Decisiones de Vida y muerte* Sudamericana, (Buenos Aires 1995), 60-62.

¹⁵⁴ Así tenemos, dos ejemplos que ilustran de mejor manera nuestro contra argumento: las vacunas son claramente antinaturales.

Segundo: utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control, sojuzgamiento y explotación de la mujer.

Frente a esta postura extremista resulta un tanto fácil formular un contra argumento, apelando a la libertad de las mujeres que deciden ser madres sustitutas, de usar su cuerpo para lo que ellas consideren adecuado, pudiendo elegir y asumiendo la responsabilidad de sus actos libremente.

Se señala de igual manera, que este problema no está aislado, pues hay otros problemas similares, en donde algunas personas, sobre todo mujeres, en situaciones de dificultad económica deben trabajar en tareas no tan gratas o alquilando su cuerpo para vivir o sobrevivir, muchas se ven obligadas a trabajar de empleadas domésticas, y no por ello es considerada dicha actividad como que alguien está realizando una acción moralmente objetable o está explotando a una mujer necesitada porque le da trabajo como empleada doméstica, pues difícilmente alguna mujer elegiría trabajar de mucama si no necesitara el dinero, probablemente ninguna lo haría o quizás muy pocas. Lo que significaría que no se les podría contratar como empleadas domésticas porque sería inmoral aprovecharse de una necesidad extrema, pero es obvio que no están eligiendo libremente trabajar de mucamas pues no tienen mejores opciones¹⁵⁵.

Alguien podría fácilmente alegar que no es lo mismo trabajar de empleada doméstica que ser madre sustituta y habría que aceptarlo, pero quizás sí la prostitución puede ser un poco más homologable, sin ser equiparable. Se toma entonces este caso, una mujer con graves necesidades económicas decide prostituirse, el usuario o la persona que alquila temporalmente su

¹⁵⁵Beatriz Souto Galván, "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho", revista n.1 (2005): 279.

cuerpo o parte de su cuerpo ¿están explotándola? y ¿es moralmente objetable dicha práctica? Se considera que no.

Se sostiene que tanto en el caso de las empleadas domésticas, las prostitutas y las madres subrogantes seguramente encontraremos muchas mujeres con necesidades o dificultades económicas, sin embargo los motivos que las llevan a esas prácticas suelen ser variados y complejos.

En los tres casos anteriores se tiene en común un factor, que es la supuesta explotación de mujeres con importantes necesidades y carencias que se verían forzadas a realizar actividades que no desearían hacer. Sin embargo *en el primer caso* a las prácticas involucradas en las tareas domésticas nadie las considera como inmorales, *en el segundo caso* a la prostitución, generalmente tampoco hay consensos importantes para verlas como prácticas objetables moralmente. Entonces, por qué se tendría que concederles esta objeción en el tercer caso con la maternidad subrogada; al menos no se podría hacerlo alegando la explotación, las carencias, las dificultades económicas o la falta de posibilidades de elección, porque si no se debería obviamente utilizar el mismo criterio y cuestionar las tres prácticas.

Tercero: El valor de intercambio dado por el dinero en la maternidad subrogada mercantiliza a los seres humanos¹⁵⁶ y un hijo o hija no puede ser un medio para obtener otra cosa.

El valor monetario del intercambio viene relacionado con todos estos riesgos, tiempos, dedicación, controles, cuidados, lucro cesante e implicaciones

¹⁵⁶Mariano Calabuig, Esta práctica es un desprecio a la dignidad de la mujer al producirse un mercadeo con ella. Por eso se llama a este sistema de reproducción como el de vientres de alquiler, http://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-argumentos-favor-y-contra-vientre-alquiler-201603210240_noticia.html.

afectivas del proceso, no hay una mercantilización de seres humanos, sino simplemente costos en todos los sentidos que los interesados deben retribuir de alguna manera a la madre sustituta. Lo que se podría objetar, en algunos casos, son los valores excesivos, pero ese será otro debate.

Cuarto: los hijos deben ser queridos por sí mismos, crear un hijo para darlo sabiendo el destino ya de antemano es objetable.

No debería objetarse la previsión como un factor cuestionable, pues la madre gestante toma en cuenta el futuro bienestar de ese niño que va a entregar al nacer, sino también sería criticable la mujer que quizás un poco más inconscientemente quedó embarazada y dio posteriormente a su hijo en adopción. Conocer el destino al dar un hijo que se portó sabiendo que las personas que se harán cargo de ese niño o niña cuidarán de su bienestar no tiene nada objetable, ya que es una forma de ayudar y generar bienestar a las partes involucradas. Las personas contratantes logran ser padres al tener un hijo, la madre portadora obtiene cierta retribución y en algunos casos cierto placer y satisfacción al ayudar a otras personas y al sentirse embarazada y el niño o niña que nace, encuentra una familia que lo deseó intensamente y no hubiera existido de no haber mediado dicho acuerdo.¹⁵⁷

Quinto: desprenderse de un hijo o hija y de la responsabilidad que implica es moralmente cuestionable.

Una mujer por decidir ser madre sustituta está asumiendo solamente ciertas responsabilidades respecto del hijo que está gestando, los críticos que

¹⁵⁷ La madre gestora desde antes de gestar esta sabedora que ese hijo no le pertenecerá, ni si quiera tendrá un vínculo biológico con él, su tarea será solo darle un recinto donde puede formarse, a cambio de una compensación económica y el respectivo tratamiento médico a cargo de la pareja solicitante, cuando la madre de alquiler no tiene vinculo biológico con el menor estamos en presencia de la maternidad gestacional.

argumentan en contra de la maternidad subrogada no logran ver las diferencias entre las responsabilidades que asume la madre sustituta y las que asume la madre de crianza, ya que ambas son claramente distintas y no son subsumibles a una sola y única categoría de responsabilidades maternas.

Sexto: los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales.

Si se objeta la práctica de la subrogación por las dificultades de aceptación de la sociedad, no habría casi avances ni cambios en ningún área y todo seguiría igual a través de los siglos; ya que es una respuesta psicológica y sociológicamente esperable que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y rechazando lo nuevo, luego suele haber respuestas de tibia aceptación, hasta que se da una asimilación casi completa como fue el caso de la fertilización *in vitro* y muchas otras nuevas tecnologías en el campo de la reproducción asistida.¹⁵⁸

Es innegable que pueden sucederse muchos problemas relacionados con la maternidad subrogada, como en cualquier otra práctica, incluso la forma tradicional de acceder a la paternidad puede traer complicaciones.

Se considera que el problema no está en la práctica en sí misma, sino en que no haya un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas, tanto la mamá subrogante, la o las personas contratantes y el niño o niña fruto de ese acuerdo.

¹⁵⁸Aunque este punto no está totalmente claro, los oponentes de la gestación subrogada afirman que los hijos nacidos por esta técnica sufrirán en un futuro **secuelas sociales**.

Séptimo: es inmoral traer un niño o niña al mundo mediante la maternidad subrogada, habiendo muchos que pueden ser adoptados.

Este último argumento parecería ser un castigo para aquellas personas infértiles o con dificultades reproductivas, el razonamiento implicado sería: “Ustedes que quieren un hijo y no pueden tenerlo deberían tomar la opción de adoptar antes de utilizar otro método para ser padres, porque si no tendrían una conducta inmoral o éticamente reprochable, pero nosotros que no tenemos esas dificultades sí podemos tener hijos en forma natural.

Las personas que quieren ser padres no tienen la obligación moral de pensar en la adopción como primera opción, en todo caso es una decisión libre el hacerlo o no. Asimismo no es justo ni moral establecer un doble estándar para las personas fértiles o aquellas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí tienen problemas para concebir respecto de las formas de traer sus hijos al mundo y el deber moral de adoptar para unos y la exclusión del mismo para otros.¹⁵⁹

¹⁵⁹Ética y profesionalismo, maternidad subrogada o alquiler de úteros.
<http://eticaenlautb.blogspot.com/2012/10/maternidad-subrogada-o-alquiler-de.html>
consultado el día 16 de junio de 2016

CAPÍTULO IV.

EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La forma de regular la maternidad subrogada o gestación por sustitución, según el país, es diferente. Hay formas distintas de abordar tanto su regulación, como legalización y reconocimiento de la filiación de los niños nacidos mediante esta técnica. No hay ninguna ley o norma a nivel mundial, de forma que cada país ha decidido legislar de la manera que más le ha convenido, según sus propias normas. En el ámbito comparado, se ve como en gran parte de los países europeos se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada y en otros lo permiten.

1. Instrumentos internacionales sobre la maternidad subrogada

El derecho a la procreación debe ser entendido como una libertad que reconoce, protege y garantiza la autonomía física y de voluntad de las personas; tiene un aspecto positivo, el que le permite al hombre o a la mujer decidir libremente sobre la decisión de tener o no hijos y el espaciamiento de los mismos, ya sea por la vía natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida y sus mecanismos de realización¹⁶⁰.

El derecho a la reproducción o procreación tiene su fundamento en el valor libertad, en la dignidad de la persona humana, en el reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales, en el derecho que tiene a su desarrollo integral, en el derecho a la intimidad, entendido como el respeto a la vida privada, como la capacidad de la persona a decidir de forma autónoma y sin

¹⁶⁰Gustavo Adolfo Marín Vélez, *El Arrendamiento de Vientre en Colombia*,(Medellín: Universidad de Medellín, 2005), 63 y 64.

interferencia aquello que afecte su vida y su ámbito familiar, en el derecho a fundar una familia¹⁶¹.

En la sociedad internacional, globalizada, intercultural del siglo XXI conviven diversas concepciones, nuevos paradigmas, múltiples modelos de familia: uniones de hecho, familias mono parentales, matrimonios heterosexuales con o sin hijos biológicos, matrimonios homosexuales, matrimonios o parejas con hijos adoptivos, matrimonios poligámicos, matrimonios islámicos, entre otras. Entre esas otras formas de constituir familia se encuentran las que han sido producto de la subrogación como manera de reproducción humana asistida, considerando así el derecho humano individual a procrear. Todas las formas existentes, desde la familia mono parental hasta los matrimonios entre homosexuales conforman una familia.

Así lo reconocen los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos: *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*, reza el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. En igual sentido, se pronuncian el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969, entre los principales¹⁶². Instrumentos que se especificaran a continuación.

¹⁶¹Yolanda Gómez Sánchez, *El Derecho a la Reproducción Humana*, (Madrid: Marcial Pons Universidad Complutense de Madrid, 1994), 40-42.

¹⁶²Luciana Scotti, *El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*, www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf

1.1. Pacto internacional de derechos civiles y políticos

En este instrumento se consagra lo referente a la protección a la familia, específicamente en el artículo 23.1, responsabilizando a la sociedad y al estado de la protección de la misma, el cual literalmente reza así: *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*¹⁶³.

De lo establecido en esta disposición, se puede inferir, que siendo la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad, esta debe ser protegida, independientemente del método utilizado para su constitución; de lo que se puede deducir que la maternidad subrogada como una forma de reproducción merece de igual manera tal asistencia y protección por parte de la sociedad y el Estado mismo.

1.2. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

En el art. 10.1 de este cuerpo normativo dispone, que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo¹⁶⁴.

Esta disposición ha profundizado un poco más, pues se extiende su alcance hasta la asistencia y protección especialmente para su constitución, es decir, que al Estado le debe interesar el bienestar de la familia y su conformación

¹⁶³ Suscrito por El Salvador el 21 de septiembre de 1967 y Ratificado el 23 de Noviembre de 1979.

¹⁶⁴ *Ibíd.*

independientemente cual haya sido el procedimiento necesario para constituir su familia.

1.3. convención americana sobre derechos humanos

Este instrumento internacional dispone en el artículo 17.1 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado¹⁶⁵.

De igual manera esta disposición no contempla límites para su constitución como familia, pero si establece que debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

1.4. Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “protocolo de san salvador”

En el artículo 15.1 del “Protocolo de San Salvador”, se contempla lo relacionado a la protección de la familia y el derecho a la constitución de ésta, y establece *que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material*¹⁶⁶.

Esta disposición, además de retomar a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, que el Estado tiene la obligación de garantizar la mejora moral y material de la familia. Haciendo referencia al tema que ocupa, una vez la familia constituida a través de la maternidad subrogada, merece igual atención y protección por el principio universal de dignidad humana.

¹⁶⁵ Ratificado por El Salvador el 23 de junio de 1978.

¹⁶⁶ Suscrito por El Salvador el 17 de Noviembre de 1988 y Ratificado el 4 de mayo de 1995.

1.5. Declaración universal de derechos humanos

El artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (vigente en El Salvador), el cual sostiene: *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

También la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla la definición del concepto de familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Se puede observar entonces que el común denominador en la definición que estos instrumentos dan del concepto de familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad; consecuentemente se puede dilucidar que la maternidad subrogada o alquiler de vientre, es una forma más de constituir una familia y como tal merece de igual manera protección. De lo anterior inferimos que, la maternidad subrogada, no obstante no estar específicamente contemplada por los instrumentos anteriores; como una forma más de constituir una familia, tiene el mismo derecho a la protección.

La regulación jurídica de los distintos tipos de familia está en proceso de transformación, en permanente evolución, “no sólo porque ellas están cambiando y ahora se reconocen muchas más formas familiares que antes, sino porque el ordenamiento internacional le presta cada vez más atención. Los individuos pertenecemos a núcleos familiares, sean extensos, restringidos, mono parental, de parejas sin hijos, e incluso de una sola persona, que forma una familia digna de ser entendida como tal”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Gladys Acosta Vargas, *Cambios legislativos en la formación y disolución de familias: una mirada de contexto. Familias y políticas públicas en América Latina*, (2005), http://www.eclac.org/dds/noticias/paginas/2/21682/Gladys_Acosta.pdf.

La repercusión de estos nuevos sistemas de procreación es revolucionaria en el derecho civil y de familia, y en la mayor parte de los países incluido el nuestro no encuentra regulación legal por atraso de su orden jurídico o rechazo de este tipo de procreación.

En El Salvador, debido a la falta de regulación en lo atinente a la maternidad subrogada, será necesario establecer si se está frente a un procedimiento terapéutico o si, por el contrario, se trata de un medio alternativo de reproducción. Además, se debe referir al tema de si existe o no un derecho fundamental o libertad de procreación que, como tal derecho fundamental, concebido como derecho absoluto que permite a su titular elegir sin ningún limite el método reproductivo que el crea más conveniente para sus intereses, abre una serie de interrogantes ético-jurídicas, de aceptarse tal planteamiento.

En atención a los Tratados Internacionales suscritos por El Salvador, se plantea la consideración de un derecho a la reproducción humana, que se verá reflejado en el abordaje y regulación de las diferentes formas de reproducción humana asistida, como es el caso de la maternidad subrogada. Es claro que debe llevar al establecimiento de medidas Legislativas, jurídicas administrativas y de salud, que permitan a las personas la posibilidad de procrear hijos o bien podemos decir el ejercicio de un derecho a la procreación.¹⁶⁸

El efecto producido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en la legislación salvadoreña, no produce efectos directos en la legislación civil, pero si en la de familia, pues la protección a la familia la contempla el artículo 3 del Código de Familia como obligación del Estado.

¹⁶⁸Si bien es cierto, los tratado ratificados por el salvador, no contemplan de manera expresa la maternidad subrogada, si lo hace cuando se refiere a la familia sin limitarlas.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al igual que el Pacto estudiado anteriormente, no encuentra en la legislación salvadoreña acogimiento específico para la maternidad subrogada, pero podemos deducir que al establecer que la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad, y más específicamente la protección y asistencia de su constitución, independiente del método necesario utilizado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, no produce ningún efecto concreto en la legislación civil, pero si en la legislación de Familia, pues en lo referente a la protección de la Familia el artículo 3 establece “El Estado está obligado a proteger a la familia, procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico”, y de esta manera retoma el compromiso del Estado de proteger la familia.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. De igual manera a la Convención estudiada anteriormente, este protocolo no encuentra acogimiento en la legislación civil, sino en la de familia, específicamente en los artículos 3 y 6 en lo atinente a la protección y constitución de la familia respectivamente.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de igual manera no encuentra acogida en la legislación civil, debido a que por Decreto numero 677 La Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, considerando que resulta ser una obligación que no puede diferirse, armonizar la legislación interna en materia de familia y de menores, con la contenida en los tratados y convenciones internacionales ratificados.

A fin de evitar la posibilidad de la concurrencia de normas distintas sobre una misma materia, con perjuicio de la seguridad y certeza jurídica. Y en

consecuencia, es el Código de Familia quien paso a adoptar el contenido referente al tema que nos ocupa, aunque lo contemple de forma explícita.

2. Problemas del derecho internacional privado y la maternidad subrogada

El Derecho es parte, es expresión de la Cultura. En efecto, tal como afirma Erik Jayme, “nuestro derecho actual es la reproducción de la cultura contemporánea, de nuestra civilización posmoderna, que se caracteriza por un pluralismo de estilos de vida”.¹⁶⁹

Se vio previamente el surgimiento de una nueva manera de engendrar el vínculo filial, a través de las TRHA (Técnica de Reproducción Humana Asistida), particularmente en el caso que ocupa de la maternidad subrogada, estructurando como causa fuente a la voluntad pro creacional.

Al considerar que “el Derecho Internacional Privado es la rama del Derecho Privado que se ocupa de aquellas relaciones jurídicas extra nacionales bien sea por contener elementos extranjeros a través de los sujetos que la componen, del objeto que las ocupa o de la forma que revisten”¹⁷⁰, se puede analizar que este debe hacerse cargo de nuevas relaciones jurídicas y cuestiones, tal la filiación internacional derivada de la maternidad subrogada.

Es común, hoy en día, verificar la realización de contratos onerosos de maternidad subrogada con total facilidad, a través de internet (ingresando una solicitud online) o a través de agencias por lo que en los países que la aceptan se ha verificado un aumento sensible de casos, involucrando

¹⁶⁹Erik Jayme, “Derecho internacional privado y Cultura pos-moderna”, Vol. 1, revista n. 1, (2010): 60.

¹⁷⁰Liliana Etel Rapallini, *Temática de Derecho Internacional Privado*, 5ª ed. (La Plata: Lex, 1992), 11.

directamente al Derecho Internacional Privado el que pretende dar soluciones eficientes con escasas herramientas.

Se reconoce en la actualidad como un “negocio global”, siendo admitida esta situación inclusive por la Conferencia de La Haya. Durante el proceso de consultas que se realizó en el 2001 sobre el trabajo futuro de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.”¹⁷¹

Sin embargo, no hubo Estados interesados en incorporar el tema hasta el 2009-2010 en que varios Estados expusieron su preocupación por el importante aumento de acuerdos de maternidad subrogada que se presentaban ante sus autoridades y la complejidad jurídica de los mismos.

Se plantearon discusiones y como resultado de las mismas la Oficina Permanente¹⁷² fue invitada a ocuparse del tema y a “brindar una breve nota preliminar al Consejo de 2011 sobre cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatus de los niños (excepto la adopción) y en particular sobre el reconocimiento de la filiación”¹⁷³.

Con respecto a la maternidad subrogada el Consejo “tomó nota de la complejidad de las cuestiones de derecho internacional privado derivadas del aumento de acuerdos transfronterizos de maternidad subrogada” y acordó

¹⁷¹ “Observaciones relativas a la Estrategia de la Conferencia de la Haya, Observaciones realizadas por otras organizaciones internacionales y observaciones realizadas a nivel personal en respuesta a la carta del Secretario General del 30/31 de julio de 2001”- Doc. Prel. Nº 20 a la atención de la Décimo Novena Sesión,<http://docplayer.es/4597049-Maternidad-subrogada-su-reconocimiento-extraterritorial-un-nuevo-paradigma.html>.

¹⁷² La Oficina Permanente es la Secretaría de la Conferencia de La Haya. Su función principal consiste en la preparación y la organización de las Sesiones Plenarias y las Comisiones Especiales. Los miembros de la Oficina Permanente deben ser de diferentes nacionalidades.

¹⁷³ *Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya (7-9 de abril de 2010)*,http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI_VOL._LXII_1_2010/09_Derecho_internacional_privado_digital.pdf.

que las cuestiones de derecho internacional privado relativas a acuerdos de maternidad subrogada debían seguir siendo revisadas por la Oficina Permanente.

En la reunión de la Comisión Especial de junio de 2010 se discutió la interacción entre los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional y el Convenio de 1993. En sus conclusiones se expresó el reconocimiento por el aumento de casos de maternidad subrogada internacional y su preocupación por la incertidumbre que rodea al estatus de los niños nacidos¹⁷⁴ como resultado de estos acuerdos. El Documento Preliminar N° 11 llevó a la Conferencia el mandato de: “intensificar el trabajo en el área, con énfasis en la amplitud de aspectos que surgen de los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional”. Durante el próximo año, la Oficina Permanente debería continuar reuniendo información sobre las necesidades prácticas en esta materia, desarrollos comparados en derecho interno e internacional privado y las perspectivas de llegar a un consenso para una aproximación global.

La Oficina Permanente debería consultar también a juristas, profesionales de la salud y otros profesionales relevantes acerca de la naturaleza e incidencia de los problemas que están ocurriendo en esta área”¹⁷⁵En la actualidad se mantiene en agenda para tratamiento futuro.

Considera la Dra. Rapallini Liliana “que el caso internacional es tangible pero que no sobreabunda inferir que los países permisivos de la maternidad

¹⁷⁴*Jornadas ASADIP 2011 – San José de Costa Rica, 24 al 25 de noviembre de 2011 – Anexo 2 Acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional*, http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem_SUBROGADA_SOFIA_TELLO.pdf

¹⁷⁵*Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya (5-7 de abril de 2011)*, <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff.concl2011.pdf>.

subrogada conviven con cierta hostilidad con los no permisivos. Opinando la autora que la colisión entre ordenamientos hace su aparición al intentar trasladar la filiación y su inscripción, como así también la obtención de nacionalidad, de uno hacia otro”.¹⁷⁶

Fundamentalmente, hay tres cuestiones propias del Derecho Internacional Privado que se hallan involucradas: a) Jurisdicción Competente internacional. b) Determinación del derecho aplicable a la relación jurídica c) Reconocimiento y ejecución de sentencias.¹⁷⁷

2.1. Jurisdicción competente internacional

Resulta difícil controvertir, dado el actual estado del arte, que la jurisdicción competente es uno de los grandes aspectos que hacen al objeto del Derecho Internacional Privado. No sólo porque lógicamente los jueces deben entender en los casos que les corresponden en razón de su competencia, sino también y como se adelantó anteriormente, en razón de que es el juez ante quien se insta la acción (y que si es competente deberá juzgar en el caso) el que buscará en su ordenamiento jurídico la norma de conflicto aplicable a la relación jurídica en cuestión. También será la *lex fori* la que imponga las normas de procedimiento bajo las que tramitará dicha acción, y los principios del foro los que habrán de respetarse de acuerdo a la excepción de la

¹⁷⁶Liliana Etel Rapallini, *La Maternidad Subrogada en el Derecho Internacional Privado Argentino y Reconocimiento Filiatorio*, (La Plata: Editorial del Colegio de Abogados de la Plata, 2012), 8.

¹⁷⁷ Son pocos los ordenamientos que exigen una intervención judicial para la consagración del vínculo, generalmente, los jueces efectúan una supervisión con el fin de conducir el embarazo hasta el parto de acuerdo a las pautas establecidas en el ordenamiento local, algunos homologándolas. En consecuencia, estamos ante documentos públicos, partidas de nacimiento. Por ello tal como afirma Santos Belandro, ello conduce a resolver esta cuestión sobre dos planos: respecto al reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales en primer lugar; y en segundo término, la circulación internacional de los documentos extranjeros.

aplicación extraterritorial del derecho extranjero que es el orden público internacional.

Las acciones relativas a la determinación de impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor.

En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento. En suma, se entiende que sería más claro establecer como puntos de conexión alternativos, tanto para la reclamación de la filiación como para su impugnación: el domicilio del demandado, el del actor, y también la residencia habitual del menor (que siendo el centro de la relación jurídica no se ha contemplado en este punto).

No obstante, en materia de reconocimiento tan frecuente en el tema que ocupa sí acierta el Proyecto con el que se alcanzarían más resultados. Nuevamente ofrece puntos de conexión alternativos, pero ahora enunciándolos con claridad y centrándose en el hijo: además del domicilio de quien pretende el reconocimiento, se prevé el domicilio de aquél y el lugar de su nacimiento. Se trata de una plausible apertura de foros razonablemente vinculados a la relación jurídica en juego. En principio ante la carencia de jueces internacionales la competencia recae en jueces nacionales. Como se mencionó anteriormente sería necesaria la existencia de normas biojurídicas¹⁷⁸ para la resolución de los casos, pero éste es un derecho

¹⁷⁸La Biojurídica, tiene por objeto el fundamento y pertinencia de las normas jurídicas positivas, para adecuarlas a los valores de la Bioética, estudia el contenido moral y ético de las leyes, ya que la moral es parte fundamental de las normas jurídicas y está contenida en el Derecho, en la legalización, despenalización o prohibición de diferentes actividades.

todavía en construcción. La norma de competencia judicial internacional contiene:

Primero, un supuesto de hecho, tipo legal, relación jurídica o cuestión litigiosa, donde se defina la materia, que en opinión de Campillo Beatriz en este caso puede variar, generalmente el conflicto es por filiación, sucesiones o contrato.

Segundo, un factor o punto de conexión, que es el elemento que permite la remisión a otro ordenamiento jurídico y, por ende, la aplicación del derecho extranjero; es el enlace o nexo entre la Relación Jurídica Internacional y el derecho llamado a regirla. Este factor de conexión puede ser personal, territorial, contractual, etc. En cuanto a la maternidad subrogada habrá que analizar el punto a resolver, porque todos los puntos mencionados tienen relación con el fenómeno.

Tercero, una consecuencia jurídica o “lo conectado” o “solución legal” consistiendo en la búsqueda de juez competente o de ley aplicable.

En opinión de Campillo, Beatriz, si se plantea un conflicto de jurisdicción (dos jueces competentes) sería recomendable escoger el foro en el que se pueda ejercer la coacción de las personas y los casos. O en el caso negativo (cuando ningún juez resulta competente) es menester acudir al DIH (Derecho Internacional Humanitario) para que se permita la competencia del juez donde se puede hacer la coacción. Los casos de litispendencia¹⁷⁹ con

¹⁷⁹Es una expresión que se traduce como “litigio pendiente”, utilizada en Derecho para señalar que existe *un juicio pendiente*, entre las mismas partes y sobre una misma materia. Es un efecto procesal que se genera tras la presentación de una demanda, en contra del demandante, que le impide iniciar un nuevo juicio contra el demandado, sobre la misma materia, pues en dicha situación el último tiene la posibilidad de oponerse alegando tal situación: utilizándola como una excepción procesal. Con ello se pretende evitar el dictado.

sentencias contradictorias que no se puedan solucionar con *exequatur* se resolverán también acudiendo a Derechos Humanos.

Es muy común, dado que las contrataciones sobre maternidad subrogada, se realizan con suma facilidad, con carencia de regulación, a través de internet o por medio de agencias, como ya mencionáramos, en los que las partes pueden elegir de acuerdo a sus conveniencias, que pueda darse el fenómeno del “*fórum shopping*”¹⁸⁰, intentando elegir las partes al juez según convenga a sus intereses.

En este caso se ha propuesto como solución la *prorrogatio fori* o sumisión a una jurisdicción, que debe ser expresada en el contrato. Pero dado la nulidad de estos contratos en algunos países, se plantean serios inconvenientes. Otro mecanismo de evitar el *fórum shopping* es a través del *Forum non conveniens* lo que es el nombre con el cual se ha denominado a la doctrina que permite a una corte declinar su competencia por considerar que los intereses de las partes y la justicia estarían mejor atendidos si la controversia se decidiera en otro foro¹⁸¹, siendo necesario aquí que el juez demuestre enfáticamente que el foro resulta inconveniente para las partes¹⁸².

¹⁸⁰ Práctica de los abogados de plantear la solución de sus controversias internacionales ante el tribunal que competa y que, a tenor de la ley aplicable, dará la respuesta jurídica más favorable a sus intereses, la cual usan cuando se les presente mejor a sus intereses aludiendo que tendrán mejores resultados. Se sostiene además que es búsqueda de un foro de conveniencia parece la mejor traducción para esta práctica, surgida en los EE.UU., que consiste en la elección del foro o jurisdicción más favorable para el interesado. El término se usa ampliamente en inglés en textos jurídicos españoles, pero, según Fernando Hervás, la traducción propuesta puede inferirse de lo expuesto a propósito del *exequatur* en España en un manual de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alcalá de Henares. El uso de esta traducción por los especialistas contribuirá, sin duda, a reducir la opacidad de la expresión inglesa para los no iniciados.

¹⁸¹ Eugenia González Rivas, *La doctrina del forum non convenien*, Traducciones hechas por la autora, 6ª ed. (Minnesota: 1990), 655.

¹⁸² Beatriz Eugenia Campillo Vélez. *La Maternidad de alquiler en el Derecho Internacional Privado, Ciencias políticas, bioética y Derecho*, <http://beatrizcampillo.blogspot.com.ar>.

2.2. Determinación del derecho aplicable a la relación jurídica

Para determinar el derecho aplicable podemos acoger: el derecho del foro o derecho extranjero. Frente a la maternidad subrogada hay autores que consideran que negarse a aplicar el Derecho Extranjero es excluirse de la comunidad internacional.

En opinión de la Dra. Rapallini cabe preguntarse si la problemática redundante en determinar el derecho aplicable, en su inserción dentro de la cooperación jurídica civil internacional o en la creación de fuente convencional internacional. Asimismo, considera la citada que las normas de Derecho Internacional Privado, que integran un ordenamiento nacional determinado y que opera como receptor del nacimiento ya consumado, pueden otorgar diferentes respuestas, pero en las mismas se reiteraría la bifurcación y a su vez, paralelismo.¹⁸³

Pueden darse distintos supuestos: Primero, que el país permita la maternidad subrogada en cuyo caso tiene normas al respecto en su ordenamiento por lo que tratará la filiación adquirida en el extranjero en idéntica forma, con los mismos efectos; segundo, que el país la admita, pero limitándola; tercero, que el país carezca de normativa al respecto, y allí se nos plantea determinar ¿qué elemento se considera relevante, personal, contractual, criterio flexible? Y si se considera que se está hablando de una práctica que involucra a una vida humana se debería abandonar la rigidez de algunos criterios para determinar la norma aplicable adoptando un criterio flexible favorable a los intereses del menor; y Cuarto, que el país prohíba la maternidad subrogada: Caso en el que se plantearía la excepción de Orden Público Internacional.

¹⁸³Rapallini, *La Maternidad Subrogada*, 8 (Véase cap.4, n.170)

Al respecto se ha planteado que: “la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial; afecta además, a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida y no como fines en sí mismos; generaría un “derecho al niño”, como si fuera una cosa; la gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres.

Todo esto vendría a ser un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por sustitución generalmente recibe una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como “bancos” de materiales genéticos, al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables, y al esposo de la mujer gestante. Se saldría del derecho de las personas para ingresar al derecho de los contratos, o al de los bienes.”¹⁸⁴

2.3. Reconocimiento y ejecución de sentencias

La gestación por sustitución constituye una técnica de reproducción humana asistida que suscita encontrados y entonados debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos¹⁸⁵. Esta técnica no sólo plantea

¹⁸⁴ Santos Belandro, *La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 25 de noviembre de 2011. <http://www.academia.edu/5194699/El-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas>

¹⁸⁵ Cristina. Campiglio, “Las diversas técnicas médicas para una gestación por sustitución”, revista n.3 (2014): 481-516.

interrogantes jurídicos en sí misma, sino que cuestiona, el verdadero concepto de “familia” desde el punto de vista social, moral y legal. No se trata de un conjunto nuevo de problemas, pues ya desde hace décadas estos casos eran conocidos. Y también ya desde hace años la doctrina ha reflexionado sobre los aspectos legales de la gestación por sustitución¹⁸⁶.

Sin embargo, en fechas recientes se han multiplicado las opiniones y los estudios de todo tipo sobre esta técnica con ocasión de diversos casos que han sido resueltos por tribunales y órganos registrales españoles, extranjeros e internacionales.

Desde una óptica del Derecho civil son innumerables las propuestas que han tenido lugar sobre la cuestión desde hace unos años. Ciertos autores coinciden con el criterio legal vigente en el Derecho español, que, como es ampliamente sabido, indica que estos contratos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)¹⁸⁷ y que el nacido como consecuencia de estos contratos de gestación por sustitución es “hijo” de la mujer que da a luz (art. 10.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Estos especialistas no ven razón alguna para cambiar el criterio legal vigente en España. Aluden al hecho de que, desde su punto de vista, la prohibición debe permanecer para evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas, así como la explotación de la mujer gestante.¹⁸⁸

¹⁸⁶José Manuel. Martínez-Pereda Rodríguez y Juan Miguel Massigoge Benegiu, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, (Madrid: 1994), 61-65.

¹⁸⁷*Boletín Oficial de Estado Español* núm. 126 de 27 mayo 2006, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292.

¹⁸⁸ Miguel Sáez-Santurtún Prieto, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, 15 abril 2014, sección Tribuna.

Otros especialistas entienden, por el contrario, que dicha prohibición ha quedado desfasada por la realidad social y que, en consecuencia, debe ser derogada y superada. En esta línea, son numerosos los expertos de Derecho civil que afirman que la Ley española debe admitir la gestación por sustitución, al menos en ciertos casos. En suma, estos especialistas han puesto de relieve que el Derecho español, así como muchos otros estados que no reconocen dicho tratamiento debería admitir la celebración y ejecución de estos contratos, así como la filiación de los nacidos en relación con los comitentes y no con la madre que da a luz¹⁸⁹. Claro que a partir de aquí se abre la caja de Pandora y la doctrina civilista, con la mejor de las intenciones, entra con gran frecuencia en auténticos ejercicios de “legeferendismo”, esto es, la formulación de consejos dirigidos al legislador en los que se le dice a éste “qué es lo que tiene que hacer”. Desde la perspectiva del DIPr. El análisis de las cuestiones que plantea la gestación por sustitución suscita tres reflexiones preliminares, bien remarcadas por L. Brunet¹⁹⁰.

En primer término, debe ponerse de relieve que los conflictos de Leyes son muy acusados en esta materia, Se observan, en efecto, indica E. Lamm, unas muy profundas divergencias de regulación legal de Estado a Estado¹⁹¹. En efecto, estas diferencias regulativas se aprecian de manera muy significativa en el campo del Derecho privado y en relación, en concreto, con dos cuestiones de capital importancia: (i) la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución y (ii) la licitud de los contratos de gestación por sustitución. Además, existen Estados plurilegislativos que cuentan con

¹⁸⁹ Albert Márquez, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, Diario La Ley, 22 mayo 2012, sección Doctrina.

¹⁹⁰ Lurence Brunet, “La globalización internacional de la gestación por sustitución”, revista n.28 (2012): 199-205.

¹⁹¹ Eleonora Lamm, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, revista n.2 (2012): 1-49.

normativas de signo diverso y contrario sobre la cuestión, como es el caso de los EE.UU. Por otra parte, precisa H. Fulchiron, la diversidad de legislaciones es muy acusada incluso entre los países miembros del Consejo de Europa y entre los Estados miembros de la UE. En suma, desde el punto de vista de las tendencias regulatorias, pueden distinguirse, con A. Durán Ayago y L. Álvarez de Toledo, dos grupos de Estados¹⁹².

Un primer grupo de Estados consideran, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, que los nacidos en virtud de estas técnicas deben ser considerados “hijos” de los comitentes (sujetos que encargan la gestación por sustitución) y que, en general, estos contratos de gestación por sustitución son válidos y obligan a las partes. En este primer grupo de Estados pueden incluirse Rusia (arts. 51-52 Código de Familia y art. 16 Ley del Estado civil), el Reino Unido (Human Fertilisation and Embryology Act 1990), Escocia, Estado de California, Arkansas, North Dakota, Virginia, Nevada, Grecia (Ley de 19 diciembre 2002), Ucrania (art. 123 Código de Familia), Tailandia, India, Nueva Zelanda, Israel, Sudáfrica, etc. Debe aclararse que en la legislación británica no se admite directamente la filiación del nacido en relación con los comitentes, sino que la Ley permite una “transferencia de paternidad” en favor de tales sujetos una vez producido el nacimiento.

Un segundo grupo de Estados entienden que el nacido es, ante la Ley, hijo, exclusivamente, de la mujer que da a luz y no de los comitentes y que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y carecen de efecto legal alguno. En este grupo de Estados, se encuentran, entre otros muchos países, Alemania, Noruega, Bulgaria, Portugal, China, Italia, Francia,

¹⁹² Antonia Durán Ayago, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *revistan.3* (2012): 265-308.

Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía y, como se ha indicado, España¹⁹³.

En efecto, el art. 10.1 Ley 14/2006¹⁹⁴, de 26 de mayo, en España sobre técnicas de reproducción humana asistida indica que la “madre” de los nacidos será la mujer que da a luz al hijo, no la que contrata a dicha mujer que da a luz, pues “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (art. 10.2 Ley 14/2006). El art. 10.1 de la misma ley establece que será “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Otros Estados carecen de toda legislación al respecto como es el caso de El Salvador, pero ante dicho silencio legal, la práctica se muestra contraria a los efectos legales de estos contratos y a la filiación de estos nacidos en relación con los comitentes o pareja solicitante.

En segundo término, debe ponerse de relieve que la diferente regulación jurídica de la gestación por sustitución en los distintos Estados provoca, de manera inevitable, que las prácticas de estas técnicas de reproducción humana se internacionalicen.¹⁹⁵

¹⁹³ Luciana Scotti, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, 267-289, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

¹⁹⁴ Publicada en el boletín especial de Estado num.126 del 27 de julio del 2006, Entro en vigor el 28 de mayo del 2006, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292.

¹⁹⁵El término internacionalizar la maternidad subrogada supone aquellos casos donde las personas que residen habitualmente en países con legislaciones restrictivas al respecto tienden a acudir a países con legislaciones más abiertas sobre el particular tema, donde les permitan hacer uso del método y luego realizar el trámite que se les pida en sus países de origen para reconocer la sentencia dada en el país donde se realizó el tratamiento de la maternidad subrogada.

La gestación por sustitución es casi siempre “internacional”. Por ello, debe aclararse que no es apropiado enfocar el estudio y análisis de la gestación por sustitución en los casos internacionales desde las normas de Derecho Civil local. Más bien al contrario, debe seguirse una óptica estricta de Derecho internacional privado que arranca de las normas legales de Derecho internacional privado aplicables en el Estado local, ya sean normas de Derecho internacional o normas de Derecho local. La proyección y aplicación directa, a los casos internacionales, de la legislación civil española por ejemplo sobre gestación por sustitución resulta completamente impropio y constituye un error metodológico de envergadura que debe evitarse del modo más radical si no se quieren alcanzar conclusiones equivocadas.

En tercer lugar, el campo de estudio del Derecho internacional privado debe ceñirse, naturalmente, a los supuestos internacionales de gestación por sustitución “casos con elementos extranjeros”. En general, los casos más frecuentes son los que se verifican cuando numerosos ciudadanos con residencia habitual en un Estado, cuya legislación es restrictiva sobre el particular se trasladan a países con legislaciones que admiten la gestación por sustitución y que consideran que el menor nacido tras estas técnicas es, legalmente, “hijo” de los comitentes, sea de quien sea el material genético aportado. En tales Estados, los comitentes contratan a la “madre sustituta” o “mujer gestante” y allí nace el hijo. Es frecuente también que regresen a su estado de origen con el menor y con documentación oficial extranjera, registral o judicial, que indica que dicho menor es, en efecto, “hijo” de las personas que contrataron a la madre sustituta. Las aportaciones de la doctrina española sobre los aspectos problemáticos de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado son ya muy abundantes¹⁹⁶.

¹⁹⁶Márquez, “Los contratos de gestación”, 8-13 (véase cap.4, n.189)

También deben tenerse presentes las obras y los estudios, ya absolutamente inabarcables, que la doctrina española de Derecho civil ha dedicado estas cuestiones¹⁹⁷. Y las contribuciones en otros países son extraordinariamente cuantiosas, lo que da una idea de la envergadura de estos fenómenos y de su repercusión teórica y práctica.

En El Salvador una de las formas que se utilizaría para hacer valer una sentencia de este tipo dictada en el extranjero sería a través de la figura del exequatur o auto de pareatis esta es una fórmula jurídica que responde a la necesidad de dar seguridad jurídica a los derechos, reconocidos procesalmente por autoridad jurisdiccional en un país diferente al nuestro.

Ocurre que la ley, tanto la sustantiva, como la adjetiva, tienen un carácter territorial, que le es otorgado en virtud de la soberanía de las naciones. Por eso, las resoluciones dictadas por los jueces están limitadas a las fronteras del país en que han sido pronunciadas.

En términos sencillos, se tiene una sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada y un principio universal llamado Non bis in ídem y se necesita que la aludida sentencia, sea aplicada en un país diferente a aquel en que fue pronunciada, pero sus efectos legales se han quedado limitados allá, en su país de origen.

Es entonces que surge la necesidad de solicitar a la autoridad competente, permiso para darle vida legal a esa resolución, como si hubiese sido pronunciada por un tribunal acreditado en El Salvador. Se trata de una solicitud de EXEQUATUR, y la autoridad a quien va dirigida es la Corte

¹⁹⁷ Roncesvalles Barber Cárcamo, "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España", *Crítica de Derecho inmobiliario*, revista n. 739, (2013): 2905-2950.

Suprema de Justicia, en pleno, según el Art. 182 No 4 de la Constitución de la República. Art. 182.- Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

4ª. Conceder, conforme a la ley y cuando fuere necesario, el permiso para la ejecución de sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros.

Ahora bien, las sentencias pronunciadas en países extranjeros tienen en El Salvador la fuerza que a ese efecto establecen los tratados respectivos. Entonces, se tiene un reconocimiento constitucional, que le da validez al auto de pareatis, regulación en la legislación internacional y remisión en la legislación secundaria. Por lógica debe haber alguien interesado en que la sentencia extranjera sea aplicada en El Salvador, usualmente se tratará de alguien que ha sido parte en el litigio y no será extraño que precisamente sea quien resultó victorioso por la sentencia a aplicar.

Dentro de los requisitos, de forma y de fondo, para que la solicitud de EXEQUATUR¹⁹⁸ sea admisible, están: La presentación de documentos originales y, además, una copia adicional.

2.3.1. Exequátur en el código procesal civil y mercantil

El Art. 28 numeral 1 del Código Procesal Civil y mercantil le atribuye exclusivamente a la Sala de lo Civil, el conocimiento de Los procesos de exequátur.

¹⁹⁸Es un procedimiento jurídico internacional por el cual un Estado solicita a otro Estado el reconocimiento, la ejecución u homologación de una sentencia que se dictó en el Estado requirente a efectos de asegurar la eficacia extraterritorial de la misma. Es decir, se procura la ejecución de la sentencia en virtud a los principios de seguridad jurídica, mutua cooperación y reciprocidad internacional, y en caso de existir, a los Tratados y Convenios Internacionales como fuente directa del Derecho Internacional Privado, cuya aplicación es obligatoria cuando un Estado es parte de dicho tratado o lo ha suscrito y facultativa cuando no es parte del tratado.

En el Libro Quinto del mismo cuerpo normativo habla de la Ejecución Forzosa¹⁹⁹, donde podemos ver que las resoluciones judiciales extranjeras que ponen fin a un proceso, si son reconocidos en El Salvador, también son títulos de ejecución esto según el artículo 555 CPCM.

Cuando no hubiere tratados o normas internacionales aplicables al reconocimiento de un título extranjero como título de ejecución en El Salvador, dicho reconocimiento se podrá producir si concurren al menos los siguientes requisitos: que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada²⁰⁰ en el Estado en que se ha pronunciado, emane del tribunal competente según las normas salvadoreñas de jurisdicción internacional, que la parte demandada, contra la que se pretende realizar la ejecución, hubiese sido legalmente emplazada, aunque fuera declarada rebelde, siempre que se le hubiera garantizado la posibilidad de ejercer su defensa y que se le hubiese notificado legalmente la resolución que la sentencia reúna los elementos necesarios para ser considerada como tal en el lugar donde se dictó, así como las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional, que la sentencia no afecte los principios constitucionales o de orden público del derecho salvadoreño, y que el cumplimiento de la obligación que contenga sea lícito en El Salvador, que no exista en El Salvador un proceso en trámite, ni una sentencia ejecutoriada por un tribunal salvadoreño que produzca cosa juzgada.

¹⁹⁹Se da en aquel supuesto en el cual el obligado se niega a no cumple voluntariamente la prestación, de modo que el que resulta beneficiado por la resolución, se ve obligado a acudir al órgano jurisdiccional para que actúe coactivamente, realizando los requerimientos necesarios o incluso si es preciso, empleando el auxilio de la fuerza pública.

²⁰⁰La cosa juzgada es una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

El artículo 556 del mismo cuerpo normativo menciona que quién tiene competencia para el reconocimiento de las sentencias, otras resoluciones judiciales y laudos arbitrales procedentes del extranjero es competente SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.²⁰¹

El reconocimiento deberá ser pedido por la parte a la que le interese sin la comparecencia por medio de procurador, no obstante, en relación con el Art. 67 (CPCM), que literalmente impone lo contrario en todos los procesos civiles y mercantiles, sin distinciones, cuando dice que: “En los procesos civiles y mercantiles será preceptiva la comparecencia por medio de procurador, nombramiento que habrá de recaer en un abogado de la República, sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso.” La solicitud, se tiene que dar audiencia a la parte contraria, emplazándola ante la Corte, para que pueda formular alegaciones sobre los requisitos, así también se permite aportar pruebas, en cuyo caso, se abrirá un plazo probatorio, Cuando no se hubieran formulado alegaciones, o no se practicare prueba, la Corte dictará sentencia haciendo reconocimiento de la resolución extranjera y otorgándole plenos efectos, o denegando dicho reconocimiento, con devolución de la ejecutoria a quien hubiera promovido el procedimiento, si se hubiera propuesto prueba útil y pertinente, se ordenará su práctica en audiencia, que deberá celebrarse en un plazo que no pase de veinte días, y concluida la cual se dictará sentencia en los términos del inciso anterior, Contra las sentencias de la Corte no procederá recurso alguno. Y probablemente, lo más importante, que la Sala de lo Civil, debe resolver, dentro del plazo de diez días según Art. 558 Inc. 3 CPCM.

²⁰¹ Esta es una reforma que puso en armonía al Art. 557 con el Art. 28 del Código Procesal Civil y Mercantil, ya que, al momento de entrar en vigencia, dicho código, el citado artículo 557 otorgaba la competencia a la Corte Suprema de Justicia, tal y como sucedía en el viejo código de procedimientos civiles.

3. Derecho comparado

El Derecho es expresión de la Cultura. El contacto entre culturas diversas genera el contacto entre ordenamientos jurídicos que responden a valores, principios, religiones diferentes. En tanto la finalidad principal del Derecho Internacional Privado del siglo XXI es la protección de la persona humana y la solución de los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural, en respeto de la diversidad y de la identidad cultural de los individuos, el rol de esta disciplina es central en el mundo globalizado, multicultural, posmoderno, en el que vivimos.²⁰²

En este punto se describirá el tratamiento que se le ha dado a la maternidad subrogada en el derecho comparado, dicha descripción tiene como objetivo dar al lector una panorámica general del tratamiento de la maternidad subrogada en distintos ordenamientos jurídicos. El derecho comparado muestra que existen distintas posturas para abordar la problemática que trae consigo la maternidad subrogada.²⁰³

No hay ninguna ley o norma a nivel mundial, de forma que cada país ha decidido legislar de la manera que más le ha convenido, según sus propias normas. En el ámbito comparado, se ve como en gran parte de los países prohíbe la práctica de la maternidad subrogada (Alemania, Austria, España, Francia Italia Suiza, Colombia, Costa Rica, Dinamarca y Uruguay, entre otros).²⁰⁴

²⁰² Rapallini, *La Maternidad Subrogada*, 23 (Véase cap.4, n.170)

²⁰³ Carol Andrea Rail Pacheco, "Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional chileno", (Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, (2010), 8.

²⁰⁴ Elena Molina Martínez, "la maternidad subrogada en derecho internacional privado español", revista n.7 (2014): 16-17.

3.1. Países que permiten la maternidad subrogada

Entre los pocos países que permiten la maternidad subrogada, aunque varios de ellos con ciertas limitaciones o condiciones, se pueden mencionar a Brasil, Chile, Grecia, India, Israel, Italia, Reino Unido, Rusia, Ucrania, entre otros.²⁰⁵

Hoy, la tendencia en el derecho comparado es hacia la regulación y la flexibilización. Como se pudo advertir, muchos ordenamientos están regulando esta figura para dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente y, consecuentemente, el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. Muchos de esos Estados han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años: por ejemplo, Australia (ACT (2004)), Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008), Canadá (Alberta (2010)), Columbia Británica (2011, aún no en vigor), Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (la ley entró en vigor en 2010).

Además, muchas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando: tal es el caso de Rusia, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil o España.

La tendencia a nivel mundial, debido a los avances tecnológicos y de la ciencia médica y en específico alquiler de vientre asido en caminado a su regulación, por ser una realidad actual y por la importancia misma del tema cuando se está enfrente al interés superior de un menor. A continuación, se analizará la situación jurídica en la que se encuentra el contrato de alquiler de vientre en cuatro países: Estados Unidos, Argentina, España y México;

²⁰⁵Eli Rodríguez Martínez, "Los Contratos Internacionales sobre Maternidad subrogada, Un vistazo rápido al Derecho Comparado", Revista México Derecho, revista n.4 (2005): 151-154.

con el fin de ilustrar cual es el tratamiento que recibe en estos países y la problemática como generadora de su regulación.

3.2. Estados Unidos

En EE. UU, cómo es un país federal compuesto por numerosos Estados, cada estado tiene su propio gobierno, y, por tanto, estos van a tener el poder de legislar bajo su propia normativa, es por ello que, el que un contrato de gestación por sustitución sea válido va a depender del Estado en el que te encuentres de EEUU.

En aquellos Estados donde la legislación permite y regula este método, se pueden firmar contratos y solicitar que sean nombrados padres biológicos los propios en el certificado del nacido, de esta manera, la mamá gestante tiene ausencia de derechos sobre el nacido. Por otro lado, hay numerosos Estados de los EE. UU en los que al igual que en otros países europeos, el contrato de maternidad subrogada está prohibido, por tanto, es inválido.

Dicho esto, se puede ver cómo no hay una legislación expresa y global en todos los Estados, la cual permita el desarrollo de la maternidad subrogada, y como consecuencia de ello, hay una tendencia permisiva a realizar la misma. En EE. UU, se puede decir que el fundamento de derecho que respalda la realización de esta técnica es la libertad de privacidad y el derecho a la procreación, y estos fundamentos se pueden llevar a cabo por medio de la reproducción asistida, para así conseguir la formación de una familia.²⁰⁶

Éste es uno de los países más permisivos en cuanto a la procedencia de la maternidad subrogada, sin embargo, no todos sus Estados lo permiten,

²⁰⁶Martínez, “la maternidad subrogada”, 17 (véase cap.4, n.204)

prohibiéndose expresamente en Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México y Nueva York.

California es considerado el Estado más liberal en esta materia, donde las parejas pueden recurrir a la maternidad subrogada a través de una agencia o de forma particular.

Muchas parejas de diversas partes del mundo, viajan hasta California para celebrar un pacto de subrogación de maternidad, cuando la legislación de su propio país se los prohíbe o bien no lo regulan.

Esta situación se ha denominado “el turismo procreativo.²⁰⁷”, ya que en este Estado se brinda la seguridad jurídica necesaria para la celebración de un contrato de maternidad subrogada, al regularse los efectos del mismo, ya sea, respecto a la determinación de la filiación del hijo nacido mediante esta técnica de reproducción asistida o bien frente al incumplimiento del contrato, más allá de los efectos que el pacto tendrá en el país de origen de las partes que lo celebran.²⁰⁸

3.2.1. Jurisprudencia

Los Tribunales de Nueva York también han reconocido la maternidad en los casos de gestación por sustitución sin necesidad de requerir un proceso de adopción (véase *Doe v New York City Bd. of Health*, 5 Misc 3d 424; *Arredondo v Nodelman*, 163 Misc 2d 757). Véase lo resuelto recientemente

²⁰⁷ Este nuevo término puede definirse como: el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las Técnicas de Reproducción Asistida. De forma más exacta sería; el fenómeno que se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de técnicas de reproducción asistida desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla. La expresión “turismo reproductivo” resulta, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer.

²⁰⁸Pacheco, “Procedencia de la maternidad”, 1 (véase cap.4, n.203)

por la Supreme Court of the State of New York, Appellate Division: Second Judicial Department in the case *T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health*, de 9 de agosto de 2011 (D32071 Y/kmb, 6557/09), que consideró que se debía reconocer la maternidad de la comitente sin necesidad de acudir a la adopción, y que tiene la autoridad para emitir una orden de la filiación materna. Que la discriminación entre las exigencias de una orden materna y paterna de filiación después del nacimiento no está justificada, y que la validez del contrato de gestación por sustitución es irrelevante para la cuestión de la orden de filiación.²⁰⁹.

3.3. Argentina

Los diferentes proyectos de ley existentes demuestran que la necesidad de su regulación ya ha sido advertida.

Sin perjuicio de la gran cantidad de proyectos de ley para regular las TRA, actualmente en el congreso existen cuatro proyectos de ley que expresamente procuran regular la gestación por sustitución. Tres la admiten y procuran su regulación, aunque con distintos requisitos (núm. de Expediente: 4098-D-2011. Trámite Parlamentario: 112 (17/08/2011); núm. de Expediente: 5201-D-2011. Trámite Parlamentario: 159 (25/10/2011); núm. de Expediente: 5441-D-2011. Trámite Parlamentario: 169 (08/11/2011)); y un cuarto la prohíbe y declara su nulidad, núm. de Expediente: 0138-D-2007 (Trámite Parlamentario: 002 (02/03/2007)).

Además, aunque Argentina carezca de ley que regule la gestación por sustitución, en la práctica esta se realiza, aunque mediante varios

²⁰⁹Eleonora Lamm, “Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina: Gestación por sustitución Realidad y Derecho”, el análisis del derecho, revista n.3 (2012): 20.

subterfugios como la impugnación de la maternidad o el reconocimiento por parte del marido que brinda sus gametos y por lo tanto, esta persona no incurriría en un reconocimiento complaciente al ser, efectivamente, el padre biológico y procediendo después su esposa a solicitar la adopción de integración.

Si la gestante es soltera se la implanta o insemina con semen del comitente. Nacido el niño, el comitente lo reconoce. Tiempo más tarde, la esposa del comitente peticiona la adopción de integración del hijo del cónyuge. Si la Gestante es casada, también se recurre a la adopción de integración, aunque previamente el marido de la gestante deberá iniciar una acción de impugnación de la paternidad (art. 259 CC. argentino), alegando no ser el padre genético del niño nacido de su esposa a los efectos de que el comitente, a quien le corresponde el material genético, reconozca al niño. Posteriormente, la esposa del reconociente, peticiona la adopción de integración. Pero, además, puede suceder que los comitentes no aporten material genético. Nacido el niño, el matrimonio solicita la adopción conjunta después que el niño ya ha forjado con ellos un fuerte vínculo afectivo, en tanto quien lo gestó y parió se lo entregó en forma directa.²¹⁰ En principio, el derecho argentino no autoriza la entrega directa de la supuesta “familia biológica” a la pretensa adoptante (art. 318 CC.); sin embargo, varias decisiones judiciales, con fundamento en el interés del niño, han convalidado esa elección cuando se ha acreditado un fuerte vínculo afectivo. En la situación planteada, la adopción contraría la letra de la ley.

También, en algunos casos, se falsifican las partidas de nacimiento a los efectos de que la comitente figure como madre, en lugar de la gestante que

²¹⁰Todos estos casos importan una burla a los procedimientos de adopción, configurando un verdadero fraude a la ley.

dio a luz. En Argentina esto configura un delito tipificado en los arts. 139 y ss. Del Código Penal argentino.

3.3.1. Jurisprudencia

En Argentina Hace más dos años, una sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, de 14 de abril de 2010, Entre Ríos, colocó sobre el escenario judicial una realidad silenciada, al menos en el campo jurisprudencial. En este caso la mujer que aportó el material genético era también quien tenía la voluntad pro creacional (comitente), planteó la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado pero a quien se le ha aplicado irrestrictamente la regla “la madre siempre es cierta” o, en atención a la identidad genética, sumada a la volitiva, establecer la filiación a favor del matrimonio que encomendó la gestación.²¹¹

Por otra parte, la resolución dictada por el Dr. CARLOS EMILIO NEIROTTI, Juez del Primer Juzgado de Familia de la Ciudad de Mendoza, con fecha 29 de Julio de 2015. El Dr. Neirotti dictó una sentencia brillante, que ha hecho jurisprudencia en la Provincia de Mendoza y en toda la República Argentina, ordenando inscribir a un bebé concebido y gestado mediante maternidad subrogada a nombre de sus padres pro creacionales²¹².

3.4. España

Este país, en cambio, optó por la vía civil, declarándose nulo de pleno derecho todo contrato que verse sobre la subrogación de la maternidad,

²¹¹ Lamm, “Consejo Nacional”, 29-31.

²¹² Juan Pablo Rojas Pascual. *Primera sentencia de maternidad subrogada* (Argentina, 2015), <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/35-primera-sentencia-sobre-maternidad-subrogada>. Consultado el 16 de junio de 2016.

según lo dispone el artículo 10 de la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. A pesar de la prohibición legal, Fábregas sostiene que la prohibición no debiera ser absoluta, entre otros motivos porque si bien los gametos son cosas que están fuera del comercio, les puede ser aplicable la regulación establecida para la donación de órganos, estableciendo ciertos criterios para la procedencia de la maternidad subrogada, “acordes a la realidad social y al espíritu de la ley”²¹³

El en caso particular de España cabe destacar que si bien se encuentra en vigor la Ley Nº 14/2006 que prohíbe la maternidad subrogada, en el 2010 se regula el supuesto de inscripción en el Registro Civil Nacional sobre la filiación proveniente de “gestación subrogada”, realizada en países permisivos. Su particularidad radica en que involucra una toma de decisión referida a la calidad de inscripción a efectivizar en relación a hijos de españoles nacidos por maternidad subrogada, en favor del interés superior del niño, aun no siendo permitida en su territorio.²¹⁴

La decisión del legislador español de proscribir la maternidad subrogada tambalea por la realidad de la globalización, que se manifiesta en tantos aspectos del derecho de familia y que, en esta cuestión concreta de la maternidad subrogada, ha desbordado las intenciones del legislador español, como se infiere de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

²¹³Pacheco, “Procedencia de la maternidad”, 8 (véase cap.4, n.203)

²¹⁴ Liliana Rapallini. *Maternidad subrogada, su reconocimiento extraterritorial, un nuevo paradigma*, (Universidad Nacional de La Plata, 2015), http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem_SUBROGADA_SOFIA_TELLO.pdf.

La realidad social es que parejas españolas contratan en el extranjero básicamente California maternidades subrogadas, lo hacen de acuerdo con las leyes de aquel territorio y según éstas sus autoridades expiden los correspondientes certificados de nacimiento, que de acuerdo con la citada última Instrucción de la DGRN pueden inscribirse en el Registro Civil español.²¹⁵

3.4.1. Instrucción de 5 de octubre de 2010

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 se publica el 7 de octubre de ese mismo año en el Boletín Oficial del Estado, de la DGRN, sobre el régimen de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Se establece como previo requisito para el registro de los niños nacidos de madres de alquiler que hayan renunciado a su filiación materna, la presentación ante el Registro Civil de una resolución judicial que haya dictado un Tribunal competente del país de origen. Así quedará “demostrada la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción”. También dispone que quedará “verificado que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico ilegal de menores”.²¹⁶

El interés del menor en la instrucción de 5 de octubre de 2010

El planteamiento pragmático de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN es de sobras conocido: con la inscripción de los menores nacidos por maternidad subrogada en California no se está determinando su filiación

²¹⁵Joan Cerdà Subirachs, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España”, revista nº 60, (2011): 1-2.

²¹⁶Ana Beorlegui Loperena, “la maternidad subrogada en España”, revista n.3 (2014): 37-38.

sino, simplemente, trasladando al Registro Civil español una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera que ofrece todas las garantías.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN reitera los planteamientos de la Resolución de 8 de febrero de 200 y pretende en aras al interés superior del menor dotar de plena protección jurídica al menor español nacido en el extranjero mediante la maternidad subrogada, además de ajustar la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica.

Con esta determinación de la DGRN y en defensa del interés superior del menor se cierra la posibilidad de fin incierto a la decisión de una pareja española de ser padres mediante la maternidad subrogada en California a la que se aludía en la comentada sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 septiembre de 2010.

Al margen de las garantías que debe ofrecer la certificación registral extranjera para poder ser inscrita en el Registro Civil español, se entiende que el argumento jurídico más sustancial de la Instrucción por su solidez y su trascendencia es el del interés superior del menor. *«Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España»*, se señala en la misma, manteniendo así un orden en cuanto al papeleo y requisitos para tal acción y dando seguridad jurídica a quienes hagan uso de esta práctica.

El dilema entre acceder a una inscripción registral pese a la prohibición expresa de la maternidad subrogada, o no hacerlo invocando esta ilicitud, se resuelve por parte de la DGRN por el referido interés superior del menor.

«Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción», se afirma.²¹⁷

3.4.2. Jurisprudencia

Jurisprudencialmente, Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana Magistrado de la Audiencia Provincial de León Profesor asociado de Derecho Civil en la Universidad de León el 4 de agosto del año 2014, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 6 de febrero de 2014, ha concluido dentro del organigrama jurisdiccional otra cosa será lo que dictamine el TEDH, en su caso la pugna de dos padres para obtener la inscripción de dos niños, como hijos propios, en el Registro Civil español.

Se trataba de un supuesto de maternidad subrogada, contrato celebrado en California, lugar en el que la maternidad por sustitución da lugar al establecimiento de vínculos legales de filiación entre los comitentes y el niño nacido de una tercera mujer, con independencia de que el nacido tenga o no material genético de tales comitentes.

Las razones del Tribunal Supremo para denegar la inscripción de una tal filiación en el Registro Civil español, no carecen de peso, pero tampoco son irrefutables. Las necesidades de la sociedad, el carácter abierto de la familia en el ordenamiento español, tantas veces proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y la necesidad de un status civilis único para el niño nacido en un Estado con un sistema de filiación y llevado a otro Estado con un sistema radicado en principios opuestos, reclaman hoy que se abra un debate. ¿Debería suprimirse el art. 10 de la LTRA y abordarse una regulación justa del contrato de maternidad de sustitución?

²¹⁷Subirachs, “La insostenible legalización”, 4,5 (véase cap.4, n.215)

3.5. México

El código civil mexicano en su legislación no contiene ninguna prohibición directa en referencia a la subrogación, a pesar de que se hayan presentado varios proyectos de ley. La práctica de sustitución en México está regulada en los códigos civiles y penales, los cuales varían dependiendo de cada estado de la república. Las únicas entidades federativas de México en donde se puede encontrar información explícita sobre la práctica mencionada son el Distrito Federal, Tabasco y Chihuahua.

3.5.1. Distrito Federal

La maternidad subrogada es una práctica que se ha vuelto muy utilizada en los últimos años y la legislación vigente sufre un considerable retraso respecto a esta técnica procreativa. En la ciudad de México todavía no existe una ley con respecto a la subrogación de maternidad.

El 30 de noviembre de 2010, por primera vez se presentó una iniciativa de ley para regular tal procedimiento, la cual fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Para que esta ley entre en vigor, aún hace falta su promulgación y la publicación por parte del jefe de gobierno.²¹⁸

En el Distrito Federal no existe una regulación que se refiera directamente a la sustitución de maternidad, pero es importante mencionar el artículo 162 del Código Civil, que con referencia a los derechos y obligaciones que son propios del matrimonio, menciona lo siguiente:

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a

²¹⁸Una nueva iniciativa de ley fue aprobada en comisiones el 8 de diciembre de 2011 y subió al Pleno el 20 de diciembre del mismo año. Todavía ésta no ha sido publicada oficialmente.

decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

El artículo no pone límites, ni al tipo de pareja que puede ser compuesta por homosexuales o heterosexuales, ni al modo en que la pareja pueda llegar a tener hijos. Por esto, la maternidad subrogada, así como otras técnicas de reproducción asistida, son plenamente admitidas por la ley civil en vigor, ya sea que los involucrados sean personas casadas o concubinos.

No obstante que los métodos de reproducción asistida se permitan en la ley vigente, los efectos jurídicos aún no han sido regularizados. Y es por este vacío legislativo, por el cual hoy en día existen conflictos bastante complejos entre las partes contratantes.

3.5.2. Tabasco

Hoy en día, Tabasco es el único estado de la república en el cual se contempla expresamente la maternidad subrogada. Según la ley, se entiende por madre gestante sustitua, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustitua, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

Los artículos 92, 347, 351 y 360 del Código Civil contemplan la práctica sustitutiva. El artículo 92, vigente desde el 30 de octubre de 2010 tiene como objetivo señalar el reconocimiento del hijo y menciona expresamente lo siguiente:

Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre si tienen el deber de reconocer a su hijo; en el caso de los hijos nacidos como resultados de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contrayente que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

El párrafo mencionado con anterioridad nos sugiere dos puntos importantes: el primero es que el hijo tiene que ser reconocido; En caso de subrogación, la madre solicitante es la que debe de responder por el bebé. La madre comitente, a través de una adopción, obtendrá los derechos plenos sobre él bebe.

El artículo 347 del Código afirma que: Con respecto al padre, la filiación se establece mediante el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. Sin embargo, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última haya sido o no la donante directa del óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido, como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y este será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato.²¹⁹

²¹⁹Cristiana Baffone, *La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México*,(México: Editorial UNAM, 2013), 457- 462.

En la sociedad globalizada, internacional e intercultural de la actualidad se es testigo de vertiginosos cambios de todos sus componentes, específicamente de su célula madre, la familia. Nuevos modelos de familia coexisten y, pese a sus diferencias estructurales, son todas comprendidas dentro del concepto de familia, mereciendo la protección de los Estados.

También arrasados por este alud de modernidad se verifican mutaciones en los conceptos de maternidad, paternidad, filiación, siendo necesarias nuevas estructuras mentales y formas de pensar para comprender acabadamente estos procesos de transformación.

CAPITULO V.

CONCLUSIONES

Los nuevos avances de la sociedad tanto en la tecnología, ciencia y medicina, obligan al Derecho a ser cambiante, adaptándose a las nuevas realidades en las que vivimos. La sociedad cambia y por tanto los principios que rigen y en los que se apoya el Derecho también. Es en este punto donde el legislador debe de hacer una ponderación y elegir uno de los principios que se encuentre en conflicto y ponderarlo por encima de otro, apoyando y respaldándose en situaciones que antes no tenían lugar en Derecho

En la práctica, en materia de reproducción asistida se han producido muchísimos problemas en cuanto a su regulación. Problemas que se plantean, como los que se han abordado, de la relaciones filiales que surgen por el nacimiento de un niño a través de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, y también el problema que conlleva su inscripción.

Tras el análisis de todos los casos, se puede observar cómo no hay un pronunciamiento judicial global y unificado. Ello muestra lo complejo y su dificultad para legislar este asunto y, por supuesto, lo complicado que es relacionarlo con el ordenamiento jurídico, así como con la protección del menor y el orden público.

En el Salvador de acuerdo con el ordenamiento jurídico (constitucional y legal) actual es completamente viable la implementación de un contrato de arrendamiento de vientre, sin que exista impedimento de tipo moral o religioso. El principal argumento que sostiene esta tesis se basa en la inexistencia de una prohibición tacita a esta figura.

RECOMENDACIONES

Luego de concluido el presente proyecto el cual engloba un enorme grado de ambición por parte de sus actores, siempre se desea que haya una mejora continua en el estudio del mismo; por lo que se presentan una serie de recomendaciones que harán que el presente proyecto se desarrolle de una manera más plena y se logren todos los objetivos trazados al inicio de dicho trabajo.

Se incentiva a futuros estudiantes que obtengan interés en el presente proyecto a través de publicidad dada por autoridades como el ministerio de educación o ministerio de salud pública a través de una educación sexual y métodos de reproducción a la población, además que logren la complementación de los elementos necesarios para lograr su regulación en nuestro país, acciones que forjen el objetivo y los resultados esperados en la realización de este proyecto, que se esfuercen en resolver el problema y que se interesen en cuanto a la necesidad de la aplicación de este método en nuestro país.

Otra idea sería dirigida a las autoridades gubernamentales como los ya mencionados ministerios de salud pública y educación además incluyendo a los diputados de la asamblea legislativa, hacer los esfuerzos y movimientos necesarios para poder lograr conforme al artículo 23 de la constitución la regulación del arrendamiento de vientre como un contrato legal en nuestro país, creando una ley especial donde se regulen todos los elementos del arrendamiento de vientre como contrato, además hacer del conocimiento de la población todos los elementos de dicho contrato, el funcionamiento de este y las obligaciones que generaría para cada una de las partes, lo que haga más fácil el estudio y análisis y aplicación de esta figura para todos aquellos que tengan interés en su utilización.

Así mismo se recomienda al ministerio de educación y salud pública, dar publicidad y hacer del conocimiento de la población la existencia del arrendamiento de vientre como un método de reproducción, para aquellas personas que se les impide poder procrear, esto a través de campañas educativas sobre el tema, las cuales pueden hacerse llegar hasta las comunidades que es donde la población carece más del conocimiento de esta figura lo que ayudaría a que estas áreas se interesen más sobre la temática.

Por lo que se hace necesario recomendar también a los profesionales tanto abogados como médicos, a educarse sobre la temática, para así poder dar de buena manera y de forma verídica la información a la población que se interese en conocer sobre este método.

En ese sentido también incentivar a la población a través de campañas educativas implementadas en conjunto por el ministerio de educación y el ministerio de salud pública, a que se interese más en el conocimiento y funcionamiento de este método, ya que es muy útil para todas aquellas familias que se les impide cumplir el deseo tan anhelado de ser padres y formar su propia familia, así ayudar aquellas a personas que sufren problemas para poder reproducirse y de igual forma que sean capaces de aportar ideas y elementos que hagan posible la regulación de dicha temática en nuestro país, ya que son ellos el motor que llevaría el rumbo de lograr tal objetivo.

BIBLIOGRAFIA

Libros

Aguilar Gómez, Emilio José. *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, una mirada de la norma Constitucional Colombiana.* Colombia: Universidad Libre Sede Cartagena, 2010.

Baffone, Cristiana. *La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México.* México: Editorial UNAM, 2013.

Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles.* México: Oxford, 1999.

Biagio, Brugi. *Instituciones de Derecho Civil, Traducción de Jaime Simo Bofaull.* México: Editorial Hispano-América, 1946.

Borja Soriano, Manuel. *Teoría general de las obligaciones.* México: Porrúa, 1984.

Borja Soriano, Manuel. *Teoría general de las Obligaciones.* Tomo I. México: Porrúa S.A., 1959.

Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.* 2ª. Ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978.

Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano,* 10ª ed. Lima-Perú: Editorial Gaceta Jurídica, 2004.

Corti, Ivonne. *La maternidad por sustitución.* Milán: Giuffré, 2000.

Díez Picazo Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* T.I, (España: Civitas, 2007, 208.

Díez Picazo, Luis Y Antonio Guillón. *Instituciones de Derecho Civil Patrimonial.* T.I España: Tecnos, 1998.

Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las Personas.* 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

Etel Rapallini, Liliana. *La Maternidad Subrogada en el Derecho Internacional Privado Argentino y Reconocimiento Filiatorio.* La Plata: Editorial del Colegio de Abogados de la Plata, 2012.

Etel Rapallini, Liliana. *Temática de Derecho Internacional Privado.* 5ª ed. La Plata: Lex, 1992.

Gherzi, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Mercantiles: Parte General y Especial.* Argentina: Astrea, 2002.

Gómez De La Torre Vargas, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica conosur Ltda, 1997.

Gómez Sánchez, Yolanda. *El Derecho a la Reproducción Humana.* Madrid: Marcial Pons Universidad Complutense de Madrid, 1994.

González Rivas, Eugenia. *La doctrina del forum non convenien, Traducciones hechas por la autora.* 6ª ed. Minnesota: 1990.

Krimmel, Kent. *La posición en contra de la maternidad sustituta en Luna, F. y Salles, A. Decisiones de Vida y muerte Sudamericana.* Buenos Aires, 1995.

Lasarte, Carlos Vid. *Principios de Derecho Civil, Tomo III.* 4º ed. Trivium, 1987.

López De Zavala, Fernando. *Teoría de los contratos, Tomo 1 Parte General.* 4º ed. Argentina: 1997.

López Santamaría, Jorge. *Los contratos parte general.* Chile: Ed. jurídica de Chile, 1986.

Magallón Ibarra, Jorge. *Instituciones de derecho civil.* vol. II. México: Porrúa, 2000

Marín Vélez, Gustavo Adolfo. *El arrendamiento de vientre en Colombia.* Colombia: Editorial sello, 2005.

Marín Vélez, Gustavo Adolfo. *El Arrendamiento de Vientre en Colombia.* Medellín: Universidad de Medellín, 2005.

Martínez Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge Benegiu, Juan Miguel. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español.* Madrid: 1994.

Miranda, Adolfo Oscar. *Apuntes para el quinto curso sobre la teoría de las obligaciones.* El Salvador: Publicaciones de la Asociación de Estudiantes de Derecho, UES, 1976.

Miranda, Adolfo Oscar. *Guía para el estudio de derecho civil iii obligaciones.* 1997.

Núñez Tomas, María José. *Derecho de las obligaciones y contratos.* España: bosch casa editorial s.a., 1994.

Ojeda Rodríguez, Nancy C. Y Otros. *Derecho de contrato, Tomo I. Teoría General del Contrato.* Cuba: Habana, 2001.

Ortega Torres, Josep Llobet I Aguado. *El deber de información en la formación de los contratos.* España: Marcial Pons, 1996.

Ortega Torres, Jorge. *Código Civil con otras concordancias, 3º Ed Actualizada,* (Colombia: Temis, 1955), 110

Ortiz Monsalve, Álvaro. *Manual de Obligaciones.* 3ª Ed. Bogotá: 2003.

Ospina Fernández, Guillermo Y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General de los Actos Jurídicos.* 2º Ed. Colombia: Temis, 1983.

Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones.* 7ª ed. Bogotá: Temis, 2001.

Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo. *Contratos civiles.* 1992.

Rodríguez, Arturo Alessandri Y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil, Redactado por Antonio Vodanovic, Tomo IV.* Chile: Ed. Nacimiento, 1942.

Sánchez, Jorge A. Y Cordero Dávila. *Introducción al derecho mexicano.* México: UNAM, 1981.

Santa María, Jorge López. *Los contratos parte general.* Chile: jurídica de chile, 1996.

Santurtún Prieto, Miguel Sáez. *La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014*, Diario La Ley, 15 abril 2014, sección Tribuna.

Simental Franco, Víctor Amaury. *Enfoque actual de la teoría general del contrato*. México: UNAM, 1998.

Somarriva, Alessandri. *Curso de Derecho Civil, Parte General*. Chile: Nacimiento, 1971.

Vidal Martínez, Jaime. *Derechos reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida*. Granada, 1998.

Zea, Valencia. *Derecho Civil, I Parte General y Personas*. 11° edición. Colombia: Temis, 1984.

Tesis

Delgado Calva, Ana Soledad. “La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano”. (Tesis de maestría, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004), 60-65.

Minero Reyes, Aida Elena. “Análisis de los compromisos de gestación subrogada según la normativa de los actos jurídicos”. (Tesis para optar a licenciatura, universidad Dr. José Matías Delgado. San Salvador, San salvador, 1990), 120-125.

Rail Pacheco, Carol Andrea. “Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional chileno”. (Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, (2010), 8.

Yáñez Morales, Andrea Carolina. “Propuesta de modelo de contrato de maternidad subrogada elaborado según los principios de la legislación civil ecuatoriana”. (Tesis para optar a licenciatura, Universidad de las Américas, Ecuador, 2013), 41.

Legislación

Código civil de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador), Art.1309.

Jurisprudencia

Sentencia de casación, Referencia: 1055-2003 (El Salvador, Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, 2003).

Revistas

Arteta, C. “Maternidad subrogada”. Revista ciencias biomédicas, n.6 (2011): 91-97.

Barber Cárcamo, Roncesvalles. “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España”. Revista crítica de Derecho inmobiliario. n. 739, (2013): 2905-2950.

Beorlegui Loperena, Ana. “la maternidad subrogada en España”. n.3 (2014): 37-38.

Bullard Gonzales, Alfredo. “El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual, Revista de la Asociación ius et veritas. Nº 10 (1995): 55-56.

Camacho, Javier Martín. *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, n. 2 (2009): 45.

Campiglio, Cristina. “Las diversas técnicas médicas para una gestación por sustitución”. n.3 (2014): 481-516.

Cerdà Subirachs, Joan. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España”. nº 60, (2011): 1-2.

Durán Ayago, Antonia. “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”. n.3 (2012): 265-308.

Gamboa Montejano, Claudia y Arturo Ayala Cordero. “Maternidad subrogada análisis de las iniciativas presentadas en el tema, a nivel federal”. n.2 (2010): 25.

Gana Winter, Claudia. “La maternidad subrogada: ¿cabe sustitución?”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, n. 4 (2010): 851-866.

González Merlo, Jesús. “Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”. n. 3 (2005): 32.

Hernández A. & J. L. Santiago. “Ley de maternidad subrogada del Distrito federal”. UNAM, n.12 (2011): 2196-2204.

Jayme, Erik. “Derecho internacional privado y Cultura pos-moderna”. Vol. 1, n. 1, (Porto Alegre: 2010): 60.

Lacruz Berdejo, José Luis. “Informe sobre la Fecundación Artificial y otros extremos semejantes”. n.2 (1985): 11.

Lamm, Eleonora. “Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina: Gestación por sustitución Realidad y Derecho”. Revista para el análisis del derecho, n.3 (2012): 20.

Leonsegui Guillot, Rosa Adela. “la maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, n. 7(1994): 321.

Leonsegui, Rosa Adela “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”. UNED, n.7, (1994): 317-338.

Lurence, Brunet. “La globalización internacional de la gestación por sustitución”. n.28 (2012): 199-205

Marín Vélez, Gustavo Adolfo. “El arrendamiento de vientre en Colombia”. Revista opinión jurídica vol. 2, No. 3 pág. 79.

Medina, Graciela. “Maternidad por otro. Alquiler de úteros”. n.2 (2010): 8

Mir Candal, Julio. “La maternidad intervenida, Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”. Red bioética/UNESCO, n.1: (2010): 174-188.

Miranda Luna, Raúl Eduardo y Roberto Enrique Rodríguez Meléndez. “bioética y derecho de familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad”. n.3 (2005): 7.

Molina Martínez, Elena. “la maternidad subrogada en derecho internacional privado español”. n.7 (2014): 16-17.

Rodríguez Martínez, Eli. “Los Contratos Internacionales sobre Maternidad subrogada, Un vistazo rápido al Derecho Comparado”. *Revista México Derecho*, n.4 (2005): 151-154.

Selma Penalva, Alejandra. “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”. *Revista Bioderecho*, Vol.1, n.1 (2014): 4.

Souto Galván, Beatriz. “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho”. n.1 (2005): 279.

Yong Rodríguez, C. A. & K. X. Martínez Muñoz. “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, *Valdivia*, n.3 (2012): 59-81.

Manuales

Manual De Derecho Civil Y Comercial. T. IV, 473.

Diccionarios

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Heliasta, 1974.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua Española*. Tomo II. España: Madrid 1970.

Web

Acuerdo de gestación subrogada en ucrania,
<http://www.babygest.es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/>

Beatriz Eugenia Campillo Vélez. *La Maternidad de alquiler en el Derecho Internacional Privado, Ciencias políticas, bioética y Derecho*,
<http://beatrizcampillo.blogspot.com.ar>.

Boletín Oficial de Estado Español núm. 126 de 27 mayo 2006, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292.

Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya (7-9 de abril de 2010),
<http://bibliotecaculturajuridica>.

com/biblioteca/arxius/PDF/REDI_VOL._LXII_1_2010/09_Derecho_internacio
nal_privado_digital.pdf

Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya (5-7 de abril de 2011), <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff.concl2011.pdf>

Ética y profesionalismo, maternidad subrogada o alquiler de úteros.
<http://eticaenlautb.blogspot.com/2012/10/maternidad-subrogada-o-alquiler-de.html>.

Gladys Acosta Vargas, *Cambios legislativos en la formación y disolución de familias: una mirada de contexto. Familias y políticas públicas en América Latina*, (2005),
http://www.eclac.org/dds/noticias/paginas/2/21682/Gladys_Acosta.pdf

Jornadas ASADIP 2011 – San José de Costa Rica, 24 al 25 de noviembre de 2011 – Anexo 2 Acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional,
http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem_SUBROGADA_SOFIA_TELLO.pdf.

Juan Pablo Rojas Pascual. *Primera sentencia de maternidad subrogada* (Argentina, 2015), <http://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/35-primera-sentencia-sobre-maternidad-subrogada>. Consultado el 16 de junio de 2016.

Liliana Rapallini. *Maternidad subrogada, su reconocimiento extraterritorial, un nuevo paradigma*, (Universidad Nacional de La Plata, 2015), http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/sem_SUBROGADA_SOFIA_TELLO.pdf.

Luciana Scotti, “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, 267-289, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas>

Luciana Scotti, *El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*, www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-

reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf

Leila Mir Candal. *Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*, http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf

María José Rubio Sanchis. *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*, [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2C2ED85D73B1A5C605257D3A0056D2FB/\\$FILE/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_RubioSanchis_MJ.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/2C2ED85D73B1A5C605257D3A0056D2FB/$FILE/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_RubioSanchis_MJ.pdf)

Santos Belandro, *La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, 25 de noviembre de 2011.* <http://www.academia.edu/5194699/El-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas>

Vita Nova, Clínica de Reproducción, *Fecundación in vitro* (Rusia: Moscú, 2003), <http://vitanovaclinic.ru/es/eko/>