

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Dr. Gilberto Guerrero-Quintero*

RESUMEN

Se analiza el contrato de maternidad subrogada o de gestación por sustitución, como contrato oneroso, a veces gratuito, de origen unilateral como contrato de adhesión continente de cláusulas predispuestas, de contenido ilícito, absolutamente nulo de pleno derecho, inejecutable, por la violación de normas de orden público absoluto dispuestas por el legislador en interés superior de la mujer como persona humana y su dignidad, de la familia y la sociedad.

Palabras clave: contrato, maternidad subrogada, nulidad de pleno derecho, orden público, dignidad humana, inejecución, daños y perjuicios.

ABSOLUTE NULLITY OF THE GESTATION CONTRACT BY SUBSTITUTION OR SURROGATED MATERNITY

ABSTRACT

The gestational surrogacy agreement is analyzed and its categories, including situations where parties are compensated or not, its provisions are freely negotiated or a simple adherence is imposed. A relevant portion of this research is devoted to address concerns on its validity, illicit provisions, public order, non-enforceability, and mandatory statutes protecting the best interests of women (as human beings) their dignity, family and the society.

Keywords: gestational surrogacy, nullity, public order, human dignity, non-enforceability, damages.

Recibido: 15 de marzo de 2023

Aprobado: 22 de agosto de 2023

* Doctor en Derecho por la Universidad de Los Andes, profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, exmagistrado suplente de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, exintegrante de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia para el ingreso y ascenso en el Poder Judicial y miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Reside en Costa Rica y adquirió la ciudadanía costarricense. Correo electrónico: guerquin1@gmail.com

SUMARIO: I. Motivación introductoria. – II. Maternidad subrogada. - 2.1. La maternidad. - 2.2. Maternidad por sustitución o subrogada. - III. Autonomía de la voluntad privada y contrato de maternidad subrogada. - 3.1. Autonomía de la voluntad privada y contrato. – 3.2. El contrato. – 3.3. ¿Qué tipo contractual es la maternidad sustituida? – IV. El contrato del centro o servicio autorizado. – 4.1. Formación y ejecución del contrato. – 4.2. Contenido del contrato. – 4.3. El contrato de adhesión. – 4.4. Contrato oneroso y contrato gratuito. – 4.5. ¿Cuánto cobra un sustituto? V. Nulidad absoluta del contrato de maternidad subrogada. – 5.1. El orden público y el contrato. – 5.2. Nulidad absoluta del contrato y normas de orden público. – 5.3. Consecuencias de la nulidad. – VI. Conclusiones. - VII. Bibliografía.

I. Motivación introductoria

Tal y como se deduce del título de este trabajo, nos referimos a la maternidad subrogada o gestación por sustitución¹ como contrato nominado, según las reglas del país que la admiten o innominado en aquellos que no lo han regulado. Se requiere el cumplimiento de determinados requisitos de validez, tales como el consentimiento, la capacidad y de “un contenido lícito y cierto”, si no se quiere hablar de objeto y de causa del contrato, tal como ha ocurrido en el Código Civil francés reformado en el 2016, en donde se sustituyen estos dos conceptos por “un contenido lícito

y cierto” tal y como así consta en el artículo 1128: “Para la validez de un contrato son necesarios: 1° El consentimiento de las partes; 2° Su capacidad para contratar; 3° Un contenido lícito y cierto”².

A propósito de “un contenido lícito y cierto”, en los países que no admiten el objeto ni la causa del contrato dentro de esos requisitos, el objeto y la causa del contrato subyacen subrepticamente en el contenido de este sin que puedan ser definitivamente eliminados.

En la doctrina, algunos autores niegan la maternidad subrogada como contrato, señalando que simplemente surge del consentimiento. No obstante, el solo consentimiento de nada vale porque cuando la voluntad se exterioriza y con el consentimiento se acepta la oferta emitida por el centro o el servicio autorizado, y para la implantación intrauterina del embrión fecundado, el apareamiento del contrato es innegable más aún cuando se requiere su materialización formal o solemne.

Desde la perspectiva anterior, el problema reside en que tanto el objeto como la causa del contrato *in commento* se refieren, sin ninguna duda, a la utilización autorizada por contrato del cuerpo de la mujer, en cuya hipótesis, tanto el objeto como la causa y, en todo caso, el contenido del contrato son contrarios al orden público como veremos *infra*.

-
- 1 En el mercado de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, se afirma y defiende que la gestación subrogada o gestación por sustitución es mal llamada *maternidad subrogada*, *maternidad suplente*, *vientre de alquiler* o *vientre sustituto*. Es una técnica de reproducción asistida por la que una mujer accede a gestar el hijo de otra persona, y a la mujer que dona su capacidad de gestar se le llama *gestante* o *gestante subrogada*. Asimismo, existe literatura donde se emplean conceptos erróneos como *madre sustituta*, *madre subrogada*, *madre de alquiler* o *madre suplente*. A los futuros padres, por su parte, se les denomina padres comitentes o padres intencionales. Obviamente, se trata de encubrir la verdad fáctica.
 - 2 Orden n.º 2016-131 del 10 de febrero de 2016 por la que se reforman el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones. Por Ley 2018-287 de 20 de abril, se ratifica esta ordenanza. Puede consultarse en <https://www.legifrance.gouv.fr>

Si el objeto de la obligación es la prestación, esta puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer. Disentimos del criterio según el cual el embrión es una cosa mueble, el útero de la mujer una cosa con la que se puede comerciar, y que su utilización tiene carácter lícito cuando no está prohibida, pues el cuerpo humano no es objeto o cosa y está fuera del comercio. Por esto, es ilegal que la mujer se obligue a entregar a su hijo o hija, lo que sería la “prestación” a la que ella se obliga.

Tratándose de la causa del contrato de maternidad subrogada, aun ante la pluralidad de conceptos que sobre la causa del contrato han sido aportados por la doctrina a través de la historia del derecho civil, sin que haya acuerdo unánime (ni lo habrá) sobre qué es o en qué consiste la causa, ante la opacidad y ambigüedad de este vocablo³; de manera grácil pongámosle este mote: “*el motivo o fin inmediato de las partes*”.

El oferente del contrato (centro o servicio autorizado para la implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer), su motivo o fin son un precio porque el tratamiento no es obra de “caridad”, y la mujer que llevará la maduración fetal durante nueve meses y hasta el parto es obvio que también cobra por madurar el feto en su vientre.

Este hecho se oculta o simula muchas veces con la “gratuidad”. Excepcionalmente, la gratuidad existe cuando especialmente, *v. gr.*, la gestante es de la familia. Cuando el contrato de gestación subrogada se otorga entre los contratantes o padres intencionados y la mujer gestante, aquellos adquieren un

niño o una niña a cambio de un precio y, en esta hipótesis, el motivo o fin es ilícito, es decir, está ausente la causa justa o lícita (*v. art. 626.3 CC*). Por esta razón, el contrato adolece de nulidad absoluta o es inexistente, al faltar este requisito esencial para su existencia (*v. art. 835.1 eiusdem*).

En secuencia de lo anteriormente apuntado, en la resolución n.º 00943 – 2022 del 5 de mayo de 2022, en el expediente 13-002477-1027-CA, la Sala Primera de la Corte ha considerado recientemente la temática, desde la perspectiva de la *ilegitimidad de la maternidad subrogada*:

“X) [...] el interés de los actores, es parcialmente ilegítimo, habida cuenta que si bien es cierto a tenor de la sentencia del año 2012 de la CIDH, existe un derecho de las personas con problemas de fertilidad de acceder a la técnica FIV, también es cierto que no es legítimo de conformidad con el ordenamiento, realizar un convenio de gestación subrogada, por más que no [sic] haga a título oneroso, como no se demostró que se haya realizado en este caso. Se considera que si bien el fin de construir una familia es legítimo, el medio propuesto en este caso (la gestación subrogada), no lo es y no cabe indemnizar en esas condiciones [...].”

Obviamente, la Corte no se está refiriendo a la nulidad de la maternidad subrogada,

3 Sobre la temática, nuestro libro (2022). *El objeto y la causa como requisitos de validez del contrato. ¿Una discusión interminable?* San José, Costa Rica: Ed. Investigaciones Jurídicas, 376 pp.

sino a la ilegitimidad de esta, ilegitimidad no tanto porque este tipo de maternidad no está de acuerdo con la razón o con lo que se considera justo o razonable, sino más bien porque la maternidad subrogada no se establece de acuerdo con la ley o el derecho, y esto podría denotar la procedencia de la nulidad del contrato.

II. Maternidad subrogada

2.1. La maternidad

Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, la maternidad es el “Hecho jurídico relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones”. Es un hecho jurídico como acontecimiento humano que vincula el derecho objetivo a la producción de efectos en cuanto a derechos y obligaciones, más aún cuando se trata de la persona humana dotada de dignidad.

Así, el hecho de la maternidad hace madre a una mujer y comprende variados aspectos, tales como biológicos, morales, sociales, psicológicos, espirituales, y todos estos están inexorablemente relacionados entre sí. Allí asoman algunos aspectos que se dan de forma espontánea, y otros en donde hay voluntad y deseo de contribuir o de ayudar al proceso, así como se practican varias cualidades para el buen fin de la gestación.

El útero o matriz es el órgano de la gestación y es el mayor de los órganos del aparato reproductor femenino. Si no hay útero o

matriz, no hay maternidad, pues la función del útero es recibir y alojar el producto de la fecundación durante su desarrollo. En este contexto⁴, por *procreación* se entiende aquel comportamiento humano que pone las condiciones biológicas necesarias para posibilitar la concepción de un nuevo ser humano, y este término se contrapone a *producción* (fabricación o transformación de una cosa) y a *reproducción* (fabricación o generación de un ejemplar idéntico o de una copia).

La persona no es ni una cosa ni una simple copia representativa de su especie: cada individuo humano es un ser único, irrepetible e insustituible. La procreación obedece a una lógica proporcionada a la persona, como es la lógica de la benevolencia (querer gratuitamente el bien para otro), la lógica de la donación incondicionada. Producción y reproducción tienen también su lógica, pero no es la de la benevolencia, es la lógica de la productividad, la de obtener resultados satisfactorios para quien la pone por obra (aunque no solo para él).

Ante el avance de las tecnologías, la maternidad ha venido adoptando profundos cambios y uno de estos es el apareamiento de la maternidad subrogada, en la cual intervienen dos mujeres que pueden creer que son madres de un o una bebé. Y esto plantea la determinación de si estas dos mujeres son las madres del o de la bebé, o solamente una de ellas es la aportante del óvulo (maternidad genética) o la gestante que da a luz (maternidad biológica).

4 Carrasco de Paula, Ignacio. *Discernir la procreación médicamente asistida: conceptos clave del magisterio de la Iglesia Católica*. <https://enciclopediadebioetica.com>. Consultado el 10 de octubre de 2022.

2.2. Maternidad por sustitución o subrogada

“Sustituir” o “substituir” es “poner a una persona o cosa en lugar de otra”. El vocablo “subrogado” significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona” (RAE). Desde luego que, tratándose de la maternidad, no se trata de poner algo o una cosa en lugar de otra, porque la mujer no es un objeto.

En la hipótesis de la gestación por subrogación o sustitución, una mujer concibe a un hijo o una hija para otra u otras personas que la han contratado, en cuyo caso ocurre la sustitución de una mujer por otra. Por supuesto, hay referencia a persona y no a cosa.

Por esto, si la maternidad subrogada ha sido consecuencia de un contrato oneroso, se entiende que el cuerpo de la mujer se trafica como una cosa y que, como tal, es objeto de comercio. De esta forma, se habla de “arrendamiento del útero”. El arrendamiento *in genere* tiene por finalidad la entrega de una cosa que hace una persona denominada arrendadora a otra, para su uso por cierto tiempo a cambio de un precio determinado que la arrendataria se obliga a pagar. El útero de la mujer no es, por tanto, un objeto o una cosa que pueda moral y lícitamente someterse al tráfico arrendaticio.

Se emplean indistintamente los conceptos gestación subrogada, gestación por sustitución, vientre de alquiler, subrogación de vientre, maternidad subrogada, subrogación gestacional; y tiene lugar cuando una mujer se obliga a gestar a un niño o una niña (en su

vientre) y, luego del nacimiento, renunciando a la filiación materna a favor de la persona contratante o de una tercera, se le obliga a la entrega en los términos convenidos para la asunción de la relación paterna-filial o materna-filial, según corresponda.

Todo eso se fundamenta en un contrato y mediante el pago, por lo general, de un precio o de manera gratuita, una mujer acepta someterse a técnicas de reproducción humana asistida que dará lugar a la señalada gestación a favor de una persona o pareja contratante, sin que genere ningún vínculo de filiación con la dueña del vientre gestante, más aún cuando esta se obliga a entregar a la o el bebé nacido con vida y sin defectos a los “padres intencionales”.

Esto es lo que se pretende que ocurra y así, con esa práctica, se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad, por lo cual se afirma que se evita utilizar la palabra “madre” cuando se admite en doctrina y jurisprudencia que madre es aquella que ha dado a luz o ha parido a otro ser de su misma especie.

Se establece una disociación entre la mujer y su útero, un truco lingüístico para distanciar a la madre de la niña o del niño⁵, más aún cuando la maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la de la gestación. No es solo una función biológica, sino también social. No cabe la subrogación o sucesión de madres por cuanto la madre biológica seguirá siendo una con independencia de que la madre jurídica pueda ser otra (como en el caso de la adopción o el acogimiento).

5 Jouve de la Barreda, Nicolás. *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*. <http://aebioetica.org>, consultado el 10 de octubre de 2022.

Desde la perspectiva biológica y genética, la maternidad no es sustituible: o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante).

El fenómeno de la maternidad subrogada ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación, y llega a una plural tipología en correspondencia a la maternidad:

1. *Maternidad genética.* Esta se refiere a la aportante de óvulos, o la donante de estos.
2. *Maternidad de gestación.* Corresponde a la mujer que asume la gestación de un embrión a partir de un óvulo aportado o donado. Sin embargo, puede ocurrir que los gametos masculino y femenino tengan su origen en una donación o a través de la compraventa, en cuya hipótesis no existe relación genética con quienes se dice que son el padre y la madre.
3. *Maternidad total o plena.* La gestante no aporta sus óvulos y se restringe a la gestación y al parto. Teóricamente, la gestante no tiene ningún vínculo biológico con el o la bebé porque los óvulos provienen de la madre de intención o, en su defecto, de una donante.
4. *Maternidad parcial.* La gestante aporta los óvulos y es la madre biológica. En este tipo de subrogación, las niñas y los niños procreados por donación de

óvulos se encuentran genéticamente relacionados con su padre, pero no con su madre.

5. *La maternidad legal.* Se refiere a quien asume frente al hijo o a la hija los derechos y obligaciones relativos a la maternidad, sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

Por tanto, la maternidad subrogada es la más controvertida de las técnicas de reproducción humana asistida, debido a los problemas de carácter ético-jurídico que plantea. El término “maternidad subrogada” viene de la traducción de la expresión inglesa *surrogated motherhood*. También se denomina esta figura con el nombre de maternidad de sustitución, maternidad de alquiler o alquiler de útero.

Estas dos últimas denominaciones se consideran inadecuadas, porque la mujer gestante compromete todo su organismo durante el embarazo y no solo el útero. La maternidad subrogada, como se ha reseñado, implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica en favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño o de la niña por parte de la mujer o de la pareja contratante. En esta definición, no se incluye el caso en que la madre, además de alquilar su organismo, aporta su óvulo porque, en esta situación, se trataría de “una venta de hijo o hija”. Aquí, la mujer es madre genética y biológica o de gestación⁶.

6 Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. (2015). *La filiación y la fecundación “in vitro”*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es>. Consultado el 14 de octubre de 2022.

III. Autonomía de la voluntad privada y contrato de maternidad subrogada

3.1. Autonomía privada y contrato

La autonomía de la voluntad privada es un principio básico del derecho contractual, el fundamento de la obligatoriedad del contrato siempre y cuando este se haya celebrado conforme los requerimientos de la ley y el orden público, desde luego que –como señala el artículo 1162 del Código Civil francés reformado en el 2016 -, el contrato no podrá sustraerse al orden público ni en su contenido ni en su finalidad, aunque todas las partes lo conozcan o no.

Naturalmente la autonomía no es ni puede ser ilimitada. Por el contrario, está sometida a límites dirigidos a la tutela de los intereses generales (aspecto social de la autonomía de la voluntad privada) y de los intereses de los terceros, los cuales no se podrían dejar a merced de la voluntad del individuo.

El valor de este principio se aprecia en el hecho de que se considera como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

Sin embargo, esa autonomía, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el derecho civil y, específicamente, en el derecho de contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho.

El principio de la autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones en las llamadas cláusulas imperativas que son de orden público y, por lo tanto, inderogables y, aun cuando no son definibles ni catalogables, se entienden como aquellas de primordial importancia para la existencia del Estado o de la colectividad, las cuales son su misma garantía e implican un deber antes que un derecho.

3.2. El contrato

El contrato *in genere* tiene como consecuencia la creación de la obligación que constriñe a los y las contratantes. Es la fuente principal de las obligaciones, pero no la única. Un contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o varias personas, el cual está destinado a crear, modificar, transmitir o cancelar obligaciones. De no ser así, no podemos en propiedad hablar de contrato y menos del contrato de maternidad subrogada, aun cuando a este contrato no es aplicable en su totalidad el concepto civil de contrato, porque se trata de un contrato diferente a todos los demás contratos, y se forma fundamentalmente por el consentimiento de la madre contratada, sin ninguna participación de esta en la formación-negociación del contrato.

Generalmente, no hay contrato que carezca de una etapa preparatoria que se desarrolle a través de conversaciones entre las personas que pretenden celebrarlo, reuniones presenciales o a distancia, envío y recepción de correos electrónicos, así como los diversos actos hasta lograr el consentimiento en la aceptación del contrato. Se trata de qué es lo que desea o quiere cada una de las personas con la celebración del acto jurídico, cuando se refiere a un contrato sinalagmático, en donde no falta *la prestación como interés de cada uno* (como obligación de *dar, hacer o no hacer*), la conversación sobre el precio y

las diversas modalidades del acto contractual que se proponen, movidos por la finalidad o provecho que cada contratante pretende.

En ejercicio del principio de la libertad privada, los particulares están facultados para la celebración de todo tipo de contrato que no esté expresamente prohibido por la ley, que tampoco desconozca normas de carácter imperativo, irrenunciables y personalísimas o que atente contra el orden público.

En la hipótesis de la gestación por subrogación o sustitución, una mujer concibe a un hijo o una hija para otra u otras personas que la han contratado, en cuyo caso ocurre la sustitución de una mujer por otra. Esto demuestra que es un contrato especial, sin que a este pueda aplicarse los diversos medios de terminación del contrato por motivo de incumplimiento. A este contrato, por tanto, el medio aplicable es el de la nulidad absoluta y de pleno derecho porque se celebra en contravención o violación del orden público, tal y como veremos *infra*.

Desde el contexto que antecede, el contrato de madre subrogada es aquel documento por medio del cual una mujer acepta el contenido del formato previamente redactado, para quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, con el fin de que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al contratante, renunciando a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido y, en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero (vid. *infra*).

En el anterior concepto, se aprecian varios hechos demostrativos conducentes a la nulidad absoluta del contrato de maternidad subrogada, como veremos *infra*, no solo por la violación *ex lege*, sino ante la infracción de normas de orden público que son imperativas, irrenunciables, personalísimas e imprescriptibles.

3.3. ¿Qué tipo contractual es la maternidad sustituida?

La mayoría de las legislaciones admiten que la donación de gametos para la fecundación es un contrato gratuito. En efecto, el artículo 5.1. de la Ley española 14/2006 del 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida preceptúa que “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”. De esta manera, la donación de gametos y la maternidad subrogada están en íntima conexión, de forma tal que no es posible hablar de uno de los contratos sin considerar al otro.

Ahora bien, la cuestión acerca de la denominada “naturaleza jurídica” de la donación se ha planteado a partir del doble juego de principios jurídicos diversos de que participa este negocio⁷. Por un lado, “como negocio encuentra su causa en el espíritu de liberalidad”, se adscribe a las normas que regulan los actos jurídicos gratuitos de última voluntad, como el testamento y el legado. Por el otro, la necesidad de la existencia de un acuerdo de voluntades para su perfeccionamiento determina su ubicación entre los “actos de naturaleza contractual”, y

7 Juanes, Norma. *Naturaleza jurídica de la donación. Concepto y contenido. El problema en el derecho civil argentino y en el derecho comparado*. <https://escribanos.org.ar>. Consultado el 20 de octubre de 2022.

como tal está sujeto al régimen jurídico de los contratos en general.

En toda liberalidad, existen un elemento objetivo y un elemento subjetivo. El primero consiste en una atribución patrimonial sin compensación a cambio. A consecuencia de ella, se produce un empobrecimiento de una de las partes y un enriquecimiento correlativo de la otra. El elemento subjetivo está dado por la intención del disponente de beneficiar a la otra parte, procurándole dicho enriquecimiento.

Desde la perspectiva que antecede, el contrato de donación de gametos no es un contrato gratuito, no constituye un acto de liberalidad, porque los gametos no son cosas cuya propiedad se transfiere a otra persona que las acepta y, por tanto, no significa un empobrecimiento de una de las partes y un enriquecimiento correlativo de la otra.

Lo mismo, *mutatis mutandis*, podemos decir del contrato de gestación sustituida. Desde luego que, en ambos casos (donación de gametos y maternidad subrogada), no siempre se da la gratuidad, lo que se aprecia en la realidad de tales actos, más aún cuando ninguna mujer se somete gratuitamente, salvo muy escasa excepción a entregar su cuerpo, su vida, durante nueve meses de embarazo. Tampoco la persona donante de gametos se aviene gratuitamente a la donación de gametos bajo una rigurosa y exigente práctica.

Por tanto, es posible considerar que estamos en presencia de un contrato oneroso bajo una *presunción hominis* que se establece a través del examen de circunstancias o hechos conocidos denominados llamados *Indicios*

(las entregas económicas del contratante a la mujer contratada en compensación). Desde luego, las presunciones son las consecuencias que la ley, el juez o la jueza obtiene de un hecho conocido para establecer otro desconocido (la onerosidad).

Y como se señala⁸, la diferencia importante entre afirmar que un hecho “es presumible” o afirmar que “es probable” estriba en que hay que reservar la primera (o debería reservarse) para aquellos casos en los que se considera que los indicios (los hechos base, los hechos probatorios, etcétera) son suficientes para considerar un hecho como probado (no solo como probable) y, como consecuencia de ello, trasladan la carga probatoria (o argumentativa) a quien pretenda negar la conclusión o a quien pretenda negar el hecho presunto.

Según el Código Civil español “La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta” (art. 618). Desde este contexto normativo, puede ser donación la entrega gratuita que una persona hace en propiedad, de una cosa a otra persona que la acepta sin ninguna formalidad.

En la doctrina moderna, la donación se considera sometida a las reglas generales de los contratos, en tanto no vulneren las especiales características de la donación como contrato, entendiéndose la donación caracterizada por la gratuidad de cosas y derechos, por acto entre vivos.

Así pauta el Código Civil y Comercial argentino: “Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una

8 Aguiló Regla, Josep. *Las presunciones hominis y las inferencias probatorias*. <http://www.scielo.org.pe>. Consultado el 28 de octubre de 2022.

cosa a otra, y ésta lo acepta” (art. 1542). En esta disposición normativa, además de la obligación de una de las partes de transferir gratuitamente una cosa a otra parte, está la que expresa su aceptación, en cuya situación estamos en presencia de un contrato regulado por el derecho civil.

De forma más expedita contractualmente hablando, “La donación es el contrato por el cual una persona transfiere gratuitamente una cosa u otro derecho de su patrimonio a otra persona que lo acepta” (art. 1431 *eiusdem*). Conforme a nuestro Código Civil, “La donación trasfiere al donatario la propiedad de la cosa donada” (art. 1404). En consecuencia, los gametos y los embriones no son cosas o patrimonio que se transfiere gratuitamente en propiedad al patrimonio de otra persona que acepta.

La maternidad subrogada es un contrato típico o atípico, dependiendo de si está regulado en la ley o no. El típico o contrato nominado es el regulado en la ley, *v. gr.*, en el artículo 3, la Ley mexicana de Gestación Subrogada del Distrito Federal, aprobada el 8 de diciembre de 2011, se refiere a la gestación

subrogada como el acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide y que concluye con el parto o la terminación del embarazo. Como se advierte, se trata de un contrato aun de forma subrepticamente considerada, más aún cuando debe otorgarse ante una persona notaria “el convenio del otorgamiento del consentimiento” por las partes interesadas en la maternidad subrogada.

El contrato atípico es aquel que no está regulado en la ley de forma específica que lo identifique ante los demás contratos y, de tal manera, es un contrato innominado, en cuya hipótesis las partes lo crean y determinan los efectos que debe producir dentro de las limitaciones establecidas en la ley, el orden público y las buenas costumbres.

IV. El contrato del centro o servicio autorizado

4.1. Formación y ejecución del contrato

Primeramente, interviene una agencia especializada que celebra el contrato con

continúa sgte pág.

los denominados “padres intencionados”⁹ y, posteriormente, estos otorgan otro contrato con la “madre subrogada”. En la etapa de conversaciones preliminares, también denominada etapa precontractual, la mujer que se pretende contratar por los “padres intencionados” no dispone de libertad para expresar los objetivos o intenciones que persigue con la celebración de esta. Ella no está en igualdad para negociar razonablemente sus derechos y obligaciones contractuales. ¿Por qué? El centro o servicio autorizado para el implante intrauterino dispone de un contrato elaborado según modelo tipo y uniforme que no permite modificación alguna. La mujer en esta hipótesis no puede determinar el contenido del contrato. Por tanto, solo dispone de una alternativa: con la información que se le da, acepta el contrato como está elaborado o simplemente lo rechaza. Lo mismo ocurre en la celebración del contrato entre los denominados “padres intencionales” y la madre gestante.

4.2. Contenido del contrato

En el contrato en comentario, los derechos y las obligaciones de la mujer contratada para gestar que la convierten en una esclava están unilateralmente predispuestos, y aparecen especialmente los siguientes observados en algunos contratos:

1. Se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad.
2. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual, entre otros: a) tantas transferencias embrionarias como sean necesarias, b) llevar a cabo las transferencias por cada ciclo de reproducción asistida, c) tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral,

9 Veamos lo que indica el contrato que se utiliza en California, EE. UU., entre la agencia y los “padres intencionados”: “D. Las partes reconocen y comprenden que este acuerdo solamente contiene los derechos y obligaciones respectivos a la agencia y los padres intencionados. Una vez los padres intencionados hayan seleccionado a una gestante, se redactará un contrato (‘Contrato de gestación subrogada’) entre la gestante y los padres intencionados bajo asistencia jurídica. En dicho contrato de gestación subrogada se detallarán los respectivos derechos, obligaciones, compromisos y previsiones tanto de los padres intencionados como de la gestante, incluyendo todos los aspectos financieros referentes al proceso de gestación subrogada.

El contrato de gestación subrogada será revisado por un abogado en representación de la gestante y, una vez concluido dicho contrato, será formalizado por los padres intencionados y la gestante junto con su marido/pareja, en caso de haberlo.

Los padres intencionados comprenden que la agencia no participará en dicho contrato y por tanto no tendrá obligaciones en él. Sin embargo, asumen que los acuerdos financieros que se reflejan en el contrato de gestación subrogada cumplirán con los requisitos mínimos en materia de compensación para las gestantes establecidos en el programa de la agencia.

Artículo II. Honorarios

Los padres intencionados acuerdan por la presente abonar a la agencia por la prestación de servicios la tarifa de 18 750 \$. Estos honorarios se consideran totalmente cobrados y no reembolsables. Dicha cantidad es el precio final y no incluye otros cargos, costes o gastos, o compensación a pagarle a la gestante.

Artículo XII. Conciliación

En caso de litigio entre los padres intencionados y la agencia, tanto en referencia a lo dispuesto en este acuerdo como relacionado con el proceso de gestación subrogada, las partes deberán presentar dicho litigio ante procedimiento de mediación no vinculante. El lugar para la celebración de dicho procedimiento deberá pertenecer exclusivamente al condado de San Diego. Todas las partes implicadas asumirán los gastos y tasas derivados de dicho procedimiento”. (cfr. “¿Cuánto cuesta la técnica de gestación subrogada?”, <http://babygest.com/>, Consultado el 10 de marzo de 2023).

por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo.

3. La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica, y entre otras estipulaciones impuestas: a) la gestante sustituta, mediante la firma del contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre; b) la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil designe, esté presente; c) la contratante adquiere el derecho a designar al profesional de la medicina que esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo; y, d) la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño.

4. Se regulan por contrato cuestiones, tales como a) la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria; b) cómo será el parto, por cesárea a menos que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal; c) se dispone qué puede comer o beber la gestante; d) se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales y restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo; e) la prohibición de salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo.

5. La madre gestante se obliga a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco, a petición de cualesquiera de los futuros padres.

La subrogación es así una clara violación de los derechos humanos. Es una práctica de explotación que viola varias convenciones de la ONU y otros tratados internacionales. Por ejemplo, la subrogación puede compararse con la esclavitud que el artículo 1.º de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Esclavitud define como “el estado o la condición de una persona sobre la cual se ejerce cualquiera o todos los poderes relacionados con el derecho de propiedad”¹⁰.

Tal y como se puede fácilmente apreciar en el contrato *in commento*, sobre el tipo y el uniforme de maternidad sustituida o subrogada, queda demostrada la situación económica y social de vulnerabilidad de la mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante, la cual transgrede sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma, como persona humana dotada de dignidad.

Como otra consecuencia, al niño o a la niña por nacer se le priva del derecho a conocer sus orígenes, se cosifica, cuando se le entiende como el objeto del contrato que la gestante se obliga a entregar a la comitente, y no solo esto, sino que tanto la madre gestante como el niño o la niña a gestar son tratados como meros objetos, como cosas, como patrimonio,

10 Ramiro, F.J. *¿De dónde vienen los bebés (sustitutos)? La subrogación como violación de los derechos humanos*. <https://www.bioeticaweb.com/>. Consultado el 14 de noviembre de 2022.

no como lo que son: personas dotadas de la dignidad.

Cuando una mujer acepta ser un sustituto¹¹, entrega el control de su vida durante los próximos nueve meses. Los compradores de bebés (y sus médicos) deciden qué come y qué bebe, con quién tiene relaciones sexuales y con qué frecuencia, cuántas pruebas tiene que aceptar para asegurarse de que el o la bebé que lleva no tenga “defectos” y cuántas vacunas tiene. Si este “control de calidad” revela imperfecciones, puede verse obligada a someterse a un aborto. Si se implanta y desarrolla más de un embrión, se puede exigir la reducción fetal.

La subrogación también viola profundamente los derechos del niño y de la niña, en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. El artículo 2 prohíbe la venta de niños, y el artículo 35 estipula que “los Estados Parte tomarán todas las medidas nacionales, bilaterales y multilaterales apropiadas para evitar el secuestro, la venta o el tráfico de niños con cualquier propósito o en cualquier forma (énfasis adicional)”. En la subrogación, las niñas y los niños se venden claramente.

Por su parte, una feminista radical afirma sobre los vientres de alquiler:

Lo de “gestación subrogada” es un eufemismo. Como feminista radical, estoy en contra de los vientres de alquiler porque la maternidad es un

deseo, no un derecho - los derechos se regulan, los deseos no -. Estoy en contra de los vientres de alquiler porque no quiero vivir en un mundo donde los hijos puedan comprarse y donde las mujeres pobres den a luz para las ricas. Aquí no cabe el altruismo: de hecho, lo que hace es propiciar un mercado negro de vástagos en el momento en el que pone en contacto a la potencial gestante y a los potenciales padres compradores¹².

Y entre las diversas secuelas del proceso de cumplimiento del contrato *in commento*, según su contenido, en referencia a la madre y al o a la bebé, nada mejor que apreciarlas desde la perspectiva de la psiquiatría infantil. En efecto, se afirma¹³ que los bebés en el útero perciben su ambiente y les afecta, enormemente, todo lo que vive y siente la madre. Los estudios además han confirmado lo que se llama “teoría de programación fetal”; es decir, que durante algunos momentos del embarazo, hay sistemas biológicos del bebé que quedan “programados” para dar una respuesta de por vida a un tipo de ambiente externo.

La construcción de la psique comienza en el embarazo con el vínculo prenatal, y el neurodesarrollo del bebé está muy condicionado por el estado emocional de la madre. Todos los estudios e investigaciones confirman efectivamente que lo que se vive en el útero deja una huella que durará de por vida

11 Ramiro, F.J. *Ibidem*.

12 Maldonado, Lorena G. *Por qué soy feminista radical (y quizás tú también)*. <https://www.elespanol.com>. Consultado el 8 de noviembre de 2022.

13 Olza, Ibone. *Psiquiatra infantil y perinatal*. <https://www.cuerpomente.com/>. Consultado el 2 de enero de 2023.

y que, en muchos aspectos, condicionará la salud física y emocional; es decir, que el bebé y su cuerpo recuerdan la vida intrauterina.

Toda una serie de mecanismos neurohormonales hacen que nada más nacer los bebés esperen encontrarse con su madre, reconocerla, olerla, mirarla a los ojos e, idealmente, iniciar la lactancia. **Desde el punto de vista psíquico**, la situación puede ser especialmente compleja. Por más que una mujer decida o pretenda no vincularse con el o la bebé que gesta para prevenir el duelo posterior, la biología va a seguir su curso y los cambios cerebrales no se pueden evitar. Es decir, **la vinculación es inevitable**. Aunque es probable que, ante el horizonte de tener que separarse de su bebé tras el parto, se haga un esfuerzo psíquico por no vincularse con él, **es posible que se tenga un ánimo bajo o, incluso, depresión** durante el embarazo, algo que sabemos que afecta profundamente al o a la bebé en gestación.

4.3. El contrato de adhesión

En la doctrina nacional como en la extranjera, se acepta de manera más o menos pacífica, que los contratos de adhesión son verdaderos contratos, pero no es claro que constituyan verdaderos “acuerdos paritarios entre iguales”.

En el punto anterior, se observa que existe allí un contrato de adhesión consistente en estipulaciones esenciales sustraídas de la libre negociación, las cuales son determinadas por una de las partes. Es una voluntad unilateral que dicta su ley (el centro o servicio) y la otra parte (la mujer que arrienda su matriz), en acto de adhesión al contrato tipo y uniforme que

le ha sido propuesto, sin alternativa de libre discusión, es decir, la adhesión a cláusulas generales predispuestas unilateralmente.

Por tanto y como dispone el artículo 1110 del Código Civil francés reformado en el 2016, “El contrato de adhesión es aquel cuyas estipulaciones esenciales se sustraen a la libre negociación y son determinadas por una de las partes”. En este aspecto, no ha sido emitido el consentimiento de la madre contratada, pues cuando acepta el contrato, lo único que hace es “*asentir*” (“Mostrarse de acuerdo con lo que otro ha afirmado o propuesto”, RAE), en cuya hipótesis, “El contrato no podrá sustraerse al orden público ni en su contenido ni en su finalidad, la conocieren o no todas las partes” (art. 1162 *eiusdem*), más aún cuando “En un contrato de adhesión, cualquier cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato se tendrá por no escrita [...]” (art. 1171 *ibidem*).

Parece que se trata de un nuevo tipo general de los contratos, como se admite en parte de la doctrina, pero no es así sino - como también se ha indicado-, la característica de *formación del consentimiento* que prima en los contratos celebrados por adhesión a *cláusulas generales predispuestas*, de diferente naturaleza de aquella que tiene lugar en los contratos negociados individualmente, por existir, en los primeros, un grado significativamente menor, en relación con el sujeto débil (la mujer que arrienda su útero), respecto a la posibilidad de ejercer autónomamente su voluntad y su libertad de contratación, en comparación con la parte fuerte de la relación contractual (el centro o servicio o los denominados “*padres*

14 Díez-Picazo, Luis. (1972). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Ed. Tecnos, p. 222.

intenconados”). En el campo de los negocios, interactúan partes que disponen de poderes de negociación disímiles y cuya balanza se inclina, en mayor o menor grado, para lograr que la otra parte “*asienta*”, no ya a consentir cláusulas que no fueron producto de la libre negociación entre partes.

En efecto¹⁴, quien acepta unas cláusulas unilateralmente redactadas y establecidas con carácter inmodificable no presta un genuino consentimiento contractual, sino que se limita a llevar a cabo un “acto de adhesión”. Si la conclusión del acto jurídico no va precedida de una posible discusión de las partes, se piensa, no hay verdadero contrato.

Haciéndose mención del contrato de adhesión, el adherente no puede ejercer su libertad de determinar el contenido del contrato, de modo que podemos dudar que sea el fruto de un acuerdo de voluntades, más aún cuando se predisponen cláusulas que son una manifestación del abuso y atentado contra la dignidad de la mujer, lo cual exige que se implementen medidas de control por el sistema jurídico, bien sea mediante intervenciones legislativas, administrativas o judiciales. De ese modo, el control que se haga de las cláusulas abusivas constituye una forma de limitación a la autonomía de la voluntad privada, puesto que, aunque formen parte integral de un contrato, podrían ser descartadas mediante diferentes sanciones y, en consecuencia, podrían ser desconocidas por el operador jurídico.

4.4. Contrato oneroso y contrato gratuito

Tal y como se admite, el contrato es a título oneroso cuando las ventajas que gestiona

una de las partes le son asignadas por una prestación que ella se obliga a efectuar a la otra, mientras que el contrato es a título gratuito, cuando asegura alguna ventaja a una o a otra de las partes, independiente de toda prestación a su cargo.

De acuerdo con esta información conceptual, la diferencia entre un contrato gratuito y uno oneroso radica en la noción de “utilidad” que debe existir entre las partes. Así, cuando exista solo para una de las partes, se entiende que el contrato es gratuito o de beneficencia, y si existe para ambas, entonces el contrato es oneroso. Desde esta perspectiva, ¿el contrato de maternidad subrogada es oneroso o es gratuito? Lo que delimita la onerosidad de la gratuidad es un elemento objetivo: el precio sin confundirlo con el dinero que, en cierto modo, caracteriza el pago del precio contractual.

A efecto de la interrogante antes apuntada, a tenor de lo observado de la onerosidad del contrato de maternidad subrogada, citamos la Ley española 14/2006 del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en la parte que establece:

“La donación nunca 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” (art. 5.3, cursivas nuestras).

Por tanto, ¿qué significa “compensación” en la norma antes citada?

Como se trata de una ley española, según el *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la RAE, en el ámbito civil, el vocablo “compensación” significa:

Forma de extinción de una obligación cuando las dos partes lo son a su vez de otra obligación, de modo que se produce una situación concurrente en la que las mismas son recíprocamente acreedoras y deudoras. Es necesario legalmente que exista reciprocidad y el derecho que se compensa sea propio, los deudores lo sean a título principal, las prestaciones sean fungibles y homogéneas y las deudas sean exigibles, vencidas y líquidas.

Y el artículo 1195 del Código Civil español pauta: “Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra”. Esta disposición normativa es casi común en la legislación civil comparada en el ámbito iberoamericano. Y nuestro Código Civil dispone a la compensación como uno de los medios de extinción de las obligaciones (cfr. art. 633).

En consecuencia, lo que delimita la onerosidad de la gratuidad es un elemento objetivo: el precio sin confundirlo con el dinero. Detrás de esa “compensación” subyace la práctica comercial, pues casi ninguna mujer va a gestar por cuenta de otra sin el pago de un precio, más aún cuando en el concierto mundial esta práctica gestante se ha convertido en un mercado sujeto a la oferta y la demanda. Desde esta perspectiva, el contrato de maternidad subrogada atenta contra el orden público de la manera como apuntamos *infra*.

4.5. ¿Cuánto cobra un sustituto?

En el mercado, el precio está sujeto a la oferta y la demanda. Hay para todos los gustos según el poder económico. Nos valemos aquí de la *presunción hominis*, como aquella que la jueza o el juez establece a través del examen de circunstancias o hechos conocidos llamados indicios, pues hemos señalado la onerosidad que caracteriza al contrato de maternidad subrogada. Para reforzar lo afirmado sobre el pago de un precio, ahora nos permitimos traer a colación lo que se afirma en la doctrina de cómo se mueve el mercado en que se ha convertido el contrato *in commento*.

Un sustituto recibe entre \$ 20 000 y \$ 35 000 lo que equivale a menos de \$ 4 por hora. Para los padres encargados, los llamo ‘compradores de bebés’, la subrogación puede costar fácilmente \$ 100 000 o más, porque a menudo la madre biológica no queda embarazada o aborta, por lo que el proceso debe repetirse más de una vez. Mientras tanto, la mayor parte de ese dinero alimenta a la industria de la subrogación (clínicas de FIV, abogados, personas asesoras, agencias de “donantes de óvulos”, grupos de presión y otros intermediarios) que está explotando esta última oportunidad de negocios para llenar sus bolsillos.

El precio de la gestación subrogada va a depender del país donde se realice. No obstante, la gestación subrogada oscila alrededor de los 50 000 y los 180 000 euros; pero siempre es necesario tener en cuenta las condiciones del país, el coste de la técnica de reproducción asistida adicional necesaria, la

compensación económica de la gestante y los gastos derivados del propio proceso¹⁵.

V. Nulidad absoluta del contrato de maternidad subrogada

5. 1. El orden público y el contrato

En la doctrina, no existe acuerdo sobre el concepto de orden público. La calificación de una norma jurídica como distinguida por este carácter tampoco es precisa, porque está sometida a múltiples variables y contingencias. Habrá que determinar en cada caso si una norma es de orden público para decir si exige observancia incondicional y si no es renunciable por voluntad de los y las particulares.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado por lo cual no existe un concepto unívoco, más aún cuando casi nadie se atreve a conceptualizarlo, tratándose de ser una de las materias más complejas y complicadas del derecho. La doctrina y la jurisprudencia aparecen tímidas y se refieren al orden público de manera genérica y, en contados casos, de forma prudente al señalar algunas circunstancias de este.

Para muchos, no es necesario definirlo, se le tiene como un valor entendido, como *jus receptum*. Por ello, afirman que todos sabemos qué se quiere decir. “El principio de orden público tiene un contenido elástico y variable en el tiempo, su concepto no es unívoco y, en sentido amplio, comprende las bases esenciales del ordenamiento jurídico, social y económico de un país en un momento

de su evolución histórica”. Decimos que su contenido no es unívoco, pues tiene matices diferentes según lo pensemos en el derecho civil, comercial, laboral, penal, internacional, tributario, entre otros. Su contenido es variable según las distintas concepciones por su grado de “elasticidad”, una norma quedará o no comprendida como una limitación a la voluntad de las partes. A raíz de ello, los códigos de tipo germánico prefieren hablar de leyes imperativas y buenas costumbres¹⁶.

La doctrina y la jurisprudencia aparecen tímidas y se refieren a este de manera genérica. Es decir, podemos estar en presencia de normas de orden público relativo o absoluto, dependiendo si estas son o no renunciables e imperativas, personalísimas y de derechos imprescriptibles.

Sin embargo, es más sugerente indicar que las normas de orden público absoluto son aquellas imperativas e irrenunciables, personalísimas y cuyos derechos son imprescriptibles, dispuestas por el legislador en interés superior de la persona humana, de la familia y la sociedad. (i) *La norma es imperativa* cuando no admite acuerdo en contrario y solo puede ser reformada por una norma posterior que tenga el mismo carácter. En ningún momento, puede dejar de aplicarse, pues es indisponible y de cumplimiento forzoso cualquiera que sea la voluntad de las partes, y constituye un límite a la autonomía de la voluntad. (ii) *Norma irrenunciable* es aquella continente de derechos constitucionales o legales y que la persona no puede renunciar expresa o tácitamente, pues, en caso contrario, la

15 Bayonas, Amalia (psicóloga). *¿Cuánto cuesta la técnica de gestación subrogada?* <https://babygest.com/>. Consultado el 10 de marzo de 2023.

16 Piñón, Benjamín Pablo. *El principio de orden público en la teoría general del contrato*. <https://www.semanticscholar.org>. Consultado el 19 de noviembre de 2022.

renuncia carece de todo efecto. (iii) Norma personalísima es la que se refiere a un derecho inherente a la persona y que no puede ser transmitido. (iv) Derecho imprescriptible: que no se pierde ni cambia con el tiempo, el titular del derecho lo detentará de forma indefinida.

En la resolución n.º 00005-2003 del 15 de enero de 2003, refiriéndose a la sentencia n.º 766 del 26 de septiembre de 2001, la Sala Primera de la Corte consideró lo siguiente: “El concepto jurídico de orden público es indeterminado, flexible, dinámico, y de difícil definición. No obstante, puede entenderse como el conjunto de principios inspirados de un ordenamiento jurídico reflejo de los valores esenciales de una sociedad en un momento dado [...]”.

Y en la resolución n.º 14944-2020 del 7 de agosto de 2020, la Sala Constitucional de la CSJ señala que, en la sesión extraordinaria 51 del 26 de agosto de 1982, la Corte Plena, antiguo contralor de constitucionalidad, se refiere al orden público como: “[...] conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, por otra, conciernen a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en el justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar en la convivencia social”. Este criterio ha sido recogido por la Sala Constitucional en diversas resoluciones.

Se priva al niño o a la niña por nacer del derecho a conocer sus orígenes, se les considera como cosas y no como personas, pues se les concibe como el objeto del contrato que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Esto resulta gravemente dañino para su dignidad e integridad moral e, incluso, para su integridad física, habida cuenta de

la falta de control de la idoneidad de los comitentes y, no solo esto, sino también se atenta contra el derecho a conocer su origen biológico.

Además, se trata de un contrato con causa ilícita, puesto que dicha causa se opone a la ley y la moral. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño o a la niña que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción a cualquier derecho derivado de su maternidad, y todo esto ante la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma.

Mientras tanto, van apareciendo fácilmente los beneficios económicos de la agencia intermediadora y del centro autorizado, cuyo negocio lucrativo está constituido por este tipo de prácticas transgresoras de los derechos humanos.

El alquiler de un útero y la maternidad subrogada transgreden tanto la dignidad de la mujer gestante como la de la hija o del hijo nacido. Ambas prácticas atentan contra la dignidad de la mujer y son contrarias a la larga y difícil lucha porque esta no sea apreciada exclusivamente por su capacidad para gestar. Aceptar la maternidad subrogada y el alquiler de útero es admitir la manipulación del cuerpo femenino y considerarlo como un mero objeto, sin percatarse de que este adquiere un valor por participar de la dignidad inherente a la persona. Se aprecia pues una relación de identidad entre el sujeto y las partes de su cuerpo, al aceptar la cosificación de cuerpo.

Se admite que este pierde la nota de su humanidad¹⁷.

Ad exemplum, en la sentencia 277/2022 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España, la sala se fundamenta en las pruebas agregadas a la causa, en los contratos de gestación por sustitución en los que “La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad”.

Además del fundamento legal establecido en el artículo 10 de la Ley española 14/2006 sobre TRHA, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España fundó el rechazo de la demanda, sobre todo por entender que “la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos” (Fundamentos de Derecho, apartado 3.º), y la califica como venta de niños (disponible en www.centrodebioetica.org).

En los países donde no admiten ese contrato, se interpreta que este atenta contra el orden público en especial por tres motivos:

- (i) Constituye un instrumento para la explotación de las mujeres, esencialmente aquellas de bajos recursos económicos.
- (ii) El contrato tiene sentido de compraventa. Tiene como propósito la compraventa de recién nacidos, lo que

convierte a estos en una mercancía que puede ser vendida y comprada como cualquier otro producto y de acuerdo con el precio del mercado. Es la posible comercialización del cuerpo humano que no se limita a la mujer gestante, sino que se extiende a las empresas especializadas que se ocupan de gestionar todos los pasos del proceso, relacionar a los sujetos, formalizar los contratos, vigilar su cumplimiento y demás gestiones que se necesitan para llevar al final esta práctica.

(iii) Atenta contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse un niño o una niña por una compensación como hemos señalado *supra*, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana.

Y adicionamos otros motivos:

(iv) Constituye un atentado en contra de la dignidad de la persona humana con fundamento en que la concepción es consecuencia de un acto de comercio.

(v) Se utilizan las normas del derecho de familia, para la determinación de la validez del contrato, infringiéndose de tal modo las normas sobre adopción, pues esta se caracteriza por la gratuidad.

(vi) Convierte a las niñas y los niños en artículos de consumo, en cosas, aumentando la vulnerabilidad de aquellos y las mujeres gestantes ante las distintas formas de explotación.

17 Brena Sesma, Ingrid. Maternidad subrogada. Coordinadora del Núcleo de Estudios en Salud y Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Cátedra de Derecho y Genoma Humano. <https://enciclopedia-bioderecho.com>. Consultado el 25 de noviembre de 2022.

(vii) La legalización no impide la mercantilización del contrato, pues no se puede garantizar que no haya dinero implicado en el proceso, siendo posible que la gestación por sustitución altruista encubra una gestación lucrativa, más aún cuando no es fácil controlar los pagos correspondientes a “gastos clínicos o médicos” como consecuencia del proceso de gestación que fácilmente permite el encubrimiento del pago contractual mercantil.

(viii) El cuerpo femenino no está diseñado para llevar un embrión que no es engendrado por la mujer misma, y parir a sueldo no es ético, moral, ni lícito.

(ix) El vientre de alquiler es una violación de los derechos humanos, pues atenta contra la dignidad de la mujer, cuando se utiliza su vientre, su cuerpo, por medio de un contrato y por dinero encubierto con la denominada “compensación”, y lo mismo ocurre con el niño o la niña cuando carece de capacidad para discutir y consentir al que va a nacer de un vientre alquilado.

(x) El contrato de alquiler establece lo que debe comer la mujer, si puede viajar y las condiciones para esto, sus relaciones sexuales y mucho más. Hay una dominación total y absoluta de la mujer. Durante nueve meses es una esclava.

(xi) Por lo general, se incluye una cláusula de no aceptación del niño nacido, cuando este padece graves defectos genéticos o cromosómicos (tipo de enfermedades graves o el síndrome de Down), lo que convierte a la persona humana en un bien u objeto patrimonial-comercial, depurado de vicios o defectos y, por tanto, desechable cuando no se ajusta a la calidad deseada.

5.2. Nulidad absoluta del contrato y normas de orden público

La nulidad absoluta tiene lugar, cuando en la formación del contrato, se carece de alguno de los requisitos esenciales para su validez, o se han violado normas imperativas que lesionan el orden público o las buenas costumbres y, en consecuencia, no puede producir los efectos previstos por las partes y ser admitidos *ex lege*.

La nulidad absoluta del contrato de maternidad subrogada está sustancialmente entrelazada con el orden público, por lo cual, no puede desprenderse de este. Desde luego, la cultura del mercado ha venido considerando el cuerpo humano como una forma de comercio¹⁸, por lo que la maternidad de sustitución ha sido objeto de fuertes críticas en tanto vulnera el principio de intangibilidad del cuerpo humano¹⁹, afectando la dignidad de quien se presta a ello.

18 En la legislación comparada, el derecho no es uniforme. En efecto, la legislación española prohíbe la maternidad subrogada, así como en varios países, tales como Holanda, Francia, Italia, Suecia, Alemania. En el Reino Unido, Australia, Canadá, Grecia, Brasil, México (Tabasco y Sinaloa), Uruguay, Israel y Sudáfrica, rechazan el convenio gestacional si presenta fines comerciales. Se permite solo la maternidad subrogada altruista, es decir, aquella en la cual la mujer no recibe compensación económica por la gestación. En cambio, se permite en algunos incluso con fines lucrativos, tales como Rusia, Ucrania, la India y en algunos estados de EE.UU.

19 Berge, Salvador D. *Bioética, cuerpo y mercado*. <https://www.redalyc.org>. Consultado el 28 de noviembre de 2022.

Con el contrato de maternidad sustituida, se incurre en grave violación de normas de orden público absoluto que son imperativas, irrenunciables, personalísimas y continentes de derechos imprescriptibles, normas entre otras y, de manera especial, la Constitución Política preceptúa: “La vida humana es inviolable” (art. 21)²⁰.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José y ratificada por Costa Rica en 1970, establece en el primer párrafo de su artículo 4: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

A tenor de lo pautado en el artículo 21 constitucional, el Código Civil instituye: “La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento [...]” (art. 31), más aún cuando “Los derechos de la personalidad están fuera del comercio” (art. 44). “En los procesos de la jurisdicción familiar, las personas juzgadas tendrán particular esmero en la efectivización de los derechos humanos de personas en situación de vulnerabilidad, contenidos en la normativa nacional, internacional y sus principios”, como así imperativamente establece el artículo 7 del Código Procesal de Familia.

El Código de Familia contempla: “La calidad de hijo adquirida de conformidad con el artículo 81, surte efecto desde el día de la concepción y aprovecha aun a los descendientes de los hijos muertos al tiempo de la celebración del mismo” (art. 83).

El Código de la Niñez y la Adolescencia imperativamente señala: “Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Ante la duda, prevalecerá la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente” (art. 2).

Se sostiene que el contrato con la portadora resulta a todas luces ilícito, porque, entre otras razones, la capacidad generativa es indispensable, intransferible y personalísima. Está fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, porque no está permitido pretender arrendar el uso de un útero durante nueve meses de gestación²¹.

Asimismo, el contrato de gestación de sustitución es siempre nulo, porque, en cualquier caso, se opone al *principio de indisponibilidad del cuerpo humano*, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico²². Se opone también

20 En el expediente n.º 20.918 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, está un Proyecto de Ley de Reforma del artículo 21 de la Constitución Política, para proteger la inviolabilidad de la vida humana; presentado por varios diputados y diputadas. Este proyecto se encuentra en el orden del día del plenario desde el 31 de julio de 2018 y cumplió el trámite de revisión de forma en el Departamento de Servicios Parlamentarios; y si se aprueba, el artículo 21 diría: “La vida humana es inviolable desde la fecundación”. (<http://www.aselex.cr/boletines/Proyecto-20918.pdf>).

21 Lledó Yagüe, Francisco. *Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana*. <https://dialnet.unirioja.es>. Consultado el 10 de diciembre de 2022.

22 De Verda, José Ramón. *Reproducción humana asistida*. <https://www.revista-rbd.com>. Consultado el 20 de diciembre de 2022.

al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo o hija.

La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante y no a la biológica (en el caso de que esta sea distinta de aquella). Desde este contexto, en atención al “principio de la indisponibilidad del cuerpo”, “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto los autorizados por la ley. Es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte” (art. 45 CC). En efecto, en el contrato de maternidad subrogada, se obliga a la mujer a disponer de su cuerpo de la manera como hemos apuntado *supra*.

Desde luego, en la resolución n.º 00943–2022 del 5 de mayo de 2022, la Sala Primera de la Corte señaló:

[...] si bien es cierto al tenor de la sentencia del año 2012 de la CIDH, existe un derecho de las personas con problemas de fertilidad de acceder a la técnica FIV, también es cierto que no es legítimo de conformidad con el ordenamiento, realizar un convenio de gestación subrogada,

por más que no [sic] haga a título oneroso, como no se demostró que se haya realizado en este caso. Se considera que si bien el fin de construir una familia es legítimo, el medio propuesto en este caso (la gestación subrogada), no lo es [...].

Y aún más, todo acto o contrato requiere como elemento esencial para su existencia jurídica no solo la manifestación de voluntad y un objeto, sino también una causa que requiere para validez de este que dicha causa sea lícita.

Es más, la niña o el niño que va a ser entregado por la madre subrogada a los contratantes no es objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación (v. art. 626.2, CC), en consideración a que aquel “no es objeto o cosa”, es persona humana, ni tampoco es “objeto que pueda reducirse a un valor exigible” (cfr. art. 630 *eiusdem*). Desde luego, la persona humana no es objeto de comercio y, por tanto, carece de valor patrimonial. Y todo esto queda reforzado cuando el artículo 835 *ibidem* dispone que “Hay nulidad absoluta en los actos o contratos: 1º.- Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia”. Por tanto, a tenor de lo pautado en esta norma, el contrato *in commento* puede ser calificado de inexistente, en cuya hipótesis la *nulidad absoluta originaria e inexistencia*²³ parecen coincidir en las consecuencias.

23 En relación con la “inexistencia del acto o contrato”, en la resolución n.º 00044-1991 del 5 de abril de 1991, la Sala Primera de la Corte afirmó: “[...] Así las cosas, la hipoteca, en los términos en que fue constituida, adolece de *nulidad absoluta*; corolario de ello, el acto de cuyo seno afloró se ha de considerar ilegítimo. De esto se deriva también la incapacidad para la producción de efectos jurídicos y la restitución de las cosas al estado anterior al acto o contrato viciado de nulidad, de suerte que todos aquellos actos y contratos de ejecución y los que resulten ser consecuencia directa e inmediata, se ven afectados igualmente por la nulidad; por lo consiguiente, su eficacia queda asimismo sin ningún valor, pues *deben considerarse inexistentes*, toda vez que, por producir la nulidad la insubsistencia del acto o contrato, al punto de estimarse jurídicamente inexistente ese acto o contrato, no puede nacer derecho ni efecto en favor o en contra de algún sujeto (artículos 835, 837 y 847 del Código Civil) [...]”. Luego, entonces, ¿la nulidad absoluta se equipara a la inexistencia?

No obstante, posteriormente la Sala Primera de la Corte afirmó: “[...] la teoría de la inexistencia del acto o negocio jurídico no se encuentra reconocida ni positivizada en el ordenamiento jurídico costarricense como una categoría patológica autónoma. Al margen de la discusión doctrinaria surgida a favor y en contra de la calificación de “inexistencia”, lo cierto es que, en Costa Rica las patologías negociales están reguladas a través de las figuras de nulidad absoluta y relativa, según se configuren los presupuestos enunciados en los numerales 835 y 836 del C.C [...]”. (Resolución n.N 00653 – 2015, del de junio de 1015).

5.3. Consecuencias de la nulidad absoluta del contrato

1. La nulidad del contrato de maternidad subrogada es absoluta porque se celebra en contravención de las citadas normas (5.2. *retro*) que tienen por objeto la salvaguarda del interés general. Esta nulidad absoluta procede de pleno derecho²⁴, y toda persona que acredite un interés, así como el Ministerio Público pueden invocarla, y no puede subsanarse por virtud de la confirmación del contrato. Y, por supuesto, la madre gestante contratada no solo luego de otorgar el contrato, sino durante su vigencia que termina con el parto y después de este al negarse a entregar al niño o a la niña (en ejecución del contrato), sin que valga alegar en su contra incumplimiento de contrato, puesto que este es absolutamente nulo por infringir disposiciones imperativas, irrenunciables, personalísimas e imprescriptibles, dictadas en protección de la persona, la familia y la sociedad. Es impropio e improcedente hablar de incumplimiento de contrato y menos que este sea ejecutable con la entrega del nacido vivo a las personas contratantes; más aún porque la persona no es una cosa u objeto que se entrega en propiedad en cumplimiento de una obligación de dar.
2. Estamos en presencia de un contrato inficionado de ineficacia originaria absoluta que no produce ningún efecto y que alcanza a las partes como a sus causahabientes y terceras personas, nulidad absoluta que deja a los y las contratantes en situación tal y como si jamás contrataron.
3. Como el referido contrato se considera como si jamás fue celebrado (*nullum est negotium, nihil est actum*), la maternidad se determina por el parto²⁵, es decir, la gestante que dio a luz es la madre, mientras que el padre es el aportante del gameto utilizado para la fecundación.
4. ¿La nulidad absoluta de pleno derecho del contrato, entendida según las apuntaciones que anteceden, obliga a la contratada a devolver al contratante los gastos efectuados como consecuencia del contrato nulo? Creemos que no. Cuando la causa es ilícita por ser contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público, y quien así haya entregado una prestación o haya pagado una obligación no puede ejercer la acción en repetición, sino cuando de su parte no haya habido violación de aquellas. En el contrato de maternidad subrogada, parece que ambas partes han incurrido en violación

24 “[...] el cardinal 19 del CC dispone que los actos contrarios a las reglas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, con la salvedad que dicten esas propias normas. De ahí, en asuntos como el de análisis, no se trata de que el contrato no se haya perfeccionado o contenga yerros, sino que al resultar contrario al ordenamiento jurídico, -nulidad originada en la prohibición legal- entonces resulta nulo de pleno derecho [...]”. (cfr. Sala Primera de la Corte, resolución n.º 00291 – 2019 del 3 de abril de 2019).

25 Ley española 14/2006 del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone en el artículo 10 que: 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 del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

del orden público, pero no es así porque la mujer contratada no puede renunciar a las mencionadas normas en cuyo cumplimiento está interesado el orden público, pues como señala el Código Civil francés reformado (2016) *supra* citado, “El contrato no podrá sustraerse al orden público ni en su contenido ni en su finalidad, la conocieren o no todas las partes” (art. 1162).

En efecto, quien viola esas normas es el contratante, por haber celebrado el contrato de adhesión, tipo y uniforme, unilateralmente impuesto sin la libre negociación de la contratada que únicamente *asintió*, y de contenido clausular predispuesto y abusivo. Si se considera que la mujer también incurrió en tal infracción, tampoco procede la *repetición* de lo recibido, pues como se instituye en el artículo 1306 del Código Civil español:

Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

5. ¿Procede la indemnización por daños y perjuicios? Si se considera que las partes son responsables de la nulidad

absoluta del contrato de maternidad sustituida, ninguna podría solicitar indemnización por haber incurrido en violación de normas de orden público, más aún cuando la indemnización de perjuicios supone un acto malicioso que provoca causalmente un daño que debe ser demostrado, y la culpa (dolo o negligencia) es compartida por las partes. Sin embargo, es obvio que la mujer contratada que ha estado sometida durante meses desde el implante intrauterino actuó de buena fe, sin dolo. Y lo mismo no puede decirse del contratante en contra de quien puede presumirse que actuó con dolo mediante un contrato fraguado integrado por cláusulas predispuestas que se ha aprovechado de la necesidad económica de la mujer.

Ahora bien, el contrato inficionado de nulidad absoluta se reputa como si nunca hubiera existido, por lo cual la fuente de la responsabilidad no es el contrato de maternidad subrogada, ya que no existe, sino el hecho ilícito del contratante de haber elaborado el contrato que contiene ínsito el régimen clausular predispuesto y por celebrarlo en violación de normas de orden público.

Por eso, la mujer (víctima) podrá solicitar reparación del daño sufrido en los términos del derecho común de la responsabilidad extracontractual; es decir, la indemnización de daños y perjuicios que no nace del incumplimiento de las obligaciones predispuestas en el contrato unilateral (lo que presume una conducta dañosa del contratante previamente calculada), sino de la nulidad absoluta originaria del contrato de maternidad subrogada ante el daño y perjuicio que esta supone, daños patrimoniales que signifiquen

un menoscabo valorable económicamente, que sea cierto, real y efectivo, en perjuicio de la mujer contratada, así como el daño moral, de afección, extrapatrimonial o incorporal.

Independientemente de que la mujer haya o no dejado sin efecto el contrato, o el rechazo a su cumplimiento, si el o los contratantes que hayan dejado en estado de abandono a la mujer receptora de embrión, en cualquier etapa de la gestación o después del nacimiento del concebido, ella tiene derecho a reclamar a aquellos los daños y perjuicios ocasionados.

No se trata de daños y perjuicios contractuales, porque el contrato en comentario adolece de nulidad absoluta originaria, sino de aquellos que la mujer gestante ha podido sufrir desde la implantación intrauterina, conforme la maternidad subrogada, hasta el parto y después de este, referidos al daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, en relación de causa y efecto, es decir, de la relación de causalidad entre el hecho o acto y el daño, para que este sea imputable jurídicamente al contratante que se presume responsable, con fundamento en el hecho ilícito del contratante por haber procedido a imponer el mencionado contrato, en las condiciones denunciadas como abusivas y en perjuicio de la mujer; precisamente, el contratante como culpable de la nulidad, quien además maliciosamente indujo a la mujer a otorgar un contrato nulo, actuando con culpa, negligencia, imprudencia e inobservancia de las normas imperativas de orden público.

Además, se agrega la responsabilidad por el daño emergente ante la disminución patrimonial o la pérdida de valor de los activos o aumento de los gastos o pasivos que la mujer haya realizado en protección de su salud, o cualquier gasto efectuado por la ocurrencia del hecho generador del daño, por

el lucro cesante o la frustración por lo que se ha dejado de percibir a causa del hecho ilícito por acción u omisión del contratante, y por el daño moral sufrido que “no repercute en el patrimonio. Supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas, la cual se traduce en disgusto, desánimo, angustia, padecimiento emocional o psicológico, etc.”. Y aunque puede tener consecuencias patrimoniales, no puede subsumirse en ellas (cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de enero de 2000). Según la misma sala, en la sentencia del 15 de julio de 1992:

la diferencia dogmática entre daño patrimonial y moral no excluye que, en la práctica, se presenten concomitantemente uno y otro, podría ser el caso de las lesiones que generan un dolor físico o causan una desfiguración o deformidad física (daño a la salud) y el daño estético (rompimiento de la armonía física del rostro o de cualquier otra parte expuesta del cuerpo), sin que por ello el daño moral se repute como secundario o accesorio, pues evidentemente tiene autonomía y características peculiares.

VI. Conclusiones

1. Los gametos son portadores de vida mucho antes de la concepción. El óvulo femenino y el semen del varón son ambas células vivas, células humanas. Según Jerome Lejeune, genetista descubridor de las causas del síndrome de Down, aceptar que, después de la fecundación, un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es ya una cuestión de gusto u opinión,

- no es una hipótesis metafísica, sino una experiencia experimental²⁶.
2. La persona humana nacida viva de fecundación humana asistida tiene el derecho de conocer su origen genético, aun cuando se llegue a disponer el mantenimiento en secreto de toda información confidencial, tanto en beneficio del donante de los gametos, como de la madre o la pareja que los utilizarán. No obstante, queda latente el derecho de la persona menor de saber su origen genético.
 3. La persona humana nacida debe ser protegida desde que se inicia el proceso fecundatorio, pues los embriones son seres humanos con una carga genética única y, por lo tanto, son dignos de protección por el ordenamiento jurídico, más aún cuando la calidad de sujeto de derecho, que distingue a la persona, se adquiere desde su concepción y no desde su nacimiento, aunque supeditado al goce de los derechos patrimoniales a que nazca con vida.
 4. Los derechos personalísimos y extrapatrimoniales son irrenunciables. Así, las normas de orden público absoluto son aquellas imperativas e irrenunciables, personalísimas y continentes de derechos imprescriptibles, dispuestas por el legislador en interés superior de la persona humana, de la familia y la sociedad.
 5. Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla a sí mismo... Por lo demás, está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano... el ser humano debe ser respetado y tratado como una persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento, se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida²⁷.
 6. El contrato de maternidad subrogada es ilícito porque la capacidad generativa es indispensable, intransferible y personalísima. Está fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, y porque pretender contratar el uso de un útero durante nueve meses de gestación atenta contra los principios de orden público.
 7. El contrato de maternidad subrogada es nulo, de nulidad absoluta originaria, porque surge en violación de normas de orden público que son imperativas, irrenunciables, personalísimas y continentes de derechos imprescriptibles, las cuales tienen como fuente principal y esencial la Constitución Política cuando

26 Lejeune, Jerome, cit. por Sanz Álvarez, Jaime Enrique. (2002). *Fecundación asistida*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pp. 170-171.

27 Juan Pablo II. (25 de marzo de 1995). Encíclica “Evangelium vitae” (n.º 60). <https://www.vatican.va>. Consultado el 9 de diciembre de 2022.

esta preceptúa: “La vida humana es inviolable” (art. 21), y este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Por lo cual, estamos en presencia de un contrato inficionado de ineficacia originaria absoluta que no produce ningún efecto y alcanza tanto a las partes como a sus causahabientes y terceras personas.

8. La nulidad del contrato de maternidad subrogada procede de pleno derecho y toda persona que acredite un interés, así como el Ministerio Público pueden invocarla, y no puede subsanarse por virtud de la confirmación del contrato.
9. La madre gestante contratada no está obligada a cumplir con un contrato que no existe, no solo luego de decirse que fue celebrado, sino también durante su vigencia y después de este al negarse ella a entregar al niño o a la niña, sin que valga alegar en su contra incumplimiento de contrato, puesto que, cuando este es absolutamente nulo por infringir disposiciones imperativas, irrenunciables, personalísimas y de derechos imprescriptibles, dictadas en protección de la persona humana, la familia y la sociedad, es impropio e improcedente hablar de incumplimiento de contrato y menos que este sea ejecutable con la entrega del (de la) nacido(a) vivo(a) a las personas contratantes.
10. El contrato de maternidad subrogada jamás fue celebrado (*nullum est negotium, nihil est actum*, pues el contrato así celebrado no engendra efectos jurídicos, carece *ab initio* de eficacia) y, en consecuencia, la

maternidad se determina por el parto, es decir, la gestante que dio a luz es la madre, mientras que el padre es el aportante del gameto utilizado para la fecundación. Desde luego, queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto al padre biológico, conforme a las reglas generales.

11. La nulidad absoluta de pleno derecho del contrato no obliga a la mujer a devolver a la persona contratante los gastos efectuados por esta. Sin duda, el contenido del contrato es inconstitucional e ilícito, pues como hemos apuntado, contraría a la Constitución Política, la ley, las buenas costumbres y al orden público, por lo cual no tiene obligación de repetir la prestación o lo pagado por la persona contratante, pues esta ha incurrido en violación de esta normativa.

En efecto, quien las viola es el contratante por haber celebrado el contrato de adhesión, tipo y uniforme, de contenido clausular predispuesto y abusivo, sin la libre negociación de la contratada, aun cuando por lo mismo es negociación inútil. Si se considera que la mujer también incurrió en tal infracción, tampoco procede la repetición a su cargo, pues como se instituye en el artículo 1306 del Código Civil español:

Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando

esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

12. La mujer (víctima) podrá solicitar reparación del daño sufrido en los términos del derecho común, de la responsabilidad extracontractual, es decir, la indemnización de daños y perjuicios que no nace del incumplimiento de obligaciones, sino de la nulidad absoluta originaria del contrato de maternidad subrogada, daños patrimoniales que significan un menoscabo valorable económicamente que es cierto, real y efectivo en perjuicio de la mujer contratada, así como un daño moral, de afección, extrapatrimonial o incorporal (daño moral subjetivo).

Bibliografía

Aguiló Regla, Josep. *Las presunciones hominis y las inferencias probatorias*. <http://www.scielo.org.pe>

Bayonas, Amalia. *¿Cuánto cuesta la técnica de gestación subrogada?* <https://babygest.com/>

Berge, Salvador D. *Bioética, cuerpo y mercado*. <https://www.redalyc.org>

Carrasco de Paula, Ignacio. *Discernir la procreación médicamente asistida: conceptos clave del magisterio de la Iglesia católica*. <https://enciclopediaeobioetica.com>

De Verda, José Ramón. *Reproducción humana asistida*. <https://www.revista-rbd.com>

Díez-Picazo, Luis. (1972). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Ed. Tecnos.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. (2015). *La filiación y la fecundación "in vitro"*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es>

Guerrero-Quintero, Gilberto. (2022). *El objeto y la causa como requisitos de validez del contrato. ¿Una discusión interminable?* San José, Costa Rica: Ed. Investigaciones Jurídicas. 376 pp.

Jouve de la Barreda, Nicolás. *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*. <http://aebioetica.org>

Juan Pablo II. (25 de marzo de 1995). *Encíclica "Evangelium vitae"* (n.º 60). <https://www.vatican.va>

Lejeune, Jerome, cit. por Sanz Álvarez, Jaime Enrique. (2002). *Fecundación asistida*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pp. 170-171.

Lledó Yagüe, Francisco. *Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana*. <https://dialnet.unirioja.es>

Maldonado, Lorena G. *Por qué soy feminista radical (y quizás tú también)*. <https://www.elespanol.com>

Norma Juanes. *Naturaleza jurídica de la donación. Concepto y contenido. El problema*

en el derecho civil argentino y en el derecho comparado. <https://escribanos.org.ar>

Orden n.º 2016-131 del 10 de febrero de 2016 por la que se reforman el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones. Por Ley 2018-287, 20 de abril 2018, se ratifica esta ordenanza. Puede consultarse en <https://www.legifrance.gouv.fr>

Piñón, Benjamín Pablo. *El principio de orden público en la teoría general del contrato*. <https://www.semanticscholar.org>

Ramiro, F.J. *¿De dónde vienen los bebés (sustitutos). La subrogación como violación de los derechos humanos*. <https://www.bioeticaweb.com>