

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



**ANÁLISIS DEL DEBATE EN TORNO A LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE  
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A LA LUZ DEL DERECHO CIVIL Y  
CONSTITUCIONAL**

**CURSO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO CIVIL  
(CICLO II – 2020)**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:  
BRENDA CAROLINA GARCÍA AYALA**

**DOCENTE ASESOR:  
LIC. MANUEL ALEJANDRO CEA MORALES**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO 2021**

## ÍNDICE DE CONTENIDO

ANÁLISIS DEL DEBATE EN TORNO A LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A LA LUZ DEL DERECHO CIVIL Y CONSTITUCIONAL	
INTRODUCCIÓN	1
1.1 DEFINICIÓN	2
1.2.1. Gestación por sustitución tradicional	3
1.2.2. Gestación por sustitución gestacional	4
1.2.3. Gestación por sustitución altruista	4
1.2.4 Gestación por sustitución onerosa	5
2. LAS CAUSAS QUE ORIGINAN EL USO DE LA TÉCNICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	5
2.1. RAZONES BIOLÓGICAS	5
2.1.1. Las parejas del mismo sexo o personas solteras	6
2.1.2. Cuando una mujer no quiere embarazarse, pero si tener un hijo	6
3. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO	6
3.1. CAPACIDAD	6
3.1.1. Consentimiento	6
3.1.2 Objeto	9
3.1.3. Causa	12
4. SENTENCIA 1055 CA. FAM. S.S.	13
5. MÉXICO, ESTADO DE TABASCO COMO REFERENTE	14
6. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN	16
7. DERECHO A LA PROCREACIÓN	17
8. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	17
9. DIGNIDAD HUMANA	18
CONCLUSIÓN	19
BIBLIOGRAFÍA	20

# **ANÁLISIS DEL DEBATE EN TORNO A LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A LA LUZ DEL DERECHO CIVIL Y CONSTITUCIONAL**

## **RESUMEN**

El presente ensayo trata de demostrar la validez del contrato de gestación por sustitución ya que es una realidad a la cual personas que no pueden tener hijos de forma natural por razones biológicas o por ser del mismo sexo están acudiendo, alegando tener el derecho de procreación, el cual, si bien no se encuentra en nuestra constitución como derecho fundamental, si se encuentran en ella los derechos que lo conforman. Al realizar un estudio de los requisitos de validez de los contratos, queda demostrado que si estos se cumplen a cabalidad este contrato puede ser válido en nuestro país, y que es deber del Estado crear la legislación pertinente y las herramientas necesarias para que las personas que no puedan tener un hijo puedan hacerlo media vez cumplan con los requisitos que la ley estipula, además no se debe dejar de lado el principio de interés superior del niño, de allí radica la importancia de que el Estado sea quien deba de vigilar y controlar estos contratos, ya que existen derechos fundamentales involucrados, los cuales no pueden dejarse al arbitrio de las partes.

## **INTRODUCCIÓN**

Con los avances de la ciencia biomédica surgen las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la gestación por sustitución la cual representa para el derecho un tema de análisis cuando a raíz de esta surge el contrato de *gestación por sustitución*, el cual es visto como una alternativa para aquellas personas que de forma natural no puedan tener un hijo por problemas ya sea de esterilidad o infertilidad y por ende decidan celebrar este contrato con una mujer que esté dispuesta a ser sometida al proceso de inseminación artificial, al embarazo y posteriormente entregarles al niño con el que puedan compartir o no su material genético.

Este contrato es tema de debate en cuanto a la determinación de su validez, ya que existen dos posturas: una positiva y otra negativa, en la primera se considera como válido ya que su finalidad es la procreación y construcción de familias, suponiendo en él un acto de solidaridad con aquellos que no puedan procrear un hijo de forma natural, la segunda lo considera nulo ya que alegan que el objeto del contrato es un niño, por ende su objeto sería ilícito puesto que la persona humana no puede ser objeto de un contrato, sumado a

que en algunas legislaciones es oneroso y se cree que persigue un fin lucrativo, entonces puede considerarse como un acto lesivo para la dignidad humana de las mujeres y niños. Es por ello que para poder brindar un mejor análisis se debe de tomar en cuenta, en primer lugar: el estudio de este contrato desde la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida, su concepto, características, modalidades, las causas que conllevan a las personas a someterse a estas prácticas.

En segundo lugar: realizar un exhaustivo análisis de los requisitos de validez de los actos jurídicos ya que es la esencia de este ensayo, lo cual permita determinar si puede llegar a considerarse válido o no celebrar este tipo de contratos en nuestro país, ya que por el momento no se encuentra regulado y habría que determinar si nuestro ordenamiento jurídico debe de adaptarse a los nuevos cambios o al contrario regular su prohibición, tomando en cuenta el orden público, buenas costumbres, análisis de la sentencia 1055 ca. Fam. S.S, y al Estado de Tabasco, México, como referente.

En tercer lugar: Analizar los derechos que se exigen por parte de los comitentes, para exigir la regulación y validez de los contratos, así como también analizar el principio del interés superior del niño el cual se presenta como clave para la determinación de su validez.

## **1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

### **1.1 DEFINICIÓN**

Existen muchos conceptos que definen la gestación por sustitución, entre los más destacables se encuentra el del autor Pérez Monge el cual define a este *como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino/o femenino)*<sup>1</sup>.

*La gestación por sustitución también mal llamada como “maternidad subrogada” o “alquiler de vientre” es un supuesto especial de reproducción asistida en pleno proceso de expansión por el cual una mujer mediante prestación o sin ella se compromete a gestar*

---

<sup>1</sup> Marina Pérez Monge, “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”, *Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid*, (2002): 329.

*un niño concebido artificial, que no naturalmente otra u otras personas puedan ser padres biológicos o no. Esta situación puede deberse a muchas circunstancias, como la infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o en pareja ocasionada por causas genéticas, enfermedad o edad, o el deseo de paternidad de hombres solos o de parejas homosexuales<sup>2</sup>.*

En ambas definiciones se ha querido incluir las nuevas modalidades en las que se puede presentar esta técnica de gestación por sustitución ya que anteriormente solo se presentaba el caso en que la gestante (necesariamente debe ser fértil) se comprometía a ser inseminada de forma artificial, con el semen de un hombre el cual era casado con otra mujer y formaban una pareja heterosexual, cuestión que con el tiempo ha cambiado, ya que no necesariamente la mujer gestante debe aportar su gameto, pues existe la FIV y puede llevar a cabo la gestación sin aportar ningún material genético. El hombre que aporta su semen no necesariamente debe estar casado en pareja heterosexual, ya que puede ser cualquier hombre que sea fértil y se presente como un donador, o mujer que no necesariamente sea la madre intencional.

Otro aspecto a resaltar es que existe un contrato, un acuerdo de voluntades de las partes en el que la mujer gestante acepta ser inseminada de forma artificial, llevar a la criatura en su vientre y a entregarla una vez ésta la haya dado a luz, renunciado a su derecho de filiación, mientras que la parte comitente se obliga a entregar cierta cantidad de dinero la cual significa una compensación por todos los gastos en que la mujer haya incurrido por su estado de embarazo, más una retribución (en caso de acordarse).

Este contrato puede ser: bilateral, oneroso o altruista, consensual o solemne según el país en el que nos encontremos, típico o atípico, principal, de tracto su sucesivo ya que las obligaciones no se pueden cumplir de forma inmediata, sino que requieren para su ejecución ser prolongadas en el tiempo, conmutativo o no conmutativo ya que las prestaciones se pueden ver como equivalentes o no.

## **1.2. MODALIDADES DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

### **1.2.1. Gestación por sustitución tradicional**

La mujer gestante comparte su material genético ya que aporta tanto su gameto femenino como su vientre, el gameto masculino proviene ya sea del hombre pareja comitente o

---

<sup>2</sup> Vela Sánchez, Antonio J., *La maternidad subrogada estudio ante un reto normativo*, (España: Comares, 2012), 10.

también puede provenir de otro hombre casado o en pareja con otra mujer u hombre, o soltero, en estos últimos casos como se puede evidenciar la pareja comitente no compartiría su material genético con la criatura, únicamente la gestante y el hombre donador, por lo que se recurre a la *inseminación artificial (IA)*<sup>3</sup>.

### **1.2.2. Gestación por sustitución gestacional**

*En cuanto a las variantes, puede que ambos comitentes aporten sus gametos (parejas heterosexuales en los que la gestante gesta el embrión formado por material genético de los comitentes) o se puede recurrir: a) a donante de óvulos con semen de comitente (este tipo de gestación por sustitución es generalmente usado por las parejas homosexuales de hombres, en los que uno aporta el semen con el que se fecunda el óvulo de una donante, que luego es implantado en la gestante); b) a donante de semen con el que se fecunda el óvulo de la comitente; y c) a donación de semen y óvulo*<sup>4</sup>. En estos casos necesariamente se debe recurrir a la fertilización in vitro<sup>5</sup>.

Este caso resulta ser más atractivo y el que más se da en la práctica, ya que a los padres intencionales, les emociona la idea de poder compartir su material genético con la criatura en caso de que ambos puedan donar sus gametos y solo necesiten la gestación de la otra mujer, algunos ordenamientos jurídicos también lo ven con buenos ojos ya que la gestante no compartiría su material genético con la criatura, por lo tanto, biológicamente no se encuentran unidos y esto permite que sea más fácil poder otorgar la filiación a favor de los comitentes.

### **1.2.3. Gestación por sustitución altruista**

En esta modalidad la mujer gestante acuerda no recibir ningún tipo de beneficio económico ya que presta su útero de forma gratuita, por lo general se da cuando ésta conoce a los padres intencionales, o tiene algún tipo de parentesco con ellos y desea

---

<sup>3</sup> “Consiste en una técnica mediante la cual se introduce material genético dentro de la vagina de la mujer por medios externos no coitales; es decir, es un procedimiento terapéutico. Si se realiza con semen de la pareja se trata de una inseminación artificial homóloga o conyugal, mientras que, si se trata del semen de un donador, será inseminación artificial heteróloga.” Rafael Bernad Mainar, *Efectos Jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000). 36-38.

<sup>4</sup> Eleonora Lamm, *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, (Barcelona: Universidad de Barcelona, 2013). 28.

<sup>5</sup> “Este tipo de fecundación se realiza en laboratorio. El óvulo, previamente ha sido extraído, mediante ecografía cuando el folículo de Graaf está próximo a romperse y será fecundado por un espermatozoide, extracorpóreamente. Una vez fecundados, cierto número de embriones son trasladados o transferidos al útero, teniendo las condiciones apropiadas para la implantación. Cuando el espermatozoide procede de la pareja se trata de fertilización in vitro homóloga y cuando procede de un donante se denomina fertilización in vitro heteróloga”. Maricruz, Gómez de la Torre Vargas, *La fecundación in vitro y la filiación*, obra citada, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1983), 13.

ayudarlos, con la única condición de que corran por ellos los gastos que implica someterse a estos procesos. Esta modalidad por lo general se ve con buenos ojos en los países en los que se aprueba esta técnica de forma altruista ya que lo ven como un acto de solidaridad.

#### **1.2.4 Gestación por sustitución onerosa**

Esta modalidad si supone un beneficio económico para la mujer gestante, ya que los comitentes aparte de correr con los gastos que implica el tratamiento, también ofrecen una retribución por el servicio prestado, ya que puede implicar un desgaste en el cuerpo de la mujer tanto físico como mental, el cual puede ser visto para algunos como justo. Existen países en los cuales esta práctica onerosa se encuentra prohibida, ya que consideran que supone tratar al menor como objeto de comercio lo cual traería como consecuencia la nulidad del acto jurídico.

## **2. LAS CAUSAS QUE ORIGINAN EL USO DE LA TÉCNICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

### **2.1. RAZONES BIOLÓGICAS**

La infertilidad y esterilidad son las causantes de que las personas no puedan tener un hijo de forma natural, es por ello que las técnicas de reproducción asistida nacen para satisfacer sus necesidades reproductivas. Existen diferencias entre una y otra, la esterilidad es aquella incapacidad ya sea del hombre o la mujer de poder concebir en un plazo razonable, en cambio la infertilidad es la incapacidad de finalizar la gestación y lograr un niño sano.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica» estableció que *la infertilidad debe ser considerada una discapacidad, ya que al ser una enfermedad del sistema reproductivo, es una limitación funcional reconocida como una enfermedad, por lo cual las personas que la padecen deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva, siendo que dicha condición demanda una atención especial para que se desarrollara la autonomía*<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Oscar Raúl Puccinelli, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las técnicas de reproducción humana asistida*, (España: Dykinson, Estudios Jurídicos de aproximación del Derecho latinoamericano y europeo). 277-288.

### **2.1.1. Las parejas del mismo sexo o personas solteras**

Estas personas ya que no pueden tener a un hijo de forma natural porque para ello se requiere del material genético de un hombre y una mujer alegan tener derecho a la procreación y a no ser discriminados, por ello acuden a celebrar un contratando con una mujer que pueda llevar en su vientre el hijo que desean y así poder compartir con esté el material genético de al menos uno de los miembros de la pareja. Lo mismo sucedería en el caso de las personas solteras ya que solamente cuentan con un gameto ya sea masculino o femenino.

### **2.1.2. Cuando una mujer no quiere embarazarse, pero si tener un hijo**

Es el caso de la mujer que desea tener un hijo, pero no desea llevarlo en su vientre y por eso acude a otra mujer para que gesticione y dé a luz, esto puede deberse a razones de estética o también en el caso de las mujeres que por razones profesionales no quieren que su vida profesional se vea interrumpida o ya cumplieron con sus objetivos profesionales y ahora ya no pueden concebir dada a su avanzada edad.

Las que son más aceptadas para que se produzca la gestación por sustitución son las relativas a la esterilidad e infertilidad de la pareja o a las parejas del mismo sexo.

## **3. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO**

### **3.1. CAPACIDAD**

La capacidad que nos interesa es la capacidad de ejercicio, esta se refiere a aquella aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones, según el art 1317 CC *Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*<sup>7</sup>, entonces una mujer salvadoreña cumplida la mayoría de edad, puede celebrar un contrato de gestación por sustitución, mientras no se encuentre dentro de los supuestos del art 1318 CC el cual regula la incapacidad absoluta y relativa.

#### **3.1.1. Consentimiento**

En el consentimiento convergen dos o más acuerdos de voluntad destinados a producir efectos jurídicos, en el contrato de gestación por sustitución es necesario contar con el consentimiento de las partes que conforman el contrato, para que estos sean capaces de

---

<sup>7</sup> Código civil (El salvador: asamblea legislativa, 1880), artículo 1317.

exteriorizar su voluntad de realizar la acción de obligarse. En el consentimiento existen dos etapas: la “oferta” y la “aceptación”, se considera que la gestante acepta cuando pone a disposición su útero y se obliga a cumplir con sus obligaciones ante la oferta realizada con anterioridad de parte de la pareja contratante.

Ante la falta de consentimiento de someterse a una inseminación artificial el art 156 del CP salvadoreño regula la **inseminación artificial no consentida**, estipulando que *el que inseminar artificialmente a una mujer sin su consentimiento, será sancionado, con prisión de dos a cuatro años*<sup>8</sup> o sea que si no existe consentimiento por parte de la gestante de someterse a las técnicas de inseminación artificial, se estaría cometiendo este delito por parte de quien realice dicha conducta, en este artículo, no está prohibiendo la inseminación artificial, pero si está imponiendo una pena a quien insemine artificialmente a una mujer sin su consentimiento.

El Art. 1316 N°2 CC establece que para que una persona se obligue con otra, su declaración de voluntad no debe de adolecer de vicios. Estos vicios son: error, fuerza y dolo, Art 1322 CC<sup>9</sup>.

#### a) El error

Es la falsa apreciación de la ley, persona o cosa, solamente el error de hecho vicia el consentimiento; según el art 1324 CC *el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra*<sup>10</sup>, por ejemplo: una mujer que se encuentre buscando empleo se da cuenta que una pareja ofrece cierta cantidad de dinero por la celebración de un contrato de maternidad subrogada, la cual creyendo que se refiere al “cuido de un bebé” celebra el contrato. Allí evidentemente hay un vicio en el consentimiento, ya que ella tuvo una falsa apreciación del contrato.

**El error en cuanto a la cosa:** En el art 1325 CC dice que se vicia el consentimiento cuando *la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree*<sup>11</sup> respecto a este punto ¿existe nulidad porque su útero no se encuentre en buenas condiciones para el desarrollo del bebé? El útero es el objeto del contrato y el órgano en donde el bebé va a desarrollarse durante el periodo de la gestación,

---

<sup>8</sup> Código Penal (El salvador: asamblea legislativa, 1998), artículo 156.

<sup>9</sup> Código civil, art. 1322.

<sup>10</sup> Código civil, art. 1324.

<sup>11</sup> Código civil, art. 1325.

esté se encuentra dentro de las facultades reproductivas y de gestación de la mujer, por lo que bien se pudiera estar frente a una nulidad en caso de que la mujer gestante intencionalmente haya ocultado el mal estado de su útero, aunque sería un caso excepcional, ya que por lo general hay una etapa previa antes de celebrar el contrato en donde la clínica de especialidades o quien según el país se crea competente se encargará de realizar una serie de estudios para determinar que su cuerpo está en buenas condiciones físicas para evitar que estos casos sucedan.

**Error en la persona:** El art 1326 CC, se refiere a la persona con quien se desea contratar y establece que existe vicio del consentimiento cuando esta persona sea la causa principal del contrato, ejemplo: A contrata con B, pero en realidad contrata con C. Esto puede presentarse en el caso de una gestación por sustitución gestacional, en la cual A (mujer comitente) sea infértil y consiga a B para que le done sus óvulos, la cual comparte sus mismas características físicas, pero en el proceso de la FIV se le implanten a X (gestante) los óvulos de Y no los de B. Por ende, este error vicia el consentimiento ya que se trata de una persona que es esencial para ejecutar el contrato.

**Error en la falsa apreciación de la ley:** en nuestro país esto no pudiera ocurrir ya que no existe ninguna ley que lo regule.

#### **b) Fuerza**

Según el autor Arturo Alessandri esta es *la presión que se ejerce sobre una persona por actos materiales o amenazas para inducirla a consentir*<sup>12</sup> el art 1327 CC dice que se considerará como un vicio en el consentimiento cuando *es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave*<sup>13</sup>.

Para que la fuerza pueda viciar el consentimiento debe ser **grave**: la cual signifique un daño irreparable, **injusta**: contraria al derecho y **determinante**: la fuerza que se ejerza ya sea física o moral, debe ser realizada con el único fin de arrebatar el consentimiento. Si

---

<sup>12</sup> Alessandri Somarriva, *Curso de Derecho Civil, Parte General*. (Chile: Nacimiento, 1971), 112.

<sup>13</sup> Código civil, art. 1327.

un contrato de gestación por sustitución se realiza ejerciendo la fuerza en una de las partes este contrato sería nulo.

### c) Dolo

Art. 1329 CC *El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado*<sup>14</sup> El dolo en materia contractual consiste en el uso de engaños o mentiras de una parte para inducir a otra a celebrar un contrato.

El art 157 del CP tipifica la **inseminación artificial fraudulenta** y dice: *El que alterar fraudulentamente las condiciones pactadas para ejecutar una inseminación artificial o lograr el consentimiento mediante engaño o falsa promesa, será sancionado con prisión de seis a dos años*<sup>15</sup>. Aquí se hace referencia a engaños o falsas promesas, las cuales deberán de probarse que sin ellas no se hubiera podido llegar a realizar la inseminación artificial la cual implica un presupuesto básico para la celebración del contrato de gestación por sustitución, de modo que, si hay inseminación artificial fraudulenta, el contrato está viciado.

### 3.1.2 Objeto

El objeto del contrato debe de ser: existente, posible, determinado y lícito. A continuación, se estudiará cada uno de ellos en relación al contrato de gestación por sustitución.

#### a) Existente

Según el art 1332 CC no solamente pueden ser objeto de contrato las cosas existentes, sino las que se esperan que existan.

En primer lugar, se debe determinar ¿Cuál es el objeto del contrato de gestación por sustitución? ¿Es el bebé que se espera como fruto de la gestación? ¿Es el útero?

En respuesta a la primera pregunta, no se puede decir que el objeto del contrato sea la entrega de un bebé ya que un niño no puede ser objeto de un contrato, no sería válido en ningún ordenamiento jurídico a nivel global, en la actualidad.

---

<sup>14</sup> Código civil, art. 1329.

<sup>15</sup> Código penal, art 157.

El objeto es “el útero que la mujer pone a disposición para llevar a cabo la gestación” este al momento de celebrar el contrato es existente, pues es el órgano que se necesita para el desarrollo del bebé.

#### **b) Posible**

Si bien no se cuenta con jurisprudencia que ponga en evidencia conflictos que hayan suscitado en nuestro país, que versen sobre la figura del contrato de gestación por sustitución, existe la posibilidad de que puedan suceder en el futuro, dado que no existe una prohibición en la ley.

#### **c) Determinado**

El objeto del contrato debe ser determinante, esa determinación recae en el *Útero*, el cual requiere que tenga todas aquellas condiciones que se consideren aptas para el desarrollo del bebé, por lo que será un especialista en el área quien de él aval y determine si el útero es sano y apropiado para llevar a cabo la gestación.

#### **d) Lícito**

El art 8 de nuestra constitución establece que *Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe*<sup>16</sup> el art 1333 CC dice *Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público salvadoreño*<sup>17</sup> el art 1332 CC establece que *es físicamente imposible contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público*<sup>18</sup>.

En nuestro país no existe una prohibición de celebrar este contrato o de someterse a las técnicas de inseminación artificial a menos que se realicen sin en el consentimiento de la mujer lo cual es sancionado con una pena, por lo que este contrato no contraviene las leyes al no existir un supuesto hipotético en el cual ese encaje la conducta; entonces, lo que falta determinar es si este contrato es contrario al orden público y buenas costumbres.

---

<sup>16</sup> Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983), artículo 8.

<sup>17</sup> Código civil, art. 1333.

<sup>18</sup> Código civil, art. 1332.

## **El orden público**

*Se encuentra conformado por un conjunto de principios religiosos, morales, políticos y económicos predominantes a un determinado medio social y que se consideran indispensables para la conservación de tal medio*<sup>19</sup> Respecto al contrato de gestación por sustitución no se puede considerar que este vaya en contra del orden público porque no se está negociando un ser humano, diferente es que se creará a un bebé con el único objetivo de sacarle lucro, entonces sí podría verse como contrario a los principios religiosos, morales, políticos y económicos.

## **Las buenas costumbres**

Comprenden aquellas conductas que la sociedad acepta abiertamente y dentro de estas se encuentra la moral, o sea que si un contrato se considera como inmoral automáticamente es contrario a las buenas costumbres.

Las costumbres cambian con el tiempo y las nuevas formas de poder concebir a un hijo también, los avances en las ciencias médicas no son los mismos que hace una década y la legislación salvadoreña debe de actualizarse y regular las técnicas de reproducción asistida y los contratos que surgen a raíz de ellas.

En el caso de “Artavia Murillo c. Costa Rica”, sentencia de 28/11/2012<sup>20</sup>. La CORTE IDH el 28/11/2012 condenó a Costa Rica porque *al prohibir la fertilización in vitro violento el derecho a la privacidad, libertad, integridad personal, derecho a la no discriminación y a formar una familia ya que el acceso a la reproducción asistida debe estar garantizado legalmente*. Además, dijo que un embrión no implantado, un embrión in vitro no es una persona, agregó que las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida.

En el punto 4 de la parte resolutive, la Corte IDH condena al Estado a *incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación*<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Guillermo Ospina, *teoría general del contrato y demás actos o negocios jurídicos*, (Colombia: Cuarta Edición Temis, 1994), 245.

<sup>20</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros “Fecundación In Vitro”*, Referencia: Serie C No. 257 (Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos), 2012. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros “Fecundación In Vitro”*, Referencia: Serie C No. 257, 115.

Por lo que de existir un caso similar en nuestro país en el que se necesite acceder a estas técnicas para la consecución de un contrato de gestación por sustitución podría la CIDH condenar a El Salvador a la creación de legislación que permita el acceso a estos programas y tratamientos pues la persona es parte de su finalidad, el art 1 de la Cn, reconoce a la persona humana como *el origen y fin de la actividad del Estado* el inciso final establece *la obligación del Estado de asegurar a sus habitantes el derecho a la salud*<sup>22</sup>, el art 65 también establece que *la salud de los habitantes de la República constituye un bien público*<sup>23</sup>. Anteriormente se resaltó lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dijo sobre la infertilidad, estableciendo que es una enfermedad y es obligación del Estado el asegurar que las personas puedan acceder a las técnicas necesarias para solventar sus problemas de salud.

### 3.1.3. Causa

Según el Art 1338 CC Se entiende por causa *el motivo inmediato que induce a contraer la obligación, y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público*<sup>24</sup>.

Los motivos que inducen a las partes a contraer obligaciones son los siguientes: por parte de la pareja comitente **tener un hijo**, por parte de la mujer gestante sus causas pueden variar como tener un móvil meramente **altruista** o **perseguir un fin económico**.

Ambas causas no están prohibidas por ninguna ley como ya se dijo anteriormente, pero es necesario analizar lo siguiente: si a la gestante la mueve el único motivo de obtener un fin económico ¿este es contrario a las buenas costumbres y orden público?

Algunos países prohíben la gestación por sustitución onerosa, pues consideran que a todas luces se ve como un negocio el cual va en contra del orden público y buenas costumbres, aunque respecto a esta prohibición cabría preguntarse ¿Por qué no se ve con el mismo revuelo, cuando los hombres “donan” su semen o mujeres sus óvulos y se les paga por aportar ese material genético a las clínicas multinacionales? contrario *sensu* la mujer que sufre una serie de cambios ¿porque no se le tendría que brindar una remuneración?

El contrato que se celebra de forma altruista es el más aceptado por que no da lugar a suponer que nos encontramos ante un “negocio de niños”, sino que esa compensación que se le da a la gestante va enfocada a ayudarle ante la situaciones por las que debe de

---

<sup>22</sup> Constitución de la República de El Salvador, art. 1.

<sup>23</sup> Constitución de la República de El Salvador, art.65.

<sup>24</sup> Código civil, art. 1338.

atravesar las cuales no se pueden dejar de lado, como el someterse al proceso de fecundación el cual no es nada fácil y puede ser tardío y engorroso, llevar al bebé por meses, los cuidados que debe de tener, su sana alimentación, recordemos que también se puede presentar la figura del lucro cesante, ya que ella puede dejar de trabajar, de realizar aquellas ocupaciones que le suponen un beneficio económico y también emocional, y no solamente hasta que dé a luz, sino que también después del parto, no se sabe cómo su cuerpo va a reaccionar, o las enfermedades que puedan derivarse, los cambios físicos y psicológicos por los que va a pasar.

¿Entonces sería justo que esta mujer reciba algún beneficio económico por haber podido ayudar a una pareja que no pueda tener hijos? Habría que valorar también el monto de esa compensación, si implica un enriquecimiento para la gestante, pues podrían disfrutarse los costos y entregarse una cantidad altamente elevada y eso implicaría que ella se vea motivada a querer seguir realizando este tipo de contratación, lo cual signifique un problema a la hora de determinar si es válido o no el contrato, ya que el motivo que la orille a celebrar estos contratos sea el dinero, es por ello que al permitir este contrato solamente con fines altruistas las personas interesadas en ser gestantes serían las más allegadas a la pareja, como la familia o amigos.

#### **4. SENTENCIA 1055 CA. FAM. S.S.**

Como he dicho anteriormente en nuestro país no se encuentra regulado el contrato de gestación por sustitución, pero quiero traer a colación la sentencia *1055 Ca. Fam. S. S*<sup>25</sup> *la cual versa sobre las técnicas de reproducción humana asistida.*

Se trata de un recurso de casación de **impugnación de reconocimiento voluntario** interpuesto por la madre de la niña (esta última fruto de la inseminación artificial) ya que su pareja en aquel entonces la reconoció de forma voluntaria como su hija en el Registro Civil, ahora llamado Registro del Estado Familiar, no teniendo ningún nexo biológico con la niña, pues quien había donado el semen para llevar a cabo la inseminación artificial fue su hermano. Este caso ha sido resuelto por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del dos mil tres. De la cual extraeré los apartados siguientes:

---

<sup>25</sup> Sala de lo Civil, *Recurso de Casación, Referencia 1055 ca. Fam. S.S* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

*La jueza a quo expresó que en el caso conocido por este tribunal hay anomia pues no hay norma que expresamente regule lo concerniente a la fecundación humana asistida. El Art. 7, Lit. f) de la Ley Procesal de Familia ordena fallar, no obstante ausencia de norma, puesto que la ley debe irse adaptando a las nuevas exigencias y realidades de la vida moderna. Por lo que recurrió a la doctrina.*

*En lo que respecta al status de hijo nacido mediante esas técnicas de reproducción, siempre que el marido y la mujer receptora hayan prestado su consentimiento –y en este caso se probó el mismo- asumen irrevocablemente la paternidad, cerrándose cualquier posibilidad de impugnar, aun cuando el donante sea anónimo. La pareja serán los padres legales del o los hijos así nacidos. La acción de impugnación sólo se podrá en esos casos (de) ejercer, cuando se pruebe que el hijo no es fruto de la inseminación practicada, sino de la infidelidad.*

*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.*

*Sala considera que el vínculo filial paterno entre la niña y el padre que la reconoció como hija, ha quedado firme con efectos frente al mundo y es, por tanto, irrevocable, desde el momento que operó el reconocimiento voluntario de paternidad, en análogo encuadre legal cuando la adopción es decretada por la sentencia.*

## **5. MÉXICO, ESTADO DE TABASCO COMO REFERENTE**

Es de tener en cuenta como ejemplo a otros ordenamientos que ya cuentan con legislación respecto a este contrato. En América Latina el único país que lo regula es México, Estado de Tabasco, y es interesante analizar cómo se regula el contrato de gestación por sustitución y como se resuelve el problema de la filiación en su código civil.

El art 380 CC dice: *La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para*

*llevar a cabo la gestación en su útero*<sup>26</sup>. Como se puede observar, limita su celebración solamente a cuando existe una imposibilidad física.

En el art 92 inc. 3 establece *que, en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena*<sup>27</sup>. Muy importante la división que se realiza, puesto que en el primer caso la gestante no aporta su material genético, y es por esa razón de no compartir nexo biológico, que no se le considera como madre legal pero sí a la madre contratante (aquella que necesita de la mujer gestante para poder tener a su hijo) contrario al caso en que se necesite de una madre subrogada ya que ella si compartiría su material genético con la criatura, entonces se le considera a ésta como su madre legal y la opción que da el código es que se resuelva en base a la adopción.

En el caso en que participa una segunda mujer en el proceso reproductivo el art 347 CC dice que *se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo*<sup>28</sup>. Acá en ambos casos se considerará como madre legal del niño a la contratante, ya sea que el óvulo sea de ésta o de una donadora que no sea la gestante.

El art 92 del mismo cuerpo dice: *Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare*<sup>29</sup>. En este caso si la gestante sustituta está casada, no se va a suponer como padre a su marido, ya que por regla general siempre se supone la paternidad del marido cuando su mujer da a luz, pero este caso es una excepción, ya que a quien se tendrá como padre legal es al marido de la mujer contratante.

Para resolver el caso en que sean hijos nacidos de una madre subrogada, se da como solución “la adopción” a los padres intencionales, el art 399 regula los requisitos que se deben de cumplir para una adopción plena y en el numeral tres parte final dice que: *el menor sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta*

---

<sup>26</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco (México: Congreso del Estado, 2021), artículo 380.

<sup>27</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco, art.92 inc.3.

<sup>28</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco, art. 347.

<sup>29</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco, art. 92.

*que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción<sup>30</sup> pero el mismo artículo anteriormente establece que esta pareja de ser heterosexual, casada o que no tengan impedimento para hacerlo, y que tengan como mínimo 5 años viviendo como pareja.*

*En el artículo 380 bis 5 establece el cumplimiento de las condiciones para la gestante, dentro de las más importantes se encuentran: tener de 25 a 35 años de edad, ser informada antes de brindar su consentimiento para celebrar el contrato, la voluntad debe constar de manera indubitable y expresa, el contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y si fuera el caso su cónyuge o concubino, el contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados por la Secretaría de Salud la cual es la encargada de determinar el perfil clínico, psicológico, social de la madre gestante. En caso de que la gestante sustituta o cónyuge demanden la paternidad o maternidad solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes<sup>31</sup>.*

## **6. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN**

Se dice que la discriminación se da cuando en los países no existe ordenamiento jurídico que les reconozca el acceso a las técnicas de reproducción asistida, es en base a este derecho que países como México, Tabasco o Portugal permiten acceder a estas técnicas, aunque no de forma absoluta sino cuando por razones físicas no se pueda llevar a cabo el embarazo, pero ¿por qué se deja a fuera en muchos ordenamientos a las parejas heterosexuales? Estas afirman sentirse discriminadas y creen que es injusto que se les deje fuera, por no existir una igualdad de oportunidades y lo cierto es que cada vez más los países van ampliando el concepto de lo que se conoce por familia, y van permitiendo el acceso de estas a las técnicas de reproducción asistida a parejas homosexuales o personas solas.

---

<sup>30</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco, art.399.

<sup>31</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco, art. 380 bis 5.

## **7. DERECHO A LA PROCREACIÓN**

Este no se encuentra regulado de forma expresa en ningún ordenamiento jurídico, pero se cree que tiene su base en normas y tratados internacionales, pues se relaciona con el derecho a fundar una familia, intimidad y libertad, desarrollo al libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, e igualdad que viene siendo exigido por las parejas heterosexuales, homosexuales, personas solas, estériles o no y estos principios si se encuentran en nuestra constitución. Este derecho supone dos dimensiones, la positiva de poder decidir tener hijos y la negativa a no tenerlos.

## **8. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Este principio se encuentra en el art 12 LEPINA<sup>32</sup> el cual implica la prioridad que debe dársele a los derechos de los niños por encima de cualquier otro derecho de otra persona, favoreciendo su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr plenamente su desarrollo, asegurando su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías en toda la toma de decisiones judiciales y administrativas.

En Perú la Corte Suprema resolvió la Casación N°563-2011- Lima<sup>33</sup>, resolvió que una forma de hacer prevalecer el interés superior de la menor es la determinación de la filiación a favor de los padres intencionales, pues la niña venía viviendo con ellos (pareja comitante) desde los 9 días de nacida, en un adecuado ambiente familiar que le había proporcionado todo lo necesario para su desarrollo integral.

En Argentina se resolvió a favor del interés superior del niño en el caso de una pareja homosexual que recurrió a la gestación por sustitución en Rusia, teniendo como resultado gemelas, ellos querían obtener la copaternidad ya que solamente uno figuraba como padre legalmente en Argentina, por lo que interpusieron un recurso de amparo solicitando al Registro del estado civil para que se proceda a la inscripción de la copaternidad legal.

*El 22 de marzo de 2012 se concedió el amparo sobre la base del derecho a la no discriminación por orientación sexual y el interés superior de las niñas. El fallo destaca sobre el interés superior de las niñas «este interés se materializa en el derecho de las*

---

<sup>32</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009) artículo 12.

<sup>33</sup> Sala de lo Civil, Recurso de Casación, Referencia: CAS. N° 563-2011 (Perú, Corte Suprema de Justicia,2011).

*niñas a ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento, a ser cuidadas por sus padres, a preservar sus relaciones familiares (arts. 7 y 8, CDN) y a que sea garantizado su derecho a la supervivencia y a su desarrollo (art. 6, CDN). No caben dudas de que, es más favorecedor para el mejor interés de las niñas el reconocimiento por parte del Estado de su doble vínculo paterno filial». Por todo lo expuesto, se ordena a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a que proceda a la inscripción de la copaternidad legal<sup>34</sup>.*

## **9. DIGNIDAD HUMANA**

Este es un concepto amplio y que sirve para el desarrollo de otros derechos fundamentales, lo podemos encontrar en algunos artículos como: 1, 2, 4, 10 inciso último todos de la Cn, se puede decir que la dignidad es el fundamento para el desarrollo de otros derechos fundamentales, en los cuales descansa el ordenamiento jurídico.

A nivel doctrinario existen opiniones encontradas en determinar si los contratos de gestación por sustitución atentan contra la dignidad humana ya que se critica el hecho de que a la mujer se le vea como un mero recipiente y a los niños se les cosifique, teniendo estos derechos desde la concepción tal y como se regula en muchos ordenamientos como el nuestro, pero a mi criterio la dignidad humana no se ve menoscabada en los contratos altruistas a diferencia de los onerosos ya que quienes se ofrecen a poder ayudar a las parejas que no pueden hacerlo por razones físicas, por lo general son parte de la familia o amigos, que están de acuerdo y aceptan las condiciones, cabe recalcar que estos contratos deben de estar regulados y establecer condiciones, y prohibiciones que no menoscaben la dignidad de la gestante o del niño, ya que el derecho a la procreación no debe ser absoluto.

---

<sup>34</sup> Eleonora Lamm, *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, 111-11.

## CONCLUSIONES

Sin duda alguna existe un fuerte debate en la determinación de la validez del contrato de gestación por sustitución con argumentos muy sólidos a favor y en contra, a pesar de ello la realidad demuestra que cada vez es más común que surjan conflictos que susciten de la celebración de este contrato, dado que para nadie es ajena la realidad de que muchas personas acuden a las técnicas de reproducción asistida para poder tener a un hijo, ya que por razones biológicas no puedan y si bien existe la opción de la adopción, las personas ven con mejores ojos este tipo de técnica ya que en la mayoría de casos lo hacen para poder compartir sus genes, el tema se ve más complicado en determinar quiénes son los que pueden acceder a ella, porque muchos pueden estar a favor de la celebración de estos contrato, pero bajo ciertas limitaciones en cuanto a las personas que puedan acceder a su uso, pero el concepto de familia también ha cambiado con el tiempo y es el que sirve de base para que en otros países se les permita a personas del mismo sexo o solas poder tener a un hijo bajo esta técnica y el contrato se considere válido.

En base al análisis que se fue realizando en cada uno de los requisitos de validez del contrato, se puede observar que éste puede ser lícito en nuestro país, y que nos podemos ver frente a un caso de este tipo y poder recurrir incluso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se ha mostrado muy de acuerdo en la celebración de estos contratos. En mi opinión considero que es el principio de interés superior del niño el cual se toma en consideración al momento de decidir sobre la validez y filiación a favor de los padres intencionales ya que analiza que, si los padres intencionales les brindan un buen ambiente familiar, y ofrecen buenas condiciones para su desarrollo, se resolverá a favor del interés de los niños, pues estos va apegándose al amor que les ofrecen, y separarlos no sería la mejor decisión o dejarlos sin el derecho de identidad.

Nuestro país no puede dejar de lado esta realidad, debe de crear leyes especiales sobre las técnicas de reproducción asistida y del contrato de gestación por sustitución, establecer un ente que se encargue de velar porque no exista ninguna vulneración a los derechos fundamentales de las partes, y crear programas que velen por su desarrollo adecuado, tomando de base legislaciones que ya brinden soluciones.

Con los avances científicos también se crean nuevas formas de vida de las cuales el Derecho no debe de ignorar, sino al contrario, regular y controlar aquello que pueda suponer una afectación a los derechos de las personas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros:**

De La Torre Vargas, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1983.

Lamm, Eleonora. *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universidad de Barcelona. 2013.

Mainar, Rafael Bernad. *Efectos Jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. 2000.

Ospina, Guillermo. *Teoría general del contrato y demás actos o negocios jurídicos*, Colombia: Cuarta Edición Temis, 1994.

Puccinelli, Oscar Raúl, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las técnicas de reproducción humana asistida*. España: Dykinson, Estudios Jurídicos de aproximación del Derecho latinoamericano y europeo. 2014.

Sánchez Vela, Antonio J. *La maternidad subrogada estudio ante un reto normativo*. España: Comares. 2012.

Somarriva, Alessandri. *Curso de Derecho Civil, Parte General*. Chile: Nacimiento. 1971.

### **Revistas:**

Pérez Monge, Marina. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”, Centro de Estudios Registrales. Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid. (2002): 329.

### **Legislación:**

Código Civil (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1880).

Código Civil para el Estado de Tabasco (México, Congreso del Estado, 2021).

Código Penal (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1998).

Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009).

**Sentencias:**

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artavia Murillo y otros “Fecundación In Vitro”, Referencia: Serie C No. 257 (Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos), 2012. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).

Sala de lo Civil, Recurso de Casación, Referencia: 1055 ca. Fam. S.S (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

Sala de lo Civil, Recurso de Casación, Referencia: CAS. N° 563-2011 (Perú, Corte Suprema de Justicia, 2011).