

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



**“LA FALTA DE UNA LEY ESPECIAL REGULADORA DE LOS  
CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA QUE DETERMINE LOS  
DERECHOS DE ALIMENTOS, FILIACIÓN Y PATRIMONIALES DE LOS  
PADRES DE INTENCIÓN, ASÍ COMO LAS OBLIGACIONES DE LAS  
PARTES INTERVINIENTES EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL”.**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO  
DE LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURIDICAS**

**PRESENTADO POR:  
ARRIAZA GUEVARA, GABRIELA BEATRIZ  
CASTILLO SÁNCHEZ, NECTI XOTCHILT  
MORALES AGUILAR, CHANTAL BELLINY**

**DOCENTE ASESOR:  
LIC. LUCIO ALBINO ARIAS LÓPEZ.**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL DE 2019**

**TRIBUNAL EXAMINADOR**

**LIC. ELIAS ALEXANDER MEJIA MERLOS.**

**(PRESIDENTE)**

**LIC. EDWIN ORLANDO ORTEGA PÉREZ.**

**(SECRETARIO)**

**LIC. LUCIO ALBINO ARIAS LÓPEZ.**

**(VOCAL)**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

**MSc. Roger Armando Arias  
RECTOR**

**Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego  
VICERRECTOR ACADEMICO**

**Ing. Agr. Nelson Bernabé Granados Alvarado  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez  
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín  
FISCAL GENERAL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata  
DECANA**

**Dr. José Nicolás Ascencio Hernández  
VICEDECANO**

**Msc. Juan José Castro Galdámez  
SECRETARIO**

**Lic. René Mauricio Mejía Méndez  
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

**Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo  
DIRECTORA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACION**

**Msc. María Magdalena Morales  
COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE  
CIENCIAS JURÍDICAS**

A DIOS, por darme la guía, la fortaleza, la sabiduría y las bendiciones para finalizar este proceso y así lograr uno de mis objetivos y anhelos más grandes de vida.

A mi PADRE, José Luis, quien me enseñó que todo se logra de la mano de Dios y que, a pesar de nuestra distancia física, siento que está conmigo siempre y que, aunque nos faltaron muchas cosas por vivir juntos, sé que está orgulloso de mi y que este momento hubiera sido muy especial para él.

A mi MADRE, Carmen, quien me enseñó que siempre hay que luchar y que cada cosa que hagas en esta vida debes hacerla con y por amor, por ser uno de los pilares de mi vida y por demostrarme ese amor incondicional.

A mis HERMANOS, Elizabeth y José Luis, por su apoyo incondicional en este proceso y en cada momento de mi vida.

A toda mi FAMILIA, porque con su apoyo, sus oraciones, consejos y palabras de aliento me ayudan a ser una mejor persona, por siempre acompañarme en cada uno de mis sueños.

Finalmente, a mis AMIGOS, por su apoyo y por hacer más liviano el camino, por darme su mano en los momentos difíciles y por el cariño tan bonito que me dan.

Gabriela Beatriz Arriaza Guevara.

## A DIOS

Por haberme brindado sabiduría, inteligencia, fortaleza, ánimo y perseverancia, lo cual sin duda me permitió lograr esta meta.

## A MIS PADRES:

Por haberme apoyado a lo largo de mi vida en todos los aspectos posibles y por confiar en mi capacidad, virtud y anhelo de ser una profesional y proporcionarme su apoyo económico y moral desde mis inicios lo cual hizo posible culminar mis estudios universitarios satisfactoriamente.

## A MI NOVIO Y LEAL COMPAÑERO

por haberme mostrado su amor y apoyo incondicional a lo largo de mi carrera y en todos los aspectos de mi vida, por brindarme su apoyo económico y brindarme fortaleza en los momentos necesarios, por creer en mí y ser parte de este logro en mi vida.

## A MIS AMIGOS Y SERES QUERIDOS:

Por el apoyo y estímulos mostrados hacia mi persona a lo largo de mi carrera, por esas risas, consejos, muestras de cariño y por esos cafés compartidos, lo cual sin duda hizo mucho más amena y divertida la trayectoria hacia el logro de esta meta.

Necti Xotchilt Castillo Sánchez

GRACIAS,

Al que estuvo siempre conmigo en cada momento vivido durante todos estos años; al que me permitió sonreír ante todos mis logros que son resultado de su ayuda; al que con todas las pruebas que me ponía, me enseñó a aprender de mis errores y crecer de diversas maneras.

A mis padres, que se han preocupado por mi avance y desarrollo en esta vida, por confiar y creer en mi y en mis expectativas. Gracias a mi madre, porque siempre estuvo para todo, hasta para prepararnos las comidas en aquellos días largos y cansados. Gracias a mi padre, por siempre desear y anhelar siempre lo mejor para mi vida, por cada consejo y cada una de sus palabras.

A mi hermana, por estar siempre conmigo, por escucharme y comprenderme cuando nadie más podía hacerlo. También por esas ocasiones en las que nos explicaba las cosas cuando ya nos habíamos estancado en el desarrollo de esta tesis.

A la vida, por darme la oportunidad de estar y disfrutar al lado de mis amigas y gracias a todas las personas que me apoyaron y creyeron en mí.

*“L'arte di vivere è l'arte di saper credere nelle bugie”.*

Chantal Belliny Morales Aguilar.

## INDICE DE CONTENIDOS:

RESUMEN: .....	i
LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS. ....	ii
INTRODUCCION .....	iii
CAPITULO I.....	1
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	1
1.1. Época antes de Cristo.....	2
1.1.1. Génesis .....	2
1.1.2. Código de Hammurabi.....	4
1.1.2. Antiguo Egipto.....	5
1.2. Antigua Grecia y Roma .....	6
1.3. Edad Media .....	7
1.4. Época Moderna .....	8
1.5. Época Postmoderna.....	9
1.6. Época Actual .....	16
CAPÍTULO II.....	20
MATERNIDAD SUBROGADA .....	20
2.1. Definición de Contrato.....	20
2.2 Definición de Maternidad Subrogada .....	22
2.2.1 Noción de maternidad .....	22
2.2.2. Subrogación. ....	23
2.2.3. Maternidad subrogada.....	25
2.3. Partes que intervienen.....	26
2.3.1 La madre solicitante .....	26
2.3.2 La mujer gestante.....	27
2.3.3 El padre .....	27

2.4. Clases de maternidad subrogada.....	28
2.4.1. Dependiendo de quienes aportan el óvulo y el espermatozoide ..	28
2.4.2. De acuerdo con la finalidad de la madre gestante .....	30
2. 5. Definición de los contratos .....	33
2.6. Características de los contratos .....	33
2.6.1 Bilateral .....	33
2.6.2 Oneroso.....	34
2.6.3 No conmutativo .....	35
2.6.4 Principal.....	35
2.6.5 Innominado.....	35
2.6.6. Consensual .....	36
2.6.7. De tracto sucesivo o ejecución sucesiva .....	36
2.7. Requisitos de existencia y validez .....	37
2.7.1 Requisitos de existencia.....	37
2.7.2. Los requisitos de validez de un negocio jurídico .....	40
2.8. Consecuencias por la falta de requisitos de existencia y validez .....	45
2.9. Tipos de elementos .....	47
2.9.1. Elementos esenciales.....	47
2.9.2. Elementos naturales.....	48
2.9.3. Elementos accidentales.....	48
2.10. Resolución de los contratos .....	49
2.11. Requisitos de la Condición Resolutoria .....	49
CAPITULO III .....	51
CONSECUENCIAS PSICOSOCIALES Y JURIDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	51
3.1. Posición de la mujer gestante, posible mercantilización de su cuerpo....	54
3.2. Las madres subrogadas como producto .....	55

3.3. Las niñas y los niños convertidos en producto comercial.....	58
3.4 Tráfico de personas.....	60
3.5. Filiación por técnicas de reproducción asistida .....	65
3.5.1 La filiación originada de la inseminación artificial .....	66
3.5.2 La filiación originada de la fecundación in vitro (FIV) .....	68
3.6 La filiación por maternidad subrogada en el Derecho Internacional ....	72
3.7 El parentesco y la filiación por maternidad subrogada .....	77
CAPITULO IV.....	83
LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL. ....	83
4.1. Los acuerdos de maternidad subrogada internacionales .....	83
4.2. Países que permiten la maternidad subrogada .....	85
4.2.1 Grecia.....	85
4.2.2 Reino Unido.....	86
4.2.3 Rusia .....	87
4.3. Países que prohíben la maternidad subrogada.....	89
4.3.1 España .....	89
4.3.2 Francia .....	90
4.3.3 Alemania .....	91
4.3.4 Otros países .....	92
4.4. La maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado.....	94
4.4.1 Determinación del derecho aplicable a la relación jurídica.....	95
4.4.2 Reconocimiento y ejecución de sentencias .....	96
4.4.3 Competencia judicial internacional .....	99
4.5. Elementos del contrato de maternidad subrogada según el Derecho Comparado, que se pueden aplicar a El Salvador .....	100
4.5.1 Por parte de los padres de intención .....	102
4.5.2 Por parte de la mujer gestante .....	103

4.5.3 Análisis del incumplimiento de las obligaciones .....	106
CAPÍTULO V.....	109
CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA .....	109
5.1 Contrato de maternidad subrogada.....	109
5.2 Características .....	111
5.2.1 Bilateral .....	111
5.2.2 Oneroso.....	111
5.2.3 No conmutativo .....	112
5.2.4 Principal.....	112
5.2.5 Innominado.....	113
5.2.6 Consensual .....	113
5.3 Elementos de existencia y validez del contrato de maternidad subrogada .....	114
5.3.1 Elementos de existencia.....	114
5.3.2. Elementos de validez .....	117
5.4 Elementos propios de los contratos de maternidad subrogada .....	122
5.4.1 Elementos esenciales.....	122
5.4.2 Elementos naturales.....	122
5.4.3 Elementos accidentales.....	123
5.5 Partes intervinientes en el contrato de maternidad subrogada.....	123
5.6 Obligaciones que produce el contrato de maternidad subrogada .....	124
5.6.1 Obligaciones de la madre gestante .....	125
5.6.2 Obligaciones de la pareja contratante o solicitante .....	126
5.7 Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada .....	126
5.8 Resolución de los contratos de maternidad subrogada.....	127
5.8.1 Condición Resolutoria .....	128
5.9 Homologación .....	129

5.9.1 Homologación según marco internacional.....	129
5.9.2. La Homologación por Autoridad Judicial, una aproximación a la realidad salvadoreña .....	130
5.10 Filiación de los hijos nacidos mediante la Maternidad Subrogada ..	132
5.11 Efectos que resultan de incorporar la maternidad subrogada a otras ramas del derecho.....	134
5.11.1 Efectos Registrales.....	134
5.11.2 De nacionalidad.....	134
5.11.3 Autoridad parental .....	135
5.11.4 De sucesión hereditaria.....	135
CAPÍTULO VI.....	138
BASES PARA LA CREACION DE UNA LEY ESPECIAL REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	138
6.1. Conceptualización .....	138
6.1.1 Regulación de las técnicas de reproducción asistida .....	138
6.1.2 Condiciones personales de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida .....	139
6.2 Bases para un Proyecto de Ley sobre Maternidad Subrogada .....	139
6.2.1 Antecedentes .....	139
6.2.2 Propuesta de Ley Especial Reguladora de los Contratos de Maternidad Subrogada.....	145
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	150
Conclusiones.....	150
Recomendaciones.....	153
BIBLIOGRAFÍA .....	155
ANEXOS .....	169

**RESUMEN:**

La presente investigación realiza el análisis de la maternidad subrogada y su falta de regulación en El Salvador, se hace énfasis en la necesidad de una ley especial reguladora de los contratos de maternidad subrogada como medio para ejercer control de dicha figura debido a la modernización a nivel mundial de las técnicas de reproducción humana asistida que hacen posible la realización de la maternidad subrogada.

Se desarrolla la evolución histórica de la maternidad subrogada y como ésta figura ha cambiado a lo largo de los años, además se describen las nociones y conceptos generales sobre los contratos; explicando los diferentes tipos de maternidad subrogada, así como las consecuencias psicológicas, sociales y jurídicas que se sufren por la práctica de la misma sin que exista regulación pertinente.

Se analizan los elementos del contrato de maternidad subrogada que pueden ser aplicables en El Salvador partiendo del derecho comparado con el fin de dar respuesta a la problemática sobre la inexistencia de una ley que regule la maternidad subrogada; como resultado de ese análisis se da a conocer la propuesta de regulación que se considera debería de ser aplicada en el país respecto al contrato de maternidad subrogada.

## **LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.**

### **ABREVIATURAS:**

C.F.:	Código de Familia.
C.C.:	Código Civil.
C.Pn.:	Código Penal.
DIPr.:	Derecho Internacional Privado.
FIV:	Fecundación In Vitro.

### **SIGLAS:**

TRHA:	Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
CORELESAL:	Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña.
ONU:	Organización de las Naciones Unidas.
CDN:	Convención de los Derechos del Niño.
CEDAW:	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
TEDH:	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.
CEDH:	Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

## **INTRODUCCION**

El presente trabajo es una investigación que tiene por objetivo identificar las causas de la falta de una ley especial reguladora de los contratos de maternidad subrogada que determine los derechos de alimentos, filiación y patrimoniales de los padres de intención, así como las obligaciones de las partes intervinientes en la relación contractual.

Debido a que en el país no se posee normativa alguna sobre la maternidad subrogada ni de las técnicas de reproducción asistida, estas no son sujetas a control administrativo o judicial alguno, por lo cual significa que en algunos casos se llegue a explotar a mujeres de bajos recursos que harían lo que sea por generar dinero. Una de las partes negativas de estos acuerdos es la falta de información. No existe ninguna sanción ni prohibición expresa de la gestación subrogada, pero como dicho contrato no es válido y la maternidad no puede ser adjudicada a una mujer que no sea la que ha dado a luz al bebé, queda clara la imposibilidad de realizar esta técnica en El Salvador.

La maternidad subrogada aunque no se trata de una innovación tecnológica independiente, sino derivada de la fecundación in vitro que se practica desde hace décadas, se tiene como consecuencia de esta práctica, que están apareciendo serios problemas de carácter personal, biomédico, psicológico y jurídico. Por lo que con esta investigación se busca resaltar la conveniencia y necesidad de la creación de una ley especial, para evitar situaciones de abuso y proteger a las partes contratantes, por ello se valorará la conveniencia de que estos contratos sean homologados por autoridad judicial competente.

Los supuestos de maternidad subrogada están suponiendo una auténtica revolución en materia de reproducción asistida y un auténtico desafío jurídico

en materia de atribución de maternidad y filiación. Por lo tanto, se busca identificar si este tipo de contratación va en contra de los principios que se encuentran en la Constitución, Código Civil o en lo establecido en leyes o reglamentos que están vigentes en el país.

Se hace necesario además la regulación de este tipo de contratos en la legislación salvadoreña, ya que es un problema para determinar la filiación respecto a la madre del niño nacido bajo esta figura, así como la relación de parentesco que existe entre ellos, ya que como se ha podido observar en la práctica cuando el bebé nace, se tiene que hacer el reconocimiento por parte del padre y de la madre gestante, luego de esto se tiene que iniciar un proceso de declaratoria Judicial de pérdida de la autoridad parental por parte de la madre gestante para que acto seguido la madre biológica realice las diligencias de adopción de éste, lo cual es un trámite innecesariamente largo y complicado y que deja fuera muchas de las problemáticas que se podrían dar dentro de ésta contratación.

El contenido de esta investigación se desarrolla siguiendo un planteamiento por partes, haciéndoles corresponder a cada una de ellas una serie de contenidos como los que se presentan a continuación:

En primer lugar, se establece la evolución histórica-jurídica de la maternidad subrogada, definiendo intereses, causales, aspectos psicosociales y variantes en general, para luego definir las generalidades de la maternidad subrogada, así como se identifican sus tipos y efectos. También se han determinado las consecuencias que se producen por la falta de una ley especial reguladora de los contratos de maternidad subrogada desarrollando la figura como tal en el derecho internacional, logrando determinar si existe o no la ilicitud en los elementos causa y objeto entre el contrato de maternidad

subrogada y el contrato como tal, logrando establecer los elementos jurídicos que debe contener una ley especial reguladora de los contratos de maternidad subrogada y entre esos elementos se logra determinar la necesidad de homologación del contrato de maternidad subrogada como una forma que el Estado ejerza un control de la institución y que se lleve un control de las madres que realizan este procedimiento a efecto que no se les reduzca a simples objetos que permitan la viabilidad de la institución.

## **CAPITULO I**

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

*En el presente capítulo se desarrolla la evolución histórica de la maternidad subrogada y como esta figura ha ido cambiando a lo largo de los años y con la forma de pensamiento que se han tenido en las diferentes épocas, iniciando en la época antes de Cristo hasta llegar a la actualidad; asimismo, se tratará el desarrollo que tuvo esta figura en diferentes países del mundo y por lo tanto en diferentes culturas y la aceptación o no que tuvo por parte de la sociedad.*

El objeto de estudio consiste en lo que se ha conocido como la maternidad subrogada o “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler”; que se entiende como el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, que también son llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes.<sup>1</sup>

Como técnica de reproducción asistida, la historia de la maternidad subrogada es reciente, ya que se ha ido desarrollando a lo largo de los últimos treinta años. Sin embargo, se pueden hallar, en las memorias de la

---

<sup>1</sup> Lorena Sofía Tello, “Maternidad subrogada, su reconocimiento territorial, un nuevo paradigma” (tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Plata, s.f.), 11.

humanidad, indicios de que la maternidad subrogada es una práctica mucho más antigua de lo que se podría creer.<sup>2</sup> A continuación, se hará una breve reseña y análisis de diferentes momentos de la historia de la humanidad donde se pone de manifiesto la existencia de la idea de la maternidad subrogada.

## **1.1. Época antes de Cristo**

Se pueden encontrar antecedentes históricos de esta práctica, precisamente por su existencia previa a la medicina reproductiva. Aun sin conocerse con esta denominación en los siglos anteriores a la existencia de Cristo, se presentaron casos de infertilidad donde se hacía uso de la maternidad subrogada como método de solución a la infertilidad en las mujeres principalmente.<sup>3</sup>

### **1.1.1. Génesis**

La propia Biblia hace referencia a lo que se podría considerar como la primera mención a la gestación subrogada. En Génesis 16:1-16<sup>4</sup> se relata un caso de infertilidad entre la pareja formada por el Patriarca Abram y su esposa Saray. Al ver que no pueden concebir, es la propia mujer la que propone a su marido que pruebe con otra mujer: *“Saray, la esposa de Abram, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia que se llamaba Agar.*

---

<sup>2</sup> “Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos”, Isabel Gutton, Babygest, acceso el 13 de mayo de 2018, <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/> .

<sup>3</sup> Oscar Saturnino Alfaro Casco, Rosendo López Ayala y Luis Enrique Vásquez Martínez, “Los elementos del contrato de maternidad subrogada y la necesidad de su regulación en El Salvador” (tesis para optar al título de Licenciado de Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2016), 17.

<sup>4</sup> Biblia Latinoamericana, *148ª Edición*, Editorial Verbo Divino, Madrid: Sociedad Bíblica Católica Internacional (SOBICAIN), 2005. 23

*Y dijo Saray a Abram: Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava y únete a ella, a ver si yo tendré algún hijo por medio de ella.*<sup>5</sup> En aquel entonces Abram tenía 86 años, pero su edad venerable no impidió la concepción. El hijo fruto de esta relación sería Ismael. La mención en la Biblia de esta situación deja suponer que se trataba de una práctica viable<sup>6</sup>, así como aceptada por la sociedad de esa época.

Otro ejemplo de maternidad subrogada tradicional que aparece en el Antiguo Testamento (Génesis 30:1-6): *“Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob (...) Ella le contestó: Aquí tienes a mi esclava Bilá. Únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas. Así tendré yo también un hijo por medio de ella (...). Bilá quedó embarazada, y dio a Jacob un hijo. Entonces Raquel dijo: Dios me ha hecho justicia, pues sólo ha oído mi voz y me ha dado un hijo.”*<sup>7</sup> Se pone de manifiesto que los padres comitentes pasan a ser padres “legales” entonces, y el hijo nacido de la madre gestante, es, por tanto, hijo de los padres comitentes.<sup>8</sup>

Hay otras historias parecidas en el Génesis<sup>9</sup>, 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 siempre.<sup>10</sup> Debiendo entender que

---

<sup>5</sup> *Ibíd*, 23

<sup>6</sup> “Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos”. Isabel Gutton, Babygest, acceso el 13 de mayo de 2018, <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>.

<sup>7</sup> Biblia Latinoamericana, 40.

<sup>8</sup> María José Rubio Sanchis, “Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante” (Trabajo de Maestría, Universidad de Salamanca, 2012), 19.

<sup>9</sup> Como el caso de Zelfa, la esclava de la primera esposa de Jacob, Lía. Quien después de procrear cuatro hijos, perdió temporalmente la capacidad de procrear. Entonces Zelfa, dio a luz a dos hijos de Jacob: Gad y Aser. (GENESIS 30:9-11)

<sup>10</sup> R. A. Leonseguí, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Revista UNED*, n.7 (1994): 317-338.

en estas épocas la forma en la que se realizaba lo que hoy se conoce como maternidad subrogada se hacía con la colaboración de otra mujer con la cual el marido de la que era infértil debía tener relaciones sexuales para quedar en cinta; una vez que diera a luz el hijo nacido de esta fecundación pasaba a ser hijo del padre y permitía la descendencia.

### **1.1.2. Código de Hammurabi**

Algunas leyes del Código de Hammurabi<sup>11</sup> (1750 a. C.) indican los procedimientos en caso de infertilidad de la esposa. Se contempla la posibilidad de recurrir a una esclava con fines reproductivos, sin que el marido pudiera buscarse otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón.<sup>12</sup> No se debe de olvidar que a menudo se le señala a dicho Código como el primer ejemplo de expresión de los conceptos jurídicos ya 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.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Código de Hammurabi, versión digital  
<https://www.guao.org/sites/default/files/biblioteca/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>  
(consultado el 13 de mayo 2018)

<sup>12</sup> Aparece recogido en las leyes 144, 145, 146 y 147 del Código de Hammurabi. En la Ley 144 dice *Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más (suggetum)*. La Ley 145: *Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se propone tomar otra mujer (suggetum), tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa de primera categoría*. La Ley 146 dice: *Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas*. Y la Ley 147 dice: *Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata*. Tomado de Código de Hammurabi versión digital. (Consultado el 13 de mayo 2018)

<sup>13</sup> Alfaro, López y Vásquez, "Los elementos del contrato de maternidad subrogada", 4. (véase n. 3)

Más concreta es la mención que se halló en unas tablillas cuneiformes descubiertas en 1948 en el yacimiento de Kültepe-Kanesh, en Turquía. Los investigadores descifraron una de las 25,000 tablillas y afirman que se trata de un contrato matrimonial. Dicho contrato estipula que el marido tiene la opción de recurrir a una prostituta sagrada (conocida como “*hieródula*” en dicha región) o a una esclava, en caso de que su esposa legítima no le pueda dar descendencia. Se trata del primer cuerpo normativo que permitió esta figura y que es un caso documentado de gestación subrogada conocido hasta la fecha.<sup>14</sup>

### **1.1.2. Antiguo Egipto**

La gestación subrogada fue una práctica habitual en esta cultura. El marido, debía asegurar un heredero y por tanto podía tomar a una segunda esposa, siendo el jefe de la familia patriarcal. Se consideraba que los gobernadores del Antiguo Egipto descendían directamente del dios solar en la mitología egipcia, conocido como “Ra” o “Atón”. Para que la sangre divina no se mezclara con la de personas normales, el faraón se casó con su hermana. 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. Tutmosis I tuvo a Tutmosis II dado a luz por una esposa secundaria, e incluso un nieto nacido igualmente, el futuro gran

---

<sup>14</sup> “Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos”, Isabel Gutton, Babygest, acceso el 13 de mayo de 2018, <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>.

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.<sup>15</sup>

Todas las mujeres casadas en Egipto tenían un papel por excelencia si lograban un hijo varón. Las mujeres que no lograban proporcionar un hijo varón estaban en una situación poco envidiable. El remedio más común era procurar para su marido, una esclava o concubina y adoptar al hijo (o los hijos) varones que de ella nacieran.<sup>16</sup> La adopción es documentada desde el reinado de Tutmosis III (XVIII dinastía), pero es probable que fuese una costumbre antigua. El caso conocido más temprano es registrado sobre un óstracon<sup>17</sup> que lleva una carta recomendando a un hombre sin hijos adoptar a un huérfano. El registro de la adopción dice que la mujer Nanefer, junto con su marido, compraron un esclavo que trajo consigo un hijo y dos hijas. Después de que su marido muriese, Nanefer se encargó de los niños, los adoptó y los crio. Su propio hermano se casó con la hija mayor, Nanefer también adoptó a su hermano de modo que él pudiera heredar una parte igual a la de ella de las propiedades de su marido.<sup>18</sup>

## 1.2. Antigua Grecia y Roma

La historia de Grecia registra el caso de Deyotaro, rey de Galacia, una región que estaba situada en la parte central de Asia menor, y su esposa estéril, Estratónica, quiso que Deyotaro usase de cualquier otra mujer y que

---

<sup>15</sup> Rubio, “Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante”, 20.

<sup>16</sup> Pilar Pérez, “El matrimonio en el Antiguo Egipto”, *Boletín Informativo de Amigos de la Egiptología*, n. BIAE 38 y n. BIAE 39, (agosto y septiembre 2006).

<sup>17</sup> Definición de óstracon: *Pieza de cerámica u otros materiales de poco valor que, en la Antigüedad, contenía inscripciones de carácter práctico.*

<sup>18</sup> Pérez, Pilar; “El matrimonio en el Antiguo Egipto”.

adoptase a los hijos que en ella tuviera, el Rey Deyotaro, que la amaba tiernamente rehusó por mucho tiempo obedecerla; pero fueron tantas las instancias de Estratónica y tan poderosas las razones con que trató de convencerlo, entre otras el interés del estado, que al fin aunque con repugnancia se prestó a la extraña exigencia de su esposa. Entonces esta eligió de entre sus sirvientes, una hermosa doncella llamada Electra, y adoptó en efecto como propios los hijos que Deyotaro hubo en ella, educándolos con amor y cuidado del modo correspondiente al rango distinguido que debían disfrutar.<sup>19</sup>

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, por lo que se debía encontrar una forma de que el hombre que tenía una familia así pudiera tener descendencia. Por otra parte, los griegos transforman la visión original de la procreación sosteniendo que el padre era quien engendra, mientras que la madre solo cumple una función de nodriza del germen depositado en sus entrañas.<sup>20</sup>

### **1.3. Edad Media**

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

---

<sup>19</sup> *Diccionario Biográfico Universal de Mujeres Célebres*. Tomo II. España: Imprenta de D. José Félix Palacios, 1844.

<sup>20</sup> Hernández & J. L. Santiago, "Ley de maternidad subrogada del Distrito federal", *Revista UNAM*, n. 12 (2011): 21-22.

progenitor varón.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

#### **1.4. Época Moderna**

Las investigaciones en materia de fecundación artificial se han desarrollado desde hace varios siglos. En 1677 el inventor del microscopio Antoni Van Leeuwenhoek estudió el semen humano y fue el primero en ver espermatozoides. En 1790 el cirujano y venereólogo escocés John Hunter recogió en una jeringa el semen de un comerciante con “hipospadias”, que es una anomalía congénita por la que el pene no se desarrolla de la manera usual, y se lo inyectó en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en la historia provocando el nacimiento de un niño.<sup>23</sup>

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

---

<sup>21</sup> Alfaro, López y Vásquez, “Los elementos del contrato de maternidad subrogada”, 6.

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> Margarita de Jesús González Morales y Maryluz Vanessa Rodríguez Jovel, “Fecundación In Vitro. Límites, alcances y consecuencias jurídicas” (tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2013), 23.

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.<sup>24</sup>

### 1.5. 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 fecundación in vitro, 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..<sup>25</sup>

La primera fecundación in vitro, de ovocitos humanos fue realizada en 1944 en Harvard por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin que cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular. No obstante, todos los logros alcanzados anteriormente, como los fundadores de la fecundación in vitro en el sentido moderno de la palabra son considerados dos científicos británicos, el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe.<sup>26</sup> En 1967 Edwards consiguió el primer éxito en la fecundación in vitro de un óvulo humano. Sin embargo, el primer embarazo de un niño ajeno que desgraciadamente fue extrauterino sólo se produjo en 1976, después de nueve largos años de

---

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> *Ibíd.* 24

<sup>26</sup> Rodolfo Federico Escobar Enríquez, “Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada, análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al sistema jurídico guatemalteco” (tesis para optar al título de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de San Carlos, 2011), 17.

investigaciones y experimentos sin cesar. El diez de noviembre de 1977, cuando el número de intentos fallidos ya superaba la cifra de seiscientos, los médicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable, los médicos comenzaron suministrándole hormonas para que produjera el óvulo en el momento preciso; el mismo fue succionado con una aguja hueca, retirado de su cuerpo y mantenido vivo durante doce horas hasta que se unió al espermatozoide.

Edwards mantuvo el embrión en un medio que reprodujera las condiciones que se presentan en las trompas de Falopio. Luego, Steptoe lo colocó en el útero mediante un tubo muy fino introducido a través de la vagina. Fue así que, de manera exitosa, el veinticinco de julio de 1978, los médicos decidieron realizar una cesárea, de la cual nació un bebé de 2.608 kilogramos, en la pequeña ciudad inglesa de Oldham, condado de Lancashire, nació Louise Brown, la primera niña concebida in vitro. Es el día que puede y debe considerarse como la fiesta profesional de los embriólogos y expertos en reproducción, ya que se requirieron más de seiscientos intentos de fecundaciones para que Louise Brown viniera al mundo.<sup>27</sup>

En el año 1980, después de ocho años de intenso trabajo nació el segundo “bebé probeta”, esta vez un niño, mientras que en 1981 se realizó el primer programa exitoso de FIV en Estados Unidos. En la Unión Soviética los experimentos de fecundación de óvulos fueron iniciados a finales de los años sesenta por Boris Leonov en Moscú que procreó en su laboratorio a la primera “niña probeta”, en febrero de 1986,<sup>28</sup> estuvo en los orígenes de la FIV y, en general, de las técnicas de reproducción asistida.

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> Carlos Lema Añon, *Reproducción, Poder y Derecho* (España: Editorial Trotta, 1999), 38.

En los duros años del estancamiento brezhneviano cuando no había internet ni otros medios de comunicación modernos y cuando al país soviético a duras penas llegaban noticias desde el exterior, Leonov entendió la importancia y el valor de la información fragmentaria sobre los primeros intentos de FIV en el Occidente e hizo todo lo posible para comenzar el desarrollo de tales programas en ese país.<sup>29</sup> Prácticamente a partir de cero creó una nueva orientación en la medicina soviética. Sólo gracias a su energía creativa, enorme talento organizativo y don de persuadir se logró conseguir que el Ministerio de Salud aportara la gigantesca cantidad de quinientos mil dólares para la constitución del primer laboratorio de FIV.<sup>30</sup>

Las prácticas de maternidad subrogada llamaron por primera vez la atención internacional en la época moderna a mediados de los años setenta, cuando se produjo el aumento de especialización en técnicas en embriología humana, hicieron de estos métodos, una alternativa viable. Es producto de siglos de investigación sobre todo en los campos de la biología, la genética, eugenética<sup>31</sup>, biotecnología<sup>32</sup>, ingeniería genética, la química, la matemática, la física, la sociología, la psicología y la medicina.<sup>33</sup>

Como otro antecedente existente se encuentra un fenómeno que causó conmoción social y llamo tanto la atención que marcó un hito en la historia y por ende se toma como punto de partida para establecer los inicios del tema a desarrollar.

---

<sup>29</sup> González y Rodríguez, "Fecundación In Vitro", 25.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> Se refiere al estudio de métodos para el mejoramiento de la especie humana a través de selecciones artificiales mediante la promoción de rasgos físicos y mentales, considerados positivos o eugenésicos.

<sup>32</sup> Se refiere a toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos para la creación o modificación de productos o procesos específicos.

<sup>33</sup> Escobar, "Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada", 17.

En 1975, California, Estados Unidos de Norte América, en un periódico prestigioso de la ciudad, en la sección de anuncios se realizó una publicación, en la cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente a pedido de una pareja estéril que ofrecía una remuneración por tal servicio, fue entonces cuando se empezó a gestar esta práctica, lo que llevo a más parejas en las mismas condiciones a realizar los mismos anuncios y a muchas mujeres con capacidad reproductora e intereses económicos a prestarse a este servicio, al menos, así se le empezó a denominar.<sup>34</sup>

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. Debido a los esfuerzos del enérgico abogado, para el año 1988 nacieron trescientos dos niños.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup>

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

---

<sup>34</sup> *Ibíd.* 19.

<sup>35</sup> Alfaro, López y Vásquez, "Los elementos del contrato de maternidad subrogada", 8.

<sup>36</sup> *Ibíd.*

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 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.<sup>37</sup>

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.<sup>38</sup>

En tribus africanas, se recurre a la hermana fértil de las parejas para poder tener hijos.<sup>39</sup> En el estado norteamericano de Carolina del Norte una mujer prestó el útero a su hermana que durante seis años siguió un tratamiento

---

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> *Ibíd.* 9

<sup>39</sup> *Ibíd.* 9

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.<sup>40</sup>

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.<sup>41</sup> El caso más sonado, el de Baby M, el señor Stern, bioquímico, ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth, pediatra, procreara un hijo, convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de gestación por sustitución. Al nacer la niña la señora Whitehead decidió que no la entregaría a los señores Stern.

Los Stern acudieron a los tribunales y el caso finalmente fue resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que determinó que, aunque el contrato de gestación por sustitución era ineficaz e ilícito, este no era el factor determinante de la disputa, sino el bienestar y el interés superior de la niña. Luego de escuchar a varios peritos, testigos y tomar en consideración distintos elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer un ambiente estable para la niña, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndole luego a la señora Whitehead un derecho de visita.<sup>42</sup>

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

---

<sup>40</sup> *Ibíd.* 10

<sup>41</sup> *Ibíd.* 10

<sup>42</sup> Eleonora Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Colección de Bioética (España: EdicionsUniversitat Barcelona, 2013), 21.

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.<sup>43</sup>

En el Reino Unido, debido a la falta de legislación sobre estos temas y a la ansiedad suscitada en la sociedad, en 1984 la "Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana" presidida por la filósofa Mary Warnock donde se entregó el que se denominó "informe Warnock", 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.<sup>44</sup>

La exigencia ética de respetar y cuidar la vida e integridad del embrión, exigida a su vez por la presencia de un ser humano, encuentra su motivación en el concepto unitario del hombre. La importancia de resaltar esta investigación, denominada "El informe Warnock", de 1984, fue precursor en establecer la regulación legislativa en materia de investigación embrionaria. Fue así como se adoptó el límite de los 14 días en varios países europeos. Al admitir que la vida embrionaria empieza con la fertilización, el Comité publicó: "el proceso de desarrollo subsecuente continúa en un orden sistemático". Sin embargo, este comité introdujo el término de "*pre-embrión*" por razones declaradamente no científicas ni biológicas, sino por influencias sociales: a fin de facilitar la aceptación de la manipulación de embriones por la sensibilidad de la ética de la sociedad.

---

<sup>43</sup>Alfaro, López y Vásquez, "Los elementos del contrato de maternidad subrogada", 11.

<sup>44</sup>Ibíd.

## 1.6. 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. La británica Carole Horlock, mantiene el récord mundial como la madre de alquiler más prolífica. Su último programa de gestación fue encargado por una pareja griega que no pudo concebir debido a una histerectomía<sup>46</sup> practicada a la esposa hace dos años. La mujer perdió para siempre la capacidad de quedarse embarazada, aunque sí podía producir óvulos. En 2007 fueron transferidos a Carole los tres embriones generados por los cónyuges, los cuales sobrevivieron. A la semana treinta y cinco de gestación la británica dio a luz, trillizos.<sup>47</sup>

Sin lugar a duda 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. La aparición de estas nuevas tecnologías plantea nuevos retos éticos y nuevas respuestas socioculturales para los países latinoamericanos<sup>48</sup> así como también plantea retos para los juristas y legisladores que deben tener en cuenta este fenómeno para crear legislación que garantice con plenitud estos hechos jurídicos humanos.

---

<sup>46</sup> Se refiere a una operación quirúrgica que consiste en extirpar el útero total o parcialmente.

<sup>47</sup> Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 11.

<sup>48</sup> *Ibíd.*

Esta institución varía de acuerdo con el país en el que se quiera realizar. El procedimiento legal para conseguir la filiación será distinto. Sea como sea, se desaconseja recurrir a la gestación subrogada tradicional, en particular para los padres de intención internacionales, porque se pueden complicar de manera significativa los trámites legales para el reconocimiento de la filiación.<sup>49</sup> La afirmación de la individualidad del organismo biológico se encuentra presente a partir del momento de la concepción, lo que lleva a suponer que este sujeto, dada su inevitable naturaleza humana, es un ser humano, por lo que, a los países latinoamericanos, no les resta menos que iniciar sus regulaciones referentes en base en el Derecho Comparado y en jurisprudencia extranjera.

El Salvador no escapa de ser considerado o clasificado dentro de esta categoría, y por lo mismo su nula regulación al respecto, a más de escueta e imprecisa se ve influida por factores externos. En ese sentido, se puede revertir esta realidad, creando una legislación propia que involucre a los actores reales y que no se desvincule de la realidad nacional. En El Salvador se comenzó a practicar en seres humanos, hasta el siglo XX<sup>50</sup>, donde el 1 de enero de 1998 nace el primer bebé producto de la inseminación artificial, a las 9:50 PM en el Hospital de Maternidad.<sup>52</sup> No se descarta que hayan nacido otros antes, pero como afirman los entendidos en esta materia, por una serie de razones los padres prefieren aparentar que todo ha sido normal, por ello no existen datos al respecto.

---

<sup>49</sup> "Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos", Isabel Gutton, Babygest, acceso el 13 de mayo de 2018, <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>.

<sup>50</sup> Rosa Evelin Arévalo Coreas, Francisco Antonio Hernández Ventura y Elías Osmín Miguel Rogel, "Problemas que generan la falta de reglamentación y denominación de la procreación asistida en las leyes secundarias salvadoreñas", (tesis para obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2003), 19.

<sup>52</sup> Evelin G., "Primer bebé producto de la inseminación artificial", El Diario de Hoy. Jueves 8 de enero de 1998, sección Nacionales.

En El Salvador no existen datos muy certeros sobre lo ocurrido referente a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, tampoco información que sirva como referente para esta investigación. A excepción de fallos de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que consideran que la filiación resulta ser, sin duda, una de las materias que más modificaciones ha sufrido a través del tiempo. Ello ha ocurrido no sólo por las variaciones de los comportamientos sociales que produjeron cambios legislativos en diversos países, sino también, por la evolución de la ciencia que posibilitó medios de prueba más fehacientes para determinar el vínculo biológico. Esto se refleja de la siguiente manera:

*“La honorable Cámara ha interpretado el Art. 134 del Código de Familia en el sentido de que "no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción; este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla...". Sobre la base de esta interpretación, la Cámara sostiene que la voluntad procreacional, es decir, la mera voluntad de ser padre de una persona, sin vínculo genético ni adoptivo con ella, es fuente de filiación admisible en nuestro sistema legal (...).”<sup>53</sup>*

La Sala de lo Civil, afirma que la voluntad procreacional puede exteriorizarse antes del hecho biológico mismo y sin necesidad que haya unión sexual entre las personas; de ahí que la voluntad procreacional determina el vínculo filial - paterno al ser reconocido el hijo por el padre, lo cual se conoce en la doctrina como "teoría de la responsabilidad procreacional". Que dicha solución tiene cabida en el Art. 135 del Código de Familia, que incluye al

---

<sup>53</sup> Fallo de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del 22/09/2003 contra la sentencia de las nueve horas y treinta minutos del 13 de julio de 1995 pronunciada por la Cámara de Familia de la Sección del Centro.  
<http://estradabogados.com/docs/131008174039.pdf> (Consultada el 10 de julio 2018).

reconocimiento voluntario como una forma de establecer la paternidad, con la característica de ser irrevocable (Art. 147 C. F.).

Las clases de filiación pueden ser por consanguinidad o por adopción, tal como se decía en el Art. 140 del Anteproyecto de Código de Familia, constituyendo un supuesto hipotético lo suficientemente amplio y dúctil, pues se comprendía con el Art. 143 de dicho anteproyecto que, además, incluía los casos de fecundación asistida, señalando que *"En los casos de fecundación asistida la filiación se determinará conforme a una ley especial"*. En ocasión de tal anteproyecto, la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) expresó que las técnicas de reproducción humana asistida evidencian "la necesidad de revisar nuestra legislación, con el fin de buscar respuesta jurídica a estos avances de la ciencia.

Es claro que la normativa afectada excede al ámbito del derecho de familia y probablemente la mejor alternativa, dada la complejidad de la cuestión, es seguir el ejemplo de varios países, dictando una ley especial que regule la materia".<sup>54</sup> La razón de no sancionarse el Art. 143 del citado anteproyecto, lejos de interpretarse como una negativa para regular los avances científicos en la materia, como se destacaba en el Documento Base, obedeció a una técnica legislativa que consideró inapropiada la remisión de una ley especial a otra.

La voluntad procreacional en juego con las técnicas de reproducción humana asistida, constituye el fundamento de una nueva clase de filiación, que en el ordenamiento jurídico salvadoreño de ningún modo ha sido vedada.

---

<sup>54</sup> Cfr. CORELESAL, Documento Base del Anteproyecto de Código de Familia, octubre 1990, San Salvador, Pág. 214.

## **CAPÍTULO II**

### **MATERNIDAD SUBROGADA**

*En el presente capítulo se desarrollan las nociones y conceptos generales sobre los contratos y sobre la maternidad subrogada, esto con el objeto de tener claridad de los elementos que cada figura contiene, así como los que deben contener y por lo tanto, poder tener una concepción clara sobre las dos figuras principales en los cuales se versa el presente trabajo de grado.*

#### **2.1. Definición de Contrato**

Se considera necesario previamente, conocer la noción de lo que es un contrato en general, el contrato es un acto jurídico bilateral o convención que crea derechos y obligaciones. Se atribuye a la voluntad de las partes un poder soberano para engendrar obligaciones.<sup>55</sup> Por lo tanto esta voluntad, es al mismo tiempo, fuente de las obligaciones y medida de dichas obligaciones, en cuanto ella fija el alcance o extensión de las mismas. La voluntad de las partes contratantes determina así el nacimiento del contrato y sus efectos.

En el Código Civil la definición de contrato se encuentra en su artículo 1309, en el cual se menciona que el contrato es 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.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Juan Andrés Orrego Acuña, “Teoría General del Contrato”, *Abogado & Profesor* (blog), 16 de julio de 2018, <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/>.

<sup>56</sup> Recopilación de Leyes Civiles, *Código Civil*, 39ª ed. (El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2013), 161.

Muy amplio es el campo de acción de los contratos, ya que contiene todo acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, tanto en el campo de los derechos patrimoniales como de los derechos de familia, sin que tenga importancia si sus resultados son permanentes o transitorios.

Como destacan algunos autores, de ambos campos, es en el patrimonial en donde el contrato domina como dueño, y aunque en el terreno del Derecho de Familia representa un papel importante, el contrato en este ámbito no se parece en nada al contrato en el derecho patrimonial, por lo menos en cuanto a sus efectos, pues en el contrato propio del Derecho de Familia, ya no son las partes las que regulan las consecuencias jurídicas del acto, sino que la ley.<sup>57</sup> El contrato cumple sin duda una función económica de mayor importancia: es el principal vehículo de las relaciones económicas entre las personas.

“El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante; el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza actividades de la vida económica que implican la composición de intereses inicialmente opuestos, o por lo menos no coincidentes, que se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también la sociedad.”<sup>58</sup> El contrato además, es un medio de cooperación entre los hombres y su función social se relaciona directamente con el principio de la buena fe, que impone a cada contratante el deber de lealtad y de corrección frente a la otra parte durante todo el *iter contractual*,

---

<sup>57</sup> Orrego, “Teoría General del Contrato”, 17 de julio de 2018  
<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/>

<sup>58</sup> Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I (Buenos Aires, 1968), 34.

vale decir, desde las negociaciones o conversaciones preliminares, fase precontractual, y abarcando incluso las relaciones post contractuales.<sup>59</sup> Todo acuerdo entre padres contratantes y madres gestantes tiene que estar regido y legitimizado por un contrato.

## **2.2 Definición de Maternidad Subrogada**

Para desarrollar esta sección de la investigación habrá que tratar primero los conceptos así como sus consecuentes definiciones generales acerca de la Maternidad Subrogada para luego poder llegar a una noción jurídica de este término.

### **2.2.1 Noción de maternidad**

La maternidad es una palabra que proviene de materno y para determinar un alcance popular de la palabra se seguirá la postura según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que la define como el "*estado o cualidad de madre*".<sup>60</sup> Con lo que se hace referencia a la relación que existe entre la madre y/o los hijos. Este significado es muy escueto, pero sirve para definir el término maternidad desde puntos de vista como:

El etimológico, ya que la palabra madre procede del latín "*mater/matris*", la cual a su vez deriva del griego "*matér/matrós*", cuyo significado es madre; desde la gramática, debido a que el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: "hembra que ha parido", "hembra respecto de su hijo o hijos", "mujer casada o viuda, cabeza de su casa"; el punto de vista biológico

---

<sup>59</sup> Orrego, "Teoría General del Contrato", 17 de julio de 2018  
<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/>.

<sup>60</sup> RAE, Diccionario de la lengua española, 23ª ed. (Versión Electrónica),  
<http://dle.rae.es/?id=ObhmSF0>.

porque “la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación”.<sup>61</sup>

Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el o sus descendientes, derivada del embarazo y la lactancia y por último el carácter jurídico se entiende que la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción).

La maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.<sup>62</sup> La naturaleza humana establece una estrecha relación entre todos los puntos mencionados, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los niños y niñas.

### **2.2.2. Subrogación.**

Para abordar este tema será importante iniciar con su denominación desde el campo jurídico obligacional donde se trata el término, para posteriormente entender la discusión que ha existido entorno de cuál es el vocablo correcto para identificar el tema objeto de esta investigación, es decir, si a la maternidad se le puede determinar cómo: subrogada, delegada, incubadora o sustituta, de acuerdo con el significado de dichos términos:

---

<sup>61</sup> Irene López Faugier, *La prueba científica de la Filiación* (México: Editorial Porrúa, 2005), 276 cito a José Álvarez Caperochipi, *Filiación y maternidad*, (España: Civitas Ediciones, s.f.), 67.

<sup>62</sup> Alma Arámbula Reyes, *Maternidad Subrogada* (México: Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, 2008), 12.

Subrogar, es sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. La subrogación “consiste en sustituir un bien por otro, ya sea mueble o inmueble, corporal o incorporeal, de tal manera que el bien que se sustituye pasa a ocupar la misma situación jurídica del bien sustituido, el nuevo bien se rige por idénticas reglas que este, está sujeto al mismo estatuto jurídico”.<sup>63</sup>

Al estudiar la subrogación se debe entender que las personas ejecutan un pago, el cual es denominado pago con subrogación o conocido también como subrogación personal, que es cuando un tercero paga una deuda por el deudor, este podría obtener la devolución de lo pagado en virtud de acciones personales que tendría por el vínculo jurídico que lo une con el deudor. Además se define como “una ficción jurídica en virtud de la cual, un crédito que ha sido pagado con el dinero suministrado por un tercero, y que queda por tanto extinguido respecto del acreedor, se reputa subsistir íntegramente con sus accesorios, en manos de ese tercero para asegurarle el reembolso de lo que paga”.<sup>64</sup>

Delegar, es dar a una persona la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación; en materia civil se entiende por delegar “al acto por el cual una persona, llamada delegante, pide a otra, llamada delegado, que se obligue para un tercero que acepta esta obligación, llamado delegatario.”<sup>65</sup>

Incubar, se entiende al “tiempo requerido para inducir el desarrollo y replicación de células de tejidos o microorganismos en un medio de cultivo o

---

<sup>63</sup> Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil “De las Obligaciones en General”*, tomo 3 (Chile: Editorial Nascimento, s.f.), 329.

<sup>64</sup> Braudy-Lacantinerie et Barde, *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil: De las obligaciones*, tomo 2 (Paris, 1908), 1,516.

<sup>65</sup> Alessandri y Somarriva, *De las Obligaciones en General*, 402.

algún otro medio especial de laboratorio”.<sup>66</sup> Sostituir o substituir es poner a una persona o cosa en lugar de otra.

Como puede observarse, con todas estas denominaciones no se contempla en realidad la naturaleza médica de este método de reproducción asistida, el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto. El término subrogación, evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra.<sup>67</sup> De esta manera, hablar de maternidad subrogada es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer por otra.

### **2.2.3. Maternidad subrogada**

Sobre este tema se han encontrado diferentes conceptos doctrinales, el primero de ellos establece que la maternidad subrogada es “la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño o niña por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento.”<sup>68</sup> En esta definición, no se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante ni quién va a ser la subrogada y el procedimiento de entrega, así como los derechos de las partes.

Otra definición sería la siguiente: La maternidad subrogada es el "contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el

---

<sup>66</sup> *Diccionario de Medicina Océano Mosby*. 1996 ed. España: Océano Grupo Editorial Milanesat, 1996.

<sup>67</sup> Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las obligaciones*, 15ª ed. (México: Porrúa, 2003), 1039.

<sup>68</sup> Xavier Hurtado Oliver, *El derecho a la vida ¿y la muerte? procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, problemas éticos, legales y religiosos*, 2ª ed. (México: Porrúa, 2000), 44.

semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará la madre subrogada, para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.”<sup>69</sup>

Asimismo: "La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja".<sup>70</sup> Debido a lo anterior, se considera importante la existencia de un concepto que contenga los suficientes elementos para que se describa qué es la maternidad subrogada.

En conclusión, la maternidad subrogada es aquella en la que, mediante un contrato, una mujer ofrece su vientre para llevar en su matriz el hijo de otra pareja, hasta el momento de su nacimiento, ocurrido el parto, la madre gestante deberá entregar al bebé a los padres biológicos, y a su vez la madre gestante deberá renunciar a cualquier derecho que pudiera tener sobre el recién nacido, a cambio de una contraprestación, en algunos casos; es así, que luego de ver las diferentes definiciones que puede tener la maternidad subrogada, es ésta la que se tomará en cuenta para el desarrollo de la investigación.

## **2.3. Partes que intervienen**

### **2.3.1 La madre solicitante**

Es una mujer con capacidad de goce y de ejercicio, que debido a la imposibilidad de concebir de manera natural opta por contratar con otra

---

<sup>69</sup> Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *La fecundación in vitro y la filiación*, (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993) citó a Keane, N. Y D. Breo, *Thesurrogatemother*, (Estados Unidos: Everest HousePublishers, 1981), 12.

<sup>70</sup> Eduardo Zannoni, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones Jurídicas*, 8ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 1973), 111.

mujer para que lleve en su vientre un bebé a cambio de una prestación económica. Existen dos variables; la primera, es que ella sea quien aporte su óvulo, para ser implantado a la madre gestante y por ende sería la madre biológica de la criatura que nacerá; la segunda variable, es que la madre solicitante sea solo la persona que contrata y no aporte sus gametos para que la gestación se produzca.

### **2.3.2 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 que puede o no aportar su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con el fin del embarazo o el nacimiento.<sup>71</sup>

### **2.3.3 El padre**

Hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta o no su material genético para la fecundación y que se compromete mediante el instrumento para la subrogación gestacional, desde el momento de la implantación, a procurar por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica.<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Alfaro, López y Vásquez, “Los elementos del contrato de maternidad subrogada”, 76.

<sup>72</sup> Claudia Gamboa Montejano y Arturo Ayala Cordero, “Maternidad subrogada análisis de las iniciativas presentadas en el tema, a nivel federal”, *Cámara de Diputados. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis*, n. 2 (2010): 25.

<sup>73</sup> Leila Mir Candal, “La maternidad intervenida, reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, *Revista Redbioética UNESCO*, n. 1 (2010): 179.

## **2.4. Clases de maternidad subrogada**

Según la doctrina, en la maternidad subrogada o gestación subrogada, existen algunos tipos dentro de este tratamiento médico de fertilidad asistida, las formas de maternidad subrogada se pueden clasificar con ciertos criterios, así:

### ***2.4.1. Dependiendo de quienes aportan el óvulo y el espermatozoide***

#### ***2.4.1.1. La subrogación parcial o tradicional***

Este tipo de gestación se caracteriza porque la gestante aporta no sólo la gestación, sino también los gametos; ya sea que el semen provenga del comitente o de un donante, aunque en este último caso no se aportaría material genético alguno.

Como puede advertirse, en la subrogación tradicional la comitente (la madre de intención) carece de vínculo genético con el niño. En estos casos, generalmente se recurre a la inseminación artificial para provocar el embarazo de la gestante:<sup>74</sup>

Cuando la subrogada es la mujer gestante y biológica. El marido de la pareja solicitante aporta su semen, es decir que la madre sustituta es inseminada con el espermatozoide del hombre de la pareja contratante, aportando sus propios óvulos. Aquí, la madre sustituta y el niño están relacionados genéticamente.

---

<sup>74</sup> Escobar, "Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada", 25.

#### **2.4.1.2. La subrogación total o gestacional**

La madre subrogada alquila únicamente su vientre para la gestación, es decir, 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 de gestación. En este caso el material genético será aportado por la pareja solicitante, generándose un vínculo biológico directo con la pareja solicitante, teniendo la gestante solo la obligación de alquilar su útero.<sup>75</sup> Es quizás la más usual, debido a que la madre subrogante no tiene ningún vínculo genético con el bebe.

#### **2.4.1.3. La maternidad compartida o maternidad fragmentada.**

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

Es así, como la maternidad subrogada, crea nuevas figuras de maternidad, que la doctrina ha clasificado, según, el grado de participación de la mujer, en maternidad plena, que 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; la maternidad genética que se refiere a la donante que proporcionó los óvulos; también en maternidad gestacional, que es la relativa a la mujer que se encarga de la

---

<sup>75</sup> *Ibíd.* 53.

gestación de un embrión, a partir de un óvulo donado y la maternidad legal que es cuando la mujer asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, sin que exista entre ellos algún vínculo biológico.

#### ***2.4.2. De acuerdo con la finalidad de la madre gestante***

##### ***2.4.2.1. Subrogación altruista***

Esta tipología es la menos común, pero no por ello inexistente, ya que en diferentes partes del mundo se lleva a cabo esta práctica por parte de una mujer con capacidad reproductiva, que accede a gestar y tener un hijo por y para otras personas que tiene tal imposibilidad, haciéndolo por motivos puramente altruistas o porque entre los solicitantes y ella existen lazos muy fuertes de amistad o compañerismo,

Debido a ello la mujer con capacidad reproductiva, lo realiza de forma totalmente gratuita o al menos solamente cobrando los gastos inherentes a la maternidad.

En este caso no aporta material genético propio, sino que lo aporta la pareja contratante. Existe una relación más estrecha entre los padres que aportan el material genético y la madre sustituta.<sup>76</sup>

##### ***2.4.2.2. Subrogación por un precio***

En esta modalidad, la pareja que desea tener un hijo se avoca, ya sea a una madre sustituta particular e independiente, que esté dispuesta a tal

---

<sup>76</sup> *Ibíd.* 55.

procedimiento o bien, a través de una agencia o institución que ofrezca el servicio, pero a cambio de cierta remuneración en el primer caso o el pago correspondiente en concepto del servicio en el segundo. Esta modalidad es la más común en los países en donde es legal llevar a cabo el procedimiento, ya que se encuentran plenamente constituidas entidades que facilitan la elección de este procedimiento a cambio de cierta remuneración sin que por ello sea ilegal.

Debe entenderse que la maternidad subrogada es el tratamiento de reproducción asistida más caro, ya que el coste total puede variar dependiendo del país en el que se lleve a cabo y de los requerimientos particulares de los padres de intención.

El precio total de un proceso de la maternidad subrogada debe valorarse desde dos perspectivas: por un lado, según las opciones que incluye y, por otro lado, según el país donde se lleve a cabo. Por ello, en los siguientes apartados se hace un resumen teniendo en cuenta ambos puntos de vista:

Por países: En Estados Unidos <sup>77</sup>, el precio total de este tratamiento se encuentra entre \$80,000 y \$240,000. Este precio puede ser mucho mayor en caso de complicaciones médicas porque la sanidad en este país es totalmente privada. Por ello se recomienda disponer de un 20% más para posibles eventualidades que puedan surgir.

En Canadá, un tratamiento de gestación subrogada cuesta entre \$60,000 y \$100,000; se recomienda disponer de una cantidad extra para imprevistos. En este caso se considera que con \$10,000 podría ser suficiente. En Grecia,

---

<sup>77</sup>Natalia Álvarez, "Precios en gestación subrogada: desglose según países y opciones", Babygest, acceso el 14 de julio de 2018, <https://www.babygest.es/precio/>.

hay que contar con unos €70,000 a €80,000. En cuanto a Ucrania o Rusia, un proceso de gestación por sustitución puede tener un coste aproximado entre €26,000 y €80,000. Se debe tener en cuenta que en estos países la sanidad no es tan elevada, se estima que disponer de un 10 o 15% extra del presupuesto sería suficiente para poder hacer frente a los imprevistos.

Son muchos los padres de intención que se preguntan a fecha de hoy cuál es el precio de la gestación subrogada en Portugal. Aunque su aprobación tuvo lugar el 1 de agosto de 2017, aún no se conocen datos acerca del coste ni las condiciones legales, por lo que no es común considerarlo un destino para padres intencionales por el momento.

Por fases del tratamiento: Al tener en cuenta el resultado de sumar los rangos indicados en los apartados comentados más arriba, el desglose del coste total quedaría de la siguiente manera:

<b>Tabla con rango de precios</b>	
Fecundación in vitro:	\$6.000 a \$50.000 +
Técnicas adicionales:	\$3.000 a \$15.000 +
Agencia de gestación subrogada:	\$8.000 a \$20.000 +
Representantes legales (país de destino):	\$6.000 a \$9.000 +
Compensación a la gestante:	\$10.000 a \$40.000 +
Otros gastos (desplazamiento, imprevistos, abogados nacionales, seguros, cuenta de fideicomiso...):	\$35.000 a \$100.000 +
<b>TOTAL:</b>	<b>\$50.000 a \$240.000</b>

Evidentemente, la amplitud de estos rangos se debe a la variación entre países.

## **2. 5. Definición de los contratos**

En los países donde es lícito realizar un procedimiento de maternidad subrogada debe existir un negocio jurídico o contrato que permita conocer los derechos y las obligaciones de las partes, por ello es conveniente iniciar con una conceptualización general de lo que debe entenderse por contrato.

Existen autores que lo definen como “La convención generadora de obligaciones” o como “El acuerdo, de voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones”<sup>78</sup>. Otros por su parte, lo definen como “La convención generadora de obligaciones” mientras que en la legislación salvadoreña se define en el art. 1309 del Código Civil, como:

“Contrato es una convención en virtud de la cual uno o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.”<sup>79</sup>

## **2.6. Características de los contratos**

Los contratos son acuerdos de voluntades entre personas y como tal, tienen características de forma general, las cuales son:

### **2.6.1 Bilateral**

El contrato bilateral es un acuerdo de voluntades que origina derechos y obligaciones recíprocas para todas las partes que intervienen. Solo en este

---

<sup>78</sup> Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil*, Redactado por Antonio Vodanovic H., tomo 4 (Chile: Nascimento, 1942), 334.

<sup>79</sup> Recopilación de Leyes Civiles, *Código Civil*, 39ª ed. (El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2013), 161.

tipo de contratos existe la posibilidad de la extinción de la obligación por caso fortuito, al existir una falta de cumplimiento ambas partes purgarían el no cumplimiento de la obligación.<sup>80</sup> En el contrato propiamente bilateral o sinalagmático perfecto, todas las obligaciones nacen al mismo tiempo: al momento de perfeccionarse el contrato por la formación del consentimiento, o si se trata de contratos solemnes, al cumplirse la solemnidad.<sup>81</sup>

### **2.6.2 Oneroso**

El contrato a título oneroso es aquél en que cada parte percibe un beneficio a cambio de una contraprestación actual o futura, lo que permite clasificar a los contratos en gratuitos y onerosos es un criterio económico, y no un criterio eminentemente técnico-jurídico, como el que sirve de base a la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales. De lo que se trata es discernir si el contrato resulta útil o provechoso para una de las partes o para ambas.<sup>82</sup>

El criterio anterior, resalta el beneficio o utilidad como elemento esencial, ha sido discutido por otros autores. Así, para algunos el contrato es oneroso cuando las partes se gravan recíprocamente; la discrepancia, se resume en lo siguiente: para concluir si se está o no ante un contrato oneroso, basta, que el contrato reporte utilidad para ambas partes, aunque dicho beneficio lo obtenga uno de los contratantes de un tercero ajeno al contrato; en cambio, para otros, además del beneficio para ambos, es necesario que las dos partes se graven recíprocamente.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> O. Espinosa Prado, *Principales contratos en el Código Civil del Ecuador y semejanzas con la legislación de Colombia y Chile* (Quito: 2002), 24.

<sup>81</sup> Orrego, "Teoría General del Contrato", 3 de agosto de 2018, <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/>

<sup>82</sup> Jorge López Santamaría, *Los Contratos, Parte General*, 2ª ed. (Santiago: 1998), 105.

<sup>83</sup> Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las Cauciones* (Santiago: s.f.), 342.

### **2.6.3 No conmutativo**

“Son contratos conmutativos todos aquellos en los que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable, y bien determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato, y aleatorios o de suerte, todos aquellos en que cada una de las partes tiene también en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable, pero no bien determinado en el momento del contrato, corriendo los contratantes un riesgo de ganancia o pérdida”.<sup>84</sup>

### **2.6.4 Principal**

El contrato principal es aquel que su existencia y validez no dependen de la existencia y validez de una obligación previamente establecida o celebrada; es decir, subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención. Es el contrato que no necesita de otra obligación para existir y no dependen de otro que le precede, motivo por el cual, tienen vida propia.

### **2.6.5 Innominado**

Estos contratos son aquellos que no están regulados por la ley y van surgiendo como creación de los particulares, lo cual es fruto de la autonomía y de la voluntad de las partes. En el derecho como ya se ha mencionado antes, solo no puede hacerse aquello que la ley expresamente prohíbe, y el contrato de maternidad subrogada si bien es cierto no cuenta con regulación alguna, tampoco está prohibido por las leyes salvadoreñas.

---

<sup>84</sup> Orrego, “Teoría General del Contrato”, 3 de agosto de 2018, <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/>

“La verdad es que el contrato innominado reproduce, en términos particulares, la situación, más general, por la cual el derecho estatuido se encuentra, en un cierto modo, atrasado con respecto a la realidad vivida, en el sentido de que ningún legislador moderno podría ni abolir ni ignorar eficazmente el fenómeno del uso, porque es un medio frecuente a través del cual el derecho objetivo se va adaptando incesantemente a las necesidades de la vida, precisamente en la materia del contrato por el trámite de los contratos nuevos, los cuales, aunque desconocidos por la ley, encuentran igualmente su propia disciplina.”<sup>85</sup>

#### **2.6.6. Consensual**

El consentimiento de las partes basta para formar el contrato, las obligaciones nacen tan pronto como las partes se han puesto de acuerdo. El consentimiento de las partes puede manifestarse de cualquier manera, por lo que los contratos consensuales son aquellos que para su formación basta solamente el consentimiento de las partes, la declaración de voluntad del aceptante, no siendo necesario cumplir con formalidades o solemnidades.

#### **2.6.7. De tracto sucesivo o ejecución sucesiva**

Son los contratos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado, y que, por deseo de las partes se puede extender para satisfacer sus necesidades primordiales y estos términos pueden ser de ejecución continuada, también de ejecución periódica que es cuando varias prestaciones se ejecutan en fechas establecidas y las de ejecución intermitente que se dan cuando lo solicita la otra parte.

---

<sup>85</sup> Messineo, *Doctrina General del Contrato*, 381. (véase n. 57)

## **2.7. Requisitos de existencia y validez**

Los contratos poseen ciertos requisitos, tanto doctrinarios como legales que determinará la existencia o no de una obligación, así como la validez de la misma en el tráfico jurídico y su protección jurisdiccional en caso de incumplimiento.

### **2.7.1 Requisitos de existencia**

#### **2.7.1.1. Consentimiento**

El consentimiento, constituye la base de cualquier contrato, lo que es reconocido por el artículo 1416 C.C. Es decir, quien no ha expresado su consentimiento para generar el contrato, no puede reclamar los derechos que este genera, ni resultar afectado por las obligaciones que de él nacen, por tener el carácter de “tercero”; existen excepciones a esta regla general del consentimiento, para el caso, en el contrato colectivo, que resultan obligados quienes no han prestado su consentimiento. Para que un contrato exista, es necesario que haya un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran; a este acuerdo de voluntades es a lo que se le denomina consentimiento.

Puede ser que la ley o incluso las partes exijan que además concurren otros requisitos para considerar perfeccionado el contrato, tales como la entrega de la cosa o el cumplimiento de formalidades especiales, como sucede en los contratos reales o solemnes; pero ellos juegan siempre como un plus del consentimiento. El primordial papel que representa el consentimiento se

vincula al principio de la autonomía de la voluntad con sus manifestaciones de la libertad de contratar y de la libertad contractual.<sup>86</sup>

### **2.7.1.2. Objeto**

Es la obligación generada del contrato, que consiste en una prestación y esta última recae siempre sobre una materialidad, sobre un hecho, por lo que se dice que el objeto del contrato consiste en el objeto de la prestación, de lo que se desprende que, si el contrato es unilateral, habrá un solo objeto y dos, si el contrato es bilateral. También se sabe, que el objeto de los actos jurídicos es el de crear derechos y las correspondientes obligaciones, y que a su vez el objeto de dichas obligaciones es la prestación que contiene 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.

### **2.7.1.3. Causa**

La causa está definida por el art. 1338 C.C. en la primera parte del inciso segundo, como “el motivo inmediato que induce a contraer obligaciones”. De la lectura del artículo antes mencionado, se desprende que la causa, entra en el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, y no en el perfeccionamiento de este.

### **2.7.1.4 Solemnidades.**

Las solemnidades son los requisitos, condiciones, términos y expresiones que señalan, ordenan y determinan las leyes para que un acto sea válido y

---

<sup>86</sup> Luis Ovsejevich, *El consentimiento: sus términos*, tomo 1 (Buenos Aires: 1971), 4.

tenga existencia jurídica. Son requisitos externos a formalidades que necesitan los contratos para producir efectos jurídicos. Se distinguen tres tipos de solemnidades:<sup>87</sup>

a. Solemnidades propiamente dichas: son aquellas necesarias para la formación del acto jurídico. En relación a estas solemnidades existe una divergencia entre la doctrina y la jurisprudencia. El art.1552 C.C., establece que al omitirse uno de estos elementos o formalidades el acto es considerado absolutamente nulo pero la doctrina no dice que no puede hablarse de nulidad ya que el mismo art.1572 C.C. dice que al faltar la escritura pública en los contratos que señale la Ley se considerara, dicho acto como no celebrado o no ejecutado.

b. Solemnidades habilitantes: son aquellas que a pesar de omitirse no provocan la inexistencia del acto, sino que lo invalida. Se llaman habilitantes porque precisamente son necesarias para habilitar la validez del acto jurídico. Por ejemplo, la autorización judicial para que un tutor o un padre de familia puedan vender un inmueble del pupilo o hijo. Ni que decir que la venta del inmueble, en el ejemplo anterior, se haga en pública subasta. Si la venta no se realiza de acuerdo a lo planteado en el ejemplo anterior, el acto no vale y se considera nulo.

c. Solemnidades *ad-probationem*: estas solemnidades se refieren a requisitos que son necesarios para probar la existencia del acto jurídico y sus consecuencias, los derechos y obligaciones que nacen, extinguen o se modifican. La falta de estas solemnidades no provoca la inexistencia o nulidad del acto, el contrato puede ser perfecto y civilmente valido. Por

---

<sup>87</sup> Jorge Machicado, "Las Solemnidades", *Apuntes Jurídicos* (blog), 10 de octubre de 2018 <http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/03/sol.html>

ejemplo, el art.1580 C.C. menciona que debe constar por escritos aquellos actos en donde la cuota o la cosa sea de un valor mayor al de doscientos colones y al mismo respecto, el art.1579 C.C. no admite la prueba de testigos en los casos que la ley establezca que debió ser realizado el acto mediante escritura.

## ***2.7.2. Los requisitos de validez de un negocio jurídico***

### ***2.7.2.1. Capacidad***

En el inciso final del artículo 1316 del Código Civil, se entiende que la capacidad es la aptitud de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones y poderlos ejercer por sí misma. Al hablar de capacidad, se está refiriendo a un concepto que puede ser tomado en dos sentidos, como aptitud que se les atribuye a las personas o sujetos para ser titulares de derechos y obligaciones, aquí se refiere a la llamada capacidad de goce, la cual es un atributo de la personalidad jurídica o en otro sentido, 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 ejercicio, 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 utilice esta forma de procreación, si no puede ejercer sus derechos como podrán ejercer los del menor. Siendo

necesario para la validez del contrato de arrendamiento de vientre que las partes gocen de capacidad de ejercicio.<sup>88</sup>

### **2.7.2.2. 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. En consecuencia, el artículo 1316 C.C., 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.

Se considera que “el acuerdo de voluntades de dos o más personas con un objeto lícito”,<sup>89</sup> debe tener los siguientes requisitos: a) Que se trate de una voluntad seria, es decir, que se emita con el propósito de producir efectos jurídicos; b) Que se exteriorice; c) Que no adolezca de vicios, como el Error, Fuerza y Dolo.

Para que un acto sea válido jurídicamente, no es suficiente con que exista consentimiento de ambas partes en el mismo, sino que además es necesario que ese consentimiento no contenga vicios de los que el Código Civil regula en los artículos 1322 y siguientes. La presencia de cualquiera de ellos vicia el consentimiento, porque este ya no se manifiesta de manera espontánea o libre.

Uno de los vicios es el error, que consiste en la creencia equivocada o inexacta de las cosas que sirve para que la persona que cae en dicho vicio, presuponga la realización de un acto jurídico, es decir, un hecho humano que

---

<sup>88</sup> Alfaro, López y Vásquez, “Los elementos del contrato de maternidad subrogada”, 65.

<sup>89</sup> Alessandri y Somarriva, *Curso de Derecho Civil*, 76.

es voluntario y lícito con la finalidad de establecer relaciones jurídicas, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones para los contratantes, que se realizan para cumplir un deber, como puede ser el pago de una deuda;<sup>90</sup> sin embargo cuando el consentimiento está viciado por el error no es posible encontrar ninguna ilicitud<sup>91</sup>.

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<sup>92</sup>.

Ahora bien, éste a su vez se divide en error de derecho y error de hecho; con respecto al error de derecho el artículo 1323 del 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.<sup>93</sup>

En cuanto al error de hecho, el Código Civil en su artículo 1324 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

---

<sup>90</sup> Luis Díez Picazo y Antonio Guillón, *Instituciones de Derecho Civil Patrimonial*, tomo 1 (España: Tecnos, 1998), 121.

<sup>91</sup> Luis Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo 1 (España: Civitas, 2007), 208.

<sup>92</sup> Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 2ª ed. (Bogotá: Temis, 1994), 187.

<sup>93</sup> *Ibíd.*

ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese 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 entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra".

Con respecto a la fuerza, este vicio del consentimiento se encuentra regulado en los artículos 1327 y 1328 del Código Civil. Doctrinariamente se entiende: "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 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".<sup>94</sup> También se define así: "Fuerza es la presión que se ejerce sobre una persona por actos materiales o amenazas para inducirla a consentir".<sup>95</sup>

En cuanto al dolo, este se encuentra regulado en los artículos 1329 y 1330 del Código Civil; el primer artículo hace referencia 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 vicie el consentimiento. Esto es posible cuando dicho tercero haga las veces de cómplice del principal contratante. La segunda

---

<sup>94</sup> *Ibíd.* 220.

<sup>95</sup> Alessandri Somarriva, *Curso de Derecho Civil, Parte General* (Chile: Nacimiento, 1971), 112.

condición se refiere a que a la víctima la inducen a celebrar el acto o contrato, que, de no terciar el artificio doloso, no se hubiera llevado a efecto. 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.<sup>96</sup>

### **2.7.2.3. Objeto como elemento de validez**

Lo constituye aquella relación contractual que se origina de un contrato con su complejo de derechos y obligaciones a cargo de las partes. Los requisitos que debe llenar el objeto cuando recae sobre una obligación de dar son:

**Real:** Es decir, que existe realmente, que tiene existencia, así como lo menciona el artículo 1332 C.C.

**Determinado:** La relación contractual debe ser precisa, así como el contenido de la misma y las partes intervinientes. Esta determinación puede ser de dos clases: específica (en especie) o genérica. La determinación en especie es cuando se debe una especie determinada dentro de un género, y la determinación genérica es cuando se debe una especie indeterminada como se menciona en el artículo 1332 del Código Civil.

**Lícito:** Se refiere a que el contrato no debe contrariar con la ley, las buenas costumbres o el orden público. Este requisito es quizás el más importante y el que puede tener mayor aplicabilidad. El objeto del contrato como elemento de validez debe ser idóneo. El concepto de idoneidad es paralelo al de capacidad, ésta es aptitud del sujeto; aquella, aptitud del objeto.

---

<sup>96</sup> Alfaro, López y Vásquez, “Los elementos del contrato de maternidad subrogada”, 36.

#### **2.7.2.4. Causa Lícita**

De conformidad al art. 1338 C.C., además de ser real, la causa debe ser lícita, exigencia que permite a los tribunales mantener el control de la moralidad de los actos jurídicos.

El artículo mencionado anteriormente, establece una definición de causa lícita, se llama así a la que “no está prohibida por las leyes ni es contraria a las buenas costumbres ni al orden público”.

#### **2.8. Consecuencias por la falta de requisitos de existencia y validez**

Para que un negocio jurídico tenga existencia, requisito *sine qua non*, deben concurrir aquellas cosas esenciales sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente, tal como lo establece el artículo 1315 C.C. A contrario sensu, si falta uno de los requisitos esenciales, el acto no existe jurídicamente, es la nada, y por lo tanto no produce efecto jurídico alguno.

La inexistencia del acto debido a la falta de algún requisito esencial no es una sanción legal impuesta en tal situación, ya que la ley únicamente puede sancionar algo que tiene existencia jurídica. En este caso pues, hablando en términos jurídicos, se está ante la nada, ya que el acto no llegó a perfeccionarse como tal.<sup>97</sup> A pesar de que el legislador salvadoreño no hace mención del término de inexistencia, ni estableció dentro del Código Civil, un apartado en que se hiciera referencia especial a la inexistencia es

---

<sup>97</sup> Aída Elena Minero Reyes, “Análisis de los compromisos de gestación subrogada según la normativa de los actos jurídicos”, (tesis para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Dr. José Matías Delgado, 1990), 33.

equivalente a lo establecido para la nulidad. En este orden de ideas, en el Código Civil, establece que en aquellos casos en que el acto jurídico adolece de la falta de alguno de los requisitos esenciales a su perfeccionamiento, se le atribuye la consecuencia de la nulidad. Es importante resaltar los artículos 1314, 1613 y 1618 C.C., donde expresamente se establece que el contrato que no existe o no produce efecto alguno, será nulo.

Otro argumento, para establecer una diferencia entre los términos de nulidad e inexistencia, y sus diferentes consecuencias, es el hecho de que los actos o negocios jurídicos inexistentes no pueden subsanarse o validarse por el transcurso del tiempo, a diferencia de los actos que están viciados de nulidad<sup>98</sup>.

Así pues, se identifica un acto o negocio jurídico inexistente, aun cuando transcurriera el término de 30 años establecido por el legislador para sanear los actos que adolecen de nulidad absoluta, esto no sería suficiente para sanear o validar lo que nunca ha existido a la luz del derecho.

El legislador no incluye en los artículos que tratan de la nulidad, que ésta queda tipificada cuando hiciera falta alguno de los requisitos en existencia del acto jurídico, sino que se atribuye dicha sanción legal en el caso que un acto adolezca de alguno de aquellos requisitos que la ley prescriba para el valor del acto o contrato. Por otra parte, cuando un acto jurídico llega a perfeccionarse como tal, es decir existe jurídicamente, es que se puede hablar de nulidad del acto, la cual sí es una verdadera sanción. La nulidad es entonces *"...la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y*

---

<sup>98</sup> Guillermo Tigueros H., *Teoría de las Obligaciones*, Colección Textos Universitarios, tomo 1 (San Salvador: Delgado, 1984), 640.

*formalidades que se prescriben para el valor de un acto o declaración de voluntad según su especie y la calidad o estado de las partes.*<sup>99</sup>

En la legislación salvadoreña, en los artículos 1551 y 1552 C.C., define lo que es el acto o contrato nulo, entonces, si el acto adolece de algún vicio o defecto, el acto es nulo, y dependerá de la clase de vicio o defecto que lo afecte, el que el contrato sea nulo de manera absoluta o relativa, según lo expresado en los artículos citados con anterioridad.

## **2.9. Tipos de elementos**

Aludir a los elementos de los contratos es distinguir entre requisitos comunes a todos los contratos y requisitos propios de cada contrato específico. Los elementos propios de cada contrato se clasifican en esenciales, naturales o accidentales.<sup>100</sup>

### **2.9.1. Elementos esenciales**

Son aquellos sin los cuales, el acto jurídico no produce efecto alguno o degenera en otro acto diferente, es decir que, de faltar, no nace el acto jurídico o muda en otro diferente al inicialmente propuesto.<sup>101</sup> Se distinguen dos tipos de elementos esenciales: Los elementos de la esencia, generales o comunes a todo acto jurídico que son los requisitos de existencia y de validez de todo acto jurídico y los elementos de la esencia, especiales o particulares,

---

<sup>99</sup> Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, 2ª ed., tomo 11 (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978), 812.

<sup>100</sup> Jorge López Santa María, *Los contratos, parte general* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986), 6.

<sup>101</sup> Orrego, "Teoría General del Contrato", 7 de agosto de 2018, <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/>

de determinado acto jurídico que son aquellos que permiten singularizar un determinado acto jurídico, atendida su naturaleza o estructura.

### **2.9.2. Elementos naturales**

Son aquellos que se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, es decir, que están señalados en la ley. En otras palabras, si las partes desean excluir estos elementos, deben pactarlo en forma expresa.<sup>102</sup>

A diferencia de los elementos esenciales, que son de orden público, los elementos de la naturaleza son de orden privado y pueden ser modificados o excluidos por las partes, en una determinada relación jurídica.

### **2.9.3. Elementos accidentales**

Son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen al acto jurídico, pero que pueden agregarse en virtud de una cláusula especial que así lo estipule.

Los únicos elementos verdaderamente constitutivos del acto jurídico son los esenciales, los de la naturaleza no forman parte de la estructura básica del acto jurídico, sino que tienen relación con sus efectos; por su parte, los elementos accidentales no son requisitos del acto jurídico, sino de su eficacia, dado que a ellos puede subordinarse la producción de los efectos del acto jurídico.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> *Ibíd.*

<sup>103</sup> *Ibíd.*

## **2.10. Resolución de los contratos**

La resolución del contrato consiste, “En un medio de extinción del contrato y por ende de las relaciones jurídicas de él nacidas, debido a una causa sobreviniente, que opera con efectos retroactivos”.<sup>104</sup>

De esta definición, se resaltan dos elementos: a) Causa sobreviniente, se refiere a que el factor que da lugar a la resolución es un hecho jurídico, posterior a la celebración del contrato; b) La retroactividad, que es uno de los efectos de la resolución, las cosas deben de volver al estado en que se encontraban antes de contratar, inclusive las partes se deben de devolver lo que hubieran recibido en virtud del mismo.

## **2.11. Requisitos de la Condición Resolutoria**

La condición resolutoria se encuentra regulada en el Código Civil en el artículo 1360 que dice:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pero en tal caso podrá el otro otorgante pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios de uno u otro caso.”<sup>105</sup>

La condición resolutoria es una acción facultativa dadas a las partes para que, en caso de no cumplimiento del contrato por una de ellas, pueda la otra parte que, si cumplió con su obligación, pedir el cumplimiento o la resolución

---

<sup>104</sup> Feliz Rigo Represas y Rubén Stilit, *Contratos* (Buenos Aires: La Rocca, 2001), 277.

<sup>105</sup> Recopilación de Leyes Civiles, *Código Civil*, 39ª ed. (El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2013), 166.

ambas con indemnización de perjuicios. Para ello se deben de llenar los siguientes requisitos: Que el contrato sea bilateral; que haya incumplimiento total o parcial; que este incumplimiento se deba a una de las partes y que una de las partes haya cumplido con su obligación, pues de otro modo no se estaría en presencia de esta figura si no de lo que se conoce como “mora purga a la mora”. Por tal motivo es indiscutible que una de las partes cumpla tal y como se estipulo en el contrato y de ahí le nace el derecho a exigirle a aquella que no lo ha hecho.

Su finalidad es el cumplimiento obligatorio del contrato o la resolución del contrato, ambas con indemnización de daños y perjuicios.

### **CAPITULO III**

## **CONSECUENCIAS PSICOSOCIALES Y JURIDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

*El capítulo versa sobre las consecuencias tanto psicológicas como sociales que se pueden sufrir por la práctica de la figura de maternidad subrogada, así como las consecuencias jurídicas, además, si existe o no la posibilidad de que la mujer que llevará a cabo la gestación y la criatura que nacerá se vean como un objeto meramente mercantil por la realización del contrato.*

La sociedad busca la protección de la familia y de la madre, existe legislación<sup>106</sup> y jurisprudencia<sup>107</sup> protectoras de la mujer gestante, pero se debe ampliar esa protección a las mujeres que tienen problemas en su proceso de gestación o con las mujeres que deben cuidar a sus hijos que nacen con algún tipo de problema congénito o de cualquier otro tipo; aunado a lo anterior no existe un texto internacional que recoja requisitos de la maternidad subrogada por lo que existe una disparidad de situaciones en función del país del que se trate; por eso se establece un marco internacional, establecido por la ONU y otros organismos internacionales, como la CDN o la CEDAW que a pesar de no centrar su contenido en el tema de dicho informe, determinan las directrices que en todo caso deben

---

<sup>106</sup> Observaciones del comité de derechos del niño. ONU 13/07/2015; Observaciones del comité de derechos del niño. ONU 12/06/2017; Ley federal de Salud de México (2016) y Observaciones del comité de derechos del niño. ONU 3/07/2015; Ley federal sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia (2012); Observaciones del comité de derechos del niño. ONU. Febrero 2013.

<sup>107</sup> Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen que ver con los problemas que plantea la gestación subrogada llevada a cabo por una persona nacional de un país que la prohíbe en otro país que sí la admite, y que pretende después que la filiación derivada de esa maternidad- paternidad sea reconocida legalmente en su país de origen. El TEDH es consciente de que el libre reconocimiento de dicha filiación equivaldría a dejar sin efecto la prohibición o el rechazo de la gestación subrogada.

respetarse a nivel internacional,<sup>108</sup> como la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 3.1. que:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”<sup>109</sup>

En el artículo 7 de la misma Convención se señala que:

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”<sup>110</sup>

Cabe mencionar también algunos informes de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos que tanto en 2017<sup>111</sup> como en 2018<sup>112</sup> en el que se trata especialmente sobre maternidad subrogada, afirma que la

---

<sup>108</sup> El artículo 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.” Naciones Unidas. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>21</sup> [en línea]. 1979. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

<sup>109</sup> UNICEF. Convención sobre los derechos del niño. Madrid: Unicef Comité Español, 2006. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

<sup>110</sup> *Ibíd.*

<sup>111</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. A/HRC/34/55 18. Consejo de Derechos Humanos. 34º período de sesiones. 27 de febrero a 24 de marzo de 2017.

Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/440/29/PDF/G1644029.pdf?OpenElement>

<sup>112</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. A/HRC/37/6019. Consejo de Derechos Humanos. 37º período de sesiones. 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/HRC/37/60>

gestación subrogada comercial es un fenómeno creciente que está superando rápidamente en número a las adopciones internacionales.

Este vacío normativo en relación con los acuerdos internacionales de maternidad subrogada hace que los niños y niñas que nacen mediante ese método sean vulnerables a la violación de sus derechos. De hecho, hay varios países que no reconocen esos arreglos y, a fin de establecer una relación padre-hijo, en las leyes nacionales se suele exigir a los padres y/o madres que adopten legalmente al niño o niña nacida mediante la gestación subrogada internacional. Sin embargo, la adopción se considerará ilegal en virtud de las normas internacionales si se determina que el acuerdo internacional de gestación subrogada equivale a la venta de niños y niñas. En cuanto a esto se encuentra en la Convención de los Derechos del Niño, específicamente en el artículo 35, el cual específicamente establece la protección contra el secuestro, venta y trata de chicos y chicas, el cual dice:

“Los estados tomarán todas las medidas que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de chicos y chicas para cualquier finalidad”<sup>113</sup>

Por ello resulta la necesidad de resolver una problemática donde la práctica de la maternidad subrogada como técnica, se ha convertido en algo tan común que ha llegado al punto de volverse un negocio por medio del cual muchas mujeres se valen para mejorar su situación económica, además de ser esta una opción técnico-médico-científica alternativa para las parejas que quieran concebir y no puedan, se hace necesario regularla, verificando el papel del derecho frente a esta nueva realidad.<sup>114</sup> Tal es el caso de España,

---

<sup>113</sup> UNICEF. Convención sobre los derechos del niño. Madrid: Unicef Comité Español, 2006. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

<sup>114</sup> Melissa Eugenia Hurtado Portocarrero y Martha María Lozano Aristizabal, “De la licencia de maternidad y otros derechos de la seguridad social en salud en la maternidad subrogada” (Especialización en Seguridad Social, Universidad de San Buenaventura, 2013), 3.

que de acuerdo con datos proporcionados por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Gobierno de España en respuesta parlamentaria a finales de 2017, entre 2010 y 2016 se habrían registrado en torno a 979 nacimientos por gestación subrogada o vientres de alquiler en oficinas consulares y misiones diplomáticas de 12 países distintos donde esta práctica está legalizada y a los que acuden las parejas españolas.<sup>115</sup>

El 56% de estas niñas y estos niños provienen de Estados Unidos y otro 24% de Ucrania. Estas cifras no contemplan, aquellos casos cuyos trámites se hayan iniciado en los países de origen, pero cuyas inscripciones se hayan practicado posteriormente en España y no en las embajadas.

La cifra también es incompleta porque hay algunos supuestos de adopción internacional que llegan al Registro Civil por vía de adopción que en realidad encubren casos de maternidad subrogada.<sup>116</sup>

### **3.1. Posición de la mujer gestante, posible mercantilización de su cuerpo**

En El Salvador la maternidad subrogada ya es una realidad, pero debido a los vacíos normativos, resulta llamativo lograr determinar cuál es el papel del derecho frente a las técnicas de la maternidad subrogada. Esta práctica no debe cruzar la delgada línea de la ilegalidad como sería la comercialización del cuerpo humano, en los casos de “alquiler” o llegar al punto de la “venta de gametos” que finalmente se traduce en manipulación de genes;<sup>117</sup> .

---

<sup>115</sup> Emakunde. *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? INFORME FINAL* (España: Fundación EDE, 2018), [http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones\\_publicaciones\\_informes/es\\_emakunde/adjuntos/ges\\_sub\\_vie\\_alq\\_informe.pdf](http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf)

<sup>116</sup> *Ibíd.*

<sup>117</sup> Hurtado y Lozano, “De la licencia de maternidad y otros derechos de la seguridad social en salud en la maternidad subrogada”, 42.

El motivo por el que una mujer se somete a la gestación por sustitución es por solidaridad y humanismo hacia aquellas personas que no pueden tener hijos.<sup>118</sup>

En los países en donde está permitida la Maternidad Subrogada, a los padres comitentes no se les exige ninguna prueba alguna de su esterilidad; por tanto, esta idea de que es un acto voluntario para aquellas personas que no pueden tener hijos es, en cierta medida, falsa.

### **3.2. Las madres subrogadas como producto**

En el supuesto que si alguien tiene dinero para conseguir una madre gestante puede acceder a ello, surge la idea del sometimiento de las clases más favorecidas sobre las más desfavorecidas. Las sofisticadas técnicas de reproducción humana asistida marcan, todavía más, las desigualdades. Por lo que se considera que la gestación por sustitución afecta a la integridad y la dignidad humana, en general, y a la de las mujeres en particular.<sup>119</sup>

Según la teoría de María José Guerra Palermo<sup>120</sup> se crea mayor distancia entre un grupo de quienes son los que deciden y otro de quienes son los afectados por dichas decisiones. También señala que, para justificar el negocio de los vientres de alquiler, la bioética neoliberal elimina de su discurso las consideraciones de justicia e igualdad y abandera la supuesta autonomía y libre consentimiento de las mujeres, obviando cuestiones fundamentales que tienen que ver con los privilegios, las desigualdades de

---

<sup>118</sup> Rubio, "Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante", 79. (véase cap.1, n. 8).

<sup>119</sup> *Ibíd.* 80

<sup>120</sup> Filósofa y miembro del Instituto de Estudios de las Mujeres de la Universidad de La Laguna, también del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), España.

clase social, género, localización geográfica y geopolítica que están implicadas en la gestación por subrogación.<sup>121</sup>

Estas variables, son clave en el análisis del problema ya que la tendencia es que los clientes de la gestación subrogada dispongan de gran poder adquisitivo o tengan acceso al crédito, y contraten a través de las agencias intermediarias los servicios de mujeres gestantes en países empobrecidos, o con grandes bolsas de población femenina empobrecida, debido a ese valor comercial que tiene, se está fomentando el “turismo reproductivo”.

La idea de regular la maternidad subrogada se justifica a menudo alegando que otros países la permiten, pero hay muchos países que no la admiten. De los 28 Estados de la Unión Europea, solo tres la reconocen (Grecia, Portugal y Reino Unido, y en este último caso lo que la ley reconoce es la transferencia de paternidad después del nacimiento); ocho la prohíben (Alemania, Austria, Bulgaria, España, Francia, Italia, Malta, Suiza) y en los restantes no hay ninguna disposición legal sobre el asunto. Por su parte, Ucrania y Rusia la autorizan.<sup>122</sup>

Entre los países ricos, la maternidad subrogada es más frecuente como en Estados Unidos, existiendo Estados que la aceptan y otros que la excluyen. El más abierto a esta práctica es California, meca de parejas extranjeras, aunque allí el aspecto comercial se admite con toda su crudeza. En contraposición a esto, tanto por menor coste como por la flexibilidad legal, los

---

<sup>121</sup> Kika Fumero, “Vientres de alquiler: desigualdad y derechos vulnerados”, *Revista Digital Tribuna Feminista* (blog) 18 de septiembre 2018, <http://www.tribunafeminista.org/2016/10/vientres-de-alquiler-desigualdad-y-derechos-vulnerados/>.

<sup>122</sup> Ignacio Aréchaga, “Gestar un hijo para terceros, ¿Contrato o abuso? La maternidad subrogada transforma el embarazo en proceso de producción”, *ACEPRENSA ENFOQUE*, 125, 6° A, Fundación Casatejada, (2017): 3.

vientres de alquiler se han reclutado sobre todo en algunos países del Tercer Mundo, como la India, Tailandia o Camboya. Y, debido a su comercio varios de estos países han tenido que endurecer su legislación, cerrando clínicas de este tipo, prohibiendo la maternidad subrogada para parejas extranjeras o limitando la gestación por encargo a parejas casadas, de hombre y mujer.<sup>123</sup>

La capacidad de gestar es vista por la propia mujer como una función separada de su “Ser” y así puede mantener una distinción entre lo que se alquila (el útero) y el “Yo”. La idea de que el Ser es completamente distinto del cuerpo es la que sustenta la idea de que es posible vender el cuerpo sin venderse a una misma.<sup>124</sup> Si la madre gestante no pone el óvulo (proporcionado por otra donante), el hijo no es genéticamente suyo, hay menos problemas de apego y no puede decirse que esté vendiendo un hijo. Pero un contrato que exige a la mujer que no forme durante el embarazo ese vínculo que normalmente se crea con el niño, sigue degradando a la mujer al nivel de incubadora.

Durante el embarazo, el contacto entre la madre subrogada y los padres que la han contratado se hace estrecho pero una vez que el procedimiento jurídico ha terminado y el contrato concluye, la pareja contratante desaparece y la madre gestante se convierte en un elemento innecesario, y siente todo el peso de la explotación, de la separación del bebé, de la cosificación<sup>125</sup> del embarazo y de los intereses creados de una transacción

---

<sup>123</sup> *Ibíd.*

<sup>124</sup> Ana Trejo Pulido, “Vientres de alquiler: violación del derecho a la salud materna y primal”, *Revista Digital Tribuna Feminista* (blog) 18 de septiembre 2018 <http://www.tribunafeminista.org/2017/07/vientres-de-alquiler-violacion-del-derecho-a-la-salud-materna-y-primal/>

<sup>125</sup> Cuando el útero de la madre gestante al ser parte de ella misma, al alquilarlo se rebaja a nivel de cosa, de mercancía. Práctica comercial donde explotan los cuerpos femeninos, reduciéndolos sólo para gestar bebés. <https://ondafeminista.com/2016/05/03/maternidad-subrogada-y-la-cosificacion-de-la-vida-humana/> (Consultado el 15 de septiembre 2018)

comercial que implicaba a personas completas y no a productos de compraventa.

### **3.3. Las niñas y los niños convertidos en producto comercial**

La maternidad subrogada sin la correcta legislación supone la explotación y cosificación de seres humanos, así: a) El niño se convierte en un producto de mercado que se encarga, se compra y se vende, e incluso viéndolo desde este punto de vista podría considerar que existiría la posibilidad de que fuera devuelto o se cambia si no satisface al cliente; b) la mujer que alquila su cuerpo, es convertida en un mero envase, un “horno gestacional”; creando situaciones injustas y de flagrante violación de los más básicos derechos humanos.<sup>126</sup>

Los procesos de selección de las madres subrogadas incluyen un sinnúmero de pruebas y requisitos personales para garantizar esa “calidad” de los óvulos y del vientre que llevará a su futuro hijo, que pueden incluir la selección del sexo o de la raza, en general, estas candidatas a madres subrogadas deben cumplir algunos requisitos básicos, aunque estos pueden variar de una empresa a otra.

Según lo anterior, algunos requisitos son: tener entre 25 y 35 años, contar con buen estado de salud, lo que se podrá comprobar a través de diferentes exámenes físicos y psíquicos, no tomar drogas ni medicamentos que pueda afectar al feto, no tener ninguna enfermedad de transmisión sexual, haber tenido al menos un embarazo previo sin complicaciones.

---

<sup>126</sup> “Vientres de alquiler, Maternidad Subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas”, *Mujer, madre y profesional de Profesionales de la Ética*, n. 58-60, E-25 (2015): 3.

Se han dado ya casos en los que el bebé presentaba malformaciones o no era del sexo “adecuado” y han sido rechazados por los padres contratantes o han exigido que fuese abortado. Debido a esto deben realizarse exámenes como:

Un análisis de sangre, en este se comprueban cosas como su tipo de sangre y factor Rh, hepatitis B, sífilis y VIH, inmunidad a la rubéola y la varicela, fibrosis quística y atrofia muscular espinal.

Cribado del primer trimestre: Este examen incluye un análisis de sangre y una ecografía. Ayuda a determinar si el feto tiene riesgos de presentar una anomalía cromosómica (como Síndrome de Down) o deformaciones congénitas (como un problema del corazón).

Ecografía: Este estudio seguro e indoloro utiliza ondas sonoras para tomar imágenes que muestran la forma y la posición del bebé. Se puede hacer al principio del primer trimestre para calcular el tiempo de embarazo o durante las semanas 11 a 14 como parte del cribado del primer trimestre.

Muestreo del vello coriónico: Este examen controla las células de la placenta para ver si tienen una anomalía cromosómica (como Síndrome de Down). Se puede hacer entre las semanas 10 y 13 y permite determinar con certeza si un bebé nacerá con un trastorno cromosómico específico.

Examen de ADN libre: En este análisis de sangre se examina el ADN fetal presente en la sangre de la madre. Se hace para ver si el feto está en riesgo de tener un trastorno cromosómico y se puede hacer a partir de la semana 10 del embarazo.

Así, en el mes de agosto de 2014, una pareja de australianos dejó abandonado en Tailandia un bebé nacido con síndrome de Down, pero se llevaron a su gemela que nació sana. La madre de alquiler se quedó con el bebé enfermo, a pesar de su situación económica, y solicitó que se le devolviese a la niña sana, pero se le denegó y la niña se ha quedado con la pareja que la compraron.<sup>127</sup>

Los procesos de vientres de alquiler son relativamente recientes, falta aún por determinar en qué medida afectan a los niños fruto de la subrogación. Así pues, cabe presuponer que un embarazo considerado como un negocio y la relación con un hijo al que se renuncia de antemano y al que se considera como un producto y una fuente de ingresos, pueda afectar al correcto desarrollo psicológico del niño, más aún cuando sepa cuál es su origen,<sup>128</sup> de la misma manera, el momento de la separación del bebé deja secuelas psicológicas.

### **3.4 Tráfico de personas**

La maternidad subrogada, será un caso más de libertad de elección y autonomía de la voluntad, en el sentido de que cada cual es libre de hacer con su cuerpo y su vida lo que prefiera, y en tal supuesto la ley no debiera interponerse;<sup>129</sup> también es vista como caldo de cultivo para la explotación, el abuso y el tráfico de personas. En algunos países se han desmantelado redes de venta de bebés, en las que se encontraban mujeres secuestradas bajo el engaño de una oferta de trabajo, para utilizarlas como madres gestantes a través de la implantación de embriones o la violación.

---

<sup>127</sup> *Ibíd.* 4

<sup>128</sup> *Ibíd.* 4

<sup>129</sup> *Ibíd.* 5

El Parlamento Tailandés aprobó el diecinueve de febrero de dos mil quince un proyecto de ley para la prohibición de la contratación de vientres de alquiler, el cual entró en vigencia el treinta de julio del año dos mil quince.<sup>130</sup>

Cabe recordar que el Art. 7.1. g) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptado en esa ciudad el 17 de julio de 1998 el cual entró en vigor el 1 de julio de 2002 y al cual El Salvador se adhiere el 3 de marzo de 2016, luego de ser ratificado por la Asamblea Legislativa en noviembre de 2015; establece la violación, esclavitud, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; como “crímenes de lesa la humanidad”.<sup>131</sup>

El Salvador cuando ratifico dicho estatuto tuvo reservas únicamente en cuanto a establecer claramente que no puede ser aplicado de carácter retroactivo; así mismo la referente a la inaplicabilidad de la pena de muerte, algo que sí deja abierto el Estatuto de Roma pero que no permite la Constitución de la República.

Resulta evidente que la dignidad de la mujer y la maternidad no se contemplan como algo indisponible y digno de protección, sino que, tal y como sucede con la prostitución, se puede utilizar a la mujer para satisfacer un deseo; además, en relación con las nuevas tecnologías reproductivas se puede afirmar que el pensamiento que actualmente se engloba bajo el rótulo genérico de “ideología de género” ha propiciado, en los últimos años, los denominados «derechos sexuales y reproductivos». Así, por ejemplo, se reclama el reconocimiento de un derecho a la subrogación del vientre

---

<sup>130</sup> *Ibíd.* 6

<sup>131</sup> Estatuto de Roma versión digital (Consultada 12 de junio 2018).  
[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute%28s%29.pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf)

materno, es decir, llevar a cabo la gestación de un hijo propio o ajeno en el útero de otra mujer, previo acuerdo contractual remunerado.<sup>132</sup> Desde el punto de vista del feminismo en la figura de la maternidad subrogada se entiende que el propio cuerpo, con todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales, puede ser objeto de una transacción económica que suele ser bien retribuida, debido a las consecuencias que la situación puede acarrear a la portadora.<sup>133</sup>

La existencia de legislaciones que aceptan la figura de la maternidad por subrogación, ha determinado el surgimiento de lo que se denomina «industria de la fertilidad»<sup>134</sup>, o turismo reproductivo por lo que, desde hace algunos años, se viene solicitando una armonización legal internacional para hacer frente a los fenómenos secundarios negativos que esto provoca.<sup>135</sup> Esta práctica representa, para ciertas opiniones, un ejemplo del sometimiento y del trato degradante hacia las mujeres, así como para los menores que se verían afectados por este tipo de transacciones. Para otros, sin embargo, lleva hasta las últimas consecuencias la tesis de que la maternidad es, en realidad, una construcción social, como todo lo concerniente a los géneros y a sus diferencias.<sup>136</sup>

Ahora es posible separar la gestación de la tutela maternal y esto cambia de alguna manera la fuerte carga simbólica y cultural que rodeaba a la

---

<sup>132</sup> José López Guzmán y Angela Aparisini Miralles, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, Cuaderno de Bioética 23º, 2ª ed. (España: Universidad de Navarra, 2012), 256.

<sup>133</sup> *Ibid*, 258.

<sup>134</sup> Se puede elegir el donante de esperma por catálogo, incluso por Internet. En esos catálogos se puede conocer el peso, la altura o la etnia del donante y realizar el «pedido» al igual que se compra un libro en la biblioteca virtual o un vestido en una de las grandes tiendas online.

<sup>135</sup> López y Aparisini, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, 265.

<sup>136</sup> Rubio, “Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante”, 82.

maternidad.<sup>137</sup> Esto debido a que en los contratos de maternidad subrogada se pacta una remuneración económica y así la madre gestante no se quedara con el niño, también influye que en la mayoría de los casos las mujeres que deciden someterse a este tipo de técnica reproductiva lo hacen bajo una necesidad creada por la pobreza, por lo que ésta podría ser una opción vital y no un acto de solidaridad con los padres o individuo comitente.<sup>138</sup> Y por ende no tendría necesidad de quedarse con el niño nacido bajo esta figura. La mujer que decida someterse a las técnicas de reproducción para gestar un hijo a terceras personas no lo hará bajo ningún tipo de sometimiento y dejará de ser una opción vital porque no habrá ningún tipo de recompensa económica por tal actividad, por lo que existiría realmente ante un acto de solidaridad.<sup>139</sup>

En El Salvador, al no existir regulación sobre las técnicas de reproducción asistida y menos sobre el contrato de maternidad subrogada, si una pareja quiere llevar a cabo esta práctica, puede caer en el delito de comercio de personas el cual está regulado en el artículo 367 del Código Penal o el delito de trata de personas el cual está regulado en el artículo 367-B del mismo cuerpo legal.

Se estaría comercializando con el cuerpo de la mujer que llevará a cabo la gestación y con el producto de dicha gestación, ya que la criatura nacida se estaría entregando a la pareja a cambio de una retribución económica, lo cual a su vez, provocaría una violación de derechos tanto de la mujer y del menor y podría causar que mujeres sean explotadas sexualmente para poder

---

<sup>137</sup> María T. López De La Vieja, *Maternidad y contrato en: Principios morales y casos prácticos* (Madrid: Tecnos, 2001), 148.

<sup>138</sup> Rubio, "Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante", 84.

<sup>139</sup> *Ibíd.* 85.

procrear niños los cuales luego serían vendidos en el mercado a parejas que tengan la capacidad económica de poder pagar el precio establecido.

Asimismo, al llevar a cabo esta práctica aun cuando en el país no existe una legislación pertinente y no existen centros adecuados para realizar estos procedimientos se podría también incurrir en otro delito, que es el de manipulación genética, regulado en el artículo 140 del Código Penal, el cual tiene una sanción de tres a seis años de prisión.

Se deben de tomar en cuenta las implicaciones morales, sociales y religiosas que este contrato alcance a tener; en el ámbito religioso, podría verse como una práctica atentatoria debido a que los hijos deben de ser concebidos de forma natural y no mediante procedimientos científicos; en el aspecto social algunas de las implicaciones que pueden tener es el desarrollo que tendrá el niño nacido bajo esa figura y las posibles consecuencias psicológicas que pueden afectarle a corto y largo plazo así como el reproche social que sufrirá tanto la pareja solicitante como la mujer gestante; esta práctica se vería como una falta a las buenas costumbres y la moral y se vería a la mujer y a la criatura como objetos dentro del comercio y posible explotación.

Se considera que la maternidad subrogada es una práctica donde interviene el consentimiento de adultos que ejercen sus derechos y exigencias, sin perjudicar a nadie, por lo que no puede juzgarse a las personas que la ejercen y mucho menos a la práctica en sí misma.

El Estado debe regular esta práctica protegiendo a todas las partes que intervienen, principalmente a la madre gestante, la cual no cuenta con los insumos necesarios o un asesor que cuide sus intereses, así como los derechos del niño o niña por nacer.

### 3.5. Filiación por técnicas de reproducción asistida

La filiación es el vínculo paterno filial que puede presentarse como una cuestión principal en el Derecho Privado cuando se trata de determinar, fijar, contestar o desconocer este vínculo, esto es, en materia de “acción de filiación” o bien como cuestión previa, como en el caso de sucesiones, alimentos para menores, entre otros. Dicho vínculo, ya sea biológico o adoptivo, puede ser tanto matrimonial como extramatrimonial.<sup>140</sup> La filiación, determina cuestiones que no tienen nada que ver o que tienen que ver solo parcialmente con la naturaleza y que derivan y contribuyen a una determinada organización social: el nombre, los alimentos, la custodia y la educación.

Es una función tan importante que precisamente es ella la que ha dado lugar a una categoría de filiación, en la que voluntariamente se omite la relación natural derivada de la reproducción; para sustituirla por otra relación manifiestamente artificial (No natural), con el fin de que ésta desempeñe la mencionada función ante la incapacidad o negativa de los progenitores naturales para llevarla a cabo.<sup>141</sup>

La aplicación de las Técnicas de Fecundación Humana Asistida permite pre constituir una prueba directa y cierta de todos los sujetos participantes, así como de las voluntades concurrentes.

---

<sup>140</sup> Luciana B. Scotti, *El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas* (Argentina: Comité Editorial de Pensar en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Amborsio L. Gioja” de la Universidad de Buenos Aires, 2012.), 275.

<sup>141</sup> Rosa Angélica Hernández Euceda, Baltazar de Jesús Hernández Méndez y Linda Jesica Lobo Flores, “La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación jurídica” (tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2003), 67.

Por la trascendencia de estas técnicas, es recomendable que en cada caso se formalice un expediente y que la voluntad de las personas implicadas en todos los pasos o procedimientos sea de forma expresa.

La existencia de esa voluntad expresa permite conocer en todo momento con exactitud quienes son el padre y la madre naturales según sea el caso; porque cuando se refiere a la inseminación heteróloga es recomendable el anonimato, y ello puede ser especialmente importante para el ejercicio de los efectos que conlleva la filiación.

Al utilizar dichas técnicas, se debe reconocer que cada una de ellas tiene sus propias consecuencias, como por ejemplo en los casos de fecundación heteróloga cuya consecuencia es una disociación entre paternidad genética y legal o entre la maternidad biológica, genética y legal según sea el caso; por lo que es necesario identificar cada una de las situaciones que se podrían suscitar con la aplicación de las técnicas y las formas en que la doctrina las aborda.

### ***3.5.1 La filiación originada de la inseminación artificial***

La inseminación artificial consiste en introducir artificialmente en la mujer, semen de un donante. Esta técnica simplemente imita la reproducción natural dentro del útero, haciendo más fácil el camino de los espermatozoides al lugar y momento adecuado de la ovulación. Se recurre a la inseminación artificial cuando los espermatozoides tienen problemas para alcanzar el útero o por déficit en la cantidad o calidad del esperma. La inseminación artificial puede hacerse con el semen de la pareja o no, tal como se define a continuación:

### **3.5.1.1 Con semen del cónyuge o pareja estable. (Homóloga)**

La Filiación originada de la Inseminación Artificial con gameto del esposo de la pareja o llamada también homóloga, es el caso que menos problemas plantea. Basta con el consentimiento del marido para que se proceda a la Inseminación Artificial de su mujer, acreditado dicho consentimiento, el marido no podrá destruir posteriormente la presunción de paternidad mediante una declaración en contrario.

Además, se encuentran ampliamente compartida la opinión de que la Inseminación Homóloga no requiere un tratamiento especial ya que no existe controversia alguna de la determinación de la paternidad y de la maternidad, ya que los gametos, tanto masculinos como femeninos provienen de la pareja.<sup>142</sup>

### **3.5.1.2 Con donante de esperma. (Heteróloga)**

Se debe mantener el anonimato del donante de semen, amparado por el secreto profesional, no debe ser violado ni entrar en controversias con la figura jurídica de la filiación. Tal anonimato o secreto no debe ser obstáculo para que el establecimiento o institución habilitada al efecto conserve los antecedentes y las condiciones biológicas del donante, en cuanto puedan interesar para el mejor desarrollo de la vida del futuro nacido.<sup>143</sup>

La existencia de los bancos de esperma, abre la posibilidad de acceder a la maternidad sin tener una relación sexual y sin compartir la parentalidad del niño con un hombre y por ello existen distintos puntos de interés que deben

---

<sup>142</sup> *Ibíd.* 69.

<sup>143</sup> *Ibíd.* 70

tener protección jurídica, según el interés que salvaguarde. Si el interés es el niño, entonces se puede afirmar que ese daño repercutirá en el menor, ya que tiene el derecho de contar con una figura femenina y una masculina.<sup>144</sup>

Desde el punto de vista sociológico, el matrimonio es, en efecto, una institución social, conformada por marido, mujer y los hijos, que ocupan posiciones sociales o roles que constituyen expectativas del sistema social íntegro, para la consecución de funciones que le son propias; por lo que los hechos del impulso sexual y de la procreación, en lugar de quedar librados al azar de los meros factores biológicos y psíquicos, merced a la institución de la familia, son encausados y regulados.

El Salvador adopta la idea de prohibir la utilización de este tipo de técnicas a mujeres solas, esto debido a una idea de convencionalismo social, ya que uno de los derechos que protegen al menor es el de nacer en condiciones familiares, esto de acuerdo al artículo 34 de la Constitución de la República que reconoce el derecho que toda niña, niño y adolescente, tiene a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado, que creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia.

### ***3.5.2 La filiación originada de la fecundación in vitro (FIV)***

En la Fecundación *in vitro*, se trata de provocar la fecundación del óvulo en un laboratorio (*in vitro*) y no en interior del cuerpo de la mujer, debiendo implantarse posteriormente el embrión en el útero de la mujer. Cuando la mujer no produzca óvulos o que estos no estén en forma y condiciones

---

<sup>144</sup> *Ibíd.* 73

óptimas una donante anónima debe aportar el suyo y, se insemina con un espermatozoide, de la pareja o de un donante, y se coloca en el útero para que siga su desarrollo, en este caso también el semen y el óvulo pueden ser de la pareja o de un donante anónimo, tal como se define a continuación:

### **3.5.2.1 Con gametos provenientes de la pareja**

Esta filiación no presenta ninguna problemática, puesto que el embrión que se implanta en el útero de la mujer es el resultado de una fecundación de óvulo y espermatozoide de la pareja atribuyendo entonces al hombre la paternidad genética y legal y a la mujer tanto la maternidad genética como biológica<sup>145</sup>, rigiéndose entonces por las normas establecidas, para la determinación del vínculo paterno o materno filial.

La atribución de la paternidad en la fecundación natural viene dada por el elemento genético y la responsabilidad que debe de asumir por realizar el acto necesario para fecundar, en cambio en la fecundación asistida la atribución de la paternidad viene del consentimiento, prestado por el marido o conviviente, y una vez acreditado dicho consentimiento el marido o conviviente no podrá destruir la atribución de la paternidad declarando lo contrario, salvo que se pruebe que el niño no es producto del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). Por lo tanto, para cada intento de un nuevo embarazo se exigirá un nuevo consentimiento.<sup>146</sup>

Solo se hablará de fecundación Post Mortem cuando el fallecido sea el hombre que conforma a la pareja (casada o no); ya que, si la fallecida es la

---

<sup>145</sup> De La Torre Vargas, “La Fertilización In Vitro y la Filiación”, 167.

<sup>146</sup> *Ibíd.* 126

mujer, estaríamos frente a una maternidad subrogada o de sustitución en la que se necesita de una mujer que no es la que aportó el óvulo para que gesté y dé a luz al niño (a).<sup>147</sup>

En relación con el plazo según el cual se podría realizar la fecundación, ese plazo varía desde quienes sostienen que la mujer debería ser fecundada dentro del plazo de seis meses a partir de la muerte del marido, hasta quienes creen que el plazo debería ser dentro de los cinco años posteriores al deceso. En cualquiera de los casos siempre que se cumpla con los requisitos de forma y plazo el hijo será de ambos cónyuges.<sup>148</sup> Este criterio de determinación del tiempo a su vez depende del criterio que tome el legislador en cuanto a este punto, ya que es indicado que una ley especial lo determine, y que corresponda a una entidad como un Ministerio de Salud verificar el cumplimiento de esta situación.

### **3.5.2.2 Con donante de gametos**

Se realiza con óvulo de la mujer de la pareja y con semen de un donante, siendo el embrión transferido para que lleve a cabo la gestación. Hay identidad en la maternidad genética y biológica, pero hay una doble paternidad: la genética que corresponde al donante y la formal, legal o social que corresponde al varón de la pareja.<sup>149</sup>

En este tipo de técnica para que haya un vínculo paterno-filial con el marido o compañero de la gestante, es necesario que este dé su consentimiento, con relación al donante que aportó los gametos este no posee ningún

---

<sup>147</sup> Hernández Euceda, Hernández Méndez y Lobo Flores, “La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación jurídica”, 79.

<sup>148</sup> De La Torre Vargas, “La Fertilización In Vitro y la Filiación”, 167.

<sup>149</sup> *Ibíd.* 129.

derecho u obligación con el niño que nace y es por ello que se recurre a la donación anónima.<sup>150</sup>

### **3.5.2.3 Con gametos del marido de la pareja y donación de óvulos**

“Es aquella en que la fecundación in Vitro se realiza con semen del marido o varón de la pareja y con donación de óvulo, siendo transferido el embrión resultante a la mujer para que lleve a cabo la gestación”.<sup>151</sup> Existe coincidencia entre paternidad genética y legal, pero existe una doble maternidad: la genética correspondiente a quien dono el óvulo y la gestacional o biológica correspondiente a la mujer de la pareja. Al igual que con la donación de esperma no existe ningún tipo de relación jurídica entre la donante y el niño, por tanto, la donante no posee ningún derecho u obligación respecto al menor ni viceversa; a la donante en ningún momento se le podrá atribuir la filiación, ni esta se encuentra legitimada para reclamarla.

### **3.5.2.4 Con donación de embrión**

“Es aquella en que a la mujer de la pareja se le implanta un embrión donado, para que lleve a cabo la gestación. No hay paternidad ni maternidad genética, solo maternidad de gestación”.<sup>152</sup>

En este caso la determinación de la maternidad se basa en primer lugar en el hecho del parto y en segundo lugar en la voluntad de someterse a esta técnica y de asumir el papel de madre; en cambio la determinación de la

---

<sup>150</sup> Hernández Euceda, Hernández Méndez y Lobo Flores, “La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación jurídica”, 79.

<sup>151</sup> De La Torre Vargas, “La Fertilización In Vitro y la Filiación”, 135.

<sup>152</sup> *Ibíd.* 136

paternidad se basa solo en el consentimiento prestado para la utilización de esta técnica y la voluntad de asumir el rol de padre, viéndose imposibilitados de impugnar la filiación sobre la base de que no pueden contrariar sus propios actos, ni revocar su consentimiento una vez iniciada la práctica de la técnica.<sup>153</sup>

### **3.6 La filiación por maternidad subrogada en el Derecho Internacional**

Tal como ha reconocido la Conferencia de La Haya, la maternidad subrogada es un “negocio global”. Ya que la dispar regulación en los derechos nacionales motiva que estos acuerdos se celebren entre personas situadas en países distintos abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo, conlleva a tres grandes cuestiones que se encuentran involucradas, propias del Derecho Privado: el problema de la jurisdicción competente, la determinación del derecho aplicable a la relación jurídica y el reconocimiento y ejecución de sentencias. Sin embargo, son pocos los ordenamientos jurídicos que exigen una intervención judicial, por lo general, los legisladores realizan una supervisión con las pautas establecidas por la legislación local, algunos de ellos homologándolas. Por ende, no se está ante una decisión o resolución judicial sino ante documentos públicos, generalmente partidas de nacimiento.<sup>154</sup>

Es por ello que resulta esencial distinguir los supuestos en los que el convenio de gestación por subrogación tiene lugar en un estado con el que los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados (sea en función de su domicilio, residencia o nacionalidad), de aquellas hipótesis en

---

<sup>153</sup> *Ibíd.* 152

<sup>154</sup> Scotti, *El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*, 277.

las que el traslado de los particulares se lleva a cabo con la única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de estas características.<sup>155</sup> Destaca la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Unión Europea. Esta Conferencia es una organización interestatal cuyo principal objeto es unificar las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembro, intentando aportar una solución a aquellas situaciones en las que se halla implicado más de un país.

En este sentido, en 2001 se realizaron consultas informales con relación al trabajo futuro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Durante el proceso de consultas, se sugirieron como posible tema de trabajo las “cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatus de los niños y en particular el reconocimiento de la filiación”. En ese entonces, no hubo miembros interesados en incorporar este tema como un área de trabajo. Pero en 2009-2010, varios Estados expresaron su preocupación por el creciente número de acuerdos de maternidad subrogada que eran presentados ante las autoridades de sus Estados y la complejidad jurídica de esos casos.

En virtud de ello, en un comunicado de prensa, del 11 de abril de 2011, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado anunció que tiene intenciones de añadir a su programa de trabajo el delicado tema del alquiler o subrogación de vientres transfronterizo, que incluye generalmente problemas relativos al reconocimiento de la paternidad legal del niño y las consecuencias jurídicas que se derivan de tal determinación. El comunicado reconoce que actualmente “es un hecho que la subrogación es un gran negocio global, que ha creado una serie de problemas, particularmente

---

<sup>155</sup> *Ibíd.* 278.

cuando los acuerdos de subrogación afectan a partes de diferentes países del mundo.”<sup>156</sup>

La Oficina Permanente de Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (DIPr) está trabajando en un Proyecto sobre Filiación / Maternidad subrogada. El último documento preliminar fue preparado para exponerse durante el Consejo sobre Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia que tuvo lugar a finales de marzo del 2015. En dicha reunión, además de explicar el panorama, se decidió la creación de una comisión de expertos para elaborar una herramienta multilateral en este campo.<sup>157</sup>

En el informe que emitió a este respecto, se analizaron las sentencias del TEDH en relación a los asuntos Labasse y Mennesson contra Francia y el asunto Paradiso et Campanelli contra Italia.<sup>158</sup>

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) dictó sentencia el 26 de junio de 2014<sup>159</sup> –en adelante STEDH 26/06/14– en los asuntos 65192/11 Mennesson c/ Francia<sup>160</sup> y 65941/11 Labassee c/Francia<sup>161</sup>, por la que se declara la violación del Art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH) sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar por no reconocer la relación filiación entre los niños nacidos mediante

---

<sup>156</sup> *Ibíd.* 287.

<sup>157</sup> Vientres de alquiler. Maternidad Subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas. 8

<sup>158</sup> David González Quintero, “La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social, en especial la maternidad por subrogación” (Trabajo de maestría en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, 2016), 61.

<sup>159</sup> <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/003-4804617-5854908> (Consultada el 12 de junio 2018)

<sup>160</sup> <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145389> (Consultada el 12 de junio 2018)

<sup>161</sup> <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180> (Consultada el 12 de junio 2018)

maternidad subrogada y los progenitores que han acudido a este método reproductivo. Esta sentencia ha supuesto el catalizador hacia la legalización de la maternidad subrogada en los países firmantes del CEDH y ya está desprendiendo sus efectos en España, Francia, Alemania, Irlanda e Italia.

Recientemente, este mismo tribunal dictó sentencia sobre otro caso (27 de enero) la sentencia dictada en la Demanda – 25358/12 de Paradiso and Campanelli c/ Italia–, condenando a Italia y dando el visto bueno a la compraventa de bebés al afirmar, entre otros argumentos, que la convivencia de 6 meses de ese niño con las personas que le compraron es “vida familiar” protegida por los Derechos Humanos ya que se han comportado “como si fuesen sus padres”. Así, el hecho de comprar un niño se convierte en intocable y protegido por el Tribunal Europeo, aprobándose la compraventa de niños y abriendo la puerta al tráfico de bebés y la explotación de la mujer.

Resulta de gran interés para la conferencia el hecho de que el Tribunal haya aclarado sobre el artículo 8 del CEDH en cuanto al respecto a la vida privada y familiar de las personas y por lo que se refiere al derecho a formar una familia; así como en cuanto a su apartado segundo y esa posibilidad de injerencia en la vida privada de las personas por parte del Estado para hacer respetar su orden público, pero siempre amparada en ser justa, proporcional y necesaria dicha injerencia, que ha de pretender buscar un equilibrio entre los intereses del Estado y los de la persona directamente afectada. Hace referencia al interés superior del menor, en base al cual el TEDH resuelve en beneficio del mismo, debiendo permitir la inscripción de su filiación respecto de los padres intencionales.<sup>162</sup>

---

<sup>162</sup> González, “La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social, en especial la maternidad por subrogación”, 62.

Parece posicionarse la Conferencia de la Haya a favor de crear un marco de acción multilateral con la finalidad de conseguir lograr el reconocimiento de los efectos que genera la realización de un convenio de maternidad por subrogación, y evitar así la desprotección del menor como interés superior a proteger. No olvida la figura de la madre gestante, debido a que pretende evitar la utilización de la mujer como un objeto de procreación mediante el intercambio de dinero.<sup>163</sup>

Lo que se pretende es asumir la llamada doctrina del orden público atenuado, para aquellas situaciones creadas en el extranjero, y permitir de esta forma reconocerle efectos jurídicos que surgen de la gestación por subrogación que haya sido realizada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, la razón de ello es que, aunque se trate de una práctica no permitida, es una situación de la que derivan una serie de efectos jurídicos, como pueden ser derechos sucesorios de los menores o el derecho al permiso de maternidad de las madres que derivan de esa maternidad, y debemos reconocerlos.

En lo que se refiere al Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, cabe destacar que, junto a la cláusula general de orden público, se incluyen tres disposiciones en las cuales el orden público internacional adquiere un aspecto especial, una de las cuales denota incluso la influencia de la noción de orden público de proximidad.

Cabe destacar que dicho cuerpo normativo introduce el método del reconocimiento con relación a los emplazamientos filiales y a otros institutos de protección de niños y adolescentes.

---

<sup>163</sup> *Ibíd.* 63

Al independizarlo del reconocimiento y ejecución de sentencias se permite su inserción en el sistema local a través de mecanismos tendientes a favorecer la continuidad en el espacio de relaciones constituidas en el extranjero con arreglo a un derecho extranjero sin necesidad de exequatur de los actos o decisiones de los cuales surgen.<sup>164</sup>

### **3.7 El parentesco y la filiación por maternidad subrogada**

Todas las posibilidades ofrecidas por la ayuda médica a la procreación en los últimos treinta años han cambiado profundamente el acceso al parentesco al hacer intervenir a varias personas, como los y las donantes de gametos, la “prestadora” del útero y los padres de intención. Así, una vez que la ciencia ha permitido distinguir entre dos cuerpos maternos, la donante de ovocito y la prestadora de útero, existe un conflicto para definir el parentesco, si está fundado sobre las relaciones bio-genéticas o sobre la intencionalidad de convertirse en madre o padre.<sup>165</sup> De este conflicto se generan algunas posturas, una de ellas, es la que manifiesta la certeza que provee a las partes, dado que todo niño o niña puede tener sólo un padre y una sola madre genética. De esta manera, los padres legales son científicamente verificables.

Otros autores valoran esta teoría por ser un “criterio neutro de parentesco”. Se entiende que esta teoría es más neutra que aquella que se basa en la gestación, la cual sólo puede ser utilizada en mujeres, porque da igual valor a la contribución masculina como a la femenina. También se destaca que es precisamente la conexión genética entre los padres y el niño o niña, lo que

---

<sup>164</sup> Carolina Daniela Iud, “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año V, n. 8 (2013): 8.

<sup>165</sup> Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 31. (véase cap. 1, n.42)

los lleva a optar por las técnicas de reproducción asistida en lugar de la adopción.<sup>166</sup>

Para aquellos que son infértiles, la adopción puede llenar su deseo de ser padres, pero no puede satisfacer el anhelo de crear un hijo y de ver una versión de sí mismos. Es por eso, que se afirma con esta idea, la importancia de este deseo de conexión genética se pone de manifiesto con la búsqueda de sus donantes o hermanos genéticos por parte de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida.

En materia jurisprudencial internacional, el *leading case* en apoyo a la teoría genética es *Belsito v. Clark*<sup>167</sup>, donde el Tribunal de Justicia de Ohio fue llamado a determinar los nombres de quienes debían figurar en la partida de nacimiento de un niño. La madre genética Shelly Belsito, a quien después de habersele diagnosticado un cáncer, le fue hecha una histerectomía. Afortunadamente, los médicos pudieron salvar algunos de sus óvulos, los cuales utilizó con su hermana Carol Clark, quien se ofreció voluntariamente a servir de gestante a Shelly y su esposo Anthony.

Con el fin de hacer constar sus nombres en el certificado de nacimiento del niño, los Belsito presentaron una acción ante los tribunales a efectos de determinar quiénes eran los padres legales.<sup>168</sup> El Tribunal de Ohio, para determinar quiénes eran los padres legales del niño, utilizó la teoría genética, ya que es más respetuosa con quien aporta el material genético y es más acorde con la política pública, es así, que consideró que una persona distinta

---

<sup>166</sup> *Ibíd.* 34

<sup>167</sup> *Belsito v. Clark*, No. CJ94-09-05. 67 Ohio Misc. 2d 54 (1994). Corte de Súplicas Comunes de Ohio, Condado de Summit, División Testamentaria. Encontrado en: <https://www.leagle.com/decision/199412167ohiomisc2d541112> (Consultado 26 de junio 2018).

<sup>168</sup> Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 35.

de los padres naturales o padres genéticos, podrían ser los padres legales, sólo sí los padres genéticos renuncian a sus derechos. Shelly y Anthony, la pareja comitente, eran los contribuyentes genéticos, por lo que también eran los padres naturales.<sup>169</sup>

Por otra parte, y principalmente esta teoría presenta problemas cuando una tercera mujer dona el óvulo. Para esta teoría, la mujer que dona el óvulo tendría el derecho a reclamar la maternidad, es decir, si se ha recurrido a la donación de óvulo y de semen, conforme a esta solución, la maternidad y la paternidad se deberían atribuir a quienes simplemente han aportado el material genético, sin ninguna intención de tener un hijo. Sin perjuicio de lo dicho, el argumento más contundente y fuerte en contra de esta postura, es el que sostiene que la sociedad, enfocada en la genética, deposita más peso en la coincidencia de ADN que en la capacidad de una persona de proporcionar cariño y un hogar con amor.<sup>170</sup>

Con las nuevas técnicas de reproducción humana, el principio de que hay que partir para entender con sensatez sus consecuencias en orden a las relaciones de filiación es que la figura de la paternidad, tanto como la de la maternidad, aparecen esencialmente disociadas, disipando o difuminándose el componente genético y biológico, realzando el volitivo.<sup>171</sup> De modo que, en concordancia con la idea según la cual la relación de filiación debe ser consecuencia, más que de una relación genética o biológica, de una relación social y cultural, deberá entenderse que la mera aportación del material

---

<sup>169</sup> *Ibíd.* 35.

<sup>170</sup> *Ibíd.* 36.

<sup>171</sup> F. Yedo Yagüe, "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargos" (ponencia, II Congreso Mundial Vasco *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 28 septiembre a 2 octubre 1987), 59.

genético no es determinante en ningún caso para atribuir una paternidad y/o paternidad que hunde su razón de ser en la voluntariedad.<sup>172</sup>

Existen problemas relacionados con la maternidad subrogada, como en cualquier otra práctica, incluso la forma tradicional de acceder a la paternidad puede traer complicaciones. Tal es el caso en el ámbito hereditario relacionado con la sucesión intestada ya que esta dispone un orden sucesorio independiente del testamento, en el que la presumible voluntad del testador no responde sino a una mera especulación del legislador.

La sucesión intestada es supletoria de la sucesión testamentaria, pero además debe entenderse, en primer lugar, que no dispuso el causante de sus bienes cuando falleció intestadamente, es decir, sin dejar testamento alguno, sea porque nunca testó, sea porque habiéndolo hecho revocó después sus disposiciones testamentarias. En segundo lugar, no dispuso en el testamento que otorgó, sino que únicamente manifestó su voluntad en la designación de tutor o curador, o de reconocer a un hijo como natural, o cuando se ocupó simplemente del nombramiento de partidor de sus bienes para que actuara después de sus días. Y, en tercer lugar, debe también normarse la sucesión supletoriamente cuando el testador, sólo dispuso de una cuota de sus bienes o hizo uno más legados, guardando silencio sobre el resto de los bienes o derechos que le pertenecían.<sup>173</sup>

El Código Civil sigue con igual rigor que el Derecho romano, el sistema de las tres líneas, combinando la sucesión preferente de ascendientes y

---

<sup>172</sup> Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 51.

<sup>173</sup> Héctor Enrique Jiménez, "Breves consideraciones de la sucesión intestada" (tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 2005)  
<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c123c/9ff0f49cb7b5e1ed06257a760050f131?OpenDocument>

descendientes con la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, se identifica de la siguiente forma:

Art. 988.- Son llamados a la sucesión intestada: 1º Los hijos, el padre, la madre y el cónyuge, y en su caso el conviviente sobreviviente; 2º Los abuelos y demás ascendientes; los nietos y el padre que haya reconocido voluntariamente a su hijo; 3º Los hermanos; 4º Los sobrinos; 5º Los tíos; 6º Los primos hermanos; y, 7º La Universidad de El Salvador y los hospitales.<sup>174</sup>

Con referencia a éste artículo, el hijo que nace dentro de ésta figura tiene derechos patrimoniales sobre los bienes de los padres entre otros, y perfectamente podría acceder a la sucesión intestada en el caso de que alguno de los padres fallezca, estando este en primer lugar para poder acceder a la sucesión; tomando la figura de la sucesión intestada ya que en el caso de que haya testamento, el causante puede dejar sus bienes a cualquier persona, sea ésta hijo o no, familiar o no.

Ya que se establece que los hijos nacidos como producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se presumen hijos de los cónyuges, siempre y cuando no haya sido revocado el consentimiento para ello.

Existe la presunción de revocación del consentimiento por la simple disolución del vínculo matrimonial, salvo que ambas partes reconozcan como hijo de matrimonio al producto derivado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> Recopilación de Leyes Civiles, *Código Civil*, 39ª ed. (El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2013), 123.

<sup>175</sup> "Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México", Verónica Lidia Martínez-Martínez, *Dikaion* 24-2, acceso el 16 de septiembre, 353-382.  
<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4956/4291>.

En El Salvador se entenderá que, en caso de que una pareja unida a través de un vínculo matrimonial realice un contrato de Maternidad Subrogada para poder ser padres, y estos decidan divorciarse durante el proceso de gestación, no existirá la presunción de revocación del consentimiento por la disolución del vínculo matrimonial, debido a que impera el interés superior del niño que nacerá a través de la figura de la Maternidad Subrogada.

## **CAPITULO IV**

### **LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.**

*En este capítulo se desarrolla la figura de la maternidad subrogada según lo regula el derecho internacional, asimismo, se tratan aquellos países en los que se prohíbe dicha práctica y cuáles son los motivos que llevan a esta decisión; finalmente, se expondrán los elementos del contrato de maternidad subrogada que pueden ser aplicables en El Salvador partiendo del derecho comparado.*

Son numerosos los países que en uno u otro sentido han dictado normativa entorno a la maternidad subrogada, es por lo que resulta complejo identificar una línea común en dichas regulaciones. La temática principal se refiere a las dificultades para el reconocimiento formal por parte del Estado del acuerdo entre las partes con respecto a la condición jurídica y la paternidad-maternidad legal de los menores involucrados. Existen algunos elementos comunes entorno a las legislaciones identificadas, aunque conviene señalar que no es posible identificar el conjunto global de dichos elementos.

#### **4.1. Los acuerdos de maternidad subrogada internacionales**

Los acuerdos internacionales sobre maternidad subrogada son aquellos en los que un matrimonio, pareja o incluso hombre o mujer solteros que residen en un Estado A donde se prohíben los acuerdos de subrogación, o solo se permiten en determinadas circunstancias, viajan a un Estado B para tener un hijo a través de la figura de maternidad subrogada debido a que las leyes de ese país lo permiten. Los problemas aparecen cuando estos padres intencionales quieren regresar al Estado A donde residen, con su nuevo hijo,

y que en dicho país se les reconozca la filiación respecto de los nacidos. Estos problemas se han dado incluso en aquellos países de la Unión Europea en los que se permite la maternidad por sustitución como son Grecia, Rusia y el Reino Unido.<sup>176</sup> De todos los problemas<sup>177</sup> que se pueden dar en estos acuerdos, es importante resaltar dos:

En primer lugar, surge un conflicto cuando el Estado A de donde los padres intencionales son residentes, y por lo general nacionales, se niega a conceder un visado al menor o menores para viajar a dicho país. Cuando esto sucede, tanto los padres como los niños se quedan parados en el Estado B, a la espera de poder viajar a su estado de origen, esto sucedió en un caso en la India donde un padre se tuvo que quedar dos años en dicho Estado con sus hijos (nacidos a través de la figura de Maternidad Subrogada) a la espera de la obtención de un visado para que los menores pudieran viajar con él.

Todo esto resulta aún más problemático cuando el Estado donde ha nacido el niño considera como padres a los comitentes, pero no le otorgan la nacionalidad de ese país al menor, por ser hijo de extranjeros, aunque hayan nacido en su territorio. Cuando esto pasa, el niño es apátrida y con filiación incierta.<sup>178</sup>

En segundo lugar, el conflicto surge cuando una vez los padres y los menores han viajado al Estado A, han obtenido el visado o no era necesario, se quiere inscribir la filiación determinada en el Estado B. La problemática

---

<sup>176</sup> Esto se debe a que estos países permiten dichos acuerdos, pero con unas exigencias legales muy estrictas y garantistas, además de contener barreras a fin de evitar el llamado *turismo reproductivo*.

<sup>177</sup> Pablo Paz Martín, "Maternidad subrogada: eficacia en España de las certificaciones extranjeras" (trabajo de fin de grado de curso 2014/2015, Universitat de Girona, 2015), 9.

<sup>178</sup> *Ibíd.*

que surge aquí es que, si el Estado A decide no reconocer la filiación a los menores, estos estarán en la misma situación problemática que en el caso anterior, cabe decir que “al menos” están con sus padres, pero serán apátridas y su filiación no estará determinada.<sup>179</sup>

Además de estas problemáticas, hay muchas más situaciones conflictivas que se dan en estos acuerdos de subrogación internacionales. Tales conflictos, podrían ser la vulneración de los derechos y la dignidad de las madres gestantes, la posibilidad de que los intermediarios estafen a los padres, no contesten o engañen a las partes o incluso que se dé un abandono del menor o bien que este haya sido “adquirido” por los comitentes para fines un poco éticos como el abuso o el tráfico de menores.

## **4.2. Países que permiten la maternidad subrogada**

### **4.2.1 Grecia**

En Grecia, la gestación por sustitución se encuentra regulada en la Ley 3089/2002, que reformó el Código Civil, y la Ley 3305/2005, sobre reproducción médica asistida.<sup>180</sup> Si bien se permite la maternidad subrogada, ésta ha de cumplir con una serie de requisitos establecidos en el artículo 1458 de la Ley 3089/2002 para que se pueda considerar válida. Tales requisitos son que primeramente se ha de dictar una resolución judicial que permita el acuerdo de subrogación. Si bien existe este requisito general, cabe destacar toda una serie de circunstancias que se han de cumplir, y que

---

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> Estas leyes surgieron a raíz de un caso de la Corte de primera instancia de Heracleion nº 31/1999, en este asunto se decidió otorgar la adopción de unos mellizos nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución a los comitentes, que eran los padres genéticos al haber aportado su material genético. Después de esto los jueces pusieron de manifiesto la existencia del vacío legal y recomendaron que se legislara sobre la materia. Disponibles en: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwegri.htm>

se han de demostrar para que se autorice el acuerdo a través de la correspondiente resolución judicial. Tales requisitos son:

- a) La comitente debe probar que es incapaz de llevar a cabo el embarazo.
- b) La gestante debe probar ante el tribunal que está totalmente sana.
- c) La comitente no debe exceder de la edad de 50 años.
- d) Las partes deben presentar su acuerdo ante el tribunal por escrito.
- e) Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento.
- f) En el acuerdo se puede permitir la compensación de los gastos.
- g) La gestante no puede aportar su material genético (no puede aportar sus óvulos)
- h) La gestante y los comitentes han de ser ciudadanos griegos o residentes permanentes. Esto evidentemente es para evitar el “turismo reproductivo”.

La madre gestante está obligada a tener al niño, si bien siempre conserva su derecho a abortar en los términos y condiciones previstos en las leyes penales griegas, y los padres futuros o intencionales se han de hacer cargo del menor cuando nazca según lo dispuesto en los artículos 1510 y siguientes del Código Civil Griego.<sup>181</sup>

#### **4.2.2 Reino Unido**

El Reino Unido permite los acuerdos de gestación subrogada, si bien nuevamente se han de cumplir con una serie de requisitos y exigencias para que estos acuerdos sean considerados válidos. Asimismo, las leyes de este país prohíben los acuerdos comerciales. La regulación de las técnicas de

---

<sup>181</sup> Lamm, *Gestación por sustitución*. 150-153.

reproducción humana asistida se encuentra en la Ley de Embriología y Fertilización Humana de 2008 (*Human Fertilisation and Embryology Act*).<sup>182</sup> Esta ley prohíbe los acuerdos de subrogación que no sean gratuitos, así como las organizaciones comerciales.

De conformidad con el sistema actual, no se transmite la filiación a los comitentes con el nacimiento, sino que se hace a posteriori. Una vez que ha nacido el menor y pasadas 6 semanas que se dan a la madre gestante para que “reflexione”, los comitentes pueden solicitar ante el juez una *parental order* (Art. 30 de la *Human Fertilisation and Embryology Act*) que es el mecanismo a través del cual el juez transfiere la filiación, siendo aplicables en todo caso las normas relativas a la adopción.<sup>183</sup> Este sistema no otorga, inicialmente ningún derecho legal a los padres intencionales pues la maternidad y los derechos sobre el niño recaen sobre la madre gestante y sobre su marido o pareja.<sup>184</sup>

#### **4.2.3 Rusia**

Es uno de los países en los que la maternidad subrogada es absolutamente legítima y va regulada por la legislación vigente. Los aspectos legales de la gestación subrogada se rigen por el Código de Familia ruso (artículos 51.4 y 52.3), la Ley N.º 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” (artículo 35) y la Ley Federal N.º 143-FZ “Sobre las actas de estado civil” (artículo 16.5). Se establece que pueden ser madres subrogadas sólo las mujeres entre 29 y 35 años de edad, deben

---

<sup>182</sup> La Ley de Fertilización Humana y Embriología de 2008, una importante revisión de la legislación relativa a la fertilidad derogó la Ley de Clonación 2001 al hacer modificaciones de similares a las de la Ley de 1990. La Ley de 2008 también permite la experimentación con embriones híbridos humano-animales.

<sup>183</sup> Paz, “Maternidad subrogada: eficacia en España de las certificaciones extranjeras”, 13.

<sup>184</sup> *Ibíd.*

tener al menos un hijo propio sano, una buena salud. Los padres de intención y la madre de alquiler deben otorgar por escrito su consentimiento.<sup>185</sup> Tras el nacimiento del niño o la niña, la madre sustituta debe dar su autorización para que los padres de intención sean inscritos por el Registro Civil como padres del nacido.

Para acudir a un programa de gestación por sustitución debe concurrir alguna de las indicaciones médicas especificadas en la Orden N<sup>o</sup>. 67 del Ministerio de Salud “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”, de 26 de febrero de 2003. Su lista es bastante extensa, sin embargo, las indicaciones incondicionales son las siguientes: ausencia del útero, sinequias o adhesiones en el útero que carecen de tratamientos, enfermedades somáticas a consecuencia de las cuales queda contraindicada la gestación, reiterados intentos fallidos de FIV cuando, pese a haberse obtenido embriones de alta calidad, la transferencia de estos no ha conducido a un embarazo.

La madre subrogada, debe realizarse estudios de salud en general que comprenden la ausencia de enfermedades de transmisión sexual y su capacidad de engendrar.<sup>186</sup>

Fases del programa: Selección de la madre de alquiler, sincronización de los ciclos de la madre genética y la de alquiler, estimulación ovárica, monitorización de la foliculogénesis y la formación del endometrio, obtención de los ovocitos mediante punción ovárica, obtención del semen, fertilización

---

<sup>185</sup> Patricia Lucía Marín, “Maternidad Subrogada” (trabajo final de grado de Abogacía, Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, 2013), 43.

<sup>186</sup> *Ibíd.* 44

de los ovocitos y cultivo de los embriones in vitro; transferencia de los embriones a la cavidad uterina, apoyo de la fase lútea del ciclo menstrual inducido, diagnóstico temprano del embarazo, seguimiento del embarazo.<sup>187</sup>

### **4.3. Países que prohíben la maternidad subrogada**

#### **4.3.1 España**

La ley española 35 (Ley 35/1988 de Reproducción Humana Asistida), del 22 de noviembre de 1988, al igual que la actual ley 14 (Ley 14/2006 de Reproducción Humana Asistida), del 26 de mayo de 2006, que la deroga, mantiene el criterio prohibitivo de la maternidad subrogada por sustitución. Si bien es una legislación prohibitiva, en los últimos años permitió el registro de niños nacidos en otros países. El actual art. 10 de la ley 14 prohíbe expresamente, la gestación por sustitución en los siguientes términos:

“Art. 10: Gestación por sustitución. 1) 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 de un contratante o de un tercio. 2) la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. 3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

En el año 1997 se creó la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, como un órgano colegiado definido como de carácter permanente y consultivo en su propio decreto de constitución, fue prevista en el artículo 21 Ley 35/1988, de 22 de noviembre por la que se regulan las técnicas de

---

<sup>187</sup> Clínica de reproducción asistida. Gestación Subrogada Aspectos legales en Rusia. Vita Nova. Acceso el 18 de septiembre de 2018, <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>

reproducción humana asistida, para orientar acerca de la utilización de esas técnicas y colaborar con las Administraciones Públicas Sanitarias en lo relativo a dichas técnicas y sus derivaciones científicas.<sup>188</sup> Este organismo es un aporte importante en España, ya que además de establecer criterios jurídicos y éticos para la procedencia de las técnicas de reproducción asistida, cuenta con una Comisión Técnica Permanente, que aporta los conocimientos científicos necesarios.<sup>189</sup>

#### **4.3.2 Francia**

Este sea probablemente el país que más obstáculos a puesto al reconocimiento de la filiación derivada de un acuerdo de subrogación realizado en el extranjero y el que más taxativo se ha mostrado a la hora de reconocer cualquier tipo de efecto derivado de una gestación por sustitución.

La ley que regula y prohíbe los contratos de gestación subrogada es la ley N.º 94-653, de 29 de Julio de 1994<sup>190</sup> relativa al respecto del cuerpo humano, que se ve completada por la ley N.º 2004-800, de 6 de agosto, relativa a la Bioética.<sup>191</sup> Pese a todo, el Ministerio de Justicia de Francia, a través de la circular del 25 de enero de 2013<sup>192</sup>, ordenó a los tribunales facilitar la nacionalidad francesa a los niños nacidos en el extranjero, de padre genético francés, por el método de gestación por sustitución. Todo ello motivo por las grandes críticas y problemáticas que se estaban generando como

---

<sup>188</sup> Marín, “Maternidad Subrogada”, 46.

<sup>189</sup> *Ibid.* 46.

<sup>190</sup> Ley n° 94-653 de 29 Julio 1994 relativa al respecto del cuerpo humano. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=127243](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=127243)

<sup>191</sup> Ley n° 2004-800 de 6 agosto 2004 relativa a la bioética. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=179239](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=179239)

<sup>192</sup> Circular del 25 de enero de 2013, relativa a la emisión de certificados de nacionalidad francesa -Convención de Subrogación – Estado Civil Extranjero.

consecuencia de las resoluciones de los Tribunales. Esta circular fue confirmada por el Consejo de Estado el 12 de diciembre de 2014, probablemente como consecuencia de la reciente sentencia del TEDH en el asunto seguido contra su estado.<sup>193</sup>

### **4.3.3 Alemania**

Al hablar de la situación en este Estado, se ha de observar la Ley de Protección del Embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990. En su artículo 1, referido a la utilización abusiva de técnicas de reproducción, establece que:

“Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros después de su nacimiento”.

Además de la citada ley, hay que destacar los artículos 1591 y 1592 del Código Civil alemán<sup>194</sup>, que disponen que se considerará como la madre legal de un niño a la madre que haya dado a luz al mismo, y se considerará como padre del menor, al hombre que esté casado con la madre del niño en el momento del nacimiento de éste.

La maternidad subrogada se encuentra prohibida, recientemente el Tribunal Federal alemán se ha pronunciado sobre los efectos de la gestación por sustitución con el orden público alemán.

---

<sup>193</sup> Paz, “Maternidad subrogada: eficacia en España de las certificaciones extranjeras”, 15.

<sup>194</sup> Código Civil Alemán que fue modificado el 21 de abril de 2015.

En la sentencia de fecha 10 diciembre de 2014, el tribunal alemán resuelve la solicitud de reconocimiento de una sentencia californiana por la que se declaraba la filiación de un niño nacido a través de una gestación por sustitución respecto de una pareja registrada, de dos varones alemanes, residentes en Alemania.<sup>195</sup>

#### **4.3.4 Otros países**

En cuanto a Latinoamérica son escasos los países que poseen una normativa sobre el tema, por ejemplo, Uruguay hace referencia en su artículo 135 del Código de la Niñez y Adolescencia, estableciendo que: *“No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación de un hijo que está por nacer o dentro de los 30 días de nacido”*. México tiene una legislación permisiva pero atenuada porque cuenta con la creación de un Registro de Mujeres que ofrecen sus vientres para gestar un hijo, al que luego entregaran, este proceso debe ser autorizado y supervisado por la dependencia ministerial encargada de la salud poblacional.

En Estados Unidos, algunos estatutos y propuestas de legislación uniforme tienen un esquema similar al de la adopción, para brindar eficacia a los acuerdos de maternidad subrogada.<sup>196</sup>

Es oportuno y pertinente traer a colación el esquema que se ha encontrado en la mayoría de países en los cuales se permite este procedimiento o contrato como ya se aclaró, se advierte que a pesar de que en otros países no se considera un contrato como tal, si se concibe como un acto jurídico digno de tener su propio procedimiento para llevarlo a cabo dentro de una

---

<sup>195</sup> Paz, “Maternidad subrogada: eficacia en España de las certificaciones extranjeras”, 16.

<sup>196</sup> *Ibíd.* 18.

esfera jurídica confiable y bajo la estricta observancia de la ley. Esta serie de pasos son característicos en la mayoría de los casos.<sup>197</sup>

El primer paso siempre es la toma de decisión por parte de la pareja que desea tener un hijo, acudiendo a un centro especializado en realizar este tipo de procedimientos

La agencia o clínica requiere toda la documentación con la que se cuente referente a la infertilidad de la pareja, diagnósticos previos, pruebas médicas, análisis, ecografías, seminograma, entre otros. El médico encargado del caso en particular evalúa y confirma si realmente se necesita un proceso de subrogación. Casi siempre como en un proceso de adopción, se somete a la pareja a entrevistas y sesiones psicológicas para determinar si mentalmente están anuentes y estables, preparados para un procedimiento de esta índole y no presentaran problemas durante y después de haberse realizado.

El psicólogo o psiquiatra del centro clínico en donde se hace la gestión emite un dictamen con el visto bueno y aclara que la pareja se encuentra apta psicológicamente para iniciar el procedimiento.

La agencia procede a buscar o ubicar una posible madre subrogante dentro del banco de personas que previamente han mostrado anuencia en participar como madres sustitutas o bien muchas veces la misma pareja acude junto a la ya seleccionada madre subrogada, solicitando solamente que les sea practicado el método, por lo regular también facilita un bufete de abogados que representa a la pareja y se encargara de llevar a cabo todas las gestiones permitentes.

---

<sup>197</sup> Escobar, “Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada”, 69.

Este bufete de abogados se encarga de redactar el contrato entre la pareja solicitante y la madre subrogante. Preparará todos los documentos y los presentará al juez para que, en el momento del nacimiento del menor, de inscribir el mismo y emitir la partida en donde conste los nombres de los padres solicitantes, ahora esto último solamente se da en algunos países ya que, en otros el recién nacido se inscribe como hijo de la madre que lo alumbró, pero de inmediato al nacer se inicia un trámite de adopción para entregárselo a los padres solicitantes.

#### **4.4. La maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado**

El Derecho Internacional Privado es una 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, se puede analizar que ésta debe hacerse cargo de nuevas relaciones jurídicas y efectos, tal como la filiación internacional derivada de la maternidad subrogada viéndose directamente involucrada. Los mecanismos que el Derecho Internacional Privado conoce para garantizar la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales extranjeras son el reconocimiento y el exequátur.

Cada estado será el que fije las normas y reglas que debe cumplir una resolución, título o certificado extranjero para que pueda ser reconocido y/o inscrito y producir así efectos en ese país.<sup>198</sup> En principio ante la carencia de jueces internacionales la competencia recae en jueces nacionales. Si se plantea un conflicto de jurisdicción (dos jueces competentes), es recomendable escoger el foro en el que se pueda ejercer la coacción de las

---

<sup>198</sup> *Ibíd.* 19.

personas y los casos, o en caso negativo poder acudir para que se permita la competencia del juez donde se pueda hacer la coacción.

En caso de presentarse un conflicto móvil siendo sumamente difícil de determinar el derecho aplicable se podría solucionar a través de la interpretación, con un criterio flexible en la que el juez resuelva de acuerdo con la que tenga la conexión más razonable con el conflicto. Hay tres cuestiones propias del Derecho Internacional Privado que se hallan involucradas, que son:

#### ***4.4.1 Determinación del derecho aplicable a la relación jurídica***

Para determinar el derecho aplicable se debe atender al 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.

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 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.<sup>199</sup>

---

<sup>199</sup> Alfaro, López y Vásquez, “Los elementos del contrato de Maternidad Subrogada”, 107.

#### **4.4.2 Reconocimiento y ejecución de sentencias**

Desde una óptica del Derecho civil son innumerables las propuestas que han tenido lugar sobre la maternidad subrogada desde hace unos años. En el Derecho español, se indica que los 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) 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).

En estas propuestas, la prohibición debe permanecer para evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas, así como la explotación de la mujer gestante.<sup>200</sup>

Por el contrario, se cree que dicha prohibición ha quedado desfasada por la realidad social y, en consecuencia, debe ser derogada y superada. En esta línea, se afirma que la Ley española debe admitir la gestación por sustitución, al menos en ciertos casos 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 luz.

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. Como 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

---

<sup>200</sup>Ibíd, 109.

jurídica que responde a la necesidad de dar seguridad jurídica a los derechos, reconocidos procesalmente por autoridad jurisdiccional en un país diferente a El Salvador.

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.<sup>201</sup>

Se trata de una solicitud de Exequátur, y la autoridad a quien va dirigida es la Corte Suprema de Justicia, en pleno, según el Art. 182 No. 4 de la Constitución de la República. 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.

En el caso del contrato de maternidad subrogada, por el hecho de que su naturaleza no proviene de un litigio, no sería necesario realizar el proceso de *pariatis*. Se debe hacer únicamente en los casos donde exista una sentencia judicial que deba surtir efectos en el país y que afecte los derechos del niño,

---

<sup>201</sup> *Ibíd.* 114.

por ejemplo, en el caso de que los padres se hayan divorciado en el extranjero y la autoridad parental le corresponda únicamente a uno de ellos, el cual será el responsable del menor; asimismo cuando existan derechos y deberes de visita o alimentos como parte de esa sentencia que deba hacerse valer en El Salvador.

En el caso de producirse un nacimiento a través de la maternidad subrogada y que este quiera hacerse valer en El Salvador existen dos maneras de inscribirlo, las cuales son:

1- Si la pareja reside en el extranjero puede acercarse a la embajada o consulado correspondiente al lugar donde ocurrió el nacimiento.

2- Si la pareja se encuentra en El Salvador, deberá acercarse a las oficinas del Ministerio de Relaciones Exteriores y en ambos casos los documentos que son necesarios presentar: la Partida de nacimiento extranjera, la Certificación de la Partida de nacimiento de ambos padres y el Documento Único de Identidad o pasaporte de ambos padres.

Una vez realizado este trámite, se debe acudir al Registro del Estado Familiar de la alcaldía correspondiente y en base al artículo 69 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio.

Para inscribir el nacimiento se necesitará presentar el Certificado de nacimiento original autenticado o apostillado, las diligencias de traducción, ante notario salvadoreño, cuando el documento está en otro idioma, la certificación de la partida de nacimiento original de ambos padres y el Documento de identidad de ambos padres.

#### **4.4.3 Competencia judicial internacional**

La jurisdicción competente es uno de los grandes aspectos que hacen al objeto del Derecho Internacional Privado 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 aplicación extraterritorial del derecho extranjero que es el orden público internacional.

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.

En principio ante la carencia de jueces internacionales la competencia recae en jueces nacionales. Como se mencionó anteriormente sería necesaria la existencia de normas bio jurídicas<sup>202</sup> para la resolución de los casos, pero éste es un derecho todavía en construcción.

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

---

<sup>202</sup> La 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.

personas y los casos. O en el caso negativo (cuando ningún juez resulta competente). Es muy común, dado que las contrataciones sobre maternidad subrogada, se realizan con suma facilidad a través de internet o por medio de agencias, en los que las partes pueden elegir de acuerdo a sus conveniencias, que pueda darse el fenómeno del “*fórum shopping*”, que es una 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.

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 foro, siendo necesario aquí que el juez demuestre enfáticamente que el foro resulta inconveniente para las partes.

#### **4.5. Elementos del contrato de maternidad subrogada según el Derecho Comparado, que se pueden aplicar a El Salvador**

En El Salvador, La carga obligacional en el contrato de maternidad subrogada se define en 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; se encuentra en el contrato su más fecunda aplicación, porque en materia contractual la ley no asume, por regla general, una actitud dispositiva.

El Código Civil regula en su artículo 12 que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia; con esto, se podría entender que una mujer puede renunciar al derecho de ser madre y llevar la gestación a cabo aún si no posee dificultades para serlo, y así contratar los servicios de una mujer la cual alquilará su útero para llevar a cabo dicha gestación.

Esto no sería posible, porque no se puede renunciar a ese derecho debido a que un requisito indispensable para realizar el contrato de maternidad subrogada, es que la mujer solicitante no sea capaz de llevar a cabo por sí misma la gestación; por lo tanto, si no posee esta característica no le sería posible renunciar al derecho de ser madre y de gestación.<sup>203</sup>

Establece el Derecho Civil que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario recalcar la capacidad legal, tanto de la pareja solicitante como de la portadora, es decir, por sustracción de materia, que no sean legalmente incapaces de acuerdo con el régimen de incapacidad; y que la declaración consiente, no adolezca de vicios de error, fuerza y dolo.<sup>204</sup> Con el objetivo de determinar claramente los efectos que se producen a partir de la celebración del contrato de Maternidad Subrogada, es necesario dividir el desarrollo de este en tres etapas fundamentales:

Etapa previa a la gestación: durante esta primera fase, la parte no gestante se compromete en primer lugar a aportar o facilitar todos los recursos, ya

---

<sup>203</sup> Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*, 7ª ed. (Bogotá: Temis, 2001), 39.

<sup>204</sup> Emilio José Aguilar Gómez, *Contrato de arrendamiento de vientre de la mujer: Una mirada de la norma constitucional colombiana* (Colombia: Universidad Libre Sede Cartagena, 2010), 34.

sean económicos y/o médicos, que permitan realizar un estudio sobre la viabilidad de la gestación en la mujer seleccionada.

La parte no gestante deberá sufragar los gastos que se requieran para lograr la procreación mediante la introducción del material genético en el útero de la madre sustituta quién, en contraposición, deberá permitir la intervención quirúrgica adecuada.

Etapa de la gestación: luego de la procreación asistida, la mujer gestante deberá cuidar de su salud y, de igual forma, de la salud del feto. La parte no gestante deberá asistir a la mujer en las necesidades que surjan a raíz del contrato.

Etapa de nacimiento, entrega del nacido y registro: surgen las obligaciones y los derechos determinantes del contrato; por un lado, la mujer gestante tendrá como obligación primordial entregar al recién nacido; y, por otro lado, la contraparte deberá recibirlo y efectuar el registro para establecer la filiación entre la parte no gestante y el recién nacido. Para continuar el presente capítulo se acudió a ciertos sectores en la doctrina internacional con el fin de ilustrar algunas formas de incumplimiento.

#### ***4.5.1 Por parte de los padres de intención***

Existen escritores que se refieren al tema del incumplimiento de la maternidad subrogada al exponer en su trabajo final de Máster lo siguiente:<sup>205</sup>

---

<sup>205</sup> Ana Beorlegui Loperena, “La Maternidad Subrogada en España” (Trabajo Fin de Máster de acceso a la Abogacía, España, 2014), 71-74. <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>

*“a) Impago de la compensación razonable fijada a la madre gestante: La indemnización razonable fijada en el indicado convenio deberá abonarse con anterioridad a dicha entrega, pero una vez producido el alumbramiento, y ello debido al carácter irrevocable del consentimiento prestado por las partes.*

La situación que se plantea es que los padres contratantes realmente desean encargarse del bebe, pero al momento de nacer él bebe no cuentan con solvencia económica, por lo que no pueden hacer frente a la prestación económica acordada.

*“b) Falta de recepción del nacido por los comitentes o contratantes: Al tratarse de un convenio de eficacia obligatoria inmediata, los padres o madre contratantes están obligados a cumplirlo, debiendo hacerse cargo de su hijo nacido, con independencia de su estado.*

Es conveniente establecer una cláusula que abarque el caso en que los comitentes, no cumplieren su deber de hacerse cargo del nacido se procederá a su guarda y acogimiento, tutela o adopción conforme a la legislación vigente, sin perjuicio de la responsabilidad penal de aquéllos.

#### **4.5.2 Por parte de la mujer gestante**

Al continuar el análisis del trabajo de la española Ana Beorlegui, se identifican las causas imputables a la mujer gestante, que son las siguientes.<sup>206</sup>*“a) Supuesto en el que la mujer gestante decida llevar a cabo la interrupción del embarazo: Como ya se comentó en otro de los apartados de este epígrafe, la mujer gestante tendrá derecho a una indemnización*

---

<sup>206</sup> *Ibíd*, 69-71.

*razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la Seguridad Social, aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella”.*

Se da el caso en el que la mujer gestante decidiese ejercer su derecho de abortar voluntariamente, sin causa grave y justificada de salud, para prevenir esto se puede introducir una cláusula en el contrato de maternidad subrogada en la que se establezca que además de devolver cuanto hubiera recibido por el convenio, deberá indemnizar a los comitentes los gastos, daños y perjuicios causados.

*“b) Falta de entrega del nacido de manera voluntaria por parte de la mujer gestante: Los padres o madres contratantes tienen derecho a hacerse cargo del niño desde el momento mismo de su nacimiento, eso sí, esperando al tiempo de adquisición de su personalidad jurídica. No obstante, podría establecerse como alternativa el momento de alta médica del nacido, de manera que no habría incumplimiento del convenio ni podrían exigirse responsabilidades mientras el niño estuviera bajo tratamiento médico, pero entendiendo que la virtualidad del vínculo de filiación desde el momento del nacimiento conlleva inmediatos derechos y deberes para los verdaderos padres, por lo que serán éstos los que hayan de tomar las decisiones oportunas sobre la actuación médica a realizar sobre el nacido (consentimiento o intervención quirúrgica o a tratamiento alternativo, etc.) y quienes decidan qué hacer para su mejor cuidado (traslado a otro hospital, consulta a otros especialistas, etc.).*

Para evitar esta situación deberá hacerse constar de forma clara y precisa en el contrato, una cláusula en la que se contenga la responsabilidad en la que se incurriría de no entregar al nacido. Si existiese riesgo fundado de

sustracción del menor podrá solicitarse al Juez la adopción de prevenciones necesarias conforme a la normativa en vigor.

Las gestantes son mujeres que se ofrecen de forma voluntaria para gestar al hijo de otra persona o pareja. Ante todo, su comportamiento se basa en el altruismo, en el deseo de ayudar a que otros hagan realidad su sueño de ser padres. Sin embargo, puede ocurrir que la gestante incumpla con las condiciones establecidas en el contrato y decida actuar de forma indebida.

Un ejemplo prototípico es el de una gestante que, en mitad del embarazo o tras dar a luz, decide reclamar la maternidad del bebé.<sup>207</sup>

En Estados Unidos, por ejemplo, algunas jurisdicciones obligan a que cada una de las partes cuente con un asesor legal distinto para que el contrato pueda ser considerado válido y aplicable. Las partes deben actuar con transparencia y de buena fe. Pero no solamente pueden surgir conflictos relacionados con la filiación del bebé. Otras complicaciones derivadas de una mala conducta por parte de la gestante pueden ser debido al consumo de alcohol, drogas o cualquier otra sustancia que pueda poner en riesgo la salud del feto durante el embarazo, y/u ocultación o tergiversación de información relevante para el embarazo sobre su estado de salud.

Para evitar cualquier problema es importante dejar por escrito, en el contrato, todos los derechos y deberes de los padres de intención y de la gestante. Se debe hablar sobre aspectos controvertidos como la postura ante el aborto en caso de malformaciones fetales o qué hacer en caso de que los futuros

---

<sup>207</sup> “Comportamiento indebido de la gestante subrogada”, Sandra Fernández, Babygest, acceso el 30 de junio de 2018, <https://www.babygest.es/comportamiento-indebido-de-la-gestante/>.

padres se separen. Pueden considerarse poco importantes en el momento, pero contemplarlo en el contrato puede evitar grandes consecuencias.

Si la mujer gestante quiere quedarse con el bebé dependerá del país en el que se lleve a cabo el tratamiento. En Rusia, por ejemplo, la gestante puede decidir quedarse con el bebé. De hecho, después de dar a luz existe un tiempo establecido por ley para que pueda pensarlo bien antes de transferir los derechos de paternidad a los padres de intención. Sin embargo, en Ucrania esto no es así. En este país la ley establece que la gestante no tiene ningún derecho ni obligación sobre el bebé y, por tanto, no puede quedárselo.<sup>208</sup> En El Salvador se considera más conveniente establecer que la madre gestante no tiene derechos ni obligaciones sobre el bebe por lo que no puede quedarse con el bebe, ni convivir con él.

#### ***4.5.3 Análisis del incumplimiento de las obligaciones***

Es necesario efectuar un análisis más completo, de las obligaciones, si son de resultado o de medio; calificación que tendrá una influencia directa en el incumplimiento de estas. Para ello se debe identificar la diferencia entre las obligaciones de medio y las de resultado, según la doctrina se realiza de la siguiente manera:

La obligación de medio, conocida también como obligación de prudencia y diligencia, es aquella que impone al deudor el deber de emplear al servicio del acreedor los medios de que dispone, y de observar especial cuidado y diligencia con miras a alcanzar un fin; pero sin garantizar en ningún momento ese fin buscado, sin asegurar un resultado. Por el contrario, la obligación de

---

<sup>208</sup> *Ibíd.*

resultado es de naturaleza bien distinta: el deudor se compromete a producir un resultado a favor del acreedor. En estos casos, el resultado obtenido indica cumplimiento, la ausencia de resultado inejecución de la obligación.<sup>209</sup>

Conforme con esta clasificación y luego de identificar cada una de las obligaciones según las etapas establecidas anteriormente, que surgen del acuerdo de Maternidad Subrogada con el fin de establecer el posible incumplimiento que puede llegar a presentarse con base en cada una de ellas, se analiza lo siguiente:

1. En torno a las obligaciones que se ubican dentro de la primera etapa, al comprometerse ambas partes a desplegar conductas tendientes a producir un resultado específico, es factible concluir que todas esas obligaciones pertenecen a la categoría “de resultado”. De tal manera, en esta etapa, las situaciones que se enmarcarían en el posible incumplimiento serían las siguientes: Cuando la parte no gestante no sufraga cabalmente los estudios previos que determinan la viabilidad de la gestación, cuando la parte no gestante no sufraga totalmente la práctica de la técnica de reproducción asistida necesaria, cuando la mujer que va a gestar no permite la realización efectiva de los estudios previos y también cuando la mujer que va a gestar no admite la práctica de la técnica de reproducción asistida necesaria.

2. En la etapa de “gestación”, las obligaciones son de resultado exceptuando la obligación de la mujer gestante consistente en cuidar de su salud y de la salud del no nacido. Esto significa que en los demás compromisos ambas partes se obligan a un determinado resultado, en tanto que en la obligación de cuidado la mujer gestante se obliga exclusivamente a desplegar una

---

<sup>209</sup> Alberto Tamayo Lombana, *Manual de Obligaciones: Teoría del acto jurídico y otras fuentes*, 5ª ed. (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997), 67.

conducta responsable para intentar cuidar su salud propia y la del que está por nacer.

3. En la última etapa, surgen para ambas partes obligaciones de resultado, porque tanto en la entrega del niño o la niña como en el correlativo acogimiento de él o ella, las partes se obligan al resultado, lo cual se extiende a que se permita y se realice el registro del menor para establecer la filiación en nombre de la parte no gestante y al pago de la remuneración donde fuere posible y pactada en el contrato. En esta etapa, se tendrán por incumplidas las obligaciones cuando las situaciones anteriores no se lleven a cabo de acuerdo a lo estipulado.

## **CAPÍTULO V**

### **CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

*En este capítulo se trata de dar respuesta a la problemática en El Salvador sobre la inexistencia de una ley que regule la maternidad subrogada, desarrollando las características y elementos específicos que debe contener el contrato de maternidad subrogada, así como las partes que intervienen y las obligaciones que surgen para cada uno de ellos; además, si debe existir una homologación por parte de un juez u otra autoridad; y los efectos que resultan de la incorporación de la maternidad subrogada a otras leyes como por ejemplo la filiación, los derechos patrimoniales y derechos hereditarios.*

#### **5.1 Contrato de maternidad subrogada**

La maternidad subrogada se realiza “mediante un contrato en el cual intervienen como mínimo tres partes, la persona o personas comitentes, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; y, en tercer lugar, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora.”<sup>210</sup> Este al ser un proceso que no está regulado en El Salvador, debe analizarse desde diferentes puntos de vista doctrinarios para obtener una definición uniforme y clara del concepto de contrato de maternidad subrogada.

Una definición aceptada por la doctrina es la que resulta de la sentencia n° 826 de la sección 10° de la Audiencia Provincial de Valencia, del veintitrés de noviembre del dos mil once, que establece que la gestación por sustitución:

---

<sup>210</sup> Ana Melodi Ramírez Martínez, “La problemática actual de la Maternidad Subrogada” (tesis para optar al grado en Derecho, Universidad de Almería, 2016), 17.

“consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar al nacido a los comitentes, que pueden ser una persona, una pareja, casada entre sí o no, que a la vez pueden aportar o no sus gametos”<sup>211</sup>

Se puede concluir que el contrato de maternidad subrogada es aquel por medio del cual una pareja contrata los servicios de una mujer la cual está dispuesta a llevar a cabo la gestación, pudiendo ser también portadora de sus gametos en algunos casos, realizando el procedimiento por medio de técnicas de reproducción asistida, con la condición de entregar al recién nacido a la pareja contratante y renunciar a los derechos que pudiera tener sobre el nacido, esto a cambio de una contraprestación económica o por fines altruistas.

La maternidad subrogada, genera la necesidad de regular obligatoriamente esta materia en El Salvador, ya que el derecho y su normatividad debe avanzar de la mano de la sociedad y de sus cambios, debido a que no puede ser una ciencia estática. Este contrato debe contener consideraciones manifestadas<sup>212</sup> por las partes y obligaciones, como la forma de entrega de la compensación económica por parte de los padres de intención a la madre gestante, el consentimiento de los padres contratantes para que la madre gestante lleve en su vientre el material genético de ellos, la declaración de la madre gestante después de terminada la gestación, con el consentimiento para que los padres biológicos o subrogados inscriban a su hijo como tal, este consentimiento de la madre gestante debe de tener testigos o constar

---

<sup>211</sup> Borja González Pineda, “La maternidad subrogada, realidad actual, problemas y posibles soluciones” (tesis para grado de derecho, Universitas Miguel Hernández, 2015), 6.

<sup>212</sup> Morán de Vicenzi, *El concepto de filiación en la fecundación artificial* (Lima, 2005), 200.

por escrito; al estar presentes estas obligaciones, el contrato se aleja del concepto de arrendamiento y se aproxima más a un contrato de servicios.<sup>213</sup>

## **5.2 Características**

### **5.2.1 Bilateral**

Es bilateral o sinalagmático perfecto cuando genera obligaciones para ambas partes desde su origen, la madre gestacional resulta obligada a llevar a cabo la gestación y entregar al bebé, la pareja contratante al pago de la compensación económica voluntaria a la que se comprometen, así como a correr con los gastos médicos de la mujer gestante dentro del término que dure el embarazo. a pesar de que el contrato asuma el carácter de gratuito, en esta modalidad, donde no hay un precio, es posible que las partes acuerden el pago de los gastos incurridos durante el proceso de gestación, por lo que su objeto reporta utilidades para ambas partes.

### **5.2.2 Oneroso**

Se debe aclarar si este contrato es de materia civil o mercantil, es importante resaltar que todas las obligaciones mercantiles son onerosas y las obligaciones civiles, pueden ser gratuitas u onerosas, esto es debido a que en los contratos mercantiles existe un esfuerzo patrimonial por ambas partes; en cambio las obligaciones civiles pueden ser onerosas o gratuitas, y son gratuitas las obligaciones en donde una de las partes no realiza ningún esfuerzo económico. Este tipo de contratos puede llevarse a cabo como un contrato bilateral gratuito, es decir que la madre subrogante se obliga a entregar al bebé a la pareja subrogada, pero dicha pareja no daría ninguna

---

<sup>213</sup> M.G. Villagómez, *Régimen jurídico sobre la Maternidad Subrogada en Ecuador* (Quito: 2007), 28.

retribución económica a la madre subrogante ya que ésta realizaría el proceso de manera altruista.<sup>214</sup>

### **5.2.3 No conmutativo**

La maternidad subrogada 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.<sup>215</sup> Por lo tanto, este tipo de contratos no es posible verlos como conmutativo ya que las prestaciones no son equivalentes, hay que entender como la falta de equivalencia por los valores está en juego dentro del contrato. Por eso se puede clasificar dentro de los aleatorios, debido a que las partes no pueden hacer ningún cálculo racional en relación a las consecuencias económicas que producirá este contrato, el destino del contrato queda supeditado al azar, a la suerte, a la incertidumbre.<sup>216</sup>

### **5.2.4 Principal**

El contrato de maternidad subrogada se clasifica como principal ya que existe por sí solo sin necesidad de que exista otro acuerdo para su realización; las obligaciones de las partes nacen de la convención en este contrato y no están supeditadas a un acto realizado con anterioridad para que puedan surtir efecto. Las partes pueden optar por establecer una garantía, la cual servirá para asegurar el cumplimiento de la obligación; dicha garantía puede consistir en una fianza, con lo cual, la pareja solicitante le

---

<sup>214</sup> Andrea Carolina Yáñez Morales, "Propuesta de modelo de contrato de maternidad subrogada elaborado según los principios de la legislación civil ecuatoriana" (tesis para optar al grado de Licenciatura, Universidad de las Américas, 2013), 37.

<sup>215</sup> Alfaro, López y Vásquez, "Los elementos del contrato de maternidad subrogada", 57.

<sup>216</sup> Jorge López Santamaría, *Los contratos: parte general*, 2ª ed., tomo 1 (Santiago: 1998), 114.

asegura a la madre gestante el pago de la retribución económica que se había acordado y que podrá ser exigida, sólo cuando la gestante cumpla con su obligación dentro de la relación contractual y la pareja solicitante se rehúse a pagar.

### **5.2.5 Innominado**

Este tipo de contrato es innominado debido a que no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico salvadoreño, por esa razón crea incertidumbre jurídica para las partes, ya que los participantes si desean celebrarlo lo hacen bajo su autonomía privada, sin que intervenga ninguna institución o regulación, también genera vulnerabilidad para las partes y que exista violación a sus derechos.

En El Salvador se puede dar el caso que la práctica de la maternidad subrogada por medio de las técnicas de reproducción humana asistida, incurra en el delito establecido en el artículo 140 del Código Penal, sobre manipulación genética, ya que las técnicas no están reguladas en la legislación vigente.

### **5.2.6 Consensual**

Este carácter 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 al bebé producto de la gestación.<sup>217</sup> De tal modo, parece interesante agregar la

---

<sup>217</sup> Alfaro, López y Vásquez, “Los elementos del contrato de maternidad subrogada”, 58.

propuesta doctrinal, sobre los 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.<sup>218</sup> El contrato de maternidad subrogada se ve como consensual ya que para su formación bastaría con el consentimiento expreso de las partes; no obstante, si las partes así lo desean, pueden incluir en el contrato las formalidades que crean necesarias para su seguridad jurídica.

### **5.3 Elementos de existencia y validez del contrato de maternidad subrogada**

Cuando se analiza el contrato de maternidad subrogada, precisa la caracterización del mismo contrato y así determinar su eficacia y validez dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño.

#### ***5.3.1 Elementos de existencia***

##### ***5.3.1.1. Consentimiento***

El consentimiento se ve reflejado en el contrato de maternidad subrogada, al momento de acordar las partes intervinientes en que se concrete y se produzca la gestación con sus respectivas consecuencias jurídicas; es decir, la entrega del recién nacido a la pareja contratante, y de parte de esta última una determinada compensación económica por los gastos incurridos como

---

<sup>218</sup> José Luis Lacruz Berdejo, "Informe sobre la Fecundación Artificial y otros extremos semejantes", *Revista*, n. 2 (1985): 11.

producto de dicha gestación. Además, debe manifestarse una voluntad seria, con el propósito de producir efecto de Derecho, requisito que, en el contrato de maternidad subrogada, se puede ver reflejado al momento de perfeccionarse dicho acuerdo.<sup>219</sup>

La oferta y la aceptación son figuras jurídicas que concurren en un objeto y una causa, determinando la perfección del contrato de maternidad subrogada y se evidencian en cuanto 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 contratante.

### **5.3.1.2. Objeto**

Determinar el objeto del contrato es el primer problema, ¿se trata de un contrato de hacer, de no hacer o de dar? ¿El objeto indirecto será el útero de la mujer, el niño que nacerá o la capacidad gestacional de la mujer?<sup>220</sup>

La prestación debida por la pareja contratante es la remuneración económica que se ofrece a la madre gestante, esta última se obliga a prestar 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.<sup>221</sup> La prestación de la gestante implica un hacer material como un hacer jurídico. Es así, que el objeto del contrato lo constituye el útero que se dará en alquiler, cuyo objeto directo está constituido por las obligaciones.

---

<sup>219</sup> Raquel Sandra Contreras López, "La maternidad sustituta y el contrato de prestación de servicios gestacional", *UNAM*, vol. 35, n. 2 (2013): 60.

<sup>220</sup> Ingrid Brena Sesma, *La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012), 145.

<sup>221</sup> Aida 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, 1990), 120.

Al contrato de maternidad subrogada lo constituyen obligaciones de dar en primer lugar, debido a que la madre gestante debe de entregar al bebé a los padres solicitantes una vez haya concluido la gestación, así como éstos últimos se obligan a dar la retribución económica acordada a la gestante; y en segundo lugar existe la obligación de hacer, la gestante se compromete a terminar la gestación y la pareja se compromete a realizar las acciones concernientes a los cuidados necesarios de la gestante.

#### **5.3.1.3. Causa**

Será el anhelo de conformar una familia, y de la otra en obtener una remuneración económica o bien de realizar la buena acción por parte de la gestante y permitir que el anhelo de la pareja se haga realidad (si se realiza por fines altruistas), mediante una actividad que si bien es cierto no está regulada en el ordenamiento jurídico salvadoreño, no está legalmente prohibida. Es así que se presentan las causas impulsivas<sup>222</sup> por las cuales la pareja contratante desea acudir a la subrogación de la maternidad, lo cual implica el arrendamiento del vientre de una mujer.

#### **5.3.1.4. Solemnidad**

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, 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 sean las obligaciones que las partes contraen; sin embargo, hay países

---

<sup>222</sup> 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, 2004), 60-65.

donde la maternidad subrogada se vuelve un contrato solemne al requerir una autorización judicial para poder llevar a cabo este tipo de contratos.

La solemnidad ad probation se puede apreciar en atención a que, por la naturaleza del contrato de maternidad subrogada, 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 maternidad subrogada, se puede apreciar la existencia únicamente de la solemnidad convencional, pues son las partes quienes de común acuerdo pueden volver el contrato de maternidad subrogada un contrato solemne.

### ***5.3.2. Elementos de validez***

En el caso del contrato de maternidad subrogada siempre ha existido un debate sobre su aceptación legal, el cual gira en torno a si cumple o no con los requisitos de existencia y validez que debe contener un contrato; las personas que se oponen a esta práctica arguyen que atenta contra la dignidad humana de la madre gestante e incluso del niño que nace bajo esa figura. Es así que para que el contrato sea válido las partes que intervienen deben cumplir con lo siguiente:

#### ***5.3.2.1. Capacidad***

Es uno de los requisitos esenciales para que dicho contrato pueda tener validez; cuando se habla de capacidad se refiere a la de goce y de ejercicio, y que ambas partes deben poseer para poder llevar a cabo el acto jurídico. Si una de las partes carece de este requisito, esto conllevaría a la nulidad del contrato, por ejemplo, si la gestante, es una menor de edad, ya que ésta no posee aún capacidad de ejercicio, así como si la gestación la lleva a cabo

una mujer que no tiene pleno usos de sus facultades y que posea alguna incapacidad o que haya sido declarada como interdicta.

### **5.3.2.2. Consentimiento libre de vicios**

Debe existir para que las partes puedan obligarse válidamente y es necesario que el consentimiento de ambas partes, sea manifestado de manera espontánea.

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, menciona que las técnicas de reproducción 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.<sup>223</sup>

En este contrato no se puede incurrir en el error, debe de existir una claridad total a la hora de manifestarlo y en lo que se ha acordado por las partes, no se debe dar lugar a equivocaciones sobre las condiciones que se han acordado por las partes.

Además, el consentimiento no debe de sufrir de alguna fuerza externa que induzca a la madre gestante para aceptar el acuerdo, finalmente este no debe de adolecer de dolo, no debe de haber intención de causar algún tipo de engaño o injuria por parte de las personas contratantes.

---

<sup>223</sup> Sala de lo Civil, *Sentencia de Casación, Referencia: 1055-2003* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

### **5.3.2.3. Objeto como elemento de validez**

Existen problemas jurídicos derivados de los argumentos que consideran al objeto del contrato de arrendamiento de vientre como ilícito y por lo tanto sin validez.<sup>224</sup> Las calidades que determinan la idoneidad de un objeto y que son exigidos por el ordenamiento salvadoreño son:<sup>225</sup>

La existencia: Con respecto al contrato de maternidad subrogada, la existencia del objeto no representa ningún inconveniente debido a que el objeto del contrato al ser el útero tiene existencia en la mujer, es así que al comprobarse que la mujer que alquilará su vientre posee las condiciones adecuadas para llevar a cabo este tipo de contratación se lleva a cabo el contrato.

La determinación: En el contrato de maternidad subrogada el objeto debe ser determinado o determinable, y como el objeto de dicho contrato es el útero que se arrendará, entonces ya existe determinación del objeto y esto se hace mediante exámenes físicos que los especialistas en fertilidad realizarán para determinar las cualidades del útero y ver si este está en condiciones para concebir.

La posibilidad: El útero si bien es cierto se encuentra fuera del comercio, pero no tiene prohibido 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

---

<sup>224</sup> Alfaro, López y Vásquez, "Los elementos del contrato de maternidad subrogada", 67.

<sup>225</sup> Fernando J. López De Zavala, *Teoría de los Contratos*, Parte General, 4º ed., tomo 1 (Argentina: 1997), 236.

un procedimiento que actualmente con los avances de la medicina, es una realidad, donde se realiza la implantación de óvulos.

Licitud: La legislación salvadoreña no aceptan contratos que tengan objeto ilícito, que sean contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres; por ejemplo, dentro del Código Penal Salvadoreño se regulan tipos penales específicos vinculados con el avance científico, tales como: La manipulación genética (Arts. 140 y 141 Pn), la inseminación artificial no consentida (Art. 156 Pn) o fraudulenta (Art. 157 Pn).

En El Salvador, 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 normas que establezcan los límites de estas técnicas de reproducción asistida, diferenciándolas por ejemplo de otras prácticas como lo son las manipulaciones.<sup>226</sup>

La discusión sobre la licitud del objeto del contrato de maternidad subrogada radica en 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, no puede considerarse como una compraventa, porque, en el arrendamiento de vientre, se contrata con el fin de conseguir el alquiler de un útero en el cual se pueda gestar un bebé 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.<sup>227</sup>

---

<sup>226</sup> Raúl Eduardo Miranda Luna y Roberto Enrique Rodríguez Meléndez, "Bioética y derecho de familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad", *Revista* n. 3 (2005): 7.

<sup>227</sup> Alfaro, López y Vásquez, "Los elementos del contrato de maternidad subrogada", 69.

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.<sup>228</sup> En cuanto si es contrario a las buenas costumbres, estas pueden variar según el tiempo, es así, que los avances en las 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.<sup>229</sup> Por esa razón, el contrato de maternidad subrogada no es contrario a las buenas costumbres, hay que recordar que es la pareja contratante quien aporta el material genético para que sea fecundado en el vientre de la gestante el cual será alquilado.

#### **5.3.2.4. Causa Lícita**

El Código Civil en su artículo 1338, establece que es aquella prohibida por la ley, contraria a las buenas costumbres o al orden público. Para poder determinar si la causa del contrato de maternidad subrogada es lícita, es necesario acudir a las causas que lo originan. El fin que persiguen las partes en la maternidad subrogada es el de tener un hijo, y satisfacer así un deseo de paternidad y el fin que persigue la madre gestante va a variar ya que puede ser por móviles altruistas o por móviles meramente económicos. El móvil perseguido por las partes es lícito, 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.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> 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), 7.

<sup>229</sup> Alfaro, López y Vásquez, “Los elementos del contrato de maternidad subrogada”, 70.

<sup>230</sup> *Ibíd.* 73.

## **5.4 Elementos propios de los contratos de maternidad subrogada**

El contrato de maternidad subrogada debe contener cláusulas<sup>231</sup>, donde se manifiesten las consideraciones y los compromisos aceptados por las partes.

### **5.4.1 Elementos esenciales**

Los elementos esenciales que debe contener el contrato de maternidad subrogada son los siguientes:

La buena condición médica que tiene la mujer que arrendará su útero a la pareja, la edad y características físicas específicas de ambas partes, especificar en qué tipo de gastos médicos incurrirá la pareja en el tiempo que se lleve a cabo la gestación, como a la hora del nacimiento del bebé, el precio que será pagado por la pareja contratante a la madre gestante, que se dará de manera voluntaria, la entrega del recién nacido a la pareja también se debe aclarar si la mujer gestante aportará solo su útero o si también será la responsable de aportar sus óvulos para la gestación así como el tipo de técnica de reproducción asistida que se utilizará y acordar la confidencialidad del contrato

### **5.4.2 Elementos naturales**

Los elementos naturales que posee el contrato de maternidad subrogada son: el compromiso de la madre gestante de llevar la gestación a su fin con gran éxito, las formalidades que contendrá el contrato para su celebración, los tratamientos médicos a los que se deberá de someter la mujer que

---

<sup>231</sup> Yáñez, “Propuesta de modelo de contrato de maternidad subrogada elaborado según los principios de la legislación ecuatoriana”, 25 y 26.

arrendará su útero para poder lograr la gestación y también si el parto será de manera natural o por cesárea.

### **5.4.3 Elementos accidentales**

Son aquellos que la pareja o la madre gestante pueden incluir al contrato de común acuerdo tales como el hecho de que si la pareja asumirá la manutención completa de la mujer gestante durante el término que dure el embarazo, el tipo de atención médica que se le dará o no a la mujer gestante en el plazo post natal, si la mujer gestante se abstendrá de realizar algún tipo de acto para no poner en riesgo la gestación, si la mujer gestante se debe someter a algún tipo de dieta o alimentación, fijar cada cuanto tiempo la gestante deberá hacerse chequeos médicos, que la gestante se abstenga de realizar viajes fuera del país hasta que la gestación se finalice con éxito así como el hospital y los cuidados médicos en que incurrirán la pareja para el control de la gestante y el parto, entre otros.

## **5.5 Partes intervinientes en el contrato de maternidad subrogada**

El tema de la subrogación involucra a varias personas en el proceso las cuales dependerán de la clase de maternidad que se lleve a cabo. Las partes que pueden intervenir en el contrato de maternidad subrogada son:<sup>232</sup>

Madre contratante o solicitante: Es la persona que tiene capacidad de goce y de ejercicio para poder contratar, y que se ve imposibilitada de poder procrear de manera natural, debido a ello, recurre a la opción del vientre subrogado. Ella puede aportar el material genético para que la gestación se

---

<sup>232</sup> Minero, “Análisis de los compromisos de gestación subrogada según la normativa de los actos jurídicos”, 45.

lleve a cabo y por ende ser la madre biológica, así también puede no aportar sus gametos, y ser la mujer gestante quien además de arrendar su vientre sea quien aporte sus óvulos.

Mujer gestante: Es la mujer que posee capacidad de goce y de ejercicio y una buena salud física y reproductiva, la cual presta su útero (y en algunas ocasiones también aporta sus óvulos) a una pareja ya sea a título oneroso o de manera altruista, esto con el fin de llevar a cabo la gestación, con la condición de entregar al recién nacido a la pareja una vez haya finalizado la gestación.

El padre: Es un hombre con capacidad de goce y de ejercicio el cual aporta su material genético para que la gestación pueda llevarse a cabo, siendo entonces el padre biológico del bebé; también, existe la posibilidad de que no sea el hombre que contrata quien aporte sus gametos y que se recurra a una tercera persona para obtenerlo e implantarlo en la mujer gestante, siendo así, solo el padre solicitante dentro de la relación contractual.

## **5.6 Obligaciones que produce el contrato de maternidad subrogada**

El principio de la autonomía de la voluntad privada se encuentra en el contrato de maternidad subrogada porque procura reconocer y amparar las manifestaciones de la voluntad de los contratantes, e interpretar o suplirlas solo cuando sean oscuras o deficientes.<sup>233</sup>

Estas derivan en una serie de obligaciones, para la pareja solicitante es entregar el pago acordado con la madre subrogada, y por parte de ésta,

---

<sup>233</sup> Ospina, *Régimen General de las Obligaciones*, 39.

facilitar su vientre para que sea implantado el ovulo fecundado y hacer la entrega del nacido.<sup>234</sup> Las obligaciones que se crean al celebrar este contrato para las partes no son solamente las mencionadas anteriormente, debe saberse que durante este tiempo existen una serie de obligaciones a cumplir por ambas partes,<sup>235</sup> las cuales se detallan a continuación:

### **5.6.1 Obligaciones de la madre gestante**

Las parejas que optan por este tipo de contratos depositan su confianza en la mujer que será la que lleve a cabo la gestación, sobre la cual recaen una serie de obligaciones, que consistirán en: Permitir ser inseminada artificialmente con el esperma del padre biológico, llevar al feto en su vientre hasta el nacimiento del niño/a., renunciar a los derechos de la custodia sobre el recién nacido<sup>236</sup>, realizar exámenes médicos durante el período preparatorio en la clínica.<sup>237</sup>, proporcionar la información completa y real sobre su historial médico, comprobar que no consume ningún tipo de drogas o sustancias alucinógenas y que no posee algún tipo de adicción, firmar el consentimiento informado para el inicio del procedimiento, de acuerdo con los plazos establecidos para la clínica que llevara a cabo el tratamiento<sup>238</sup> también 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.<sup>239</sup>

---

<sup>234</sup> Alfaro, López y Vásquez, “Los elementos del contrato de maternidad subrogada”, 78.

<sup>235</sup> *Ibíd* 80.

<sup>236</sup> González, “La maternidad Subrogada, realidad actual, problemas y posibles soluciones”, 21.

<sup>237</sup> “Acuerdo de gestación subrogada en Ucrania”, Andrea Rodrigo, acceso el 10 de agosto de 2018, <http://www.babygest.es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/>.

<sup>238</sup> Alfaro, López y Vásquez, “Los elementos del contrato de maternidad subrogada”, 81.

<sup>239</sup> Rosa Adela Leonseguí Guillot, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, n. 7 (1994): 321.

### **5.6.2 Obligaciones de la pareja contratante o solicitante**

Por su parte, los solicitantes, se obligan a: pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo, asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido,<sup>240</sup> pagar los gastos de alimentación y manutención de la madre gestante en la cuantía y fecha que acuerden, desde el momento de haberse llevado a cabo el procedimiento de fecundación<sup>241</sup> pagar la compensación a la madre gestante por el restablecimiento de la salud, pérdida de la capacidad laboral, pérdida de ingresos, que hayan surgido como resultado del cumplimiento por la madre gestante de sus obligaciones.<sup>242</sup>

Básicamente esas son las principales 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 y así evitar que se generen vacíos legales que perjudiquen la seguridad jurídica de las personas.<sup>243</sup>

### **5.7 Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada**

Surge la interrogante sobre si la maternidad subrogada 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. De ser así, se convalidaría el hecho que la

---

<sup>240</sup> González, "La maternidad Subrogada, realidad actual, problemas y posibles soluciones", 21.

<sup>241</sup> Alfaro, López y Vásquez, "Los elementos del contrato de maternidad subrogada", 84.

<sup>242</sup> Maricruz Gómez De La Torre Vargas, "*La fecundación in vitro y la filiación*", (Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1997), 205.

<sup>243</sup> Juan Espinoza Espinoza, *Derecho de las Personas*, 4ª ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2004), 95.

vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que sea objeto de una cláusula.

Se considera que dicho contrato no es netamente de carácter privatista, en él está 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.<sup>244</sup> Hay algunos que consideran que este tipo de relaciones jurídicas son de interés social<sup>245</sup> pues se establece que la naturaleza del contrato estaría signada por su contrariedad a la moral y al orden público, por esa razón, sería nulo. Es así como 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.<sup>246</sup> Es entonces, que la naturaleza jurídica de la relación contractual que existe entre los padres contratantes y la madre gestante es de derecho privado, pero siempre posee un interés público.

## **5.8 Resolución de los contratos de maternidad subrogada**

El contrato de maternidad subrogada no podrá extinguirse si no por la terminación de la gestación y nacimiento del niño, debido a que las partes no pueden decidir dar por terminado el embarazo antes del término completo de la gestación ya que esta acción caería en un ilícito al ser el aborto ilegal en El Salvador, así como lo regula el artículo 133 del Código Penal; es por esto, que aun cuando en el embarazo existan complicaciones médicas hacia la madre gestante o cuando el bebé que nacerá padezca de alguna

---

<sup>244</sup> Alfaro, López y Vásquez, “Los elementos del contrato de maternidad subrogada”, 85.

<sup>245</sup> Jaime Vidal Martínez, *Derechos reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida*, (Granada: 1998), 191.

<sup>246</sup> Héctor Cornejo Chávez, *Derecho Familiar Peruano*, 10ª ed. (Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2004), 33.

malformación o incluso si el feto no es viable, el embarazo tiene que llegar a su término, no existe la posibilidad de un aborto por causas terapéuticas. Debido a esta situación es que antes de llevar a cabo el contrato, se debe de tener la certeza de que la madre gestante goza de perfecta salud y que la criatura se desarrollará con normalidad.

### **5.8.1 Condición Resolutoria**

El Código Civil salvadoreño en su Art. 1360 regula lo siguiente: “*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios en uno u otro caso*”.

Un aspecto controversial de la maternidad subrogada son los problemas que pueden derivar del incumplimiento de las obligaciones contractuales<sup>247</sup>, como cuando la mujer gestante desea quedarse con el niño o que ninguna de las partes quiera quedarse con el niño, por adolecer, por ejemplo, de taras<sup>248</sup>. Que lo contratado por la pareja comitente sea sólo un niño y que fruto del proceso gestacional resulten dos criaturas<sup>249</sup>. Estas eventuales situaciones

---

<sup>247</sup> Cristóbal Antonio Santander, “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?” (tesis para optar al grado de Licenciado, Universidad Alberto Hurtado, 2012), 18.

<sup>248</sup> Defecto físico o psíquico generalmente hereditario.

<sup>249</sup> Es dable señalar un caso donde se acordó un contrato de maternidad subrogada y se contempló una cláusula donde se estipuló una reducción selectiva en caso de producirse un embarazo múltiple. La madre gestante quedó embarazada de gemelos, comunicándolo a la pareja contratante que ante esta situación solicitó que está se deshiciera de uno de los fetos. La madre gestante, decide dar a luz a ambos y no entregárselos a la pareja comitente. Véase en Souto, Beatriz. *Dilemas Éticos sobre la Reproducción Humana. La Gestación de Sustitución. Proyecto de Investigación “Bioética y Derechos Humanos”*, (Universidad Complutense de Madrid, 8 de diciembre de 2006) 189.

invitan a evaluar si con la celebración de un contrato de estas características, se ejerce un derecho o se atenta contra la dignidad.<sup>250</sup>

En caso de que el contrato de maternidad subrogada se incumpla por alguna de las partes, queda a salvo el derecho de pedir indemnización por el incumplimiento del contrato y por los daños y perjuicios causados.

## **5.9 Homologación**

La homologación es el control jurisdiccional que hace el Juez sobre un acuerdo que las partes procesales han alcanzado y que, bajo el respeto de las garantías jurisdiccionales.<sup>251</sup>

Homologar es un acto administrativo del juez o la autoridad competente en el cual debe de confirmar actos, convenios, y sentencias para hacerlos firmes, luego de contrastar su legalidad a la luz del Derecho Constitucional y los principios generales del derecho, a fin de evitar que una de las partes se imponga sobre otra, tratando de lograr un equilibrio en sus intereses.

### ***5.9.1 Homologación según marco internacional***

En materia de maternidad subrogada, en algunos países se regula la existencia de un ente encargado de autorizar centros clínicos que estén acreditados para llevarla a cabo. Y como algo opcional si las partes lo consideran necesario, la intervención de un juez de familia quien decide si homologa todo el trámite llevado a cabo, a manera de que se constate que

---

<sup>250</sup> Santander, “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler...”, 19.

<sup>251</sup> Karín Armando Batres Ángel “Los límites de la ejecución forzosa regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil” (tesis para optar al grado de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2012), 155.

no es por negocio que se realiza y se garantiza la vida e integridad de la mujer gestante y el bebé.<sup>252</sup>

En todo caso el Estado velará por los intereses del niño producto de dicha práctica y protegerlo pese a cualquier conflicto, el juez deberá hacer cumplir el contrato respetando fielmente el principio de cumplimiento de buena fe de las partes, habiendo firmado el contrato para cumplirse.

### ***5.9.2. La Homologación por Autoridad Judicial, una aproximación a la realidad salvadoreña***

En el contrato de maternidad subrogada, el consentimiento además de ser expresado por las partes que contratan, también debe ser homologado por una autoridad judicial que corrobore y se asegure que el contrato que se celebrará, está dentro de la ley.

La homologación del acuerdo que se pretende establecer como requisito *sine quan non* tiene por finalidad: 1) proteger a la madre gestante de que su vientre se reduzca a una cosa mercantil; 2) que los padres de intención no se vean burlados o estafados por las madres gestantes al no entregar al niño nacido; 3) Que el juez verifique el consentimiento de las partes, y 4) que el juez vele por el interés superior del menor. A continuación, se menciona una serie de pasos y requisitos que se deben cumplir para realizar la homologación judicial:

PASO 1: Un médico se encarga de examinar a la pareja que contrata para asegurarse que no pueden procrear por sí mismos, también se asegura de

---

<sup>252</sup> Noelia Guerrero, "Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional" (tesis para optar al título de abogado, Universidad Abierta Interamericana, 2015), 112.

que la mujer que llevará a cabo la gestación esté en perfecta salud tanto física como mental para realizar el procedimiento.

PASO 2: Firmar el contrato entre las partes para luego llevarlo a una autoridad judicial que será la encargada de la homologación de éste y pueda llevarse a cabo el procedimiento médico. Ahora bien, la solicitud de homologación deberá cumplir con ciertos requisitos:

El poder con el que se acredite a los abogados que se encargarán de las diligencias deberá ser un Poder General con Cláusula Especial, deberán anexar todos aquellos documentos que sirvan como prueba para sustentar al contrato, al igual que el testimonio del contrato celebrado para que el juez examine su contenido, y en caso de considerar que alguna o algunas cláusulas son gravosas para una o todas las partes hará las modificaciones que considere convenientes las cuales serán plasmadas en la sentencia de homologación.

Además, una declaración jurada de la mujer que llevará a cabo la gestación en la cual manifieste que no ha tenido más de dos procesos de gestación por medio de contratos de maternidad subrogada, también los documentos y datos pertinentes sobre el centro médico que realizará la fecundación por medio de la técnica de reproducción asistida que más convenga.

PASO 3: Al ser una diligencia de jurisdicción voluntaria se celebrará una única audiencia en la cual deberán estar presentes las partes así como sus apoderados legales, no pudiendo faltar la presencia personal de las partes intervinientes en el contrato, ya que de lo contrario, se deberá reprogramar dicha audiencia, en ésta, el juez de familia analizará todas las pruebas

presentadas y valorará la opinión de cada una de las partes con lo cual, tomará la decisión de si es procedente o no homologar el contrato, teniendo incluso el juez la potestad de ordenar exámenes para mejor proveer al equipo multidisciplinario adscrito a los juzgados de familia.

PASO 4: Una vez homologado el contrato de maternidad subrogada, las partes podrán llevarlo a cabo, no siendo necesario un control por parte del juez que homologó dicho contrato ya que, de existir incumplimiento sobre éste, lo que se debe hacer es dirimir los conflictos en un juzgado de lo civil si son aspectos propios del contrato, tales como vicios de consentimiento o la posibilidad de nulidades civiles ; si son aspectos relacionados a la filiación o a los alimentos por ejemplo, el que deberá dirimir el conflicto es el juzgado que se encargó de la homologación del contrato, es decir un juez de familia o de la niñez y adolescencia.

En el caso de los municipios en los cuales no se cuente con un juzgado de familia para conocer sobre el asunto, los interesados podrán presentar la solicitud en cualquier juzgado de familia del país , al ser esta una diligencia de jurisdicción voluntaria, teniendo claro que siempre se deberá velar por la seguridad jurídica y la protección de la identidad de las partes así como del menor; una vez se tenga la homologación del contrato, las partes podrán iniciar el procedimiento de fecundación con la mujer gestante y darle vida al contrato en el centro asistencial correspondiente.

#### **5.10 Filiación de los hijos nacidos mediante la Maternidad Subrogada**

Como resultado de los avances científicos, la maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo genetista o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una

realidad no genética sino socio afectiva determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.<sup>253</sup>

En la maternidad subrogada, la voluntad de los padres es exteriorizada antes de la gestación, mediante la manifestación del consentimiento legalmente requerido para dichos procedimientos.

Existen algunos aspectos relativos a la filiación del niño o la niña que nacen bajo la figura de la maternidad subrogada, como el tipo y el medio a través del cual se determina la filiación, así como las personas sobre las cuales se determina la filiación;<sup>254</sup> el medio legal para identificar a los padres y la única forma de mostrar los derechos y deberes del hijo frente a sus progenitores es determinar legalmente la relación entre ellos.

En la maternidad subrogada, la condición de madre estaría determinada a favor de la madre gestante y de la madre genética.<sup>255</sup>

Es importante conocer la diversificación de las “funciones” maternas, para determinar la filiación de estos niños puesto que se identifican tres “tipos” de madres: la madre que aporta el material genético, la madre que gesta y da a luz al nacido y; la madre legal. Evitaría así conflictos en el momento de inscribir al niño nacido por gestación por sustitución en el Registro del Estado Familiar, ya que estarían bien determinadas las distintas maternidades.<sup>256</sup>

---

<sup>253</sup> Marín, “Maternidad Subrogada”, 16.

<sup>254</sup> Yáñez, “Propuesta de Modelo de Contrato de Maternidad Subrogada elaborado según los principios de la legislación civil ecuatoriana”, 28.

<sup>255</sup> C. Morán de Vicenzi, *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial* (Lima: ARA, 2005), 191.

<sup>256</sup> Rubio, “Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante”, 50.

## **5.11 Efectos que resultan de incorporar la maternidad subrogada a otras ramas del derecho**

### ***5.11.1 Efectos Registrales***

El legislador debe determinar la conveniencia o no de que, en el Registro del Estado Familiar de las Alcaldías o en el Registro Nacional de las Personas Naturales, aparezcan datos sobre la madre subrogada, por considerar que todo ser humano tiene el derecho a conocer su origen, debe existir algún registro de carácter especial ya sea médico, notarial o estatal en el que se asienten estos acontecimientos.

La información relativa al procedimiento de gestación subrogada, en cuanto al origen de la madre gestante se puede o no confesar al niño que nazca producto de una subrogación, pero al llegar a una edad adulta tendría todo el derecho de saber cualquier tipo de información de su origen, por ello la misma debe constar en libros o documentos estatales confidenciales para cualquier persona, ya que al hacer constar toda esa información, resultara muy elemental para dirimir conflictos de filiación, patria potestad, demandas futuras, determinar el médico que practicó la fecundación y la inseminación.

### ***5.11.2 De nacionalidad***

En este apartado se toma en cuenta que no toda subrogación se realiza de modo tradicional, por lo que se discute qué nacionalidad se le otorgara al menor, la del lugar en donde se realizó la concepción, en donde se firmó el contrato o donde se dará el alumbramiento.<sup>257</sup> Se debe entender que con la finalidad de proteger al menor, la nacionalidad del mismo será la de los

---

<sup>257</sup> Escobar, “Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada”, 119.

padres subrogantes, esto a pesar de nacer a través de la figura de Maternidad Subrogada, debido al vínculo filial y genético que los une.

### **5.11.3 Autoridad parental**

En las legislaciones que muestran un avance en esta materia les confieren la autoridad parental a los padres solicitantes, ya que es la principal finalidad que se tenga un hijo a través de esta modalidad y que desde un principio tomarlo como su hijo al nacer y por ende que la ley les otorgue la Autoridad parental única y definitivamente a ellos. Por lo que, si la mujer gestante cumple lo convenido en el contrato, de nada le servirá reclamar la patria potestad sobre el recién nacido, diferente es que se arrepienta y reclame el derecho a la potestad de educarlo, criarlo y de los demás derechos que engendra ser padre de un menor.

### **5.11.4 De sucesión hereditaria**

Surge la interrogante ¿el menor que nace bajo la figura de la maternidad subrogada hereda, solo de los padres solicitantes o también de la madre subrogada?

Existen diversas posturas al respecto, hay quienes establecen que solo deben heredar de los padres que solicitaron la subrogación, otros en cambio, afirman que por existir parentesco consanguíneo también herede legalmente de la madre subrogada, ya que es innegable un parentesco directo y que difícilmente se podría contradecir.<sup>258</sup> Por otro lado, existe la postura en la doctrina que asemeja esta institución a la adopción, para hacer notar que el niño subrogado, de manera similar al niño adoptado, tenga herencia

---

<sup>258</sup> *Ibíd.* 121.

recíproca con los padres prospectivos, y herencia unilateral, de madre subrogada y donadores de gametos cuando éstos así los dispongan expresamente.

Es considerable solamente abrazar la postura de que exista la posibilidad de herencia tanto con los padres solicitantes como con la madre subrogada por privilegiar el parentesco irrefutable que guarda con ésta. El Código Civil establece en el art. 988.- Son llamados a la sucesión intestada: 1º Los hijos, el padre, la madre y el cónyuge, y en su caso el conviviente sobreviviente; 2º Los abuelos y demás ascendientes; los nietos y el padre que haya reconocido voluntariamente a su hijo; 3º Los hermanos; 4º Los sobrinos; 5º Los tíos; 6º Los primos hermanos; y, 7º La Universidad de El Salvador y los hospitales.

Con referencia a éste artículo, el hijo que nace dentro de ésta figura tiene derechos patrimoniales sobre los bienes de los padres entre otros, y perfectamente podría acceder a la sucesión intestada en el caso de que alguno de los padres fallezca.

Art. 969.- Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: 1º El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla; 2º El que cometió un hecho que la ley castiga como delito contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que el delito se pruebe por sentencia ejecutoriada; (...).

Art. 1139.- Si el asignatario fuere descendiente legítimo del testador, los descendientes legítimos del asignatario no por eso se entenderán sustituidos a éste; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria.

Siempre tomando en cuenta los derechos patrimoniales del hijo nacido bajo esta figura, sería un descendiente legítimo del causante y por lo tanto éste, así como sus descendientes pueden acceder a la herencia.

## **CAPÍTULO VI**

### **BASES PARA LA CREACION DE UNA LEY ESPECIAL REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

*En el presente capítulo se desarrollan las bases para una propuesta de ley que se considera debería de ser aplicada en El Salvador respecto al contrato de maternidad subrogada iniciando con la regularización que debe existir en cuanto a las técnicas de reproducción asistida; asimismo, la estructura que debe contener la Propuesta de ley concerniente a la regulación de los contratos de maternidad subrogada.*

Es necesario realizar una propuesta en donde se regule la maternidad subrogada, y que se establezcan normas y garantías para la protección de las partes involucradas en el instrumento contractual así como proteger la dignidad y el interés superior del niño y la niña que nace por medio de esta práctica.

#### **6.1. Conceptualización**

##### ***6.1.1 Regulación de las técnicas de reproducción asistida***

Las Técnicas de Reproducción Asistida, se presentan para contrarrestar, la imposibilidad de concebir naturalmente, es decir, como una solución ante los problemas de infertilidad, es la asistencia médica al servicio de la salud reproductiva. Es por esa razón, que se debe considerar su regulación en donde se establezca el acceso a los procedimientos de reproducción asistida, cuya autoridad de aplicación será el Ministerio de Salud, que deberá arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas.

### **6.1.2 Condiciones personales de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida**

Donantes de gametos: Se considera “donador” a la persona que dispone de sus gametos, óvulos o semen, en favor de otra a fin de que se realice una fecundación artificial, debe aceptar que le sean extraídos los gametos para la creación de un ser humano, este procedimiento se hará de forma confidencial, renunciando a toda demanda de filiación.

El médico o la institución: Deben manifestar su voluntad a través de un contrato de prestación de servicios profesionales, integrado entre paciente y médico. A través del contrato, el centro médico queda autorizado para realizar todas las actividades necesarias para lograr la fecundación de una mujer, que será la madre sustituta siempre que se manejen en el marco de licitud que se permite a la actividad terapéutica.<sup>259</sup> Por lo que se entiende que el único derecho que tienen es el de cobrar sus gastos y honorarios, siempre que no sea una subrogación ilícita, pudiendo ser onerosa, pero estrictamente calificada y no convertirse en un mero negocio.

## **6.2 Bases para un Proyecto de Ley sobre Maternidad Subrogada**

### **6.2.1 Antecedentes**

Al discutirse la viabilidad y la positividad de regularse la maternidad subrogada en el país, inmediatamente surgirá la interrogante que se convierte en un obstáculo de como regularse y cuál es la forma o figura legal que se deberá utilizar para su inserción en el ordenamiento legal, interrogante que debe ser despejada previamente a la creación de la ley

---

<sup>259</sup> Escobar, “Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada”, 107.

específica en la materia, para prevenir cualquier inconstitucionalidad o efectos negativos.

La siguiente propuesta podría ser considerada como referente para el posible Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada, basada en los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana, los cuales han sido abordados y desarrollados en España, México y Argentina, también en el estado de California en Estados Unidos, países donde se regula la figura de la maternidad subrogada, así como de las técnicas de reproducción asistida.

Para conocer un poco más acerca de estas regulaciones se realizará una breve descripción del contenido de cada una de ellas, ya que serán tomadas en cuenta para realizar la propuesta que se desarrollará más adelante.

México: existe una iniciativa con proyecto de decreto que crea la Ley de Maternidad Subrogada, aprobada por la Asamblea Legislativa el treinta de noviembre del dos mil diez y enviada al Jefe de Gobierno para eventuales observaciones, mismas que se remitieron el diecisiete de septiembre del dos mil once a la Asamblea para su estudio.

Una segunda iniciativa, presentada en la pasada Legislatura de la Asamblea Legislativa y que no pudo ser dictaminada por las comisiones a las que les fue turnada, fue aprobada el ocho de diciembre del dos mil once y subió al pleno el veinte de diciembre de ese año, y sigue pendiente su promulgación y publicación en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México.<sup>260</sup>

---

<sup>260</sup> Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal presentada por la Diputada Maricela Contreras Julián; Exposición de motivos, Asamblea Legislativa del Distrito Federal. México, 2009. 3

En el marco jurídico vigente, la Constitución Política Mexicana establece en su artículo 4º, el derecho a planificar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos, reconociendo los derechos reproductivos, de la población mexicana, es decir, corresponde al Estado la asistencia a las personas para garantizar su derecho a decidir libremente el número y espaciamiento de hijas e hijos, lo que lleva implícito el reconocimiento a los derechos reproductivos.<sup>261</sup>

Esta Iniciativa de Ley busca que se brinde certeza jurídica al derecho consagrado en la Constitución para acceder a los Derechos Reproductivos, entendidos estos como parte de los Derechos Humanos. Los legisladores, en su actividad tienen la obligación de plasmar la realidad social en que viven- las mujeres que por una condición biológica se encuentran imposibilitadas de llevar a término un embarazo, saben que este hecho se puede convertir en un obstáculo que reduzca otros aspectos de su vida.

Argentina: en la provincia de Santa Fe, se ha presentado un proyecto de ley en el 2011 que intenta regular la maternidad subrogada en el ámbito de su provincia. Entre los fundamentos en los que se apoya dicho proyecto, se menciona la necesidad de reglamentar esta práctica responde a una realidad social en la que se deben establecer normas y garantías para la protección de las partes involucradas en el instrumento de la maternidad subrogada.<sup>262</sup>

En el cuerpo de ley menciona los requisitos para las mujeres que desean participar del procedimiento, es decir que desean ser madres portadoras, también establece requisitos para los padres subrogados. En cuanto al instrumento donde constan las obligaciones, garantías y derechos de las

---

<sup>261</sup> . Ibíd.

<sup>262</sup> Marín, “Maternidad Subrogada”, 62.

partes, el cual el diputado lo denomina como “Instrumento de Subrogación Gestacional”, el mismo debe ser redactado por escrito y en él deben constar todos los requisitos que deben poseer ambas partes. Además, por medio de escritura pública las partes deben contar que están informadas sobre todos los términos de instrumento de subrogación.

El diputado neuquino de la Concertación, Hugo Prieto, presentó un proyecto de ley en el año 2011 sobre maternidad subrogada con el objetivo de que ésta sea una práctica tendiente para superar la imposibilidad de procrear. Intenta reglamentar el procedimiento para subrogar la maternidad, en todo el país, mediante una ley de orden público. proyecta la creación de una Agencia Pública de Maternidad Subrogada, con las funciones que le corresponderían como ente contralor de las instituciones Públicas o Privadas que lleven a cabo el procedimiento.<sup>263</sup> Prevé un registro de madres gestante y de instrumentos de maternidad subrogada celebrado entre particulares. Detalla los requisitos del Instrumento que formaliza convenio entre la madre gestante y los padres subrogados. En este proyecto la madre gestante, no puede aportar material genético, y no se menciona nada a cerca de la gratuidad u onerosidad del convenio entre partes.<sup>264</sup>

Estados Unidos: como California, hay leyes que protegen los derechos de los futuros padres y que les permite obtener un juicio de paternidad antes del nacimiento, lo que permitirá que sus nombres aparezcan en el certificado de nacimiento original del niño. California es uno de los pocos estados que acepta acuerdos de subrogación, y aunque California no tiene un estatuto que se ocupa directamente del proceso de subrogación, los tribunales del Estado han utilizado la ley de paternidad uniforme de California con el

---

<sup>263</sup> *Ibíd.* 63.

<sup>264</sup> *Ibíd.* 64.

propósito de interpretar una serie de casos diferentes que se relacionan con este procedimiento.

La maternidad subrogada fue legalizada *de facto* en California a través de una sentencia en 1993. Después las regulaciones se han ido limando a través de litigios en los tribunales cuando surgían problemas.

La ley estableció que el contrato de subrogación se tiene que llevar hasta el final. Sean cuales sean los sentimientos, nadie se puede echar atrás. El sistema se terminó de blindar por completo con una ley de 2013 que básicamente venía a confirmar el carácter de industria de esta práctica y la regulaba como un negocio más. En otros sitios, el debate sobre la gestación subrogada sigue en un nivel ético. En California no, el debate ético está superado.<sup>265</sup>

La historia legislativa se llevó a cabo el 23 de septiembre de 2012, cuando el Gobernador de California, Jerry Brown, firmó AB 1217<sup>266</sup>, un revolucionario proyecto de ley que modifica el Código de Familia de California (*Uniform Parentage Act*) en relación con acuerdos de maternidad subrogada. El legislador de California Felipe Fuentes patrocinó el proyecto de ley que ha necesitado de dos años para aprobarse.<sup>267</sup>

Éstos son algunos aspectos destacados de este nuevo proyecto de ley:

---

<sup>265</sup><https://www.sdfertility.com/es/aspectos-legales-de-la-maternidad-subrogada-en-estados-unidos/> (Consultado el 15 de noviembre 2018).

<sup>266</sup>[http://www.leginfo.ca.gov/pub/11-12/bill/asm/ab\\_1201-250/ab\\_1217\\_bill\\_20120923\\_chaptered.pdf](http://www.leginfo.ca.gov/pub/11-12/bill/asm/ab_1201-250/ab_1217_bill_20120923_chaptered.pdf) Enmienda completa. (Consultado el 15 de noviembre 2018).

<sup>267</sup><https://www.europapress.es/economia/noticia-comunicado-california-legisla-igualdad-paternal-traves-maternidad-alquiler-20121018120545.html> (Consultado el 15 de noviembre 2018).

Requiere que la madre subrogada y que los padres sean representados por un abogado independiente, la firma del acuerdo de subrogación debe ser notariado y no se permite la realización de la transferencia de embriones medicamentos antes del acuerdo de subrogación que se ejecuta.

Estos tres puntos importantes destinados a dar seguridad a todas las partes implicadas:

Primero, obliga a que la gestante y los futuros padres tengan abogados distintos. Aunque tienen el mismo interés, se debe estar seguros de que no hay coerción y de que la gestante entiende el contrato. Sus actividades se van a ver restringidas y se tiene que sentir cómoda con el médico y con la agencia. De la misma forma, que los padres entiendan que tienen obligaciones pase lo que pase. Por ejemplo, si hay un aborto, tienen que respetar el acuerdo igualmente. Al tener abogados distintos se evita que estos tomen partido.

El segundo punto importante es que la ley obliga a que esté todo firmado y notariado antes de que empiece todo el proceso. Es importante que esté todo firmado antes de empezar a tomar la medicación para preparar el embarazo, ya que es ahí cuando la mujer gestante empieza a alterar su cuerpo.

Por último, y quizá lo más interesante para los futuros clientes, la ley de California permite obtener un mandato judicial que nombra padres del bebé antes de que nazca. Es decir, durante el embarazo, un juez reconoce que de acuerdo con el contrato firmado el padre del niño es el cliente y ya deja ordenado cómo debe ser inscrito en la partida de nacimiento. Cuando nazca, la paternidad legal está blindada.

Con lo establecido en la Ley de 2013, incluso si alguien decide ir por su cuenta y contactar a una madre por un anuncio de internet sin trabajar con una agencia, estará obligado a contratar dos abogados, un médico y seguramente un psicólogo, que aplicarán sus estándares éticos al proceso.

El Tribunal Superior de California estableció la maternidad respecto de la madre comitente, puesto que fue ella y no la madre gestante quién decidió tener el niño asumiendo todas las consecuencias, con independencia de que el material genético pertenezca o no a la madre solicitante. El reconocimiento de la filiación no es automático, requiere que la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code*, que trata de dirigir la filiación que pueda derivar conforme con la voluntad de las partes expresada en el acuerdo.<sup>268</sup>

Así pues, se trata de confirmar los derechos parentales y establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia que declara la filiación a su favor. Quedando por tanto extinguida la filiación que se pueda establecer de la madre gestante y de su marido, si hubiera este. De esta manera la filiación del nacido pasaría a los padres o individuo comitente.

### **6.2.2 Propuesta de Ley Especial Reguladora de los Contratos de Maternidad Subrogada**

La propuesta se plantea en una estructura de seis títulos, doce capítulos y disposiciones transitorias. (VER ANEXO 1)

---

<sup>268</sup> Rubio, "Gestación por Sustitución. La situación de la mujer gestante", 73-75.

### **6.2.2.1 Título Primero: Disposiciones Generales**

Este título se refiere al objeto de la Ley y su ámbito de aplicación, las técnicas de reproducción asistida, las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento y en caso de controversia o de aplicación supletoria, se establece que serán los tribunales y las normas que regulan el Derecho Civil en el caso de los aspectos patrimoniales las normas del Derecho de Familia en cuanto a la filiación, el derecho de alimentos y la autoridad parental, en el país las que serán aplicables, si existiera duda.

Se establece que la misma es de orden público y que tiene por objeto regular los requisitos y formalidades para llevar a cabo la maternidad subrogada. Así como que esta Ley se encuentra regida por los principios de dignidad humana, interés superior del menor y que la familia es la base fundamental de la sociedad.

Establece que debe entenderse por maternidad subrogada a aquella en la que, mediante un contrato, una mujer ofrece su vientre para llevar en su matriz el hijo de otra pareja, hasta el momento de su nacimiento, ocurrido el parto, la madre gestante deberá entregar al bebé a los padres biológicos, y a su vez la madre gestante deberá renunciar a cualquier derecho que pudiera tener sobre el recién nacido, a cambio de una contraprestación, en algunos casos.

Se establece la supletoriedad del Derecho Común Civil en caso de duda o controversia, ya que, es necesario interpretar sus disposiciones y que se integren con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes, como en este caso, el Código Civil, el Código Procesal Civil y Mercantil, Código de Familia y la Ley Procesal de Familia.

### **6.2.2.2 De la Maternidad Subrogada**

El título establece las disposiciones sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, como las condiciones personales de la aplicación de dichas técnicas, los donantes y los usuarios, la crioconservación de gametos y preembriones, el diagnóstico preimplantacional y sobre la creación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

### **6.2.2.3 Autoridad de aplicación**

En el Título Tercero denominado Autoridad de Aplicación, se establece la creación de una Agencia Pública de la Maternidad Subrogada, sus atribuciones, sus autoridades y funciones, así como el presupuesto que le corresponderá a dicha agencia.

### **6.2.2.4 Del Instrumento de la Maternidad Subrogada**

En el Título se establece la forma y límites que tiene la maternidad subrogada. Se enuncian requisitos previos, adicionalmente se blindo la posibilidad de que pudiera existir alguna especie de lucro por parte de la mujer gestante al imponer, como parte del procedimiento de firma de Instrumento Jurídico, además, se establece la libertad de los que firman el Instrumento para la Maternidad Subrogada para que este documento contenga las cláusulas que consideren necesarias, para asegurar la integridad del embrión y posteriormente el feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante.

El Instrumento de Maternidad Subrogada formaliza el acuerdo de voluntades y constituye una parte indispensable para que exista, estableciéndose la

homologación del instrumento por la autoridad judicial competente, es decir el Juez de Familia, previo a la realización del procedimiento médico, así como la sustitución de la presunción de maternidad establecida en el artículo 136 del Código de Familia, por la filiación que determina el instrumento homologado.

Se dispone que, si bien la mujer gestante no es una madre biológica, si es en estricto sentido una mujer embarazada, sujeta a las disposiciones que las leyes establecen, tales como no discriminación y acceso a servicios de salud; las disposiciones que deberán atender los médicos tratantes, en particular, refiriendo principios como el secreto profesional, así como el asesoramiento médico a todas las partes que intervienen en la práctica médica, explicándoles los riesgos y alcances.

#### ***6.3.2.5 Del menor nacido mediante la Maternidad Subrogada***

Este Título señala que Ninguna niña o niño nacidos por esta técnica de reproducción asistida serán distinguidos por esta circunstancia en sus actas de nacimiento. Blindando cualquier posibilidad de conflicto posterior respecto a su identidad, garantizándola y protegiéndola. La Ley dispone que la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada, en coordinación con el Registro del Estado Familiar de las Alcaldías Municipales, llevará un registro de maternidades subrogadas, con el objeto de registrar y controlar los instrumentos y nacimientos. Este registro permitirá tener certeza y datos estadísticos respecto esta práctica médica, a través de la extensión de un certificado por la Agencia Pública de Maternidad Subrogada que acredite dicha situación.

### **6.2.2.6 De la nulidad, las sanciones y prohibiciones de la Maternidad Subrogada**

Se establecen las nulidades que pueden afectar o viciar la voluntad de las partes, no obstante, se aclara que, este hecho no los exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. Otro aspecto que regula la Ley es el posterior y derivado de la existencia del acto, en un afán por proteger a la dignidad humana, se prohíbe a los médicos tratantes, que realicen la implantación de mórulas<sup>269</sup> humanas sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen.

Por otra parte se establece que la mujer gestante que desee obtener un lucro, en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de los padres subrogados, le serán aplicables las sanciones que se hayan previsto en las cláusulas del Instrumento de la Maternidad Subrogada

Finalmente, se establecen una serie de disposiciones finales y artículos transitorios que tienen por objeto la publicidad de la Ley y el cumplimiento por parte de las autoridades que se les otorga atribuciones.

---

<sup>269</sup> En el proceso de división celular, en el primer día de fecundación al óvulo fecundado se le denomina ovocito fecundado, entre el día 2 y 4 después de iniciada la segmentación celular, se le denomina mórula. La mórula está envuelta por dos membranas: una más interna, denominada membrana pelúcida; y otra más externa, de nombre corona radiada.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### Conclusiones

Las expresiones gestación subrogada o gestación por sustitución pueden resultar novedosas; sin embargo, se pueden hallar, indicios de que la gestación subrogada es una práctica mucho más antigua de lo que podría parecer; desde siglos antes de Cristo, debido a la falta de las técnicas de reproducción avanzadas, 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, fue hasta el año 1790 que se realizó la primera inseminación artificial en un ser humano en la historia.

En El Salvador se afronta el problema del ordenamiento jurídico porque carece en su totalidad de regulación respecto de la maternidad subrogada, representando esto la posibilidad de que, por no estar legalmente prohibido, bien puede practicarse al libre arbitrio de cada persona interesada creándose un ambiente de desprotección para las personas que participan en este.

Con la aplicación del C.C. se puede pensar incluso que realizar un contrato de maternidad subrogada podría ser declarado nulo absolutamente por tener objeto ilícito, al no estar en el comercio el uso del vientre que una mujer hace para el beneficio de otra persona o para una pareja que no puede procrear por situaciones naturales.

Como se ha expresado con anterioridad, la maternidad subrogada es aquella en la que, mediante un contrato, una mujer ofrece su vientre para llevar en su matriz el hijo de otra pareja, hasta el momento de su nacimiento, y que

ocurrido el parto, la madre gestante deberá entregar al bebé a los padres biológicos, y a su vez la madre gestante deberá renunciar a cualquier derecho que pudiera tener sobre el recién nacido, a cambio de una contraprestación, en algunos casos; la cual también puede ser a su vez por fines altruistas y los efectos que produce son los mismos que los contratos civiles.

Las consecuencias que se producen por la falta de una ley especial reguladora de los contratos de maternidad subrogada son la comercialización del cuerpo humano, tanto de la mujer como del futuro bebé por lo que puede llegar al punto de la “venta de gametos” y la venta de óvulos que finalmente se traduce en trata de personas; asimismo al no regularse la figura de la maternidad subrogada se permite rebajar a nivel de cosa y/o de mercancía, explotando los cuerpos femeninos, reduciéndolos sólo para gestar bebés.

Al no existir una prohibición expresa de la práctica de la maternidad subrogada, no existe limitación o exigencia sobre los requisitos que un contrato sobre esta figura debería de cumplir por lo tanto, los requisitos establecidos en el derecho común, es decir el derecho civil para cualquier contrato son aplicables al Contrato de Maternidad Subrogada por ende no existe ilicitud en la causa porque la razón de ser de este contrato yace de una parte, en el anhelo de conformar una familia, y de la otra en obtener una remuneración económica o bien de realizar la buena acción por parte de la gestante; ni el objeto del contrato ya que este lo constituye el útero que se dará en alquiler, cuyo objeto directo está constituido por las obligaciones.

La homologación del contrato de maternidad subrogada es conveniente realizarla a través de un juez de familia quien será el encargado de revisar el contrato y darle seguimiento al procedimiento luego de su homologación.

Para aquellos que son infértiles, la adopción puede llenar su deseo de ser padres, pero no puede satisfacer el anhelo de crear un hijo y de ver una versión de sí mismos. Es por eso, que se afirma con esta idea, la importancia de este deseo de conexión genética se pone de manifiesto con la búsqueda de sus donantes o hermanos genéticos por parte de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida.

## **Recomendaciones**

Para que exista una regulación de la Maternidad Subrogada en El Salvador, primero, debe de legalizarse el medio por el cual se realiza esta práctica, dicho medio son las Técnicas de Reproducción Asistida, las cuales debido al fenómeno social que es la problemática que afrontan las parejas infértiles para formar una familia en la actualidad, debería considerarse la inclusión de estas Técnicas en la Constitución de la República, como la visibilización del derecho a una familia que poseen las parejas que utilizan estas técnicas.

El Gobierno de El Salvador debe entender que los métodos tradicionales de reproducción asistida nacieron para lograr la concepción de un ser humano; por lo que debe lograrse apertura mental de parte de la sociedad para aceptar que la maternidad subrogada, puede concebirse como una institución del derecho en El Salvador y así posibilitar su realización legalmente.

La Asamblea Legislativa de El Salvador debe aceptar que la realidad nacional está cambiando y así ejercer su derecho constitucional de la Iniciativa de Ley, a través de la creación de una Ley Especial Reguladora de la Maternidad Subrogada que posibilite su realización legal, segura y confiable; así como de prevenir su comercialización y destinos mercantiles, ya que actualmente en el país, se practican procedimientos de maternidad subrogada de forma clandestina, no existiendo ninguna ley que regule dicho procedimiento.

La creación de una Agencia Pública de la Maternidad Subrogada en El Salvador, como organismo de aplicación de la Ley Especial Reguladora de la Maternidad Subrogada, que vele por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos.

Los legisladores deben entender que la maternidad subrogada es una institución del derecho; por lo tanto, puede ser un negocio jurídico entre las partes intervinientes, a través de un contrato civil, formalizado en escritura pública por un notario, concurriendo para su validez los elementos que establece la ley; adicionándose, la gratuidad por la concepción del ser humano y gestación en el vientre y, onerosidad por la cobertura de gastos médicos, seguro, alimentación, coercible; tal convenio ante los órganos jurisdiccionales, por ser un acto válido y lícito; en tal sentido se debe legislar.

## BIBLIOGRAFÍA

### 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.

Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. *Curso de Derecho Civil* “De las Obligaciones en General”, Tomo 3, Chile: Editorial Nascimento.

Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. *Curso de Derecho Civil*, Redactado por Antonio Vodanovic H., Tomo 4. Chile: Nascimento, 1942.

B. Scotti, Luciana. *El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*. Argentina: Comité Editorial de Pensar en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Amborsio L. Gioja” de la Universidad de Buenos Aires.

Braudy-Lacantinerie et Barde, *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil: De las obligaciones*, tomo 2. Paris, 1908.

Brena Sesma, Ingrid. *La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, 2ª edición. Tomo 11 De las Obligaciones II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978.

Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2004.

De La Torre Vargas, Maricruz. *La Fertilización In Vitro y la Filiación*, 1º edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Díez Picazo, Luis y Guillón, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil Patrimonial*, tomo 1. España: Tecnos, 1998.

Díez Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo 1. España: Civitas, 2007.

Espinoza Prado, O. *Principales contratos en el Código Civil del Ecuador y semejanzas con la legislación de Colombia y Chile*. Quito: 2002.

Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las Personas*, 4ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

Gómez De La Torre Vargas, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1997.

Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las obligaciones*, 15ª edición. México: Porrúa, 2003.

Hurtado Oliver, Xavier. *El derecho a la vida ¿y la muerte? procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, problemas éticos, legales y religiosos*, 2ª edición. México: Porrúa, 2000.

Lamm, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Colección de Bioética. España: Edicions Universitat Barcelona, 2013.

Lema Añon, Carlos. *Reproducción, Poder y Derecho*. España: Editorial Trotta, 1999.

López De La Vieja, María T. *Maternidad y contrato en: Principios morales y casos prácticos*. Madrid: Tecnos, 2001.

López De Zavala, Fernando J. *Teoría de los Contratos*, Parte General, 4º edición. Tomo 1. Argentina: 1997.

López Faugier, Irene. *La prueba científica de la Filiación*. México: Editorial Porrúa, 2005

López Guzmán, José y Aparisini Miralles, Ángel. *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, Cuaderno de Bioética 23º, 2ª edición. España: Universidad de Navarra, 2012.

López Santa María, Jorge. *Los contratos, parte general*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

López Santamaría, Jorge. *Los Contratos*, Parte General, 2ª edición. Tomo 1. Santiago: 1998.

Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Tomo I. Buenos Aires, 1968.

Morán de Vicenzi, C. *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial*. Lima: ARA, 2005.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 2ª edición. Bogotá: Temis, 1994.

Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, 7ª edición. Bogotá: Temis, 2001.

Ovsejevich, Luis. *El consentimiento: sus términos*, tomo I. Buenos Aires: 1971.

Rigo Represas, Feliz y Stilit, Rubén. *Contratos*. Buenos Aires: La Rocca, 2001.

Somarriva Undurraga, Manuel. *Tratado de las Cauciones*. Santiago, Chile.

Somarriva, Alessandri, *Curso de Derecho Civil, Parte General*. Chile: Nacimiento, 1971.

Tamayo Lombana, Alberto. *Manual de Obligaciones: Teoría del acto jurídico y otras fuentes*, 5ª edición. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997.

Tigueros H., Guillermo. *Teoría de las Obligaciones, Colección Textos Universitarios*, tomo 1. San Salvador: Delgado, 1984.

Vidal Martínez, Jaime. *Derechos reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida*. Granada: 1998.

Zannoni, Eduardo. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Proyecciones Jurídicas, 8ª edición. Buenos Aires: Astrea, 1973.

**Tesis:**

Alfaro Casco, Oscar Saturnino, López Ayala Rosendo y Vásquez Martínez Luis Enrique. “Los elementos del contrato de maternidad subrogada y la necesidad de su regulación en El Salvador”. Tesis para optar al título de Licenciado de Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2016.

Arévalo Coreas, Rosa Evelin, Hernández Ventura Francisco Antonio y Miguel Rogel, Elías Osmín. “Problemas que generan la falta de reglamentación y denominación de la procreación asistida en las leyes secundarias salvadoreñas”. Tesis para obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2003.

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, 2004.

Escobar Enríquez, Rodolfo Federico. “Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada, análisis de las consecuencias positivas legales de

su incorporación al sistema jurídico guatemalteco”. Tesis para optar al título de licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de San Carlos, 2011.

González Morales, Margarita de Jesús y Rodríguez Jovel, Maryluz Vanessa. “Fecundación In Vitro. Límites, alcances y consecuencias jurídicas”. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2013.

González Pineda, Borja. “La maternidad Subrogada, realidad actual, problemas y posibles soluciones”. Tesis para grado de derecho, Universitas Miguel Hernández, 2015.

González Quintero, David. “La maternidad como situación protegida en el derecho del trabajo y en el derecho de la seguridad social, en especial la maternidad por subrogación”. Trabajo de maestría en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

Guerrero, Noelia. “Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional”. Tesis para optar al título de abogado, Universidad Abierta Interamericana, 2015.

Hernández Euceda, Rosa Angélica, Hernández Méndez, Baltazar de Jesús y Lobo Flores, Linda Jesica. “La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación jurídica”. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2003.

Hurtado Portocarrero, Melissa Eugenia y Lozano Aristizábal, Martha María. “De la licencia de maternidad y otros derechos de la seguridad social en

salud en la maternidad subrogada” Especialización en Seguridad Social, Universidad de San Buenaventura, 2013.

Marín, Patricia Lucía. “Maternidad Subrogada”. Trabajo final de grado de Abogacía, Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, 2013.

Minero Reyes, Aída Elena “Análisis de los compromisos de gestación subrogada según la normativa de los actos jurídicos”. Tesis para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Dr. José Matías Delgado, 1990.

Paz Martín, Pablo. “Maternidad subrogada: eficacia en España de las certificaciones extranjeras”. Trabajo de fin de grado de curso 2014/2015, Universitat de Girona, 2015.

Ramírez Martínez, Ana Melodi. “La problemática actual de la Maternidad Subrogada”. Tesis para optar al grado en Derecho, Universidad de Almendría, 2016.

Rubio Sanchis, María José. “Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante”. Trabajo de Maestría, Universidad de Salamanca, 2012.

Santander, Cristóbal Antonio. “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?”. Tesis para optar al grado de Licenciado, Universidad Alberto Hurtado, 2012.

Tello, Lorena Sofía. “Maternidad subrogada, su reconocimiento territorial, un nuevo paradigma”. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Plata.

Yáñez Morales, Andrea Carolina. “Propuesta de modelo de contrato de maternidad subrogada elaborado según los principios de la legislación civil ecuatoriana”. Tesis para optar al grado de Licenciatura, Universidad de las Américas, 2013.

Beorlegui Loperena, Ana. “La Maternidad Subrogada en España”. Trabajo Fin de Máster de acceso a la Abogacía, España, 2014. <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>

Jiménez, Héctor Enrique. “Breves consideraciones de la sucesión intestada”. Tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 2005. Disponible en: <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c123c/9ff0f49cb7b5e1ed06257a760050f131?OpenDocument>

### **Legislación:**

Recopilación de Leyes Civiles, Código Civil, 39ª ed. (El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2013), 161.

CORELESAL, Documento Base del Anteproyecto de Código de Familia, octubre 1990, San Salvador, Pág. 214.

Circular del 25 de enero de 2013, relativa a la emisión de certificados de nacionalidad francesa -Convención de Subrogación – Estado Civil Extranjero.

Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal presentada por la Diputada Maricela Contreras Julián; Exposición de motivos, Asamblea Legislativa del Distrito Federal. México, 2009.

Ley de Fertilización Humana y Embriología de 2008, una importante revisión de la legislación relativa a la fertilidad derogó la Ley de Clonación 2001 al hacer modificaciones de similares a las de la Ley de 1990. La Ley de 2008 también permite la experimentación con embriones híbridos humano-animales.

Ley n° 2004-800 de 6 agosto 2004 relativa a la bioética. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=179239](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=179239)

Ley n° 94-653 de 29 Julio 1994 relativa al respecto del cuerpo humano. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=127243](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=127243)

UNICEF. Convención sobre los derechos del niño. Madrid: Unicef Comité Español, 2006.

Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Yedo Yagüe, F. “El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargos” (ponencia, II Congreso Mundial Vasco La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Madrid, 28 septiembre a 2 octubre 1987).

**Institucional:**

Naciones Unidas Consejo de Derechos Humanos, “Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” (periodo de sesiones 34°, Consejo de Derechos Humanos, 27 de febrero a 24 de marzo de 2017). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/440/29/PDF/G1644029.pdf?OpenElement>

Sociedad Bíblica Católica Internacional (SOBICAIN), 2005. *Biblia Latinoamericana*, 148ª Edición, Editorial Verbo Divino, Madrid:

**Revistas y Periódicos:**

Arámbula Reyes, Alma. Maternidad Subrogada. México: Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, 2008.

Aréchaga, Ignacio. “Gestar un hijo para terceros, ¿Contrato o abuso? La maternidad subrogada transforma el embarazo en proceso de producción”, ACEPRENSA ENFOQUE, 125, 6° A, Fundación Casatejada, (2017): 3

Contreras López, Raquel Sandra. “La maternidad sustituta y el contrato de prestación de servicios gestacional”, UNAM, vol. 35, n. 2 (2013): 60.

El Diario de Hoy. Jueves 8 de enero de 1998. Pág.6. Reportaje de la Periodista Evelin G.

Gamboa Montejano, Claudia y Ayala Cordero, Arturo. "Maternidad subrogada análisis de las iniciativas presentadas en el tema, a nivel federal", Cámara de Diputados. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis, n. 2 (2010).

Guzmán Ávalos, Aníbal. "La subrogación de la maternidad", Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (2007): 119.

Hernández & J. L. Santiago, "Ley de maternidad subrogada del Distrito federal", Revista UNAM, n. 12 (2011): 21-22

Iud, Carolina Daniela "Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, n. 8 (2013): 8.

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

Leonseguí Guillot, Rosa Adela. "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo", Boletín de la Facultad de Derecho, n. 7 (1994): 317-338.

#### **Revistas:**

Mir Candal, Leila. "La maternidad intervenida, reflexiones en torno a la maternidad subrogada", Revista Redbioética UNESCO, n. 1 (2010): 179.

Miranda Luna, Raúl Eduardo y Rodríguez Meléndez, Roberto Enrique. "Bioética y derecho de familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad", Revista n. 3 (2005): 7.

Pérez, Pilar. "El matrimonio en el Antiguo Egipto", Boletín Informativo de Amigos de la Egiptología, n. BIAE 38 y n. BIAE 39, (agosto y septiembre 2006)

"Vientres de alquiler, Maternidad Subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas", Mujer, Madre y Profesional de Profesionales de la Ética, n. 58-60, E-25 (2015): 3.

**Diccionarios:**

Diccionario Biográfico Universal de Mujeres Célebres. Tomo II. España: Imprenta de D. José Félix Palacios, 1844.

Diccionario de Medicina Océano Mosby. 1996 ed. España: Océano Grupo Editorial Milanesat, 1996.

RAE, Diccionario de la lengua española, 23ª edición (Versión Electrónica), <http://dle.rae.es/?id=ObhmSF0> .

**Páginas electrónicas:**

"Comportamiento indebido de la gestante subrogada", Sandra Fernández, Babygest, acceso el 30 de junio de 2018, <https://www.babygest.es/comportamiento-indebido-de-la-gestante/>

“Contrato de gestación subrogada”, Rodrigo A., Babygest, acceso el 2 de julio de 2018, <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada/>.

“Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos”, Isabel Gutton, Babygest, <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/> .

Ana Trejo Pulido, “Vientres de alquiler: violación del derecho a la salud materna y primal”, Revista Digital Tribuna Feminista (blog) 18 de septiembre 2018 <http://www.tribunafeminista.org/2017/07/vientres-de-alquiler-violacion-del-derecho-a-la-salud-materna-y-primal/>

Jorge Machicado, "Las Solemnidades", Apuntes Jurídicos (blog), <http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/03/sol.html>

Kika Fumero, “Vientres de alquiler: desigualdad y derechos vulnerados”, Revista Digital Tribuna Feminista (blog) 18 de septiembre 2018, <http://www.tribunafeminista.org/2016/10/vientres-de-alquiler-desigualdad-y-derechos-vulnerados/>

Orrego Acuña, Juan Andrés. “Teoría General del Contrato”, Abogado & Profesor (blog), <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-del-contrato-y-contratos-en-particular/> .

Estatuto de Roma versión digital

[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute%28s%29.pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf)

Código de Hammurabi, versión digital

<https://www.guao.org/sites/default/files/biblioteca/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf> .

Emakunde. ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? informe final (España: Fundación EDE, 2018),

[http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones\\_informes/es\\_emakunde/adjuntos/ges\\_sub\\_vie\\_alq\\_informe.pdf](http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf)

## **ANEXOS**

### **Anexo 1**

## **LEY ESPECIAL REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

### **TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO ÚNICO**

#### **DISPOSICIONES GENERALES**

**Artículo 1:** La presente Ley es de orden público, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para llevar a cabo la maternidad subrogada en la República de El Salvador.

Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor.

**Artículo 2:** La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley, son relativas a la Maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer, permitiendo el acceso a la maternidad o la paternidad de aquellas personas que por causas naturales se encuentran imposibilitadas de procrear.

La Maternidad Subrogada se realizará sin fines de lucro para los padres subrogados y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el periodo gestacional.

**Artículo 3:** La maternidad subrogada debe entenderse como aquella en la que, mediante un contrato, una mujer ofrece su vientre para llevar en su matriz el hijo de otra pareja, hasta el momento de su nacimiento, ocurrido el

parto, la madre gestante deberá entregar al bebé a los padres biológicos, y a su vez la madre gestante deberá renunciar a cualquier derecho que pudiera tener sobre el recién nacido, a cambio de una contraprestación, en algunos casos.

**Artículo 4:** Para efectos de esta Ley se define y entiende por:

- I. Contrato: Instrumento para la Maternidad Subrogada.
- II. Filiación: al vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres, y se encuentra sujeto a lo dispuesto en el artículo 133 del Código de Familia vigente, lo dispuesto en esta Ley y la legislación del orden común vigente;
- III. Interés Superior del Menor: la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, en los términos que establece el Derecho Internacional Público;
- IV. Instrumento para la Maternidad Subrogada: Instrumento suscrito ante Notario, en el que se establece el acuerdo de voluntades a título gratuito mediante el cual una mujer con capacidad de goce y ejercicio se compromete a gestar el producto fecundado e implantado en su útero hasta las 40 semanas o antes, por existir prescripción médica; lo anterior en beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su carga o material genético a través de un óvulo y un espermatozoide fecundados e implantados en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante y que concluye con el nacimiento;
- V. Ley: Ley Especial Reguladora de los Contratos de Maternidad Subrogada;

- VI. Maternidad Subrogada: es el compromiso de una mujer a someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una pareja, a quienes se compromete a entregar el niño que pudiera nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino únicamente y de pleno derecho con los padres de intención;
- VII. Mujer Gestante: mujer con capacidad de goce y ejercicio que se compromete mediante un instrumento jurídico, a llevar a cabo la gestación del producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que aportan el material genético y cuya obligación subrogada concluye con el nacimiento;
- VIII. Madre Subrogada o de Intención: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta su material genético para la fecundación, y que se compromete mediante un instrumento, desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica;
- IX. Padre Subrogado o de Intención: hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporte su material genético para la fecundación y que se compromete mediante un instrumento desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica;
- X. Personal de Salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;

- XI. Preembrión: es el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células restantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde;
- XII. Médico Tratante: médico especialista en infertilidad humana, que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la maternidad subrogada;
- XIII. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): estas técnicas son las que manipulan el óvulo o el espermatozoide con el fin de conseguir un embarazo, con independencia de la causa de la esterilidad.

**Artículo 5:** La presente Ley se aplicará en las instituciones de salud pública o privada que cuenten con la infraestructura para hacer este tipo de intervenciones médicas y que cuenten con la autorización otorgada por la autoridad competente.

**Artículo 6:** En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará de manera supletoria lo dispuesto por el Código Civil, el Código de Familia, cuando fueren aplicables, y no afecte derechos de terceros y sin contravención de otras disposiciones legales vigentes.

## **TÍTULO SEGUNDO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

### **CAPÍTULO ÚNICO TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

**Artículo 7:** Se regulará la aplicación de las técnicas de reproducción asistida que estén acreditadas científicamente y clínicamente indicadas. Así como la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones crio conservados.

Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en este artículo, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* e inyección intracitoplasmática de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.

**Artículo 8:** Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

En el caso de la fecundación *in vitro* y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.

**Artículo 9:** La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación.

La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse.

**Artículo 10:** Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las

circunstancias que concurren en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.

**Artículo 11:** La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso.

**Artículo 12:** La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial, concertado entre el donante y el centro autorizado.

La donación no tendrá carácter lucrativo o comercial, la compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.

**Artículo 13:** El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado, antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto.

**Artículo 14:** La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como en su caso, en los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes sin que incluya su identidad.

Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

**Artículo 15:** Los donantes deberán tener más de dieciocho años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.

Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro emisor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción.

**Artículo 16:** El número máximo de hijos nacidos que hubiesen sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos de mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas e indicar el momento y el centro en el que se hubieren realizado dichas donaciones.

**Artículo 17:** Toda mujer mayor de dieciocho años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley, con independencia de su estado civil.

**Artículo 18:** Los preembriones sobrantes de una Fecundación in Vitro, por no ser transferidos al útero, se crío conservarán en los bancos autorizados, por el plazo que dispongan las regulaciones legales o especiales sobre la materia.

La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrán prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de las técnicas de reproducción asistida.

**Artículo 19:** Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crio conservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crio conservados, son:

- a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
- b) La donación con fines reproductivos.
- c) La donación con fines de investigación.
- d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crio conservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

**Artículo 20:** La utilización de los preembriones, o en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crio conservados para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de preembriones, el consentimiento deberá ser prestado por la mujer o en el caso de la mujer casada con un

hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.

**Artículo 21:** Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para:

- a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo post natal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados para su transferencia.
- b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión.

**Artículo 22:** Se creará la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, como órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a orientar y asesorar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos de esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquellas se realizan.

**Artículo 23:** Formarán la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida representantes destinados por el Gobierno, las comunidades autónomas, las distintas sociedades científicas y por entidades, corporaciones profesionales, asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de éstas técnicas.

**Artículo 24:** Será necesario el informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en los siguientes supuestos:

- a) Para una autorización de una técnica de reproducción asistida con carácter experimental, no citada anteriormente;
- b) Para la autorización ocasional para casos concretos y no previstos en esta Ley de las técnicas de diagnóstico preimplantacional, previsto en el artículo 21 de esta Ley;
- c) Para la autorización de los proyectos de investigación en materia de reproducción asistida;
- d) En el procedimiento de elaboración de disposiciones generales de esta Ley o directamente relacionadas con la reproducción asistida;
- e) En cualquier otro supuesto legal o reglamentariamente previsto.

**Artículo 25:** Los miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberán efectuar una declaración de actividades e intereses y se abstendrán de tomar parte en las deliberaciones y en las votaciones en que tengan un interés directo o indirecto en el asunto examinado.

## **TÍTULO TERCERO AUTORIDAD DE APLICACIÓN**

### **CAPÍTULO I AGENCIA PÚBLICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

**Artículo 26:** Se crea la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada, como entidad descentralizada en jurisdicción del Ministerio de Salud.

La Agencia Pública de la Maternidad Subrogada tendrá su sede principal en la ciudad de San Salvador, estableciendo al menos una delegación por departamento.

**Artículo 27:** Corresponde a la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada:

- a) Actuar como organismo de aplicación de la presente Ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos.
- b) Diseñar e impulsar campañas educativas tendientes al conocimiento de los objetivos de la presente Ley.
- c) Recopilar y mantener actualizada la información que se conozca de legislación comparada sobre maternidad subrogada y participar en la elaboración y negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales de maternidad subrogada.
- d) Modificar, sobre bases legales o técnicas, los parámetros técnicos y constitutivos del Instrumento de la Maternidad Subrogada acordado por quienes sean parte del procedimiento.
- e) Constituir y actualizar el registro de las mujeres gestantes.
- f) Autorizar, bajo las condiciones que establezca, la práctica de la maternidad subrogada en las instituciones de salud públicas o privadas que lo soliciten.
- g) Otorgar autorización, bajo las condiciones que establezca, a los centros médicos que soliciten constituirse en receptores de donación de gametos.
- h) Fiscalizar, percibir y administrar los bienes y recursos asignados a la Agencia, y los que correspondan por donación, legados, asignaciones específicas o multas.
- i) Resolver en instancia administrativa los recursos y reclamos que se susciten en el marco de su actuación.
- j) Proporcionar a los tribunales judiciales asesoramiento técnico especializado en los asuntos relativos a la temática de su competencia.
- k) Establecer su estructura organizativa y funcional.
- l) Elaborar el presupuesto anual de gastos, el cálculo de recursos y la cuenta de inversión.

- m) Nombrar a su personal, quienes quedarán sujetos al régimen de Empleo Público.
- n) Elaborar y aprobar los reglamentos que regulen el funcionamiento del directorio.
- o) Autorizar, de acuerdo con la normativa vigente en la materia, la contratación de servicios para la realización de tareas especiales que no puedan ser realizadas por el personal del organismo.
- p) Establecer los exámenes médicos psico-físicos a los que debe someterse la madre gestante para poder ser inscrita en el registro de madres gestantes.

**Artículo 28:** La Agencia Pública de la Maternidad Subrogada, llevará un registro de los instrumentos aprobados de la Maternidad Subrogada y de los nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica. El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en el procedimiento, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento. Este registro será confidencial.

## **CAPÍTULO II**

### **AUTORIDADES Y PRESUPUESTO DE LA AGENCIA PÚBLICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

**Artículo 29:** La conducción y administración de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada será ejercida por un directorio integrado por: un presidente, un vicepresidente y un director.

El presidente y el vicepresidente serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional. El director será designado por el Ministerio de Salud y representará a organizaciones gubernamentales con reconocida trayectoria en técnicas de reproducción asistida.

El presidente, el vicepresidente y el director durarán en sus cargos cuatro años y podrán ser reelegidos por un período.

**Artículo 30:** El presidente del directorio es el representante legal de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada, estando a su cargo presidir y convocar a las reuniones del directorio, según el reglamento dictado por la autoridad de aplicación en uso de sus facultades. Las votaciones serán por mayoría simple. La reglamentación deberá incluir las causales de remoción de los miembros del Directorio.

**Artículo 31:** Es obligación permanente e inexcusable del Directorio dar a sus actos publicidad y transparencia en materia de recursos, gastos, nombramientos de personal y contrataciones.

**Artículo 32:** El presupuesto de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada estará conformado por:

- a) Los importes resultantes de la aplicación de multas;
- b) Las donaciones y/o legados y/o subsidios que se le otorguen;
- c) Los recursos presupuestarios provenientes del presupuesto de la nación; y
- d) Cualquier otro ingreso que legalmente se prevea.

**TÍTULO CUARTO**  
**DEL INSTRUMENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

**CAPÍTULO I**  
**DE LAS FORMALIDADES DEL INSTRUMENTO DE LA MATERNIDAD**  
**SUBROGADA**

**Artículo 33:** El Instrumento de la Maternidad Subrogada es el documento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la mujer gestante y los subrogantes acuerdan concretar el procedimiento de la Maternidad Subrogada. El instrumento se perfecciona con la homologación por parte de la autoridad competente, no surtiendo efecto jurídico alguno hasta entonces, según lo establecido en el literal e) del artículo 27 de la presente Ley.

Este Instrumento formaliza el acuerdo de voluntades para la maternidad subrogada, y es constitutivo e indispensable para que ésta sea válida y existente.

**Artículo 34:** El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá ser suscrito por la madre y el padre de intención y la mujer gestante, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Ser habitantes de El Salvador, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedido por autoridad competente;
- b) Poseer capacidad de goce y ejercicio.
- c) La madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;
- d) La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión, y manifieste su obligación de

procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto a el menor y los padres subrogados con el nacimiento, y

**Artículo 35:** El Instrumento de la Maternidad Subrogada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

- a) Ser suscripto por todas las partes que intervienen, estampando su nombre y firma en el mismo;
- b) Contener la manifestación de las partes de que el Instrumento se suscribe respetando la dignidad humana y el interés superior del menor;
- c) Suscribirse ante Notario, presentando para tal efecto los documentos descritos en el artículo 34 de esta ley, y
- d) Contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente del feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante.

Previa firma del Instrumento, el Notario deberá consultar el Registro a que refiere el artículo 57 de esta Ley, constatando que la mujer gestante no ha participado en más de un procedimiento de Maternidad Subrogada.

**Artículo 36:** El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente el feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante.

Se entiende por bienestar integral aquel que busca la satisfacción de las necesidades alimentarias y de desarrollo personal en los términos que establece el Código de Familia.

**Artículo 37:** En caso de matrimonio o de Unión no Matrimonial, los cónyuges o convivientes con mutuo consentimiento podrán acordar en el Instrumento la filiación a favor del que no se constituyó como parte al inicio del procedimiento, en cualquier etapa de la gestación hasta antes del nacimiento.

**Artículo 38:** La voluntad que manifiesten las partes para la realización del Instrumento de la Maternidad Subrogada debe ser indubitable y expresa.

Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma. Es una excepción a este artículo que alguna de las partes posea una discapacidad que le impida plenamente manifestar su voluntad, aun con las herramientas humanas o tecnológicas, debiéndose asentar dicha imposibilidad en el Instrumento de Maternidad Subrogada.

El Instrumento de Maternidad Subrogada formaliza el acuerdo de voluntades para la Maternidad Subrogada y constituye una parte indispensable para que exista.

**Artículo 39:** La homologación del contrato de Maternidad Subrogada deberá realizarse por el Juez de Familia competente para generar el vínculo filial a favor de los subrogantes desde el momento de la fecundación en la mujer gestante.

La solicitud de homologación deberá cumplir con ciertos requisitos:

- a. El contrato deberá realizarse en escritura pública.
- b. La acreditación de los abogados deberá ser a través de un Poder General Judicial con cláusula Especial.

c. Declaración jurada de la mujer que llevará a cabo la gestación en la cual manifieste que no ha tenido más de dos procesos de gestación por medio de contratos de maternidad subrogada.

Se celebrará una única audiencia en la cual deberán estar presentes las partes, así como sus apoderados legales, no pudiendo faltar la presencia personal de las partes intervinientes en el contrato.

En el caso de los municipios en los cuales no se cuente con un juzgado de familia para conocer sobre el asunto, los interesados podrán presentar la solicitud en cualquier juzgado de familia del país al ser esta una Diligencia de Jurisdicción Voluntaria.

El Instrumento para la Maternidad Subrogada, una vez que sea homologado, deberá ser notificado en sus efectos al Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal correspondiente para que el estado del menor nacido mediante esta práctica sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogados.

**Artículo 40:** La presunción de maternidad del Art. 136 del Código de Familia, queda sustituida por la filiación que determina el Instrumento homologado. Asimismo, y a los fines de la maternidad subrogada, prevalece siempre la voluntad del o los subrogantes.

## **CAPÍTULO II DE LA MUJER GESTANTE**

**Artículo 41:** De los requisitos para ser mujer gestante:

- a) Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco años al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada.

- b) Contar como mínimo con cinco años de residencia en el país.
- c) Poseer plena capacidad.
- d) Estar inscrita en el Registro de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada.
- e) Realizarse los exámenes médicos psico-físicos que delimite la autoridad de aplicación y la institución de salud autorizada previo a la concreción de cada procedimiento de gestación a que se someta.
- f) No haber participado en más de dos procedimientos de maternidad subrogada.
- g) Manifiestar que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación del embrión y que su intervención se hace de manera libre.
- h) No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía, ni enfermedades susceptibles de contagiar al feto durante el embarazo o el parto.
- i) Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Maternidad Subrogada.

**Artículo 42:** De las obligaciones de la mujer gestante:

- a. Seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales.
- b. Acceder a las visitas domiciliarias por parte del personal de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada y del personal de la institución de salud tratante conforme lo establezca la reglamentación.
- c. Procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional.
- d. Conservar el anonimato del o los subrogantes.

- e. Concluir su relación subrogada respecto del menor y la parte subrogante con el nacimiento.
- f. Actuar por medio de Abogado para la realización del contrato de Maternidad Subrogada, así como para las diligencias judiciales posteriores.

**Artículo 43:** La mujer gestante no podrá nunca aportar sus óvulos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.

**Artículo 44:** Durante el período de gestación, la mujer gestante gozará de todos los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento.

### **CAPÍTULO III DE LOS PADRES DE INTENCIÓN:**

**Artículo 45:** De los requisitos para ser padres de intención o subrogantes:

- a. Ser mayores de edad. Para el caso de parejas, al menos uno de ellos deberá tener no más de cincuenta años de edad, límite que se aplicará a las personas solas que participen de un procedimiento de maternidad subrogada.
- b. Contar como mínimo con tres años de residencia en el país.
- c. Poseer plena capacidad.
- d. Prestar consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Maternidad Subrogada.

**Artículo 46:** De las obligaciones de los padres de intención o los subrogantes:

- a) Solventar los gastos íntegros del procedimiento de maternidad subrogada.
- b) Contratar un seguro de vida para la mujer gestante y nombrar como beneficiario del mismo a quién ésta designe.
- c) Conservar el anonimato de la mujer gestante.
- d) Actuar por medio de Abogado para la realización del contrato de Maternidad Subrogada, así como para las diligencias judiciales posteriores.

#### **CAPÍTULO IV**

##### **DE LOS MEDICOS INTERVINIENTES:**

**Artículo 47:** Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de mórulas en el cuerpo de una mujer gestante.

Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación.

**Artículo 48:** Queda estrictamente prohibida la práctica de crioconservación de gametos humanos que no sea con el fin reproductivo, así como la conservación de gametos humanos que tenga por objeto la disposición de gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra la dignidad humana.

**Artículo 49:** Ningún médico tratante realizará el procedimiento de maternidad subrogada sin que exista un Instrumento de la Maternidad Subrogada firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica, y que éste se encuentre homologado por la autoridad de aplicación.

**Artículo 50:** El médico tratante que realice la implantación del gameto deberá certificar, que:

- a) La madre subrogada posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;
- b) El padre subrogado se encuentra plenamente convencido para aportar su material genético para la implantación, y
- c) La mujer gestante se encuentra en buen estado de salud.

**Artículo 51:** En la atención médica que se le proporcione a la mujer gestante por parte de las instituciones públicas o privadas, el médico tratante y el personal de salud, no discriminarán la condición de mujer gestante, ni harán distinciones en su atención por este motivo.

## **TÍTULO QUINTO**

### **DEL MENOR NACIDO MEDIANTE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

#### **CAPÍTULO I**

##### **DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO**

**Artículo 52:** El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor y que llenará el formato expedido para tal efecto por el Ministerio de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada Maternidad Subrogada.

Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en El Salvador y relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada o biológica del nacido.

**Artículo 53:** Una acción para establecer la relación padre-hijo entre los padres de intención y el hijo, en cuanto es concebido en virtud del Instrumento de la Maternidad Subrogada puede presentarse antes del nacimiento del niño y puede ser ante la Alcaldía Municipal del municipio donde se anticipa que nacerá, el municipio donde residen los padres de intención, el municipio donde se ejecuta el acuerdo de reproducción asistida para portadores gestacionales, o el municipio donde se realizan los procedimientos médicos conforme al acuerdo a realizar.

Las partes en el Instrumento deberán certificar, bajo pena de perjurio, y según su leal saber y entender, el cumplimiento de esta disposición, al entrar en el acuerdo de la maternidad subrogada.

**Artículo 54:** A petición de cualquiera de las partes del Instrumento de la Maternidad Subrogada ejecutado correctamente, el tribunal correspondiente emitirá un fallo u orden que establezca una relación padre-hijo, ya sea de conformidad con esa Ley o de otra manera.

El fallo u orden puede ser emitido antes o después del nacimiento del niño o la niña. Sujeto a la prueba de cumplimiento de este artículo, el juicio o la orden establecerá la relación padre-hijo a los padres de intención, identificada en el Instrumento de la Maternidad Subrogada y deberá establecer que la madre sustituta, su cónyuge o pareja no es un padre y no tiene derechos o deberes parentales con respecto al niño o la niña.

**Artículo 55:** La sentencia u orden anulará los derechos paternales de la madre sustituta y su cónyuge o pareja sin más audiencia o evidencia, a menos que el tribunal o una de las partes que suscriben el Instrumento, tenga una creencia razonable y de buena fe de que el acuerdo establecido

para la práctica de la maternidad subrogada o las declaraciones de los abogados no fueron ejecutados de acuerdo con esta disposición.

**Artículo 56:** Los efectos de la Maternidad Subrogada son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, e incluso a las denuncias hechas ante los tribunales de justicia que den cuenta de una Maternidad Subrogada.

Para efectos legales, será imprescindible la presentación de un testimonio público del Notario que dio fe del Instrumento para la Maternidad Subrogada.

## **CAPÍTULO II DEL REGISTRO Y CONTROL DE NACIMIENTOS**

**Artículo 57:** La Agencia Pública de Maternidad Subrogada en coordinación con el Registro del Estado Familiar de las Alcaldías Municipales llevará un registro de los instrumentos de Maternidad Subrogada y nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica.

**Artículo 58:** El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en la Maternidad Subrogada, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del Instrumento para la Maternidad Subrogada, nombre y número del Notario, folio y libro en que se encuentra inscrito el Instrumento, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento.

## **TÍTULO SEXTO DE LA NULIDAD, LAS SANCIONES Y PROHIBICIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

## **CAPÍTULO I**

### **DE LA NULIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

**Artículo 59:** Es nulo el Instrumento para la Maternidad Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

- a) Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- b) No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley;
- c) Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y
- d) Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

**Artículo 60:** La nulidad del documento no lo exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

**Artículo 61:** La mujer gestante puede demandar civilmente de la madre y del padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

**Artículo 62:** El Instrumento para la Maternidad Subrogada carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y las denuncias penales, en su caso.

**CAPÍTULO II**  
**DE LAS SANCIONES EN RELACIÓN CON LA MATERNIDAD**  
**SUBROGADA**

**Artículo 63:** Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la implantación de mórulas humanas sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen. Siendo aplicables las penas que establece el delito de procreación asistida e inseminación artificial.

**Artículo 64:** La mujer gestante que desee obtener un lucro derivado de la maternidad subrogada practicada en su cuerpo, o pretenda obtenerlo en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de los padres subrogados, le serán aplicables las sanciones que se hayan previsto en el clausulado del Instrumento de la Maternidad Subrogada o, en su caso, las disposiciones que establece el Código Penal en el Título VI de los Delitos relativos al Honor y a la Intimidad, además de lo dispuesto en la Ley de Reparación por Daño Moral.

**CAPÍTULO III**  
**DE LAS PROHIBICIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

**Artículo 65:** Queda estrictamente prohibida la implantación de óvulos fecundados en úteros de animales y en mujeres en estado de coma, como cualquier otra práctica que contravenga la dignidad humana.

Queda estrictamente prohibida la clonación.

**Artículo 66:** Queda estrictamente prohibida la práctica de crío conservación de gametos humanos que no sea con el fin reproductivo, así como la conservación de gametos humanos que tenga por objeto la disposición de gametos con fines que atenten contra la dignidad humana.

Las instituciones de salud que cometan alguna de las prohibiciones establecidas en el presente título, serán penadas con una multa de \$3,000 a \$50,000.

### **DISPOSICIONES FINALES.**

**Artículo 67:** La inscripción del o los hijos nacidos a través de un procedimiento de maternidad subrogada deberá contener el nombre y apellido de los padres de intención.

**Artículo 68:** En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la mujer gestante o de los padres de intención, será aplicable la acción más expedita y rápida existente en la jurisdicción en que se hubiere celebrado el Instrumento de la Maternidad Subrogada, atendiendo a las circunstancias del caso y privilegiando el interés superior del menor.

**Artículo 69:** El Poder Ejecutivo reglamentará esta ley y adoptará las medidas necesarias para que la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada se halle constituida y en funcionamiento en un plazo no mayor de noventa días a partir de la fecha de promulgación de la presente.

### **ARTÍCULOS TRANSITORIOS.**

**Artículo 70:** La autoridad correspondiente deberá realizar, a más tardar en 90 días, las adecuaciones correspondientes para incorporar la Maternidad Subrogada y llevar a cabo el registro correspondiente, que establece esta Ley.

**Artículo 71:** A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se derogan las demás disposiciones que contravengan a la misma

**Artículo 72:** La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

**Artículo 73:** Publíquese el presente Decreto en el Diario Oficial para su mayor difusión.

## Anexo 2:



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**  
**PROCESO DE GRADUACION**



**TEMA: “La falta de una Ley Especial Reguladora de los Contratos de Maternidad Subrogada que determine los derechos de alimentos, filiación y patrimoniales de los padres de intención, así como las obligaciones de las partes intervinientes en la relación contractual”**

**DOCENTE ASESOR: Lic. Lucio Albino Arias López.**

### **ENTREVISTA PARA JUECES EN MATERIA CIVIL:**

La siguiente guía está conformada por una serie de interrogantes donde las respuestas obtenidas serán utilizadas con la finalidad de identificar los conocimientos y criterios que poseen las personas identificadas como abogados, jueces en materia civil y en materia de familia.

1. ¿Cuál es su área de especialidad?
2. ¿Qué significa para usted el término de “maternidad subrogada”? ¿es lo mismo que “vientre de alquiler”?
3. ¿Tiene conocimiento sobre qué consiste esta práctica?
4. ¿Tiene conocimiento si en la doctrina o en una legislación este autorizada esta práctica? En caso de que la respuesta sea afirmativa, continuar con las siguientes preguntas: - ¿Qué elementos considera que son importantes de

resaltar? - ¿Cree que lo regulado en otros países puede ser implementado en El Salvador? - ¿Por medio de qué se autoriza la práctica de esta figura? - ¿La maternidad subrogada es una figura con fines gratuitos u onerosos?

5. ¿Conoce alguna propuesta legislativa o un proyecto de ley, referente a la maternidad subrogada en El Salvador?

6. ¿Cree que es necesario regular la maternidad subrogada? ¿Por qué?

7. ¿Cuáles consideraría usted que serían las consecuencias de la falta de regulación de la maternidad subrogada?

8. De existir una ley que regulara esta figura, ¿Cuáles elementos considera necesarios que se legislen? ¿Considera que debe firmarse un contrato? ¿o que sería necesaria la autorización de un juez? ¿O en su caso un contrato con homologación?

9. ¿Conoce algún caso en concreto sobre un contrato de maternidad subrogada en el país?

10. ¿Qué elementos debería contener un contrato sobre maternidad subrogada para que tenga fuerza obligatoria entre las partes firmantes?

11. ¿Considera necesario que en caso de autorizarse esta práctica haya un control por parte de un Juez? Si lo considera, ¿De qué área debería ser?

12. ¿Por qué considera que la maternidad subrogada no ha sido regulada?

13. ¿Considera viable que una ley especial regule la misma y permita la realización de contratos que generen fuerza obligatoria entre las partes que participen en el desarrollo de una maternidad subrogada?

14. ¿Considera que debe ser necesario adicional a un contrato que un juez controle el desarrollo de una maternidad subrogada?

15. ¿Qué derechos cree que son vulnerados por la falta de una ley sobre maternidad subrogada? ¿Por qué?
16. ¿Cuál es la importancia de homologar un contrato de maternidad subrogada?
17. En caso de incumplimiento de este contrato, ¿Quién debe estar facultado para conocer sobre dicho incumplimiento?



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**  
**PROCESO DE GRADUACION**



**TEMA: “La falta de una Ley Especial Reguladora de los Contratos de Maternidad Subrogada que determine los derechos de alimentos, filiación y patrimoniales de los padres de intención, así como las obligaciones de las partes intervinientes en la relación contractual”**

**DOCENTE ASESOR: Lic. Lucio Albino Arias López.**

**ENTREVISTA PARA JUECES EN MATERIA DE FAMILIA:**

La siguiente guía está conformada por una serie de interrogantes donde las respuestas obtenidas serán utilizadas con la finalidad de identificar los conocimientos y criterios que poseen las personas identificadas como abogados, jueces en materia civil y en materia de familia.

1. ¿Cuál es su área de especialidad?
2. ¿Qué significa para usted el término de “maternidad subrogada”? ¿es lo mismo que el vientre de alquiler?
3. ¿Tiene conocimiento sobre qué consiste ésta práctica?
4. ¿Tiene conocimiento si en la doctrina o en una legislación este autorizada esta práctica? En caso de que la respuesta sea afirmativa, continuar con las siguientes preguntas: - ¿Qué elementos considera que son importantes de resaltar? - ¿Cree que lo regulado en otros países puede ser implementado en El Salvador? - ¿Por medio de qué se autoriza la práctica de esta figura? - ¿La maternidad subrogada es una figura con fines gratuitos u onerosos?

5. ¿Conoce alguna propuesta legislativa o un proyecto de ley, referente a la maternidad subrogada en El Salvador?
6. ¿Cree que es necesario regular la maternidad subrogada? ¿Por qué?
7. ¿Cuáles consideraría usted que serían las consecuencias de la falta de regulación de la maternidad subrogada?
8. De existir una ley que regulara esta figura, ¿Cuáles elementos considera necesarios que se legislen? ¿Considera que debe firmarse un contrato? ¿o que sería necesaria una autorización de un juez? ¿o en su caso un contrato de homologación?
9. ¿Conoce algún caso en concreto sobre un contrato de maternidad subrogada, en el país?
10. ¿Qué elementos debería contener un contrato sobre maternidad subrogada para que tenga fuerza obligatoria entre las partes firmantes?
11. ¿Considera necesario que en caso de autorizarse esta práctica haya un control por parte de un Juez? Si lo considera, ¿De qué área debería de ser?
12. ¿Por qué considera que la maternidad subrogada no ha sido regulada?
13. ¿Considera viable que una ley especial regule la misma y permita la realización de contratos que generen fuerza obligatoria entre las partes que participen en el desarrollo de una maternidad subrogada?
14. ¿Considera que debe ser necesario adicional a un contrato que un juez controle el desarrollo de una maternidad subrogada?
15. ¿Cómo se determina el vínculo materno-filial en El Salvador?
16. En el caso de la maternidad subrogada, ¿Cómo se determina dicho vínculo?

17. ¿Por qué consideraría que en el Código de Familia no hay disposición alguna en las que se regulen las Técnicas de Reproducción Asistida?
18. ¿Por qué cree que no se encuentra en el Código de Familia la posibilidad de adquirir la filiación por medio de dichas técnicas?, ya que en sólo se encuentran contempladas en este cuerpo normativo la filiación por consanguinidad y adopción?
19. ¿Qué derechos cree que son vulnerados por la falta de una ley sobre maternidad subrogada? ¿Por qué?
20. ¿Cuál es la importancia de homologar un contrato de maternidad subrogada?
21. En caso de incumplimiento de este contrato, ¿Quién debe estar facultado para conocer sobre dicho incumplimiento?



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**  
**PROCESO DE GRADUACION**



**TEMA: “La falta de una Ley Especial Reguladora de los Contratos de Maternidad Subrogada que determine los derechos de alimentos, filiación y patrimoniales de los padres de intención, así como las obligaciones de las partes intervinientes en la relación contractual”**

**DOCENTE ASESOR: Lic. Lucio Albino Arias López.**

**ENTREVISTA PARA ABOGADOS**

1. ¿Cuál es su área de especialidad?
2. ¿Qué significa para usted el término maternidad subrogada? ¿Es lo mismo que el vientre de alquiler?
3. ¿Tiene conocimiento sobre qué consiste esta práctica?
4. ¿Tiene conocimiento si en la doctrina o legislación esté autorizada esta práctica? En caso de que la respuesta sea afirmativa, continuar con las siguientes preguntas: - ¿Qué elementos considera que son importantes de resaltar? - ¿Cree que lo regulado en otros países puede ser implementado en El Salvador? - ¿Por medio de qué se autoriza la práctica de esta figura? - ¿La maternidad subrogada es una figura con fines gratuitos u onerosos?
5. ¿Conoce alguna propuesta legislativa o proyecto de ley referente a la maternidad subrogada en El Salvador?
6. ¿Cree que es necesario regular la maternidad subrogada en El Salvador?

7. ¿Cuáles consideraría usted que serían las consecuencias de la falta de regulación de la maternidad subrogada?
8. De existir una ley que regule esa figura ¿Cuáles elementos consideraría necesarios que se legislen? ¿Considera que debe firmarse un contrato? ¿O que sería necesaria una autorización de un juez? ¿O en su caso un contrato con homologación?
9. ¿Conoce algún caso concreto sobre la celebración de un contrato de maternidad subrogada, en el país?
10. ¿Qué elementos debe contener el contrato de maternidad subrogada para que sea considerado como tal?
11. ¿Por qué considera que el contrato de maternidad subrogada no ha sido regulado?
12. ¿Qué derechos cree que son vulnerados por la falta de una ley que regule la maternidad subrogada? Y ¿Por qué?
13. ¿Considera viable que una ley especial regule la misma y permita la realización de contratos que generen fuerza obligatoria entre las partes que participen en el desarrollo de una maternidad subrogada?
14. ¿Considera que debe ser necesario adicional a un contrato que un juez controle el desarrollo de una maternidad subrogada?
15. ¿Cuál es la importancia de homologar el contrato de maternidad subrogada?
16. En caso de incumplimiento de este contrato ¿Quién debería estar facultado para conocer sobre dicho incumplimiento?
17. ¿Por qué consideraría que en el Código de Familia no hay disposición alguna en las que se regulen las Técnicas de Reproducción Asistida?

18. ¿Por qué cree que no se encuentra en el Código de Familia la posibilidad de adquirir la filiación por medio de dichas técnicas, ya que solo se encuentran contempladas en este cuerpo normativo la filiación por consanguinidad y adoptiva?



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**  
**PROCESO DE GRADUACION**



**TEMA: “La falta de una Ley Especial Reguladora de los Contratos de Maternidad Subrogada que determine los derechos de alimentos, filiación y patrimoniales de los padres de intención, así como las obligaciones de las partes intervinientes en la relación contractual”**

**DOCENTE ASESOR: Lic. Lucio Albino Arias López.**

**ENTREVISTA PARA MEDICOS:**

La siguiente guía está conformada por una serie de interrogantes donde las respuestas obtenidas serán utilizadas con la finalidad de identificar los conocimientos y criterios que poseen las personas consideradas por el grupo como especialistas expertos en el campo de la salud, específicamente en el área de la ginecología y obstetricia.

1. ¿Cuál es su área de especialidad?
2. ¿Qué significa para usted el término de “vientre de alquiler”?
3. ¿Tiene conocimiento si en la literatura médica está documentada esta práctica?

En caso de que la respuesta sea afirmativa, continuar con las siguientes preguntas:

- ¿Qué elementos considera que son importantes de resaltar sobre el “vientre de Alquiler”?

- ¿Cree que lo establecido en la literatura médica de otros países puede ser implementado en El Salvador?
  - ¿Considera viable la práctica de esta figura en nuestro país?
    - Si la respuesta es afirmativa: A su juicio ¿Cómo podría ponerse en práctica?
    - ¿Debería ser de exclusividad de entes públicos o privados o ambos?
4. ¿Conoce alguna propuesta legislativa o un proyecto de ley, referente al “vientre de alquiler” en El Salvador?
  5. ¿Cree que es necesario regular la práctica de vientre de alquiler en materia de Salud? ¿Por qué?
  6. ¿Cuáles consideraría usted que serían las consecuencias medicas de la falta de regulación del vientre de alquiler en la mujer y en los hijos?
  7. ¿Conoce algún caso en concreto sobre la práctica de vientre de alquiler en El Salvador?
  8. ¿Cuáles son las Técnicas de Reproducción Asistida que pueden utilizarse en la práctica de Vientre de Alquiler?
  9. ¿Con que frecuencia la población busca estas Técnicas de Reproducción Asistida?
  10. ¿Cuál sería el costo por realizar estas Técnicas, si es que lo sabe?
  11. ¿Conoce algún establecimiento que se especialice como una Agencia de Técnica de Reproducción Asistida en el país o en algún otro país del mundo?

En caso de que la respuesta sea afirmativa:

¿En dicha agencia se practica el Vientre de Alquiler? ¿Cuál es su costo?  
o ¿es gratuito con fines altruistas?

12. Según la realidad salvadoreña. ¿Cuántos podrían ser los partos por Vientre de Alquiler que podría realizar una mujer a lo largo de su vida? Teniendo en cuenta que podría ser voluntaria a esta práctica desde los dieciocho años y que ella deberá tener derecho a procrear sus propios hijos.
13. ¿Con que frecuencia podría realizar este procedimiento una misma mujer?
14. ¿Considera que hay Hospitales nacionales o privados que puedan brindar un buen procedimiento para estos casos en caso que por ley fuera autorizada esta institución?