

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**TESIS:**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA REGULAR LA PROHIBICIÓN  
EXPRESA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA ONEROSA EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

**Bachiller: ORLANDO QUINTEROS EDQUÉN**

Asesor:

**Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**

**Cajamarca - Perú**

**2021**

COPYRIGHT © 2021 by  
**ORLANDO QUINTEROS EDQUÉN**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

### **PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

#### **TESIS APROBADA:**

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA REGULAR LA PROHIBICIÓN EXPRESA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA ONEROSA EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

**Bachiller: ORLANDO QUINTEROS EDQUÉN**

#### **JURADO EVALUADOR**

Dr. Joel Romero Mendoza  
Asesor

Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor  
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello  
Jurado Evaluador

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga  
Jurado Evaluador

**Cajamarca – Perú**

**2021**



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS**

Siendo las diecisiete con diez horas del día 11 de noviembre de dos mil veintiuno, reunidos a través de Gmeet [meet.google.com/gda-wxfa-dmw](https://meet.google.com/gda-wxfa-dmw), creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JULIO ALEJANDRO VILLANUEVA PASTOR**, **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, y en calidad de Asesor el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA REGULAR LA PROHIBICIÓN EXPRESA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA ONEROSA EN EL PERÚ**; presentada por el **Bach. en Derecho ORLANDO QUINTEROS EDQUÉN**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECISEIS (16)** la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. ORLANDO QUINTEROS EDQUÉN**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las dieciocho horas con veinte minutos del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....  
**Dr. Joel Romero Mendoza**  
Asesor

.....  
**Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor**  
Jurado Evaluador

.....  
**Dra. Maria Isabel Pimentel Tello**  
Jurado Evaluador

.....  
**Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga**  
Jurado Evaluador

*A mis padres Gloria y Juan, por ser mi fortaleza siempre.*

## **AGRADECIMIENTO A:**

A Dios por haberme dado salud, sabiduría y fuerza, para concluir el presente trabajo.

A Juan y Gloria, por demostrarme día a día el significado del amor de padres; y más por ser los mejores amigos que tengo en esta vida terrenal.

A Tatiana Quinteros, por darle alegría a mis días.

A la Dra. Sandra Manrique y al Dr. Joel Romero, por su excelente cátedra en los cursos de metodología a lo largo de la maestría. Mi estima por siempre.

**El Autor**

## TABLA DE CONTENIDOS

|   |      |
|---|------|
| AGRADECIMIENTO A: .....   | vi   |
| TABLA DE CONTENIDOS .....   | vii  |
| LISTA DE ABREVIATURAS.....  | xi   |
| RESUMEN .....   | xii  |
| <i>ABSTRACT</i> .....   | xiii |
| INTRODUCCIÓN .....  | xiv  |
| <br>  |      |
| CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS .....                            | 1    |
| 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....                                | 1    |
| 1.1.1. Contextualización o problemática .....                       | 1    |
| 1.1.2. Descripción del problema .....                               | 6    |
| 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....                                 | 7    |
| 1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....                        | 7    |
| 1.4. OBJETIVOS.....   | 8    |
| 1.4.1. General .....  | 8    |
| 1.4.2. Específicos.....   | 8    |
| 1.5. DELIMITACIÓN .....   | 9    |
| 1.5.1. Espacial.....  | 9    |
| 1.5.2. Temporal.....  | 9    |
| 1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN .....                                    | 9    |
| 1.6.1. De acuerdo al fin que persigue .....                         | 9    |
| A.    Básica.....   | 9    |
| 1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación .....               | 10   |
| A.    Descriptiva .....   | 10   |
| B.    Explicativa.....  | 10   |
| C.    Propositiva.....  | 10   |
| 1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que utilizan ..... | 11   |
| A.    Cualitativa .....   | 11   |
| 1.7. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....                               | 11   |
| 1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....                                  | 12   |
| 1.8.1. Genéricos .....  | 12   |

|                                  |  |    |
|----------------------------------|--|----|
| A.                               | Método deductivo .....   | 12 |
| B.                               | Método analítico .....   | 12 |
| C.                               | Método sintético.....  | 12 |
| 1.8.2.                           | Propios del derecho .....                                      | 13 |
| A.                               | Dogmático.....   | 13 |
| 1.9.                             | TÉCNICAS.....  | 13 |
| 1.9.1.                           | Técnica del fichaje .....                                      | 13 |
| 1.9.2.                           | Análisis de contenido .....                                    | 13 |
| 1.10.                            | INSTRUMENTOS.....  | 14 |
| 1.10.1.                          | Ficha bibliográfica .....                                      | 14 |
| 1.10.2.                          | Ficha resumen.....   | 14 |
| 1.10.3.                          | Ficha de análisis documental .....                             | 14 |
| 1.11.                            | UNIDADES DE ANÁLISIS.....                                      | 14 |
| 1.12.                            | UNIVERSO Y MUESTRA.....  | 14 |
| 1.13.                            | ESTADO DE LA CUESTIÓN.....                                     | 15 |
| CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO ..... |  | 17 |
| 2.1.                             | Marco iusfilosófico .....                                      | 17 |
| 2.2.                             | Los derechos fundamentales y la maternidad subrogada.....      | 22 |
| 2.2.1.                           | Estado Constitucional de Derecho .....                         | 22 |
| 2.2.2.                           | La dignidad humana.....  | 25 |
| 2.2.3.                           | Libre desarrollo de la personalidad .....                      | 29 |
| 2.2.4.                           | Derecho a la vida privada.....                                 | 32 |
| 2.2.5.                           | Derecho a la salud .....                                       | 36 |
| 2.2.6.                           | Derecho a la autonomía reproductiva .....                      | 37 |
| 2.2.7.                           | El interés superior del niño.....                              | 39 |
| 2.2.8.                           | Derechos reproductivos .....                                   | 41 |
| 2.2.9.                           | Derecho a la procreación .....                                 | 45 |
| 2.2.10.                          | Derecho a la protección familiar .....                         | 47 |
| 2.3.                             | La libre disposición sobre el cuerpo humano.....               | 50 |
| 2.3.1.                           | El derecho de propiedad y el cuerpo humano.....                | 53 |
| 2.3.2.                           | La autonomía personal en la disposición del cuerpo humano..... | 57 |
| 2.3.3.                           | La mercantilización de la reproducción .....                   | 59 |



|   |     |
|---|-----|
| 2.4. Bioética .....   | 64  |
| 2.4.1. Etimología .....   | 66  |
| 2.4.2. Definición de bioética .....                                   | 67  |
| 2.4.3. Características .....  | 69  |
| 2.4.4. Principios de la bioética.....                                 | 70  |
| 2.5. Técnicas de reproducción asistida.....                           | 72  |
| 2.5.1. Fecundación in vitro .....                                     | 73  |
| 2.5.2. Transferencia de gametos.....                                  | 73  |
| 2.5.3. Inseminación artificial .....                                  | 74  |
| 2.5.4. Donación de gametos .....                                      | 75  |
| 2.6. Maternidad subrogada.....  | 76  |
| 2.6.1. Definición .....   | 76  |
| 2.6.2. Antecedentes históricos .....                                  | 79  |
| 2.6.3. Posturas de maternidad subrogada .....                         | 83  |
| 2.6.4. Tipología de maternidad subrogada.....                         | 88  |
| A. Madre portadora .....  | 89  |
| B. Madre sustituta .....  | 89  |
| C. Ovodonación.....   | 89  |
| D. Embriodonación .....   | 90  |
| 2.6.5. La necesidad de regular la maternidad subrogada .....          | 90  |
| 2.6.6. La ruptura del principio <i>mater semper certa est</i> .....   | 104 |
| 2.6.7. La maternidad subrogada en la Ley General de Salud .....       | 110 |
| 2.6.8. La jurisprudencia nacional y pronunciamientos judiciales ..... | 116 |
| A. Cas. N.º 5003-2007-Lima.....                                       | 116 |
| B. Cas. N.º 4323-2010-Lima.....                                       | 121 |
| C. Exp. N.º 183515-2006-00113.....                                    | 127 |
| D. Cas. N.º 563-2011-Lima.....  | 130 |
| E. Exp. N.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 .....                          | 135 |
| 2.6.9. Legislación comparada .....                                    | 153 |
| A. Estados Unidos.....  | 153 |
| B. Alemania .....   | 157 |
| C. Suecia.....  | 158 |
| D. Francia .....  | 158 |

|   |   |     |
|---|---|-----|
| E.  | Italia .....  | 161 |
| F.  | España.....   | 163 |
| G.  | Reino Unido .....   | 164 |
| H.  | Grecia .....  | 165 |
| I.  | Holanda.....  | 166 |
| J.  | India .....   | 167 |
| K.  | Canadá .....  | 169 |
| L.  | México.....   | 169 |
| M.  | Argentina.....  | 171 |
| N.  | Brasil.....   | 172 |
| O.  | Colombia.....   | 173 |
| P.  | Uruguay .....   | 175 |
| CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS ..... |   | 177 |
| 3.1.  | Garantizar la protección de la dignidad humana y de los derechos<br>fundamentales de la mujer gestante .....                | 177 |
| 3.2.  | Establecer los límites a libre disposición del cuerpo humano ..   | 190 |
| 3.3.  | Garantizar el uso adecuado de las técnicas de reproducción<br>humana asistida en relación con la maternidad subrogada ..... | 196 |
| CAPÍTULO IV: PROPUESTA LEGISLATIVA .....          |   | 202 |
| CONCLUSIONES.....                                 |   | 210 |
| RECOMENDACIONES .....                             |   | 213 |
| LISTA DE REFERENCIAS .....                        |   | 215 |

## LISTA DE ABREVIATURAS

|                      |   |
|----------------------|---|
| <b>ART:</b>          | Artículo                                      |
| <b>CAS:</b>          | Casación                                      |
| <b>CIDH:</b>         | Corte Interamericana de Derechos Humanos      |
| <b>Constitución:</b> | Constitución Política del Perú                |
| <b>C.P:</b>          | Código Penal                                  |
| <b>DUDH:</b>         | Declaración Universal de Derechos Humanos     |
| <b>EXP:</b>          | Expediente                                    |
| <b>LGS:</b>          | Ley General de Salud                          |
| <b>RENIEC:</b>       | Registro Nacional de Identidad y Estado Civil |
| <b>STC:</b>          | Sentencia del Tribunal Constitucional         |
| <b>TRHA:</b>         | Técnicas de Reproducción Humana Asistida      |

## RESUMEN

La presente tesis, aborda la problemática de la falta de regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú; toda vez que la misma como TRHA ha adquirido relevancia a nivel mundial producto del desarrollo de la ciencia médica, al servir como una opción para parejas que adolecen de problemas de infertilidad y anhelan tener prole. Esto ha generado que se vea superado el artículo 7 de la Ley General de Salud, único dispositivo legal que regula sucintamente a las TRHA en el Perú.

Por esa razón, desarrollamos los fundamentos jurídicos para regularla dentro del Código Civil, partiendo por estudiar el positivismo jurídico, por tratarse de un hecho jurídico no regulado en nuestro ordenamiento, posteriormente arribamos al análisis de los derechos fundamentales involucrados; luego tratamos a la libre disposición del cuerpo humano, la bioética, las técnicas de reproducción humana asistida, la tipología de la maternidad subrogada; examinamos los pronunciamientos judiciales relevantes y finalmente estudiamos a la legislación comparada.

Proponemos resolver el problema con la incorporación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el artículo 415-E del Código Civil, adicionalmente a ello la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud.

**Palabras Clave:** Fundamentos jurídicos, maternidad subrogada, onerosa, prohibición expresa.

## **ABSTRACT**

*This thesis addresses the problem of the lack of regulation of the express prohibition of onerous surrogacy in Peru; since the same as TRHA has acquired relevance worldwide as a result of the development of medical science, serving as an option for couples who suffer from infertility problems and yearn to have children. This has led to the passing of Article 7 of the General Health Law, the only legal device that succinctly regulates TRHA in Peru.*

*For that reason, we developed the legal foundations to regulate it within the Civil Code, starting by studying legal positivism, since it is a legal fact not regulated in our system, later we arrive at the analysis of the fundamental rights involved; then we deal with the free disposition of the human body, bioethics, assisted human reproduction techniques, the typology of surrogacy; We examine the relevant judicial pronouncements and finally we study the comparative legislation.*

*We propose to solve the problem with the incorporation of the express prohibition of onerous surrogacy in article 415-E of the Civil Code, in addition to the modification of article 7 of the General Health Law.*

**Key Words:** *Legal grounds, surrogacy, burdensome, express prohibition.*

## INTRODUCCIÓN

Los avances de la ciencia médica a partir de la década de los setenta, han dado lugar al nacimiento de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), como son la fecundación in vitro, la transferencia de gametos, la inseminación artificial, la donación de gametos y la maternidad subrogada, las cuales han servido como alternativas de solución, para parejas que no pueden procrear naturalmente debido a problemas de infertilidad. Estos adelantos en materia genética han generado posturas encontradas en la sociedad y en la comunidad jurídica.

En ese contexto la presente investigación encuentra su razón de ser debido a que la maternidad subrogada ha adquirido relevancia jurídico-social a nivel mundial, al servir como una opción para las parejas que presentan problemas de procreación y anhelan tener prole, en consecuencia, desde su aparición ha sido regulada progresivamente en países como Francia, España, Alemania, Brasil y Reino Unido, lo cual será desarrollado en el punto correspondiente a la legislación comparada. En esa misma línea el Perú como Estado constitucional de derecho, reconoce especial protección al niño, a la madre, además de proteger a la familia; por ende se debe legislar en contra de la maternidad subrogada de carácter oneroso, puesto que se debe impedir que nuestro país se convierta en un destino más del turismo reproductivo como sucede con Ucrania, India y el Estado mexicano de Tabasco, lo cual permite que clínicas de fertilidad que pertenecen a organizaciones orientadas al industrialismo procreativo lucren con el derecho a la procreación, atentando en contra de la solidaridad humana

que representa el motivo de la maternidad subrogada filantrópica y de las técnicas de reproducción humana asistida en general.

En ese sentido el núcleo de la presente investigación está orientado a la incorporación dentro de la regulación del ordenamiento jurídico peruano de la prohibición expresa de la maternidad subrogada de índole onerosa, debido a que su falta de regulación favorece a la celebración de convenios de carácter patrimonial conocidos con el nombre de vientres de alquiler, los cuales implican para la mujer la afectación a su dignidad, mediante la pérdida de su autonomía personal durante el proceso de gestación, ello se ve reforzado por una pérdida de control sobre el propio cuerpo de la madre gestante, al aceptar una serie de condiciones que socaban su autonomía, sometiéndola al control de terceras personas con un fin lucrativo de por medio.

En cuanto a la estructura de la presente tesis, cuenta con cuatro capítulos. El capítulo I, está relacionado con los aspectos metodológicos, como son el planteamiento, la formulación, la justificación, los objetivos, la delimitación y limitaciones, la hipótesis, los métodos, técnicas y el estado de cuestión. El capítulo II, ha sido diseñado para el marco teórico, en el cual se aborda el marco iusfilosófico, los derechos fundamentales y la maternidad subrogada, la libre disposición sobre el cuerpo humano, la bioética, etimología de la maternidad subrogada, ítem que comprende a sus antecedentes históricos, las técnicas de reproducción humana asistida, la necesidad de su regulación, la ruptura del principio *mater semper certa est*, la maternidad subrogada en la Ley General de Salud, jurisprudencia nacional y legislación comparada. En el capítulo III, se

abordan los componentes de la hipótesis, como son garantizar la protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de la mujer gestante, establecer los límites a la libre disposición del cuerpo humano y garantizar el uso adecuado de las técnicas de reproducción humana asistida en relación con la maternidad subrogada. En el capítulo IV, se plantea la propuesta legislativa de incorporación del artículo 415-E en el Código Civil, sobre la base del Anteproyecto de Reforma del Código Civil (2016-2018), finalmente se desarrollan las conclusiones y recomendaciones de la investigación realizada.



## **CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1.1. Contextualización o problemática**

Los avances de la ciencia médica a partir de la década de los setenta, han dado lugar al nacimiento de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), como son la fecundación in vitro, la transferencia de gametos, la inseminación artificial, la donación de gametos y la maternidad subrogada, ello como alternativas de solución para parejas con problemas de infertilidad. Estos adelantos en materia genética han generado en la sociedad argumentos a favor y en contra, siendo uno de los argumentos más asertivos a favor de la maternidad subrogada, el que indica que esta técnica contribuye a la solución médica y por ende psicológica de aquellas personas que padecen enfermedades reproductivas poco comunes que no les permiten procrear naturalmente, en ese sentido la maternidad subrogada debe ser considerada como una opción para los problemas de infertilidad.

Los argumentos en contra señalan que la maternidad subrogada contribuye a la mercantilización del ser humano, en especial a la cosificación de la mujer, y la explotación de la misma, al desconocer los derechos de la madre sustituta, incentivando el ánimo de lucro, como si se tratara de una especie de mercado negro que promueve el contrato de compraventa oculto de recién nacidos para su tráfico comercial, resultando de esta manera reprobable por atentar contra normas éticas, morales y sobretodo derechos fundamentales.

La posición que se asume en el presente trabajo de investigación es a favor de la maternidad subrogada de carácter altruista, lo cual estaría dentro de los alcances del artículo 6 del Código Civil, dicha norma jurídica regula que los actos de disposición del propio cuerpo son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados en motivos humanitarios.

La razón de ser de las TRHA y en especial de la maternidad subrogada, es el derecho a formar una familia, el cual se encuentra regulado en tratados internacionales, en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cabe mencionar que la Constitución Política del Perú no contempla taxativamente el derecho a formar familia, dentro de los derechos de la persona prescritos en el artículo 2, sin embargo lo desarrolla en virtud de lo señalado en el artículo 3, al mencionar que la enumeración de los derechos establecidos en ese capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, permitiendo la constitucionalización del citado derecho.

En el ordenamiento jurídico peruano existe un vacío legal respecto a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, es por esta razón que no se ha desarrollado una posición con relación a

estas técnicas, a pesar de los pronunciamientos judiciales que existen con relación a la maternidad subrogada, lo poco con lo que se cuenta en materia legislativa es el artículo 7° de la Ley General de Salud, norma jurídica que entró en vigencia a fines de julio de 1997 y reconoce el derecho a recurrir a un tratamiento para la infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida, siempre y cuando la condición de madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona, el problema surge debido a que dicha norma jurídica no hace visible su carácter imperativo, al no atribuirle sanción alguna a su incumplimiento.

Frente a esta coyuntura, el derecho como regulador de conductas humanas no se debe mostrar ajeno a estas situaciones novedosas y más aún cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha considerado a la infertilidad como la quinta mayor discapacidad, entonces nos enfrentamos a un problema mayúsculo de salud pública, que atañe a los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la salud, al libre desarrollo y a la autodeterminación reproductiva.

Respecto a los intentos de llenar ese vacío legal con alguna normativa, se han presentado varios proyectos de ley, a propuesta de las diversas bancadas del Congreso a lo largo de los últimos diez años, siendo los que más destacan el N.º 2003/2012-CR, N.º 1722-2012-CR y el N.º 2839-2013-CR, los cuales buscan regular de manera general a las técnicas de reproducción humana asistida, sin regular

los alcances de la maternidad subrogada de índole filantrópico, ni muchos menos establecer sanciones para las personas que consientan o promuevan los vientre de alquiler.

La casuística en el mundo con relación a la problemática que genera la maternidad subrogada, ha dado lugar a diversas posturas, en el sentido de que existen países que la prohíben, como es Alemania, Estado que penaliza en su legislación la utilización abusiva de las técnicas de reproducción humana en la Ley de Protección del Embrión N.º 745/90, Francia también asume una postura de prohibición al considerar en el inc. 7 del artículo 16 del Código Civil Francés, que todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro será nulo; y España también adopta la misma postura, a través del artículo 10 de la Ley 14/2006, dispositivo legal que regula las técnicas de reproducción humana asistida, señalando que todo contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio será nulo, en cuanto a los países que permiten la maternidad subrogada, tenemos a Brasil, país que cuenta con la Resolución del CFM N.º 1957/2010, la cual establece que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana asistida pueden usar estas técnicas siempre que exista un problema médico que impida la gestación. El Reino Unido también regula las TRHA en el artículo 30 de Ley de Fertilización Humana y Embriológica. A nivel de Sudamérica, los únicos países que cuentan con regulación expresa tenemos a Brasil y Uruguay.

En cuanto a la jurisprudencia, en el Perú a pesar de no estar regulada la maternidad subrogada, se han dado casos que han sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia, como fue con la Casación N.º 563-2011-LIMA, según la sentencia, el matrimonio de Dina Felicita Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, encargaron a Isabel Zenaida Castro Muñoz la gestación de su futuro hijo, acordando que sería entregado al matrimonio después de nacido, el matrimonio pagó a la madre gestante la suma de U\$ 18,900 Dólares Americanos. La Corte estableció que existía un conflicto entre el interés superior del niño a tener una familia y el derecho de los padres demandantes a ejercer la patria potestad.

Asimismo, el colegiado se basó en el compartimiento de la gestante y su pareja, quienes mostraron la intención de renunciar al bebé a cambio de dinero, en ese sentido decidieron que primaba el interés superior de la niña y que por lo tanto continuara viviendo con el matrimonio Dina Felicita Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, debido a la carencia moral de la gestante.

En virtud de lo expuesto lo que se plantea en la presente investigación es la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada de carácter oneroso en el Código Civil, debido a que la propuesta contenida en el inciso 4 del artículo 415-D del Anteproyecto de Reforma del Código Civil que a continuación se transcribe: “Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial”, no tiene el carácter de una norma imperativa

que desincentive la práctica de los llamados contratos de “vientre de alquiler”, los cuales devendrían en nulos, puesto que la suscripción de estos contratos implican la pérdida de la autonomía personal durante la gestación, traduciéndose en una merma que deriva en la pérdida de control sobre el propio cuerpo de la madre gestante, al aceptar una serie de condiciones que minan su autonomía al someterla a un control de terceras personas con un fin lucrativo.

### **1.1.2. Descripción del problema**

Los problemas reproductivos han generado que las personas recurran a la maternidad subrogada, como alternativa para procrear y formar una familia, empero nuestro ordenamiento jurídico no la regula, advirtiéndose un vacío legal en ese sentido, razón por la cual el derecho como regulador insustituible de las relaciones y procesos de la vida social del hombre no debe mostrarse ajeno a este fenómeno jurídico, más aun cuando en la actualidad existen pronunciamientos judiciales como la Casación N.º 563-2011-Lima, los cuales nos dan a conocer el aprovechamiento de este vacío por personas carentes de moral, para lucrar con la necesidad de mujeres mediante la celebración de contratos de alquiler de vientre. Ante esta situación es necesario que el Estado intervenga para regular la prohibición expresa de maternidad subrogada onerosa. Evitándose de esta manera la pérdida de control que implica la injerencia de terceros en los derechos fundamentales de la mujer gestante.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

El presente trabajo de investigación encuentra su justificación en que la maternidad subrogada tiene relevancia jurídico-social a nivel mundial, al servir como una opción para las parejas o personas que presentan problemas de procreación y anhelan formar una familia, en virtud a ello desde su aparición ha sido regulada progresivamente en países como Francia, España, Alemania, Brasil y Reino Unido. En ese sentido el Perú como Estado constitucional de derecho reconoce a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, razón por la cual debe legislar en procura de la procreación y del bienestar social.

Se justifica la propuesta de regulación, debido a que la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida, es un fenómeno jurídico que necesita ser regulado, puesto que dicha laguna normativa representa una puerta abierta para que personas y organizaciones inescrupulosas lucren con la necesidad de las mujeres, las cuales sacrifican su autonomía personal al someterse al control de terceras personas al suscribir contratos de “alquiler de vientre”, contribuyendo de esta forma a la degradación de la mujer con la mercantilización de su cuerpo y su sexualidad.

Los diversos proyectos de ley presentados no han llegado a ser aprobados, los cuales en su mayoría buscan regular de manera general la reproducción humana asistida, sin llegar a ahondar en la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada de carácter oneroso.

En ese sentido, la justificación jurídica de la investigación con la regulación de la prohibición de la maternidad subrogada de carácter oneroso, promoverá la consagración de la gratuidad y el altruismo como principio básico en este tipo de técnica de reproducción humana asistida, desincentivando las conductas orientadas a la celebración de contratos de vientre de alquiler con fines lucrativos que denigran a la mujer.

#### **1.4. OBJETIVOS**

##### **1.4.1. General**

Establecer los fundamentos jurídicos para regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú.

##### **1.4.2. Específicos**

- a. Estudiar la protección de la dignidad humana en relación a la maternidad subrogada onerosa.
- b. Analizar los derechos fundamentales relacionados con la maternidad subrogada.
- c. Explicar la bioética en relación con la práctica filantrópica de las técnicas de reproducción humana asistida.
- d. Desarrollar las técnicas de reproducción humana asistida existentes.



- e. Analizar los límites legales establecidos a la libre disposición del cuerpo humano.
- f. Formular una propuesta legislativa que regule la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú y las consecuencias ante su vulneración.

## **1.5. DELIMITACIÓN**

### **1.5.1. Espacial**

De acuerdo a la naturaleza de la presente investigación, no tuvo límite espacial, sin embargo, puedo señalar que se circunscribió en torno a una problemática en el Perú.

### **1.5.2. Temporal**

La presente investigación en sentido estricto, no tuvo limitación en el tiempo, puesto que se trató de una investigación dogmática, jurídica y doctrinaria.

## **1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue**

#### **A. Básica**

La presente investigación es básica, porque su finalidad consistió en incrementar el conocimiento doctrinario, dogmático o jurídico sobre los fundamentos jurídicos para la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa.

## **1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación**

### **A. Descriptiva**

La presente investigación es descriptiva, debido a que identificó y analizó las situaciones actuales del problema planteado, para que a partir de ello se haya concluido con una propuesta de regulación expresa de la prohibición de maternidad subrogada onerosa.

### **B. Explicativa**

Puesto que la presente investigación se encargó de explicar el porqué, la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa carece de un marco normativo, y por consiguiente es necesaria su regulación, teniendo en cuenta la experiencia en la legislación comparada.

### **C. Propositiva**

La presente investigación propone un modelo legislativo que regule la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil, toda vez que la propuesta contenida en el inciso 4 del artículo 415-D del Anteproyecto de Reforma del Código Civil, no tiene el carácter de una norma imperativa que desincentive la práctica de los llamados contratos de vientre de alquiler, limitándose a atribuirle un contenido no patrimonial. Además, dicha prohibición expresa tendrá que ser desarrollada en una norma especial que establezca sanciones de índole administrativo a las clínicas y personal médico que se dedique a la práctica de la maternidad subrogada con un fin lucrativo.

### **1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

#### **A. Cualitativa**

El método que se empleó en la presente investigación es el método cualitativo debido a que la investigación estuvo orientada principalmente a la descripción y comprensión de un fenómeno jurídico que ha ocurrido en la realidad, como es la maternidad subrogada, al servir como alternativa para aquellas parejas que tienen problemas de procreación y deciden formar una familia; y su falta de regulación normativa en el ordenamiento jurídico peruano, ha llevado a que se emplee esta TRHA con un fin lucrativo que afecta la dignidad de la mujer. En ese sentido se procedió a sustentar en argumentación e interpretación jurídica el problema en mención.

### **1.7. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

Los fundamentos jurídicos para regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú, son:

- a. Garantizar la protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de la mujer gestante.
- b. Establecer los límites a la libre disposición del cuerpo humano.
- c. Garantizar el uso adecuado de las técnicas de reproducción humana asistida en relación con la maternidad subrogada.

## **1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.8.1. Genéricos**

#### **A. Método deductivo**

Se empleó este método, toda vez que se partió de una teoría, o hipótesis para ser contrastada en la realidad. En el presente trabajo de investigación se tuvo en cuenta lo que establece la doctrina y la legislación comparada respecto a la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en los ordenamientos jurídicos.

#### **B. Método analítico**

En el presente trabajo de investigación, se empleó este método para desarrollar las bases teóricas concernientes a la maternidad subrogada, así como el tratamiento que tiene este fenómeno jurídico en la legislación comparada.

#### **C. Método sintético**

Se utilizó el presente método en la investigación, debido a que la síntesis se integró al objeto de estudio para generar una comprensión general de la maternidad subrogada como fenómeno jurídico a regular en la legislación peruana. El método sintético se empleó puesto que es la lógica consecuencia de la utilización del método analítico en el estudio de la regulación expresa de la prohibición de la maternidad subrogada de carácter onerosa.

## **1.8.2. Propios del derecho**

### **A. Dogmático**

Se empleó en la presente investigación la dogmática jurídica, porque visualizó el problema jurídico a la luz de las fuentes formales y como consecuencia, su horizonte se limitó a las normas legales o instituciones en los que está circunscrito el problema, en virtud a ello se argumentó e interpretó partiendo de la doctrina y la legislación comparada, los fundamentos jurídicos para la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en la legislación peruana.

## **1.9. TÉCNICAS**

### **1.9.1. Técnica del fichaje**

Se empleó esta técnica para la recolección literal de la variedad de teorías, conceptos y doctrinas formuladas por juristas nacionales e internacionales, respecto a la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada.

### **1.9.2. Análisis de contenido**

Se empleó para evaluar la forma y el fondo de la doctrina nacional, extranjera y legislación comparada que desarrolle y contemple a la maternidad subrogada, las teorías a favor y en contra de las técnicas de reproducción asistida, los enfoques que le dan solución a la problemática de su falta de regulación legislativa.

## **1.10. INSTRUMENTOS**

### **1.10.1. Ficha bibliográfica**

Se utilizó para registrar libros, revistas y demás material bibliográfico que sea materia de consulta y así facilitar su ubicación cuando se requiera.

### **1.10.2. Ficha resumen**

Se empleó este instrumento para resumir la información que se recopiló de libros y revistas virtuales, que involucraron la temática de la maternidad subrogada en la doctrina extranjera.

### **1.10.3. Ficha de análisis documental**

La ficha de análisis documental se empleó de manera virtual, mediante un soporte electrónico, para la aplicación de la técnica de análisis de contenido.

## **1.11. UNIDADES DE ANÁLISIS**

La presente investigación careció de unidades de análisis por ser una investigación de carácter dogmático.

## **1.12. UNIVERSO Y MUESTRA**

La presente investigación fue de tipo básica, con datos teóricos, y no cuenta con variables; tampoco con universo y muestra, por ser de carácter dogmático.

### **1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

De la revisión de la bibliografía que se ha realizado en los repositorios de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, cabe destacar que no se han encontrado coincidencias con el presente trabajo de investigación de postgrado, tampoco con aquellas tesis presentadas para alcanzar el título de abogado, maestro o doctor.

De la misma manera, se efectuó una revisión pormenorizada de las tesis de la Escuela de Derecho de la Universidad Antonio Guillermo Urrelo (UPAGU), encontrándose una tesis, la primera titulada: “Consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano” (Salazar Penas, 2019); y de la Universidad Privada del Norte (UPN), los resultados fueron negativos respecto a la coincidencia de temas de tesis que desarrolla la presente investigación.

En cuanto a investigaciones publicadas en la web a nivel nacional, habiendo realizado la búsqueda en repositorios virtuales de Universidades como la Pontificia Católica del Perú, y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se ha encontrado la siguiente tesis: “El contrato de maternidad subrogada en la legislación peruana, sus bases teóricas civiles y constitucionales (Flores Ostos, 2017).

Por otro lado, de la búsqueda en la web a nivel internacional, se encontraron cinco tesis, la primera perteneciente al repositorio de la Universidad Nacional Autónoma de México titulada: “Maternidad

subrogada. Propuesta de reforma al apartado 4.177 bis del Código Civil del Estado de México” (Jiménez Herrera, 2019), la segunda, una tesis doctoral perteneciente al repositorio de la Universidad Autónoma de Madrid titulada: “Libertad, desigualdad y el contrato de maternidad subrogada” (Velásquez Jordana, 2018), la tercera, una tesis doctoral perteneciente al repositorio de la Universidad Jaume I de Castellón de la Plana titulada: Gestación por sustitución en España: Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”. (Vilar González, 2017), la cuarta, una tesis doctoral perteneciente al repositorio de la Universidad de Valencia, titulada: “La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios éticos, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial”. (Marco Vila, 2016) y la quinta, una tesis de pregrado perteneciente al repositorio de la Universidad Alberto Hurtado de Chile, titulada: “El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? (Antonio Santander, 2012).



## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Marco iusfilosófico

La presente investigación está orientada a la inclusión dentro de la regulación del ordenamiento jurídico peruano de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa, debido a que su falta de regulación favorece a la celebración de convenios de carácter patrimonial conocidos con el nombre de vientres de alquiler, los cuales implican para la mujer la afectación a su dignidad, mediante la pérdida de su autonomía personal durante el proceso de gestación, ello se ve reforzado por una pérdida de control sobre el propio cuerpo de la madre gestante, al aceptar una serie de condiciones que socaban su autonomía, sometiéndola al control de terceras personas con un fin lucrativo de por medio.

En virtud a ello, la presente investigación parte del positivismo jurídico, puesto que el ideal regulativo es la tipicidad de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el ordenamiento jurídico. En cuanto a la correlatividad entre derechos y deberes, para el positivismo son correlativos, es decir el derecho a la maternidad subrogada encierra el derecho a la reproducción y a formar una familia, siendo su deber correlativo, el emplear esta técnica de reproducción asistida de manera filantrópica, puesto que de lo contrario se incurriría en la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante y de la sexualidad; ello no tendría lugar

dentro de nuestro ordenamiento jurídico por ser el cuerpo humano un bien *extracomercium*.

El positivismo jurídico implica el modelo de razonamiento de carácter subsuntivo, es decir consiste centralmente en mostrar que el caso concreto de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa se plasmará en un proyecto de ley que la incorpore en el Código Civil, superando de esta forma el tratamiento legislativo tenue del artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley N.º 26842, el cual reconoce el derecho a recurrir a un tratamiento para la infertilidad mediante las técnicas de reproducción humana asistida, siempre y cuando la condición de madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona, en ese sentido lo que se busca con la incorporación de esta prohibición es contar con una norma imperativa que disuada el empleo de la maternidad subrogada de carácter oneroso. Asimismo, al subsumir el caso concreto en una norma jurídica dejaría entrever la lealtad a las reglas, en otras palabras, la lealtad a su expresión y significado como una cuestión netamente semántica.

Con la aplicación de la postura positivista lo que se busca es crear y aplicar normas, la creación *ex novo* del derecho que recaerá en la persona del legislador, siendo los jueces como operadores jurídicos los encargados de aplicar el derecho y si se enfrentaran a un caso en el que no hay una regla que lo resuelva, entonces actúan como legisladores, creando la solución. Lo que en definitiva es cierto, teniendo como referencia los pronunciamientos judiciales a través de casaciones, siendo el

pronunciamiento pionero la Casación N.º 563-2011-Lima, en el que se resolvió a favor del interés superior del niño, dejándolo con sus padres biológicos, ello porque se determinó que la madre gestante había recibido dinero para mejorar su situación económica, demostrando la carencia moral de tan mala madre.

Asimismo, el positivismo jurídico depende de la ocurrencia de hechos contingentes de creación como son la maternidad subrogada onerosa, como técnica empleada por personas carentes de valores para lucrar con la necesidad de las mujeres gestantes que ponen a disposición su útero, evidenciándose en el positivismo, que la autoridad es quien dicta la norma (los legisladores), el procedimiento como forma de acción de dictar la norma y la compatibilidad lógica que se da con la consistencia de la nueva norma con las normas superiores (Constitución), siendo en este caso el derecho a procreación y a formar una familia, representa el soporte de los conceptos con el que se forjan los juicios formales de validez.

El modelo positivista al erigirse como modelo de las reglas y a la oposición férrea entre creación y aplicación de normas, la clasificación más relevante de este modelo es la que distingue entre casos regulados (resueltos por el sistema de reglas) y casos no regulados (no resueltos por el sistema de reglas) (Aguiló, 2007. p.672). Siendo la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa un caso no regulado por el sistema jurídico, la tarea recae en la interpretación para concluir si un caso concreto merece subsumirse en una regla. Pero lo angular versa en que el modelo positivista

es una regla aplicable o no lo es. Para este modelo si hay regla aplicable, el caso está regulado y por ende resuelto, si no hay regla aplicable, el caso no está regulado, no está resuelto. Partiendo de esa lógica la maternidad subrogada al no encontrarse regulada no está resuelta. Obviamente que se cuenta con técnicas utilizables para colmar las lagunas, las cuales recaen en la discrecionalidad de quien tiene que resolver el caso, que vendría a ser el magistrado, es decir el aplicador, esto es como permitido para elegir opciones para resolver el caso.

Las decisiones discrecionales que adoptan los magistrados están destinadas a la creación de normas, sin embargo, encierran una cuestión de voluntad y de preferencias, que, a la aplicación de normas, ello se da de esa manera debido a que en las normas de un sistema jurídico hay relaciones de tipo lógico, de allí nace la interpretación sistemática, la cual se basa en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento constituyen una totalidad ordenada y coherente. (Aguiló, 2007. p.673)

Para el positivismo jurídico el derecho se concreta en normas y actos, lo cual marca la distinción de la estática jurídica (derecho objetivo) con la dinámica jurídica, debido a que esta última muta de manera constante con el resultado de actos y procedimientos jurídicos. De esta manera basta la mera observación de los hechos en los noticieros, en notas periodísticas acerca de convenios de vientre de alquiler de carácter oneroso, para advertir que merecen regulación normativa a manera de prohibición y

correspondiente sanción ante su inobservancia para disuadir esas conductas que atentan contra la dignidad humana.

Para el modelo positivista el derecho se materializa en reglas jurídicas, por lo tanto, conocer el derecho se centra en conocer sus normas. En ese sentido el derecho positivo no acepta más derecho que el positivo, es decir el que ha sido establecido por el hombre en un lugar y momento determinado. Siendo las lagunas normativas un problema para el positivismo, entiéndase como laguna aquella situación no contemplada en el ordenamiento normativo, ante esta situación el sistema jurídico se encuentra inerte para dar una solución a un caso concreto; es en virtud a ello precisar que la maternidad subrogada no ha sido regulada por nuestro ordenamiento jurídico, este vacío legal surge debido al resultado de los avances de la genética que se han dado en las últimas décadas, dejando al ordenamiento jurídico rezagado en la Ley General de Salud del año 1997, la cual se gestó como resultado de la reforma del sistema de salud en los noventa por el gobierno de Fujimori. No obstante, dicha normativa, se ha visto superada por el fenómeno jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), en especial la maternidad subrogada que desde el 2011 va siendo motivo de varios pronunciamientos judiciales.

Dichas lagunas normativas son el reto al que se enfrenta el intérprete (magistrado), que deberá establecer cuando y como se llenarán esos llamados vacíos a través de técnicas de interpretación previstas para dicha tarea. De esa problemática surge como salvavidas las reglas de la

hermenéutica. No obstante, considero que ello no es suficiente para regular a la maternidad subrogada, siendo necesario el dotar de una herramienta normativa al intérprete que contemple el supuesto de los alcances de la maternidad subrogada en nuestro país.

## **2.2. Los derechos fundamentales y la maternidad subrogada**

### **2.2.1. Estado Constitucional de Derecho**

Comúnmente se utiliza el concepto de Estado de derecho para aludir al principio de legalidad, es decir los ciudadanos se encuentran sometidos al poder de leyes y normas preestablecidas. En tal sentido, se asevera que existe Estado de derecho en un país, cuando sus autoridades ejercen el poder de acuerdo a las leyes. Sin embargo, este concepto es a todas luces insuficiente toda vez que hoy en día no basta con que las autoridades y el Estado ajusten su actuación a la ley de manera general, pues se necesita fundamentalmente que acoplen el ejercicio del poder con la Constitución.

La poca claridad que encerraba el concepto de Estado de derecho, dejaba la interrogante si dentro de esta expresión se incluía también a la Constitución. Es por ello que la doctrina se encargó de dilucidar esta duda distinguiendo actualmente dos conceptos, el Estado legislativo de derecho y el Estado constitucional de derecho. El primigenio, ceñido en la ley, reconociéndosele a la Constitución su naturaleza programática y política, en el segundo

se le reconoce algo más que su naturaleza programática, siendo ello la fuerza vinculante.

Existen dos formas de entender el derecho. Para el positivismo jurídico, el criterio de reconocer tanto de la existencia como de su validez es la forma como se producen las leyes, independientemente de su contenido, mientras que el constitucionalismo jurídico, condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las decisiones, es decir, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos en las Constituciones de los respectivos países. (Ferrajoli, 2002, p.9)

En virtud de lo esgrimido por Ferrajoli, en el Estado legislativo de derecho (positivismo jurídico), la preocupación y los esfuerzos están orientados a establecer reglas sobre cómo decir el derecho. A contrario sensu de este, en el Estado constitucional de derecho (constitucionalismo jurídico), además de las reglas sobre cómo decir derecho, se le suma el establecer reglas sobre qué cosa el derecho no puede decir y sobre qué cosa debe pronunciarse.

Este sistema de normas se encuentra por encima de la ley (meta-legales), dirigidas a los poderes públicos y, también al legislador, constituyen en conjunto la Constitución. En otras palabras, estas condiciones esenciales de validez se encuentran en las Constituciones de los Estados, en el Estado constitucional de

derecho. Estas normas sustanciales, condicionan la validez de las leyes: ya sea que dichas normas impongan límites, como sucede con los casos de los derechos de libertad, o que imponga obligaciones, como el caso de los derechos sociales.

Los derechos fundamentales se convierten en condiciones sustanciales de validez, diciéndolo de esta manera: “De hecho, todos los derechos fundamentales, desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales, se equiparán a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los objetivos y la razón social de ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho. (Ferrajoli, 2002.p.10)

Así pues, el Estado constitucional de derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos. (Ferrajoli, 2002.p.13)

El Estado constitucional de derecho no representa cualquier Estado, sino aquel que se identifica y se afianza el carácter



vinculante de la Constitución, la supremacía jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho, la eficacia y aplicación inmediata de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su sólido contenido normativo y la rigidez constitucional.

En virtud de lo expuesto, el Perú es un Estado Constitucional de derecho, razón por la cual debe regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en la legislación civil debido a que dicho vacío legal contribuye a que las organizaciones orientadas al industrialismo procreativo operen en el país captando mujeres para que a cambio de dinero acepten brindar su útero para que se lleve a cabo el procedimiento médico de inoculación del óvulo fecundado, contraviniendo la dignidad humana, entendida como un derecho fundamental autónomo.

### **2.2.2. La dignidad humana**

La dignidad humana entiende el reconocimiento de todo hombre como ser humano y no como otra cosa u objeto. Dignidad que es inherente a su ser, es decir, a su esencia e intrínseca naturaleza. En otras palabras, la dignidad lo constituye todo ese mínimo esencial valorativo que corresponde a toda persona por ser tal. Así tenemos que la dignidad humana genera dos ámbitos: una garantía negativa en cuanto impone al Estado y también a los particulares, abstenerse de atacar la dignidad, por ejemplo, no humillar, no discriminar

ilegítimamente, no torturar, etc. Una garantía activa, en el sentido de afirmar positivamente. Ello implicaría al Estado asegurar ciertas obligaciones, por ejemplo, un mínimo de igualdad de oportunidades y de condiciones de vida aptas para el despliegue de tal personalidad lo que puede apurar el modelo llamado del Estado de prestaciones. (Chanamé, 2015.p. 160-161)

Para Pérez citado por De Miguel (2004) afirma que la dignidad humana supone el valor básico (*Grundwert*) fundamental de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. De ahí que represente el principio legitimador de los denominados derechos de la personalidad. (p.1)

Existen dos concepciones diferentes de dignidad que pueden resumirse en una única idea unificadora: la dignidad ontológica, o el valor propio del ser, y la dignidad fenomenológica, o el valor asociado a nuestros hechos. Así, si bien la primera de ambas consagra la igualdad intrínseca de todos los hombres que forman parte de un mismo grupo humano, la segunda nos permite, e incluso nos obliga, a discriminar entre unas personas u otras en función de sus hechos, de lo que hacen. Ello, no obstante, si debemos crear distinciones entre los actos de unos y otros en aras a la justicia, no cabe duda de que necesitamos un patrón, un modelo que nos permita trazar tales diferencias. Surge de ese modo la ética, que desde un punto de vista individual debe responder a la pregunta que

todo hombre se plantea ante cada decisión (qué debo hacer), pero que desde un punto de vista social responde a otro interrogante, relacionado con el primero, pero conceptualmente distinto: cómo podemos discriminar. (De Miguel, 2004.p.26).

En palabras del maestro Fernández (2005), afirma que la dignidad humana es una calidad inherente a la persona, en cuanto esta es simultáneamente libre e identificada en sí misma. La libertad y la identidad sustentan la dignidad del ser humano. El ser humano posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual, y además, por el hecho de que, a pesar de que todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. Es esta dignidad inherente a su ser, el sustento de los derechos fundamentales de la persona. (p.46)

El artículo 1 de la carta magna afirma que la persona humana es el centro de la sociedad, entendida a la vez como individuo y como sujeto de relaciones sociales. Que la sociedad le debe defensa y respeto a su dignidad la que consiste, en esencia, en que cada uno es igual al otro por su condición de ser humano, y más allá de cualquiera de las múltiples diferencias que hay entre una y otra persona. La solidaridad, así, debe ser un rasgo característico de la sociedad y guiar las conductas humanas. (Rubio, 1999. p.114)

El Tribunal Constitucional se pronuncia acerca de la dignidad humana en tres sentencias, siendo la primera en el Expediente N.º 02273-2005-PHC/TC, publicada el 12 de octubre de 2010,

pronunciamiento que a continuación se reproduce: “La dignidad humana constituye tanto un principio que actúa a lo largo del proceso de interpretación, aplicación y ejecución de las normas. Es así mismo un derecho fundamental, pues se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo”.

Asimismo, la segunda recae en el Expediente N.º 1417-2005PC/TC publicado el 11 de julio de 2005: “El principio-derecho dignidad humana tiene una participación sustancial en la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Es el derecho a la dignidad al que se reconducen todos los derechos de la persona”.

Finalmente, la tercera sentencia recaída en el Expediente N.º 00010-2012-AI/TC, fundamento 217: “La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de los derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la carta fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho”.

En ese sentido, la maternidad subrogada onerosa tiene repercusiones negativas para la parte más vulnerable, como es la mujer que gesta. La maternidad subrogada onerosa no respeta la dignidad de la madre que lleva en su vientre a un ser humano (madre portadora), debido a que implica dos conceptos: por un lado, merma su parte sentimental, y por otro su corporeidad, al ponerla a

disposición de terceros. Desde el punto de vista de la onerosidad el cuerpo de la mujer que gesta, es un objeto disponible materia de transacción, reduciendo a la mujer a servir de instrumento para un fin, lo cual no se puede tolerar en nuestro ordenamiento jurídico por contravenir a la dignidad humana.

### **2.2.3. Libre desarrollo de la personalidad**

La utilización de las TRHA supone un derecho reconocido a todas las personas en cuanto a la decisión de tener descendencia biológica propia, es decir se configura como un libre desarrollo de la personalidad. Por ende, la maternidad subrogada gestacional altruista, al ser una TRHA, no es ajena a este derecho, por el contrario, se vincula estrechamente con este. Nace de la voluntad procreativa de una pareja o persona de forjar un proyecto de vida de que vaya de la mano con sus intereses, en este caso, el querer convertirse en padres por medio de esta técnica.

No se puede negar que todos los seres humanos poseen el atributo fundamental de la libertad en tanto sean seres con raciocino que pueden llevar su vida de acorde a la forma que deseen. Esta cualidad la obtienen desde que nacen con vida y se convierten en sujetos de derecho de este ordenamiento jurídico. Por tanto, no existe limitación que restrinja esta facultad si gozan de plena aptitud mental que justifique dicha libertad. En caso contrario, podrían presentarse controversias relacionadas a la falta de aptitud para

conocer las verdaderas implicancias de elegir esta técnica para tener prole.

Entonces, la elección de la pareja o persona que decide acudir a la maternidad subrogada filantrópica para realizar el proyecto de vida que han escogido para ellos o para él. Puede que genere disconformidad por parte de los demás individuos en la sociedad, que estén en desacuerdo con esta decisión, pero nadie tiene el derecho de inmiscuirse en la decisión que toma una persona plenamente consciente de las consecuencias que puedan acaecer.

La tutela del libre desarrollo de la personalidad es considerada en la norma constitucional como fundamento de nuestro orden político y de la paz social que no puede desligarse de la protección de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes. (Rupay, 2018. p.111). Esto significa que la libertad de decisión de una persona está ligada a su dignidad como ser humano. Por ello al impedir que una persona decida la forma en que desee obtener prole iría en contra su dignidad humana. Esta situación se agravaría si la persona que desee optar por esta técnica adolece de problemas de infertilidad, pues se le estaría prohibiendo, indirectamente, ser madre o padre biológico de un bebé si así lo desea.

Antes de considerar la supuesta prohibición de la maternidad subrogada de índole filantrópico, se debe de tener presente que pondría en riesgo a la dignidad de una persona. Y es justamente porque la dignidad está amparada en nuestra Constitución Política, al considerársele como el fin supremo de la sociedad y del Estado en su artículo primero. En ese sentido conviene aclarar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho implícito que se deriva del principio de dignidad de la persona humana.

El respeto a la dignidad y la plena realización de la persona son las premisas a tener presente en la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida y esta circunstancia exige que siempre sea respetada la libertad de la persona, y junto a este presupuesto necesario, también otro imprescindible, que la persona no pueda ser utilizada como objeto o instrumento de nadie, porque iría en contra de su autonomía y de la esencia misma de persona. (Rupay, 2018. p.111)

A pesar que La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), no desarrolla ampliamente el concepto de dignidad, prescribe en su preámbulo que la libertad, la justicia y la paz tienen por fundamento el reconocimiento de la dignidad intrínseca al hombre; asimismo, reconoce en su artículo primero que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad. En el mismo sentido, la

Convención de *Belem do Pará*<sup>1</sup> establece en el literal e) del artículo 4° que toda mujer tiene derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona; y como consecuencia esta norma resulta siendo el sustento del desarrollo de todo el instrumento. No considerar lo afirmado por dichos instrumentos a la hora de regular la referida técnica de reproducción asistida, contravendría la cuarta disposición final y transitoria de nuestra norma fundamental, en la que se indica que las normas relativas a los derechos que esta reconoce se interpretan de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Estado peruano.

En conclusión, por medio de este derecho fundamental toda persona tiene la libertad de alcanzar los ideales que le atraigan y si ha optado por la maternidad subrogada altruista para tener prole, debe de respetarse la decisión que ha tomado en favor de lograr su proyecto de vida, ello teniendo en cuenta que el Estado peruano debe garantizar el acceso a las TRHA, para todas aquellas personas que adolecen de problemas de infertilidad.

#### **2.2.4. Derecho a la vida privada**

Derecho fundamental contenido en el derecho a la intimidad, regulado en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Política del

---

<sup>1</sup>Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, (CONVENCION DE BELEM DO PARA), fue el primer tratado en abordar la violencia contra las mujeres, adoptada en Belém do Pará, Brasil, en junio de 1994, y ha sido respaldada por 32 de los 34 Estados miembros de la OEA.



Perú, el cual reúne varios conceptos distintos como el honor, la buena reputación, voz propia e imagen propia.

De acuerdo a Novoa Monreal citado en Chanamé, declara que la vida privada está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídas al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Entonces se entiende por intimidad, como el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de esta en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos. (Chanamé, 2015.p. 213)

Para el constitucionalista Marcial Rubio, afirma que el derecho a la intimidad tendrá por misión el tutelar, no únicamente la reserva de la persona en cuanto ser psicofísico, sino también la de sus comunicaciones, la de sus relaciones afectivas más cercanas y profundas, y la de su hogar, esto es, del lugar donde se desarrolla su vida íntima, el espacio en el que se desenvuelve su existencia privada. (Rubio, 1999. p.250)

La intimidad protegida por nuestra Constitución es la personal y familiar. Esto alude a dos círculos concéntricos en torno a la persona: el primero es el de las cosas que pertenecen a su exclusiva

privacidad: aquella que hace a puertas cerradas. Es elección de cada uno tener una parte de su vida privada en el entorno exclusivo de sí mismo. El otro círculo es el familiar, es decir, el conjunto de cosas que suceden en la intimidad de quienes se consideran familiares entre sí. (Rubio, 1999. p.252)

El Tribunal Constitucional ha señalado en el tratamiento de su jurisprudencia que no existe una concepción uniforme respecto a la vida privada, la Constitución como derecho-regla la ha prescrito en el artículo 2 inciso 7: “Toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar (...), mientras que en la Declaración Universal de Derechos Humanos se advierte que en el artículo 12 sostiene que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, (...). En sentido similar, encontramos al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incisos 2 y 3. Sin embargo menos amplio es el reconocimiento mostrado en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se restringe a señalar que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques a su vida privada familiar. (Villamarín, 2014, p.55)

De lo expuesto por el autor se tiene que en los diversos instrumentos internacionales, se concibe que la conceptualización de la vida privada es altamente compleja, pues abarca una amplia gama de

aspectos que se desarrollan y mantienen en la esfera de cada individuo; por consiguiente, la delimitación del bien jurídico protegido por este derecho es de difícil comprensión; en base a ello lo conveniente es interpretarlo en un sentido positivo; de esta forma tenemos, que puede entenderse como la facultad de todo ser humano desarrollar y fomentar libremente su personalidad en el ámbito personal.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.º 0072-2004-AA/TC, señala que la vida privada implica la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta impensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2º inciso 1 de la Constitución.

La CIDH en el caso de las masacres de Ituango vs Colombia, Sentencia que data del 1 julio de 2006, fundamento 193 señala, como se desprende del artículo 11.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, la protección de la vida privada de injerencias arbitrarias o abusivas, por lo que se reconoce expresamente la existencia de un ámbito personal que está fuera del alcance de intromisiones por parte de extraños. Asimismo, la Corte refiere en el Caso Fernández Ortega y otros vs México, Sentencia del 30 de agosto de 2010, señala que el concepto de vida privada es

un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar con otros seres humanos. (Villamarín, 2014, p.55)

En virtud de lo expuesto, se vislumbra la amplitud de la protección de la vida privada en el sentido que incluye aspectos relacionados con la dignidad del individuo, dentro del cual encontramos la facultad para desarrollar nuestra propia personalidad. El ejercicio de la vida privada es esencial para poder ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona, además significa una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres (...) Por consiguiente la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye (...) la decisión de elegir ser madre o padre en el sentido genético o biológico con el fin de cumplir con nuestro proyecto de vida.

#### **2.2.5. Derecho a la salud**

El derecho a la salud se encuentra regulado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, en el Capítulo II, referido a los derechos sociales y económicos, no obstante se ha manifestado que

está intrínsecamente vinculado con el derecho a la vida, a la integridad y al principio de dignidad; encontrando su razón de ser como derecho fundamental por ser una manifestación de la dignidad humana, ello teniendo en cuenta que obra prescrito en el artículo 1 del título preliminar de la Ley General de Salud N.º 26842, el cual conceptúa a la salud como aquella condición indispensable del desarrollo colectivo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Para Villamarín, la facultad inherente de todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, en los ámbitos físico, psíquico y social, así como las acciones relativas a la prevención y restitución del equilibrio orgánico funcional para el logro de un estado de plenitud y de que todas las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Adicionalmente, el derecho a la salud tiene una faceta prestacional, en mérito de la cual constituye un servicio público de tipo asistencial, por lo que toda persona podrá acceder a las prestaciones que requiera para determinada condición, para ello el Estado deberá garantizar que tales prestaciones son eficaces, regulares, continuas, oportunas, de calidad, universales e integrales. (Villamarín, 2014, p.59)

#### **2.2.6. Derecho a la autodeterminación reproductiva**

El derecho a la autodeterminación reproductiva tiene sustento en base a dos vertientes, las cuales según Villamarín son por un lado está su amparo bajo el derecho a la vida privada, en virtud del cual

toda persona tiene la facultad de tomar decisiones sobre su sexualidad y reproducción; de otro lado se entiende como una manifestación del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. (Villamarín, 2014, p.60)

El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída sobre el Expediente N.º 0007-2006-AI/TC, fundamento 47, ha establecido que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad es un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona siendo que como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que debe estarle también garantizado la libre manifestación de esa capacidad por medio de su libre actuación general a nivel de sociedad.

Asimismo, en la Sentencia recaída sobre el expediente N.º 02005-2009-AA/TC, fundamento 6, asevera que el contenido de derecho a la autodeterminación reproductiva conlleva a decidir: 1) Cuando procrear; 2) con quién procrear y reproducirse; y, 3) Como lograrlo o impedirlo. Criterio compartido por el Tribunal Constitucional, quien reiteró que el sustento de este derecho se encuentra en la dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir cómo ser racional, con responsabilidad. (Villamarín, 2014, p.61)

### **2.2.7. El interés superior del niño**

Mediante Resolución Legislativa N.º 25278 de fecha 03/08/1990 se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, entrando en vigencia en nuestro país a partir del 04/10/1990, En virtud a ello se emitió la Opinión Consultiva OC-17/2002 emitida por la CIDH, en la cual se expresó lo siguiente: 2. Que la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, refiere que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la construcción de normas y la aplicación de estas en todas las órdenes vinculadas a la vida del niño.

La formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador, sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática. (Cillero, 2015, p.14)

A partir de ese entonces se positiviza el concepto de interés superior del niño en nuestro ordenamiento jurídico, el cual representa el contenido constitucional implícito de nuestra carta magna, que en su artículo 4, prescribe que los niños y adolescentes merecen una especial protección por parte de la comunidad y del Estado.

Por conocimientos de derecho internacional sabemos que los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional, así como las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, deben ser tomadas en consideración para la interpretación de derechos y libertades, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución y la cuarta disposición final y transitoria del mismo cuerpo normativo; los alcances de este instrumento resultan ser de carácter vinculantes para nuestro ordenamiento jurídico.

La protección del interés superior del niño, constituye un principio de orden constitucional, en virtud que el respeto de su dignidad y los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, están revestidos de una fuerza normativa mayor, por esta razón se trata de un principio fundamental para el Estado, la sociedad y la familia como célula básica.



### **2.2.8. Derechos reproductivos**

Los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y ocasión de tener hijos y de acceder a la información y los medios para hacerlo, así como el derecho de gozar del más alto estándar de salud sexual y reproductiva posible. Así también comprende el derecho a recibir orientación, atención integral y tratamiento técnico profesional durante el embarazo, parto, puerperio y lactancia; el derecho de las mujeres a no ser discriminadas en el trabajo o el estudio por razón de embarazo o maternidad; el derecho a acceder a orientación, consejería y tratamiento sobre cuestiones de infertilidad y enfermedades de transmisión sexual. (Siverino, 2010, p.24)

La definición de la autora se orienta al derecho a tomar decisiones que aluden a la reproducción libres de discriminación, coerción y violencia, no obstante, debe tenerse presente que, en el debate sobre el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, de conformidad con del derecho a la salud, también atañe el derecho a la intimidad, a formar una familia y a servirse de los avances tecnológicos.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979), define a estos derechos como aquellos derechos humanos que todo ciudadano, varón o mujer, sin

importar su condición social, edad, raza, religión, estado civil u opción sexual, tiene el ejercicio pleno, libre y responsable de su sexualidad centrada, o no, en la procreación. (Varsi, 2001, p.190)

Los denominados derechos reproductivos facultan a las personas las siguientes facultades: i. disfrutar de la mejor salud física y mental posibles, ii. El acceso, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a los servicios que incluyan la planificación familiar y la salud reproductiva, iii. Ser atendidos en salud reproductiva sin ningún tipo de coacción, iv. Decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, educación y medios necesarios para poder hacerlo, v. Que las instituciones de salud velen porque se cumplan estos principios en todas las fases de la atención. (Varsi, 2001, p.143)

Los citados derechos son mal entendidos y se comparan con el derecho a la procreación y el derecho al hijo, que más que derechos sociales son derechos individuales. En otras palabras, en los derechos reproductivos no está de por medio la sola facultad del ser humano, sino la tendencia del Estado de impulsarlos o protegerlos de manera especial. (Varsi, 2001, p.190)

El autor concluye en señalar que los derechos reproductivos tienen su campo de acción de la siguiente manera: i. Los positivos como es el caso del derecho a la procreación y ii. Los negativos, el derecho a no recurrir a la procreación con fines de planificación familiar.

Cabe mencionar que aquí juega un papel importante la voluntad procreacional, la cual representa un factor determinante no sólo para tener la posibilidad de tener hijos, o bien, decidir no tenerlos, así como también, para iniciar los procedimientos de las TRHA que culminen en una maternidad o paternidad.

Entonces podemos decir que la voluntad procreacional es querer tener un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libre y responsable, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia; y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado. (Escudero, 2016, p.17)

Asimismo, Domínguez citado por Escudero, señala que el reconocimiento de este derecho determina el deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación. Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana. El acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas puedan disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional. (Escudero, 2016, p.17)

Para Herrera citado por Guzmán, afirma que la voluntad procreacional, es el eje central en el que se edifica la filiación de las niñas y niños que nacen mediante la procreación medicamente asistida, con independencia que hayan aportado o no su material genético. En este sentido, podemos señalar que lo verdaderamente importante para crear un vínculo de filiación con una niña o un niño es la voluntad de quien decidió su procreación; de tal forma que, si no existe dicha voluntad, tampoco podrá establecerse el vínculo de filiación entre ellos. (Guzmán, 2017, p.77)

De lo expuesto se deja entrever la vital importancia que desempeña la voluntad procreacional en las TRHA a efectos construir la filiación, entendida como la intención de tener prole y recurrir a dichas técnicas para cumplir con su proyecto de vida, en virtud a ello es indispensable la manifestación de esa voluntad, sin esta, no se puede realizar ninguna intervención médica en el cuerpo de la persona para llevar a cabo la fecundación. Si el profesional realiza actividades de procreación asistida sin voluntad de la persona, se puede sancionar penalmente, por la falta del consentimiento informado, el cual representa también un principio de la bioética.

El consentimiento que se requiere en la procreación médicamente asistida, debe tener dos ámbitos; el primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra, como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y el segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias jurídico familiares de

la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir la maternidad y la paternidad, en su caso, como consecuencia de haber utilizado una técnica de procreación asistida. (Guzmán, 2017, p.78)

### **2.2.9. Derecho a la procreación**

El derecho a la procreación es aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera. Este derecho ha obtenido mayor connotación con la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida en los casos de fecundación en mujeres solas, en homosexuales, maternidad subrogada, crioconservación, clonación, entre otros. (Varsi, 2001, p.191)

De lo expuesto se entiende que este derecho se relaciona con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que es decisión de una persona decidir si desea tener hijos o la forma de engendrarlos porque corresponde a la esfera de su vida personal.

Debe tenerse presente que la facultad inherente al ser humano, como es la procreación, representa un derecho derivado de la vida, de la integridad y la libertad de la persona, es por esta razón que con estos derechos se ejerce de manera palpable y efectiva la función biológica y a la vez, responsable del hombre como es la procreación.

La Constitución peruana no reconoce expresamente a los derechos sexuales, ni a los derechos reproductivos de las personas. Sin embargo, si establece una serie de derechos intrínsecamente relacionados con ellos; nos referimos al derecho a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, además del derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad de conciencia, a la libertad de información, a la intimidad personal, entre otros. (Llaja, 2010, p.8)

El derecho a la autonomía reproductiva, es un derecho implícito o innominado de acuerdo al artículo 3 de la Constitución Política del Perú. Por lo tanto, merece igual tutela que los derechos establecidos explícitamente en el artículo 2 del mismo cuerpo normativo y debe de garantizar el acceso de todos los ciudadanos por ser un derecho fundamental.

La única ley que reconoce expresamente la existencia de derechos sexuales y los derechos reproductivos, es la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, Ley 28983. En ella se señala que es obligación del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y locales de adoptar políticas, planes y programas para garantizar el derecho a la salud, con especial énfasis en la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente, y en particular el derecho a la maternidad segura. Asimismo, la Norma técnica de planificación familiar, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA del 28 de julio

del 2005. Esta norma reconoce entre sus enfoques, el enfoque de derechos humanos y el enfoque de género; en el primero de ellos desarrolla los derechos sexuales y reproductivos, indicando que toda persona tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo. (Llaja, 2010, p.9)

Los derechos reproductivos tienen como premisa que el cuerpo humano es un territorio individual, en virtud del cual, las decisiones que los ciudadanos adopten son autónomas y por eso deben ser respetadas por el Estado y las demás personas. En ese orden de ideas, no se encuentra justificación que impida a una pareja procrear por medio de la maternidad subrogada gestacional altruista. Esta decisión le incumbe solo a esta en cuanto cada uno tiene el derecho de determinación reproductiva y, por ello, pueden elegir cómo, cuándo y dónde reproducirse, sobre todo, si se considera que esta opción puede ser la única alternativa que les permita a dos personas ser padres. (Rupay, 2018, p.113)

#### **2.2.10. El derecho a la protección familiar**

Para Brena citado por Rupay, asevera que la familia es reconocida como un grupo fundamental de la sociedad y medio para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños. El derecho organiza y estructura al grupo familiar a través de

normas de carácter imperativo e irrenunciables con las cuales protege los intereses de los integrantes del grupo. Sin la familia resulta inconcebible la sobrevivencia y el desarrollo del ser humano desde su nacimiento hasta la madurez que le permita su incorporación en la sociedad. La familia, por tanto, es el ente más importante del Estado y merece una adecuada protección que permita su desarrollo. (Rupay, 2018, p.113)

La maternidad subrogada gestacional altruista es una nueva forma de crear familia, de romper con la clásica concepción que se tenía de esta, compuesta por una mujer que se embarazaba con las células sexuales de su pareja (espermatozoides) y posteriormente de nueve meses alumbraba. La maternidad no se limita a la mujer que brinda un óvulo y lleva el proceso de embarazo, y la paternidad no se restringe al hombre que aporta el esperma. Todos los adelantos que se han generado en este campo, permiten que se generen nuevos modelos de familia y el Derecho tiene la obligación de tutelarlos.

Entre los diversos instrumentos internacionales que regulan dicha protección en sus disposiciones son el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948, establece que la familia es la institución esencial de la sociedad y por lo tanto merece protección del Estado, adicionalmente resalta la relación connatural de esta con la procreación de nuevos seres humanos. Por otro lado, el artículo 10



del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que data del 19 de diciembre de 1966, prescribe que se le debe otorgar a la familia, como elemento fundamental de la sociedad, la más alta protección posible, especialmente para su constitución, y mientras sea responsable de velar por el cuidado de los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad.

Tal como está contemplado en la Constitución peruana, la protección familiar es un derecho social. Los derechos sociales poseen un contenido esencial, que se sustenta en el principio de solidaridad y respeto a la dignidad humana; de allí que su reconocimiento conlleve a obligar al Estado a adoptar una posición abstencionista en relación de la autonomía del individuo, la misma que está delimitada por los derechos fundamentales, en adición, el Estado debe otorgar las garantías mínimas para que cada individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida. Es en ese último supuesto que el Estado está fallando porque al no regular de forma adecuada una técnica que permite la creación de una familia, la está dejando desamparada y, con ello, expuesta a un sinnúmero de vulneraciones que podrían desintegrarla. Esto se debe a que no está tutelando los derechos de cada integrante que la conforma y, de esta forma, se pone en peligro su conservación. (Villamarín, 2014, p.54)

Esta situación se genera por la falta de una regulación normativa que atribuya la adecuada protección a los derechos de la persona o pareja que deseen convertirse en padres de un niño y buscan a una tercera persona para que geste con una finalidad altruista de por medio, pero que no cuentan con mecanismos legales que los respalden cuando se presentan dichas situaciones.

### **2.3. La libre disposición sobre el cuerpo humano**

La vinculación entre la identidad de los seres humanos y su cuerpo, pone en evidencia que nuestro ordenamiento jurídico, protege al cuerpo humano en cuanto a integridad física se refiere y pone énfasis en la maternidad y el cuerpo de las mujeres, ello está reconocido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, al prescribir que la comunidad y el Estado brinda especial tutela al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

Ahora hablando en términos generales, respecto a la libre disposición del cuerpo humano, nuestro Código Civil, prescribe que la persona de conformidad con el texto del primer apartado del artículo 6°, puede solo disponer de aquellas partes de su cuerpo que, al ser separadas, no ocasionen una disminución permanente de su integridad física. Ello quiere significar, de otro lado, que el sujeto está en condiciones de ceder todas aquellas partes, sustancias o tejidos que se regeneren solos en la medida que no perjudiquen gravemente su salud o pongan en peligro su vida.

Como es el caso de la donación de sangre, a manera de ejemplo.  
(Fernández, 2012, p. 138)

La disposición prescrita en el artículo 6° del Código Civil, sobre actos de disposición del propio cuerpo, que se encuentra en estrecha concordancia con el artículo 5° que tutela la integridad psicosomática, incide sobre determinadas situaciones que no han merecido de la doctrina nacional suficiente atención, no obstante, lo cual no pueden ser ignoradas o silenciadas al tratarse la materia contenida en los mencionados artículos. Nos referimos, entre otras, a aquellas relativas a la cesión del líquido seminal o de óvulos para inseminación o fecundación artificial. (Fernández, 2012, p. 139)

Cabe tener en cuenta que la inseminación y la fecundación artificiales a través de las cesiones de esperma o de óvulos aplicadas en ciertas situaciones en los países desarrollados no producen una disminución permanente de la integridad física en tanto se trata de elementos regenerables. El problema, en este caso, se centra en el aspecto moral, en la inconveniencia social de procrear vida humana fuera del natural acto sexual y en el de los riesgos de todo orden a que puede conducir su práctica indiscriminada. En lo que concierne a la inseminación artificial es preciso distinguir aquella denominada homóloga, o sea la que se realiza entre cónyuges cuando la mujer tiene un impedimento fisiológico para procrear mediante el acto sexual, de la llamada heteróloga que se lleva a cabo entre persona no ligadas por el vínculo matrimonial. En esta última situación se

presenta una diversidad de hipótesis, una multiplicidad de casos, ya que se puede tratar de un donante conocido o anónimo, de una mujer soltera o casada. Si la inseminación se ejecuta en mujer casada cabe la posibilidad de contar o no con el consentimiento del marido. (Fernández, 2012, p.140)

Para Enrique Varsi, la libre disposición del propio cuerpo, viene a ser un derecho regulado no solo para permitir la realización de la libertad y el proyecto de vida de la persona a través de su cuerpo, sino que se presenta como un derecho protectorio que solo puede ser realizado dentro de ciertos límites, atendiendo a la preservación de la integridad y salud del sujeto, así como al fiel respeto de las normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres. (Varsi, 2018. p.22)

En estos últimos tiempos la relación entre las mujeres y su corporeidad ha sido una preocupación constante del pensamiento feminista. Esta fuerte vinculación ha venido marcada por la cosificación del cuerpo de la mujer y su manipulación y por el afianzamiento de la dignidad humana, libertad personal y la autonomía. (Redondo, 2017, p.2)

Históricamente para las corrientes feministas la cosificación del cuerpo humano de la mujer ha sido una constante de reclamo, fundamentándose en la deshumanización de la mujer y su desvalor a través de su conversión en objeto. Así frente a la instrumentalización del cuerpo humano de la mujer adquieren fuerza la dignidad humana, el principio de autonomía y la libertad persona en el contexto de los derechos humanos. (Redondo, 2017, p.2)

En virtud a ello, dicha cosificación de la mujer la vinculan con la cosificación sexual, para ponerse de manifiesto en relación con la maternidad y la exclusiva capacidad de gestación de la mujer. Ello tiene su razón de ser en que la mujer es la única con capacidad de gestar, siendo propenso su cuerpo a convertirse en objeto para utilizar esa capacidad, no obstante existen autores que señalan que dicha instrumentalización recae en la decisión de la propia mujer de servir como gestadora, en otras palabras es una decisión fundada en su autonomía, posturas de las que discrepo, por cuanto la decisiones que toman las mujeres en estado de vulnerabilidad, por razones de pobreza no le dan un autogobierno pleno en cuanto a su autonomía.

### **2.3.1. El derecho de propiedad y el cuerpo humano**

La definición normativista de la propiedad resulta poco útil para referirse al cuerpo humano. Por un lado, porque parece poco probable que el Estado pueda privar a un individuo de su cuerpo humano sustentándose en una hipotética función social del mismo, ya que esta privación constituiría una violación indudable del derecho a la integridad. Por otro lado, la definición de propiedad privada que recogen la Constitución y el Convenio Europeo parece referirse a objetos ajenos al ser humano y el cuerpo, como se ha mencionado, es inherente al individuo. (Redondo, 2017, p.134)

Desde el punto de vista del derecho civil, el cuerpo humano es una cosa que se encuentra fuera del comercio de los hombres y por lo tanto no es susceptible de ser transmitida. Esto implica que el cuerpo

humano no puede ser propiedad de otros, por lo tanto, la configuración actual del derecho de propiedad por parte del derecho positivo no tiene una respuesta respecto al cuerpo.

Lo descrito tiene su razón de ser en la tradición romana, la cual ha tenido como heredero al derecho francés, sistema jurídico que considera al cuerpo como una cosa, pero, a diferencia del sistema estadounidense, no se trataría de una mercadería sino de una cosa fuera del comercio (*res extracomercium*). Recordemos que el artículo 1128 del Código Civil francés establece que sólo pueden ser objeto de una convención las cosas que están en el comercio (*res in commercio*). (Borrillo, 1994. p. 220)

Lo aseverado por el autor resulta ser acertado, debido a que el derecho del *common law*, hace de la noción de propiedad privada la piedra angular en torno a la cual se mueve el régimen de protección de la persona, ello puesto que goza de un derecho de propiedad intransferible que la persona puede disponer de su cuerpo con la libertad que puede transferir de otros bienes, en cambio el sistema francés considera al cuerpo humano como una cosa fuera del comercio y cuya disponibilidad está condicionada a fines superiores que no depende del libre albedrío de las personas, ello se evidencia en la regulación del artículo 6 del Código Civil peruano.

Ahora la prostitución, entendida como la venta de servicios sexuales a través del cuerpo se une a la disposición del cuerpo en relación con la donación de órganos, la investigación biomédica a través de La histología humana y la maternidad subrogada. Es cierto que estas conductas generan el repudio social al comercio del cuerpo humano es generalizado, sin embargo, existe una cierta aceptación de situaciones en las que se realizan intercambios con el cuerpo o con sus partes, ello teniendo con motivos humanitarios, tal como prescribe el artículo 6 del Código Civil.

Si se habla de una flexibilización de la propiedad del cuerpo, entonces se admite que la relación entre el ser humano y su cuerpo se caracteriza por cierto sentido de la propiedad que nos da derecho a disponer del mismo en ciertos aspectos, entonces debería ser posible asumir que ese uso debe estar sometido a límites y sujeto al respeto de los derechos fundamentales. En virtud de lo expuesto considero que debe ponerse de manifiesto la necesidad de una intervención pública que regule y limite las condiciones de uso del cuerpo humano y proteja a los individuos de los abusos que lleguen a darse.

La normativa civil en nuestro país no parece estar articulada para ser aplicable al cuerpo. Puesto que la propiedad orienta sus efectos al ámbito privado y su contenido se circunscribe a tres facultades: uso-disfrute, disposición y reivindicación. De lo que se concluye en

cuanto al ordenamiento jurídico es que es imposible porque el cuerpo es inherente al sujeto (Redondo, 2017). No obstante, esta concepción de la propiedad que recoge nuestro Código Civil se remonta al siglo XVII y que las normas de derecho positivo que la desarrollan lo hacen desde una concepción netamente materialista y externa del cuerpo humano.

El desarrollo normativo de ese entonces, se encuadraba en un contexto en donde los avances científicos no existían y por ende no podía aceptar la posible transmisión de partes del cuerpo humano verbigracia donación de órganos, tejidos biológicos y células humanas. Un sector de la doctrina asevera que el cuerpo humano en su conjunto no es materia de transferencia, pero los avances en medicina si permiten la transmisión de partes del cuerpo humano. (Redondo, 2017, p.135)

Si nos orientamos en aceptar la postura de dicho sector de la doctrina, entonces admitiríamos que el cuerpo humano es susceptible de ser transmitido parcialmente por medio de la comercialización, para lo cual el ordenamiento jurídico respondería con un tajante no, sin embargo, en virtud de los avances médicos puede que el derecho positivo se flexibilice pero con fines de carácter altruista.



La prohibición de disponer del cuerpo humano a partir de la óptica de los derechos fundamentales, se funda en la salvaguarda de la dignidad humana y de la protección de la integridad humana. En ese sentido, difiero de dicha posición porque considero que la libre disposición del cuerpo humano debe versar en un fin no lucrativo, de lo contrario se promovería la deshumanización del ser.

### **2.3.2. La autonomía personal en la disposición del cuerpo humano**

Al hablar de la disposición del cuerpo humano, atañe determinar cuál es el ámbito de decisión del ser humano para que pueda ejercer dicha libertad, a que parámetros se encuentra sometida esa decisión y cuál es su contenido. En ese sentido hablar de autonomía personal se identifica con la independencia, entendida como la ausencia de condicionamientos externos que puedan influir de manera inevitable en el sujeto.

Constitucionalmente se aborda a la autonomía, como un principio general de la libertad y decisión dentro de la esfera privada quedando a salvo de las interferencias del poder público que tiene sus límites en las actuaciones legítimas del Estado en la esfera privada. Cabe señalar que el derecho positivo no se centra en establecer el marco de las decisiones autónomas es decir jamás encontraremos una norma que señale los criterios que debemos tener para actuar con autonomía.

El proceso de formación de la voluntad se articula en tres fases, señala que requiere de racionalidad, entendida esta como un proceso de singularización y jerarquización de los deseos y referencias. En segundo lugar, considera que la autonomía implica independencia en un doble sentido: i. Interno, como la actitud del sujeto para evadirse de los condicionamientos externos y ii. Externo, como posición del sujeto respecto a su entorno y las relaciones con otros. La tercera condición para poder hablar de autonomía es la existencia de opciones relevantes, es decir el sujeto debe enfrentarse a distintas posibilidades que van a incidir de manera significativa en su vida. En pocas palabras la incidencia de estas tres opciones conllevará a tomar una decisión. (Redondo, 2017, p. 138)

El desarrollo de la autonomía se articula en relación con un punto de vista de género, con apuntes de tendencia feministas y bajo un pensamiento político liberal que relaciona la capacidad con dignidad humana.

Asimismo, Silvina Álvarez citada por Redondo, argumenta que la configuración de las opciones relevantes como condicionante de la autonomía en un contexto en el que la mujer debe decidir bajo situaciones de dominación o subordinación implica que las opciones entre las que debe escoger no tienen la relevancia suficiente porque no permiten un autogobierno mínimo. (Redondo, 2017, p.140)

### **2.3.3. La mercantilización de la reproducción**

En la maternidad subrogada, nace el debate sobre la disposición del cuerpo y su vinculación con la propiedad y la autonomía personal adquiere una fuerza especial. Respecto de la propiedad sobre el cuerpo, lo señalado en el punto anterior nos permite comprender que en la actualidad existe una flexibilización del concepto de propiedad que nos permite disponer de partes de nuestro cuerpo.

La disposición del cuerpo en la maternidad subrogada, se manifiesta en la puesta a disposición de un tercero de la capacidad reproductora de la mujer. El tema a determinar es si esta flexibilidad de la propiedad sobre el cuerpo auspicia esta puesta a disposición o, en cambio, la misma representa un límite al ejercicio de esa propiedad.

La vinculación de la mujer al cuerpo tiene una gran importancia en la evaluación de esa cuestión. Las corrientes feministas conciben a esta vinculación y su influencia sobre la capacidad reproductiva de la mujer desde ópticas que abarcan la cosificación y la esclavitud femenina hasta la consideración de un ejercicio de libertad y autonomía.

Débora Satz citada por Redondo, pone de manifiesto como la mercantilización del cuerpo parece encontrar mayores trabas que otros mercados por la especial reticencia social y política de aplicar

los mecanismos de oferta y demanda a una capacidad humana tan sensible como es la maternidad. Estas reticencias se sustentan en consideraciones sociales intuitivas relativas a la relación que se establece entre la madre gestante y el feto; la función reproductora como una parte esencial de la identidad de la mujer; la degradación de la mujer fruto de la mercantilización de su cuerpo y su sexualidad; y las consecuencias que puede tener para el menor nacido al amparo de un contrato de gestación subrogada. (Redondo, 2017, p. 141)

Por un lado, la consideración de que la función reproductora es parte de la identidad de la mujer no tiene porqué implicar que esa identidad pueda quedar pervertida por un contrato de subrogación. La capacidad de decidir que sustenta la autonomía de la voluntad también forma parte de la identidad de la mujer y es esencial para que pueda ejercitar su función reproductora con libertad. En torno al argumento relativo a la degradación de la mujer como resultado de la mercantilización de su cuerpo y su sexualidad tampoco tiene en cuenta si estamos o no ante una decisión autónoma. La degradación de la mujer no es fruto exclusivo de la mercantilización, sino de una mercantilización no elegida o efectuada sin la debida autonomía personal. (Redondo, 2017, p.142)

El argumento que guarda mayor consistencia en contra de la mercantilización de la reproducción se sustenta en la desigualdad de

género que produce el contrato de subrogación. Este contrato implica el control efectivo sobre el cuerpo de la fémina. En ese sentido, la decisión de consentir un contrato de gestación subrogada puede implicar una pérdida de control de la mujer sobre su cuerpo en relación con los tratamientos médicos, obligatoriedad del aborto en determinados supuestos y estilos de vida.

Es posible admitir que una mujer en uso de libre disposición del cuerpo y ejerciendo su autonomía en un marco de racionalidad, independencia y opciones relevantes, puede decidir suscribir este contrato y puede hacerlo en un nivel de autogobierno pleno, las consecuencias del contrato para ella tienen una incidencia directa en la libertad individual, anulando la misma durante un periodo de tiempo establecido y afectando a derechos fundamentales que son inherentes a la dignidad y por ello irrenunciables. (Redondo, 2017, p.143)

Entonces, desde la óptica de los derechos fundamentales, aunque la suscripción de un contrato de gestación subrogada puede quedar amparada en la autonomía personal, las consecuencias derivadas del contrato implican una pérdida de libertad, puesto que la preponderancia del objeto del contrato va a ser el bienestar del feto y la salud del mismo.

Una decisión tomada al amparo de una necesidad económica es una decisión carente de la autonomía requerida porque advierte dependencia de ese condicionante y reducción de opciones relevantes, que se ven únicamente supeditadas a la cuestión económica. Ante esta situación, la regulación normativa por parte del Estado parece adquirir una especial trascendencia. (Redondo, 2017, p.143)

Frente a los argumentos que defienden la maternidad subrogada, basándose en la autonomía de la mujer gestante, cabe oponer que dicha autonomía no puede amparar conductas que sean contrarias a las demandas de la dignidad de la persona que, por esencia, es irrenunciable. En la medida en que la gestación por sustitución implica el empleo de los órganos reproductivos para satisfacer fines ajenos, la misma es claramente contraria a la dignidad humana en tanto en cuanto despoja de todo valor a la dimensión personal de la madre gestante y al propio proceso de concepción. (Valero, 2019, p.431)

El límite del derecho a la reproducción asistida, se encuentra en el ejercicio de la propia libertad, de la libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto a los derechos de los demás. Por tanto, si se tiene en cuenta esta consideración, en determinados casos la maternidad subrogada vulnera ese límite, ya que llega a poner en riesgo la dignidad, vida e integridad física de la

propia madre gestante. Por ejemplo, al establecer en el contrato de gestación una reducción selectiva en caso de embarazo múltiple como cláusula para recibir la compensación económica pactada sin tener en cuenta el posible riesgo para la vida de la madre gestante o para la del propio hijo. (Regalado, 2016, p.14)

Debido a que la incidencia de los derechos fundamentales de la mujer gestante en un contrato de gestación subrogada exige una intervención del Estado para garantizar y proteger a los mismos. Y también porque la abstención del Estado podría generar desigualdad y vulneración ocasionada por la mercantilización de su cuerpo y de su autonomía.

En un contexto de protección de derechos fundamentales en sistemas democráticos consolidados, parece posible poder asumir que las mujeres gozan de un umbral de autonomía suficiente que les permita tomar la decisión de gestar por otras personas. Pero, como se ha mencionado, incluso en este contexto la autonomía puede verse limitada en el desarrollo del contrato y en la posibilidad de que el mismo esté sometido a un precio. (Redondo, 2017, p.143)

Lo expuesto lleva a preguntarse, si los avances de la ciencia médica deben sobrepasar los límites correspondientes a los derechos fundamentales con la meta de superar los propios obstáculos que establece la naturaleza humana, como son los problemas de infertilidad.

El principal fundamento que apoya esta práctica reproductiva, es la existencia de la libertad de autodeterminación que permite a la mujer sustituta decidir sobre su cuerpo sin ningún límite. No obstante, ese concepto de libre autodeterminación podría ser cuestionable, ya que esa libertad de decisión queda condicionada a las circunstancias económico-sociales que rodean a la madre gestante. Así, una abuela o una amiga, puede ofrecerse como madre sustituta de forma gratuita para suplir el problema de infertilidad que padece una pareja o persona que tiene un vínculo con ellas. Por tanto, el concepto de libre autodeterminación ofrece múltiples interpretaciones. (Regalado, 2016, p.16)

#### **2.4. Bioética**

La bioética que según Hottois se desarrolló en los Estados Unidos muy cercana a la ética médica, centrada en el individuo y la investigación en seres humanos, tiene un antecedente como idea y vocablo en 1927. La paternidad de la palabra bioética, que siempre se le ha atribuido a Van Rensselaer Potter, en realidad la utilizó por primera vez Fritz Jhar, años antes de ser usada por Potter, en 1970. (Molina, 2013, p.18)

A partir de entonces, la bioética ha tenido un recorrido histórico corto, pero enriquecido con códigos, tratados internacionales (Declaración Universal de los derechos humanos, Declaración de Oslo, Declaración de Helsinki-Tokio, etc.), y principios que, como orientaciones éticas mínimas universalmente aceptadas, sirven para tomar decisiones en la solución de



conflictos. Igualmente, se ha enriquecido con aportes filosóficos, como los de Kant, en relación con la autonomía y la dignidad, así como por los aportes de la teoría y la práctica de los derechos humanos que están relacionados con los cambios tecnológicos y las relaciones de poder. (Molina, 2013, p.19)

En los últimos 30 años la medicina ha experimentado grandes progresos, circunstancias que han dado origen al surgimiento de ramas como la ingeniería genética, la biología molecular y la genómica, siendo fundamental moldear los tradicionales criterios en base a los requerimientos de las nuevas tecnologías, para de esta manera regular la conducta y más aún la labor de los profesionales avocados a esta praxis. A nivel mundial esto se ha visto corroborado con el establecimiento de sanciones de carácter administrativo, con el fin de poner coto a prácticas clandestinas, es decir aquellos descubrimientos que no han pasado los límites del laboratorio, optando frente a esta coyuntura por mantenerse en el anonimato como la ignorancia de conocer los efectos que producen estos experimentos biológicos, por esta razón se impulsa la publicación obligatoria, bajo pena de sanción, de todo descubrimiento médico.

Garza citado por Molina, manifiesta que, la bioética surge como una respuesta primordial a los conflictos suscitados por el rápido avance del conocimiento científico y técnico en las diferentes áreas de la medicina y la biología, sumados a la identificación de los efectos nocivos en el medio ambiente como consecuencia de la contaminación indiscriminada del Planeta. (Molina, 2013, p.20)

La bioética tiene como sustento principal el ineludible problema del vínculo ciencia-conciencia (ciencia razonada), libertad-cautela (hacer con previsión) y desarrollo-protección (avance con resguardo). La bioética se presenta como una respuesta racional, lógica y equitativa frente a la aplicación, poder y eficacia de la medicina y de las demás ciencias de la salud. Es una rama de la ética que se encarga de los problemas generados por la aplicación y ejercicio de la biomedicina. (Varsi, 2001, p.4)

#### **2.4.1. Etimología**

La bioética es una palabra compuesta por dos voces *bio* (del gr. “vida humana” y *ethike* “ética”). Denota no solo un campo particular de investigación, la intersección de la ética y las ciencias de la vida, sino también una disciplina académica, una fuerza política en los estudios de la medicina, biología y medio ambiente y una perspectiva cultural. Expresa de alguna manera el dilema moderno entre la libertad individual y la responsabilidad social. (Varsi, 2001, p.4)

El término fue propuesto en 1970, por el científico y oncólogo estadounidense Van Rensselaer Potter. Su nombre hace referencia a un campo especial de la ética en la que se conjuga el aspecto biológico y la relación con los deberes profesionales. Puede decirse que ha nacido una nueva reflexión de la ética cuya vinculación está en directa relación con la vida, salud e integridad somática de todo ser vivo, sensibilizando el desarrollo social. (Varsi, 2001, p.5)

Algunos autores han acuñado el término bioderecho para referirse al área del derecho que se encarga del desarrollo y estudio de normas de protección de la vida y los actos médicos, para otros autores se trata de la regulación de la bioética, esto se ha dado producto a la importancia que ha cobrado la bioética en relación con la vida, los deberes y valores del hombre y la presión ocasionada por la incursión de las nuevas tecnologías, se hace necesario regular expresamente situaciones que ponen en peligro la dignidad e integridad de la persona, como son las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en nuestro derecho común.

#### **2.4.2. Definición de bioética**

Según Hottois citado por Molina, afirma que la considera como un conjunto de investigaciones, de discursos y prácticas, generalmente pluridisciplinarias y pluralistas que tienen como objeto aclarar y, si es posible, resolver preguntas de tipo ético, suscitadas por la investigación y el desarrollo biomédicos y biotecnológicos en sociedades individualistas, multiculturales y evolutivas. (Molina, 2013, p.34)

Molina manifiesta que la bioética es considerada como un movimiento de ideas, una metodología de confrontación interdisciplinaria entre ciencias biomédicas y ciencias humanas, una articulación de la filosofía moral o una disciplina autónoma con una función propia no normativa, aunque conectada con otras disciplinas y sustentos teóricos éticos y filosóficos, entre los cuales están el

principialismo, la ética kantiana y la teoría de los derechos humanos. (Molina, 2013, p. 34)

Para Sgreccia citado por Varsi, manifiesta que parte de la filosofía moral que considera la licitud e ilicitud de las intervenciones sobre la vida del hombre y, de modo particular, de las intervenciones en relación con la práctica y el desarrollo de las ciencias médicas y biológicas. (Varsi, 2001, p.5)

Para Varsi, la bioética representa aquella disciplina que se encarga de estudiar las relaciones de la ética con la vida, de los procedimientos y políticas vinculadas con la esencia vital y los márgenes en los cuales debe desarrollarse. Se sustenta en la influencia de la medicina y la biología en la evolución del hombre, de manera tal que, se puede decir, busca mantener, explicar y canalizar la adecuada relación entre hombre, la naturaleza y las técnicas biomédicas. La bioética reflexiona sobre las prácticas de los bioprofesionales, fomentando el respeto por la vida, la salud, la integridad de las especies y la protección de la humanidad. (Varsi, 2001, p.6)

De las definiciones recabadas en la doctrina acerca de la bioética, puedo decir que representa el estudio de la conducta del ser humano en relación con los campos vinculados a las ciencias de la salud, poniendo énfasis en distinguir dicha conducta bajo la lupa de los valores morales y principios. En ese sentido, hoy por hoy resulta

fundamental propiciar una cultura de bioética en los profesionales avocados a la biomedicina, ello con la finalidad instaurar a la moral como prioridad en su desempeño.

### **2.4.3. Características**

La bioética nos induce a ser buenos, honrados y generosos, cualesquiera que sean los intereses lucrativos y de poder de la competición científica y, por ello, solo puede ser universal, como ética de la responsabilidad y la solidaridad, en ese sentido, las características de la bioética son las siguientes:

- i. Se sustenta en los derechos humanos y en los derechos de la persona.
- ii. Nace en un ambiente biocientífico para proteger la vida y su ambiente.
- iii. Es un esfuerzo interdisciplinario en el que participan médicos, sociólogos, filósofos, teólogos, psicólogos y abogados, entre otros.
- iv. Comprende los problemas relacionados con los valores que surgen en las profesiones de la salud en general.
- v. Está orientada a proteger al ser humano integralmente (física, mental y socialmente).
- vi. No se limita al campo humano, sino que abarca cuestiones relativas a la vida de los animales (maltrato y experimentación) y de las plantas (medio ambiente),

ofreciéndole una protección como elementos biológicos, es decir proteger a los seres vivientes en general.

- vii. Busca la armonía con la naturaleza promoviendo el desarrollo sustentable y el cuidado del medio ambiente.
- viii. Trazas líneas para guiar el correcto actuar científico.
- ix. Aborda cuestiones de orden social (salud pública), no se limita al campo estrictamente individual.
- x. Busca establecer límites sociales a la ciencia y a la tecnología.
- xi. Tiende a evitar la audacia científica en contra de la vida.
- xii. Busca conciliar el imperativo de la libertad de investigación de la protección de la persona y la salvaguardia de la humanidad. (Varsi, 2001, p.6-7)

#### **2.4.4. Principios de la bioética**

Los principios que sirven de inspiración para la protección de la vida y el fomento de los métodos de salud se sustentan en los siguientes postulados:

##### **A. Principio de respeto por las personas**

El hombre, por su esencia y estado natural, no puede ser objeto de la ciencia. La libertad de las investigaciones no debe atentar contra la individualidad del hombre, como consecuencia de la defensa de los derechos fundamentales de la persona como son el derecho de todo ser humano a la vida, a la integridad física, así como a los derechos de la familia y del hijo.

En palabras de Molina, el respeto de por las personas implica, la necesidad de respetar la capacidad de las personas para tomar decisiones. Es la regulación personal, libre de interferencias externas y limitaciones personales que impiden hacer una elección. (Molina, 2013, p.26)

En la doctrina se le conoce como principio de autonomía, debido a que consiste en tratar a las personas respetando su autodeterminación y libertad, es así que dentro de este principio se incluyen el consentimiento y la información que debe siempre tener el paciente. (Varsi, 2001, p.8)

## **B. Principio de beneficencia**

La beneficencia puede ser positiva y útil: la beneficencia positiva protege, defiende los derechos de otros, previene el daño y contribuye, mediante actos positivos, al bien y a la realización de los demás, sin confundirlo con el paternalismo médico que atenta contra el principio de respeto a la autonomía. La utilidad equilibra beneficios e inconvenientes, beneficios, riesgos y costos. (Molina, 2013, p.28)

Todo procedimiento o medida médica aplicada al ser humano debe ser en la utilidad, beneficio y solidaridad de sus resultados. Es decir, los fines que se buscan con las intervenciones médicas positivas y de orden terapéutico. Todo acto que tienda a perjudicar la vida debe ser evitado. (Varsi, 2001, p.8)

### **C. Principio de justicia**

Es el conjunto de normas que garantizan la distribución justa de beneficios, riesgos y costes. La justicia distributiva busca solidaridad social, mediante la distribución igual, equitativa y apropiada no solo de bienes materiales, sino de derechos y responsabilidades en la sociedad, para evitar discriminaciones e injusticias y promover la aplicación de lo correcto y debido. (Molina, 2013, p.28)

No debe de establecerse discriminación alguna en la aplicación y ejecución de los tratamientos médicos. Todos los seres humanos tienen igual derecho a ser asistidos clínicamente y de acuerdo con las necesidades y urgencias que requiera su salud. La igualdad en el tratamiento científico es fundamental. (Varsi, 2001, p.8)

### **D. Principio de solidaridad**

La entrega, ayuda y trato similar es la base de este principio. La bioética tiene sus cimientos en este principio, partiendo del supuesto de que toda persona tiene derecho a recibir asistencia médica. (Varsi, 2001, p.8)

## **2.5. Técnicas de reproducción humana asistida**

Los adelantos que ha tenido la genética en los últimos años han permitido que actualmente existan varias TRHA, que se orientan a brindar una solución a las personas que presentan problemas de infertilidad. Las alternativas que han logrado tener una gran importancia debido a su éxito son las siguientes:



### **2.5.1. Fecundación in vitro**

Esta TRHA radica en la fertilización de óvulos con espermatozoides que pueden ser de la pareja o de un donante. Posteriormente de obtener el embrión es implantado en el útero donde continúa su proceso de desarrollo.

Para Kushner-Dávalos citado por Arévalo. manifiesta que el proceso de la FIV consiste en la estimulación exógena de los ovarios mediante gonadotrofinas humanas o recombinantes (sintéticas); extracción de los óvulos mediante un procedimiento quirúrgico mínimamente invasivo (aspiración folicular eco-guiada); fertilización in vitro en el laboratorio de embriología previa selección y clasificación de la calidad ovocitaria y capacitación espermática; cultivo embrionario sistemático; y transferencia de embriones en la cavidad uterina, a la espera de una implantación satisfactoria. (Arévalo, 2016, p.7)

La eficacia de esta técnica ha venido en aumento, ya que se han establecido protocolos que hacen que las probabilidades de desarrollo del embrión sean mucho más altas.

### **2.5.2. Transferencia de gametos**

La transferencia de gametos consiste en la implantación del ovulo fecundado en el tubo de la trompa de Falopio, lo que permite que

este método sea muy semejante a la fecundación natural. El acceso a este método no es tan común debido a que resulta muy oneroso.

Según Pérez, la transferencia de gametos, es el proceso de transferencia de gametos es un procedimiento de reproducción asistida en donde la fertilización se realiza in vivo, es decir dentro de las trompas u oviductos, por eso es intratubaria. En esencia con una pequeña operación (laparoscopia) que se efectúa a través del ombligo y un par de pequeñas incisiones adicionales en la parte baja del abdomen se coloca en el interior de una de las trompas óvulos y espermatozoides (gametos) para lograr que se realice la fecundación en condiciones naturales y se logre el anhelado embarazo. (Pérez, 2011, p.1)

Esta técnica implica varios pasos más, luego de que se realiza la fecundación in vitro, lo que la convierte en una opción no tan utilizada debido al costo y la inversión de tiempo es mayor.

### **2.5.3. Inseminación artificial**

Es el método empleado en mayor porcentaje en la actualidad, ello debido a que arroja altos índices de éxito y en la práctica no presenta tantas complicaciones, permitiendo su efectividad en comparación a otras TRHA.

Según Arévalo, se trata de un procedimiento en el cual los espermatozoides se colocan en el interior del útero para que se logre la fecundación. En este proceso se utilizan medicamentos que permiten que los ovarios liberen los óvulos, para que el espermatozoide seleccionado del hombre ya sometido a un proceso de mejora pueda fecundar el ovulo. (Arévalo, 2016, p.9)

#### **2.5.4. Donación de gametos**

Según Bazaco citado por Arévalo, afirma que el proceso mediante el cual una mujer cede a otra mujer o pareja sus óvulos para que se puedan utilizar. La donación de ovocitos proporciona el único modelo en el cual, la contribución a la gestación del útero y el ovocito pueden ser separados. Esta técnica ha ido creciendo y mejorando cada vez más desde su primer éxito hace aproximadamente unos 20 años, ya que hace posible la gestación en la mujer a pesar de la edad, de la ausencia de varios o de su funcionamiento. (Arévalo, 2016, p.9)

De manera general estos son los métodos de utilización más frecuentes en cuanto a técnicas de reproducción humana asistida se trata, con los conceptos definidos se podrán analizar más claramente los siguientes aspectos que se tendrán en cuenta acerca de la maternidad subrogada.

## **2.6. Maternidad subrogada**

### **2.6.1. Definición**

Antes de definir a la maternidad subrogada, primero es necesario señalar qué se entiende por maternidad. La Real Academia de la Lengua Española define a la maternidad, como el estado o cualidad de madre, que a su vez se refiere a la mujer que da a luz a un hijo, así como a la relación existente entre ambos; por lo que se entiende que madre es, además de la mujer que alumbró, la responsable de los hijos, de su cuidado y educación, etc. Desde la perspectiva jurídica, la maternidad está comprendida dentro de la institución jurídica de la filiación, en función a que es el vínculo que une a los descendientes con sus progenitores, en este caso a los hijos con su madre, sin importar el origen de la relación (biológica o adoptiva). Por otro lado, la Academia define subrogar como sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa, de lo cual se desprende que la subrogación, para efectos de la presente investigación, se refiere al reemplazo de la mujer que desempeñará la función de gestación. (Villamarín, 2014, p.33)

En virtud de la definición, se entiende que madre no es solamente la mujer que gesta a una criatura hasta el momento de parto, sino es aquella que también puede llamársele a la mujer que brinda cuidados después de que el bebé nace. Jurídicamente, además, no se entiende por madre solo a la mujer que porta el embarazo, sino también a la que adopta.

Según Regalado, afirma que la maternidad subrogada hace referencia a los supuestos en donde mujeres fértiles (madres gestantes) aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante espermatozoides del varón que aparecerá como padre, y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, para, producido el parto, entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo. (Regalado, 2016, p.14)

Se han dejado atrás las concepciones en las cuales se entendía por madre a la mujer que biológicamente alumbraba a un bebé. En ese contexto, la terminología *mater semper certa est* (madre siempre cierta es), es cosa del pasado porque la maternidad ya no está cimentada en una realidad inmutable: la gestación y el alumbramiento. Esta mutación del concepto ha permitido que se sostenga que madre también es la mujer que, aportando sus óvulos, no gesta un embarazo. (Rupay, 2018, p.105)

Villamarín, menciona acerca de la maternidad subrogada que es el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. De ahí que, las gestantes son mujeres fértiles que aceptan llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el espermatozoides y el óvulo de los padres

contractuales, con o sin contraprestación de por medio, para que, una vez producido el parto entregue al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. (Villamarín, 2014, p.34)

Se entiende por maternidad subrogada a la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño o niña por encargo de otra persona o de una pareja ante quien o quienes se compromete a entregar al recién nacido renunciando a sus propios derechos de madre, por lo general a cambio de una suma de dinero. (Camacho, 2009, p.1)

Peralta, asevera que la maternidad subrogada como el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto. Ello implica una serie de deberes y derechos que debieran reglamentarse. (Peralta, 20014, p.20)

Espinoza (2004) afirma que se entiende por madre sustituta, como aquella mujer que ofrece su útero para que se desarrolle en este, el embrión concebido extracorpóreamente, para después entregar al niño a sus verdaderos padres. (p.21)

Marco (2016), señala que la gestación por sustitución, consiste en que una mujer presta su cuerpo para llevar a cabo la gestación y el nacimiento de un nuevo ser, en beneficio de otra mujer o pareja y, después del nacimiento, renuncia a la filiación materna y entrega el recién nacido a la madre comitente. (p.22)

A manera de conclusión la maternidad subrogada, vientre de alquiler, maternidad sustituta o alquiler de útero, cualquiera sea la denominación que se utilice, vienen a ser aquel método mediante el cual una mujer, previo acuerdo, se compromete a llevar adelante un embarazo y a entregar al bebé al término de este, renunciando a sus derechos como madre.

### **2.6.2. Antecedentes históricos**

El nacimiento de las TRHA, representa el punto de quiebre en la historia de la ciencia médica al propiciar la procreación sin relaciones coitales. Sin embargo, se conocen en épocas pasadas ejemplos de maternidad subrogada. Tal vez, se trate en realidad de formas de enfrentar a la infertilidad concebida antropológicamente como una mala voluntad del destino o concretar una planificación familiar en búsqueda de la continuidad genética.

La solución a la esterilidad en reemplazo de la procreación natural, en algunos grupos de África hace que se recurra a la hermana fértil para tener descendencia, o en Mali África Oriental, se acepta la práctica de la poligamia por problemas de la mujer y se permite al hombre tener más de una esposa. (Teitelbaum, 2016, p.542)

Históricamente, vemos que la familia hebrea patriarcal, admitía recurrir a la adopción ante la imposibilidad de engendrar hijos y la esterilidad era causa justificada de divorcio, aceptándose también la poligamia, para asegurar la continuación de las generaciones. Como sucedió con Sara, la esposa infértil de Abraham, le ofreció a su esposo a la esclava Agar, y fruto de este acuerdo nació Ismael, origen de todos los árabes, Ismaelitas o Agarenos. Un tiempo más tarde, Sara milagrosamente dio a luz con Abraham a Isaac, uno de los eslabones generacionales del pueblo Hebreo. Los hijos eran considerados para los parámetros de estos períodos como hijos de profetas y sus esposas legítimas. (Teitelbaum, 2016, p.543)

Otro renombrado ejemplo de gestación subrogada de aquellos tiempos, es el previsto en el Código del Rey Hammurabi, creado en el 1728 A.C. en Babilonia (consagraba la Ley del Talión y el principio de presunción de inocencia), y en sus artículos 1444 a 1475, prescribe que la mujer infértil que quiere tener hijos debe dar a su marido una esclava, sin que pueda este buscarse una concubina a menos que no pueda concebirse un hijo varón. Además, las gestantes que tuvieran hijos, tenían ciertas garantías y no se las podía vender por dinero. (Teitelbaum, 2016, p.543)

Abundan los casos en el Antiguo Egipto en que se recurría a las esclavas y a relaciones incestuosas para paliar la falta de herederos de los faraones. También parece haber sido un recurso



difundido en las antiguas Grecia y Roma. Leyendas Indias incluyen mitos al respecto, y lo propio se evidencia en la permisión de las concubinas en China, Corea, Japón y la Europa Medieval donde el tratamiento que se les confiere a los hijos de tales uniones, eran de herederos auténticos de sus padres. (Teitelbaum, 2016, p.544)

La maternidad subrogada aparece en el año 1975, en Estados Unidos, precisamente en el Estado de California, cuando un diario de esa ciudad realiza una publicación, requiriendo a una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja con problemas reproductivos, y que por este servicio ofrecía una suma de dinero como contraprestación. Esta publicación marcó el nacimiento de las sociedades de préstamos de úteros, propiciando que, en el año 1976, Noel Keane fundara la primera clínica de maternidad subrogada, con la finalidad de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando todos los trámites necesarios para la subrogación. (Martínez, 1994, p.180).

En la ciudad de Louisville-Kentucky, Estados Unidos de Norteamérica, en el año 1979, Richard Levine fundó la sociedad de préstamo de úteros, bajo el nombre de *Surrogate Parenting Associates*. Mediante esta agencia se seleccionaba a las madres portadoras que se comprometían a ser inseminadas y a gestar, para luego entregar al niño a los que contrataban con este servicio.

Francia, en el año 1982 el Doctor Sacha Geller fundó el Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción Asistida (CEFER). Asociación orientada a poner en contacto matrimonios y parejas infértiles con futuras madres portadoras. Siendo famoso el caso de las gemelas Cristine y Magali de La Grande Motte. Cristine fue inseminada artificialmente con espermatozoides de su cuñado Denis Sevault, marido de su hermana gemela. De esta manera en el año 1983, la madre gestante dio a luz un niño, y manifestó haber aceptado el embarazo y parto por el profundo amor que sentía por su hermana gemela debido a que ella no podía procrear. (Martínez, 1994, p. 181)

Hubo otro caso famoso en Estados Unidos, allá por el año 1985, denominado caso "*Baby M*". El problema surgió cuando apareció una mujer embarazada, tras un acuerdo de "maternidad subrogada" mediante contrato previo firmado por ambas partes, una vez nacida la hija, se arrepintió de entregarla al matrimonio contratante y decidió quedarse con ella, puesto que dicha mujer había sido inseminada con espermatozoides del varón de la pareja contratante y dicho conflicto terminó en los tribunales. Después de un proceso largo, se decidió darle la custodia del niño al varón y el derecho de visita a la madre sustituta.

### **2.6.3. Posturas acerca de la maternidad subrogada**

La maternidad subrogada es una forma de reproducción que contribuye a que las personas que están imposibilitadas para llevar de forma natural un proceso de procreación, encuentren una alternativa que les permita solucionar su problema médico, en ese sentido no se encuentra una razón por la cual se prohíban estos métodos que son del ámbito personal y corresponden a la vida privada de las parejas que procuran ejercer un libre desarrollo y formar una familiar, permitiendo cumplir su proyecto de vida.

Los partidarios de esta práctica, fundamentan en gran medida su admisibilidad en la existencia del derecho a procrear. Este derecho parte desde un punto de vista internacional de la importancia de la unidad familiar y de la reproducción a partir del derecho a fundar una familia y de la opción reproductiva. El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), establece en sus apartados segundo y tercero que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin ninguna restricción por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y gozarán de los mismos derechos por los que respecta al matrimonio, durante el matrimonio, y en caso de su disolución y que la familia es la unidad natural y fundamental de la sociedad y merece protección por parte de la sociedad y del Estado. Cabe añadir que, entre otros, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CDEH),

también ratifica el derecho a formar una familia y añade la protección de la vida privada y familiar de los individuos. (artículos 12 y 8). (Regalado, 2016, p.13)

La maternidad plantea el supuesto, en que una mujer no está en posibilidades de tener y llevar a término un embarazo pueda tener descendencia. En este sentido, cobra importancia entre los argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada, señalar las bases sobre las que descansa el derecho a la salud sexual y reproductiva, este incluye el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida y los mecanismos para hacerlas efectivas como es el caso de la maternidad subrogada. (Pérez, 2012. p.133)

El autor en mención afirma que la maternidad por subrogación, es una solución y garantiza el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas que se encuentran en imposibilidad de procrear hijos por sus propios medios, por este se debe analizar desde el punto de vista de la ciencia y hacer un lado a la mayoría de prejuicios morales que surgen por considerarla una práctica falta de ética.

Los avances científicos deben contribuir a solucionar las condiciones médicas de las personas, para lograr que estas puedan desarrollarse en un entorno adecuado a su necesidad. Por

esta razón, es importante que la reproducción asistida se mire desde el punto de vista de una solución médica y también psicológica, para las personas que padecen enfermedades reproductivas inusuales que no le permiten lograr procrear de manera natural, el método de la maternidad subrogada debe considerarse como una solución más a los problemas de fertilidad (Arévalo, 2016, p.10)

Los argumentos que se esgrimen en contra de la maternidad subrogada abordan en sí la mercantilización del ser humano y el desconocimiento de los derechos de la madre sustituta, mediante formalidades legales que pueden ir en contra de las normas éticas y morales de la sociedad.

Algunas voces afirman que se intenta encubrir la realidad vinculada a la maternidad subrogada, presentándola como una forma más de reproducción asistida, con la que de forma altruista se da la oportunidad de realizar el sueño de ser padres a aquellas personas que no pueden serlo. Cuando en realidad lo que se lleva a cabo es una nueva forma de explotación de la mujer y tráfico de personas que convierte a los niños en productos comerciales. (Regalado, 2016, p.13)

Como todos los derechos, el límite del derecho a la reproducción asistida se encuentra en el ejercicio de la propia libertad, de la

libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto a los derechos de los demás. Por tanto, si se tiene en cuenta esta consideración, en determinados casos la maternidad subrogada vulnera ese límite, ya que llega a poner en riesgo la dignidad, vida e integridad física de la propia madre gestante. Por ejemplo, al establecer en el contrato de gestación una reducción selectiva en caso de embarazo múltiple como cláusula para recibir la compensación económica pactada sin tener en cuenta el posible riesgo para la vida de la madre gestante o para la del propio hijo. (Regalado, 2016, p.14)

Para Casado citado por Arévalo, menciona que la maternidad subrogada actualmente en casi la totalidad de los países del mundo, se considera moralmente inaceptable, entre otras cuestiones por la fuerte carga utilitarista que conlleva, por el ánimo de lucro que puede motivarla y porque sería como una especie de compraventa oculta de recién nacidos o una incitación a su tráfico comercial, lo cual consideramos como algo totalmente inadmisibles, (Arévalo, 2016, p.13)

El argumento citado se funda en el bienestar del niño o niña y de igual manera en la integridad del ser humano que no puede ser visto como una mercancía con la cual se puede negociar. Existe el rechazo de muchos países a permitir esta práctica y regularla de manera integral, puesto que, si bien con ella se aplican unos

derechos del ser humano como el de formar una familia, también pueden contravenir el derecho a su integridad física y moral.

El componente de la comercialización le añade un ingrediente negativo, moralmente desfavorable a la gestación sustituta. La Organización Panamericana de la Salud (OPS), afirma que la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado y a su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre, (Arteta, 2011, p.94)

La maternidad subrogada es, por su propia naturaleza, caldo de cultivo para la explotación, el abuso y el tráfico de personas, y no sólo en los países en vías de desarrollo. Así, en Estados Unidos, se dismanteló una red de abogados que había creado un inventario de bebés no nacidos para venderlos al precio de 100.000 dólares utilizando vientres de alquiler. (Regalado, 2016, p.16)

Para Teitelbaum (2016), la maternidad subrogada incentiva un turismo reproductivo que es fértil para el tráfico de menores y

asociaciones ilícitas intermediarias, que especulan y lucran con el desesperado deseo de ser padres. (p.560)

Se aprecia como la práctica de la maternidad subrogada onerosa, trae múltiples casos que en determinadas ocasiones llegan a poner en riesgo derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico y en tratados internacionales, a los que el Perú está adscrito, como es el derecho a la vida, la integridad física o, incluso, el propio derecho a la libertad de decisión que se sustenta como un argumento a favor, debido a que este queda restringido por los efectos del contrato de maternidad subrogada.

En ese sentido la propuesta del presente trabajo de investigación, va orientada en proponer una legislación que permita contrarrestar la ilegalidad que puede surgir del alquiler de vientre, siendo necesario proponer una regulación normativa que permita que se garanticen los derechos de la mujer gestante y mucho más importante el interés superior del niño.

#### **2.6.4. Tipología de la maternidad subrogada**

Enrique Varsi (2001), afirma que la maternidad subrogada puede realizarse de innumerables formas, siendo esta las siguientes (p.264):



### **A. Madre portadora**

Cuando la mujer genera óvulos, pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. En un caso sólo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso denominado de trigeneración humana: 1) aporte de espermatozoide del marido, 2) aporte del óvulo de su mujer y 3) la madre gestante es una tercera.

### **B. Madre sustituta**

Cuando la mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina, busca una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral: se produce un caso de progeneración humana integral cuando: 1) espermatozoide del marido, y 2) inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante.

### **C. Ovodonación**

Cuando la mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero si puede gestar por lo que, necesita una mujer que le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) aporte de espermatozoide del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y 3) gestación de una mujer, la madre procreante nos es la misma que la gestante.

#### **D. Embriodonación**

El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deberán de buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana: 1) el embrión es de una pareja cedente; 2) El marido es infértil y el embrión es gestado por su mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante, a lo que suma el problema de la paternidad que no le corresponde al marido.

#### **2.6.5. La necesidad de regular la maternidad subrogada**

La evolución de la ciencia médica a través de las TRHA, ha permitido sobrepasar los límites propios de la procreación, permitiendo ser padres a personas que presentan problemas de fertilidad, personas de edad avanzada e incluso parejas del mismo sexo, lo cual resulta polémico, en ese sentido es necesario que se garantice el acceso a dichas técnicas y los procedimientos que derivan de las TRHA, avocándome en la presente investigación a la maternidad subrogada, la cual considero debe tener una protección jurídica, que permita establecer garantías y límites, recayendo esta tarea en el Estado, puesto que aquí las vidas humanas juegan un papel importante, tanto de la mujer gestante

como la del concebido, siendo su regulación en el ordenamiento jurídico necesaria.

Bajo ese escenario, el debate acerca de la necesidad de regular en nuestro ordenamiento jurídico la maternidad subrogada, puede aseverarse que representa uno de los más difíciles por los que está atravesando la sociedad en la actualidad, dicha dificultad radica en encontrar puntos de coincidencia que permitan unir posturas muy distanciadas, entre los que proponen declarar la nulidad del contrato por el que acuerde el uso de una mujer para que lleve a buen fin el embarazo y el nacimiento del hijo de unos terceros, o los que proponen que se admita la maternidad subrogada de carácter altruista o gratuita y finalmente está la postura que propone su prohibición expresa. La postura que se adopta en la presente investigación es a favor de la maternidad subrogada altruista y por ende se plantea la regulación expresa de la prohibición de la maternidad subrogada onerosa dentro de nuestro derecho común, con el propósito de desincentivar estas conductas que vulneran la dignidad humana.

De lo anterior, se colige que hoy por hoy la maternidad subrogada se encuentra en un contexto de irresolución desde la óptica jurídica, esto debido a los conflictos éticos, sociales y morales que la acompañan. En ese sentido los ordenamientos jurídicos de países latinoamericanos deben procurar regular este tema de actualidad,

puesto que existe una gran cantidad de parejas que han optado por esta modalidad de las TRHA.

Al hablar de la maternidad subrogada se hace inevitable no hablar en primer lugar del concepto “familia”, la cual representa uno de los pilares que hace necesaria la regulación de la maternidad subrogada, ello en consonancia con los numerosos instrumentos internacionales que la tratan, a través de cláusulas que marcan su protección. En particular con los alcances del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual ha sido oportunamente interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La maternidad subrogada y la familia son dos conceptos que se encuentran entrelazados, toda vez que las TRHA, tienen como propósito generar prole (hijos), los cuales son la base del matrimonio y por ende de la familia.

Nuestra Constitución en su artículo 4, refiere a la protección integral de la familia, de manera determinada, debido a que es concebida como la célula básica de la sociedad y del Estado, debido a que representa el soporte del individuo, puesto que lo cobija desde su nacimiento hasta su emancipación. Entre los tipos de familia, encontramos tanto a la familia tradicional, es decir, la familia matrimonial, heterosexual y a las uniones convivenciales.

En segundo lugar, se considera el derecho a fundar una familia como un derecho humano. Éste se menciona en los tratados internacionales, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros, dicho derecho se debe ejercer de forma libre y responsable, siendo un fundamento vital para permitir el acceso a las TRHA a personas que tengan la voluntad procreacional de ser padres a pesar de padecer problemas de fertilidad.

Para Muñiz citado por Notrica, manifiesta que la noción de familia no es única, ni unívoca, sino es plural, temporal, eminentemente mutable, y decididamente sociológica. El derecho debe ir acompañando esos cambios, a modo de no quedar decididamente atrasado en las pautas y conceptos dados en el plano social. (Notrica, 2017, p.8).

Es en virtud a esa mutabilidad a la que alude el citado autor que se hace necesaria la permisión, dentro de nuestro ordenamiento jurídico de la maternidad subrogada de carácter altruista en favor de las parejas que anhelan tener prole a pesar de verse disminuidas por problemas procreativos.

Integrar estos dos ejes implica que la persona sola o pareja, donde al menos un integrante tiene falencias estructurales, físicas,

médicas o genéticas para poder concebir hijos, podrá recurrir al método que supere la situación obstructiva, desde una visión integral y respetando la diversidad.

Minyersky citado por Notrica, asevera que las diferentes y múltiples formas familiares que existen en nuestra sociedad, si bien son el resultado de años de gestación, también son el resultado del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos, no sólo sobre su propia vida, sino sobre su vida familiar. Cada individuo, más allá del derecho positivo del lugar en el que vive, decide formar su familia del modo en que lo considere apropiado. (Notrica, 2017, p.8)

Un precepto internacional clave es el interés superior del niño. Este principio, además de conformar el orden público internacional, debe ser una consideración principal a la que se atenderá en todas las acciones que se tomen. En tal sentido, deberá permitirse el reconocimiento de niños y niñas nacidos por medio de estas técnicas de reproducción humana asistida, sea a nivel interno (nacional) o cuando la relación jurídica sea entre dos países (internacional). Asimismo, cuando corresponda aplicar el derecho extranjero, si ello redundará en favor del interés superior de los niños.

Para Lamm citado por Notrica, afirma que regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del

niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva. (Notrica, 2017, p.9)

El derecho a la identidad del niño nacido producto de la maternidad subrogada, es un derecho humano que trasciende a todo el ordenamiento jurídico. Por la gran importancia que tiene para nuestra sociedad, cabe destacar que, si bien debe tener su filiación determinada con quienes manifestaron su voluntad procreacional.

Dicho esto, traigo a colación que por todo lo señalado, y desde la consagración constitucional-convencional del derecho humano a formar una familia con su continua derivación en los derechos reproductivos, es que la igualdad debe ser real, reconocida por la ley, y sin discriminación hacia un sector de la población que, debido a problemas de infertilidad, queda al margen de la posibilidad de tener hijos.

Resulta necesario hacer mención que la CIDH, ha realizado pronunciamientos a través del caso “Artavia Murillo y otros vs Costa

Rica”, manifestando 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 padezcan deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias por problemas de salud reproductiva, siendo que dicha condición demanda una atención especial para que se desarrollara la autonomía reproductiva. (Zamora, 2020, p.2)

En este contexto, se recuerda lo expresado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo<sup>2</sup>, celebrada en El Cairo, en 1994, se esgrimieron ciertos principios directamente aplicables al tema de las TRHA. Al respecto, se sostuvo que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas necesarias para garantizar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. (Notrica, 2017, p.10)

---

<sup>2</sup> La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo o Conferencia de El Cairo de 1994 fue una reunión internacional coordinada por la ONU que tuvo lugar en El Cairo -Egipto desde el 05 hasta el 13 de setiembre de 1994. Su programa de acción resultante es el documento principal para el Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas. Se congregaron 20.000 delegados de varios gobiernos, agencias de la ONU, ONG y medios de comunicación para discutir una variedad de asuntos relacionados con población, incluyendo la inmigración, la salud reproductiva, la mortalidad infantil, los métodos anticonceptivos, la planificación familiar, la educación y la protección de las mujeres de las realizaciones del aborto inseguras.



La CIDH, en el caso Artavia Murillo, también ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación establece que los Estados deben inhibirse de producir normas discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos que integran una población al momento de ejercer sus derechos. (...). Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra tiene consecuencias particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. (...) Es obligación de los Estados abogar por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desarticuladas. Por tanto, es necesario que los Estados propugnen y difundan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para desterrar dichas barreras.

Para Marisa Herrera citada por Notrica, precisa que en última instancia, el derecho a usar y gozar del avance y los beneficios de la ciencia y la tecnología se convierte en una pieza clave en esta historia, porque el acceso a las TRHA involucra el derecho a formar una familia, el derecho a hacerse del desarrollo de la ciencia médica o los beneficios de la biotecnología y en un primer momento, el derecho a la salud centrado en la noción de infertilidad. (Notrica, 2017, p.11)

Todo individuo puede proyectar la idea de procrear suscribiendo al uso de la ciencia o, en términos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, gozando de los avances de la ciencia. Esta idea beneficia al desarrollo personal del ser humano y le posibilita percibirse como un ser digno porque sabe que, en definitiva, puede llegar a fundar una familia. La familia, ese elemento tan fundamental dentro de las sociedades, puede ser ahora una real e igualitaria posibilidad de construcción para todos.

Se puede decir que son tres las respuestas posibles ante el dilema legal que se plantea: i. La prohibición absoluta de la maternidad subrogada y los efectos jurídicos sobre la filiación del niño o niña. Principalmente, las limitaciones normativas, son discriminatorias por tres razones: a) desde el punto de vista económico: es sabido que esta práctica se realiza en muchos países del mundo y de esta manera las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a esta compleja técnica fuera de las fronteras nacionales. Las prohibiciones legales, entonces, resultan accesibles sólo para quienes pueden afrontarlas; b) en materia de incapacidad física: se vincula con las mujeres que no pueden gestar, por ejemplo, por carecer de útero, es decir una incapacidad de concebir o de llevar a término un embarazo; c) en materia de género: la maternidad subrogada representa la única opción que tiene una pareja homosexual, compuesta por dos hombres, o un hombre solo, atento a que, por razones biológicas sean incapaces

de concebir y gestar un hijo propio. ii. El silencio de la ley. Una opción tan peligrosa como común, la cual siempre ha mostrado un camino de incertidumbres, según las aristas de los casos resueltos. Como se ha expresado, los avances biomédicos ligados a los cambios sociales y culturales de las últimas décadas han potenciado el acceso a estas técnicas, generando en el campo jurídico la necesidad de reformular los principios tradicionales. En consecuencia, es imperiosa la necesidad de que el discurso jurídico se ocupe de regularlas. El silencio legal encausa interpretaciones discordantes que provocan resoluciones disímiles por parte de nuestros magistrados, sumergiendo a los justiciables en la inseguridad jurídica. iii. La instauración de un régimen jurídico adecuado que regule y ordene tales prácticas y sus consecuencias sobre la filiación. Perfilarse en esta alternativa representa la posibilidad de brindar respuestas y soluciones a un medio reproductivo cada vez más frecuente a nivel, no solo nacional, sino también regional y universal. Sin dudas, la opción de la regulación legal disminuye los conflictos. El problema no está en la práctica en sí misma, sino la inexistencia de un marco normativo que permita controlar y establecer criterios para llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas: la persona gestante, la o las personas comitentes y el niño o niña, fruto de este procedimiento. (Notrica, 2017, p.12)

Desde la discusión existente entre la vulneración de derechos humanos que representa la prohibición expresa de la maternidad subrogada, pasando por el vacío legal (laguna legislativa), hasta llegar a la regulación, nos encontramos ante esta última posibilidad, como una manera de que muchas parejas o personas solas puedan llevar adelante su proyecto vital de formar una familia, mediante normas posibilitadoras y desde una óptica igualitaria.

Centrándonos en el principio de la realidad, estamos en la obligación de pensar en la necesidad de una regulación sistémica y poco compleja, por la gran cantidad de casuística en la que las parejas tienen como única opción la utilización de la maternidad subrogada para consagrar su derecho a fundar una familia.

Para Fama citada por Notrica, señala que la regulación no sólo visibiliza, sino que protege a todas las partes intervinientes y, al hacerlo, se debe tener en miras el derecho a procrear y a formar una familia, como derecho fundamental. Además, esta planificación va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién y por qué medios; la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar; la elección de cuándo reproducirse y la elección de cuántos hijos tener. (Notrica, 2017, p.13)

En el Perú han existido intentos para regular la maternidad subrogada mediante proyectos de ley propuestos por las diversas bancadas del Congreso, siendo el primero, el Proyecto de Ley N.º 2003/2012-CR, propuesto por el grupo parlamentario de ese entonces Concertación Parlamentaria, presidida por el congresista Elías Nicolás Rodríguez Zabaleta, durante el periodo 2011-2016, el proyecto en mención propone la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud referida al uso de las TRHA, siendo la modificación propuesta la que a continuación se reproduce: Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad. Los miembros de un matrimonio o concubinato que tengan problemas de infertilidad pueden procrear mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y en especial la maternidad subrogada, deben ser autorizadas por el juzgado de familia y/o mixto del domicilio de los solicitantes, debiendo adjuntar a su solicitud de autorización el informe médico del especialista que indique la única forma de procrear no se opta por otras técnicas. El proceso de autorización de uso de las técnicas de reproducción humana asistida se tramita como proceso no contencioso.

El segundo intento de regular la maternidad subrogada, pero de manera genérica incluyéndola dentro de las TRHA, se dio mediante el Proyecto de Ley N.º 1722/2012-CR, propuesto por el grupo parlamentario nacionalista Gana Perú, presidida por el congresista

Tomás Zamudio Briceño, en el periodo 2011-2016. El citado proyecto propone regular la aplicación de las TRHA, la prevención y el tratamiento de las enfermedades de carácter genético, así como el empleo de los gametos y embriones humanos crioconservados en las clínicas de fertilidad. El artículo 10 de dicho proyecto desarrolla a la maternidad subrogada: 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. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

El tercer intento de regulación, lo tenemos en el Proyecto de Ley N.º 2839/2013-CR, propuesto por el grupo parlamentario Solidaridad Nacional, presidido por el congresista Vicente Zevallos Salinas, durante el periodo 2011-2016, mediante este se propone modificar el artículo 7 de la Ley 26864, Ley General de Salud, el cual regula el uso de las TRHA. La modificación planteada es la siguiente: Artículo 7: Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de la madre gestante, recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida,

se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. La maternidad sustituta parcial y altruista, se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser.

La maternidad subrogada altruista, se realiza con el aporte del material genético femenino (óvulo) y con el gameto masculino (espermatozoide) para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser.

El cuarto y último intento para regular la maternidad subrogada lo tenemos en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil (2016-2018), específicamente el artículo 415-D, el cual prescribe en su inciso 4, que los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial.

A mi consideración, la propuesta de regulación del anteproyecto es muy pobre, en el sentido de que no tiene el carácter de una norma imperativa que desincentive la práctica de los llamados contratos de vientre de alquiler, los cuales devendrían en nulos, puesto que

la suscripción de estos contratos a parte de afectar su dignidad como seres humanos, implican la pérdida de la autonomía personal durante la gestación, traduciéndose en una merma que deriva en la pérdida de control sobre el propio cuerpo de la madre gestante, al aceptar una serie de condiciones que minan su autonomía al someterla a un control de terceras personas con un fin lucrativo.

Además dicha prohibición expresa tendrá que ser desarrollada en una ley especial que establezca su incorporación en el Código Civil, asimismo tendrá que adicionarse en el Código Penal el tipo penal de la maternidad subrogada con fines de lucro, mediante el cual se penalice las conductas de aquellas personas que promuevan, financien u obliguen a una mujer a llevar a cabo acuerdos de vientre de alquiler; y finalmente queda de tarea del Ministerio de Salud reglamentar las sanciones de índole administrativo para las clínicas y el personal médico que se dedique a la praxis de la maternidad subrogada onerosa, ello a efectos de que exista responsabilidad civil, penal y administrativa para los actores del industrialismo procreativo.

#### **2.6.6. La ruptura del principio *mater semper certa est***

Para Duplá citado por Borrajo, señala que, en la época romana, la madre y la filiación materna gozaban desde el punto de vista jurídico, de certeza, en virtud de la capacidad natural de la mujer de gestar. Es decir, con respecto a la maternidad eran todas



seguridades, ya que solo la mujer podía dar a luz a un niño, y la prueba de ello provenía del parto, hecho objetivamente comprobable. De allí la frase *mater semper certa est*<sup>3</sup>, atribuida al jurista romano Paulo. (Borrajo, 2015, p.39)

De esta manera, durante los siglos venideros la preocupación se centró respecto a la paternidad, que, por ser opuesta a la maternidad, se encontraba afectada por la inseguridad, en tanto su determinación se encontraba subyugada a distintos mecanismos de atribución, especialmente la variable matrimonio.

Mientras tanto, el principio superior mediante el cual se reconocía a la maternidad con arreglo al parto, fue recogido en forma directa o indirecta, en un gran número de ordenamientos jurídicos. Ello se evidencia en el documento preliminar de marzo del año 2014, de la Conferencia de la Haya, que indica que, en la gran mayoría de los Estados, “(...) la mujer que da a luz al niño es la madre legal del niño por ministerio de la ley: es decir, automáticamente, en virtud del principio *mater semper certa est*. Sin embargo, con el devenir de la fertilización asistida y, en particular, el éxito de la fertilización *in vitro*, nace la posibilidad de que no exista certeza en la identidad de la madre.

---

<sup>3</sup> Aforismo, de origen latino, utilizado legalmente. En medida que había un embarazo había madre. ... “Que la madre siempre sea conocida” (posible traducción) para ciertas legislaciones da presunción de derecho en la cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo. A diferencia de la paternidad que ha sido siempre un hecho de fe.

En realidad, tanto la inseminación artificial, como la maternidad subrogada, planteaban problemas en cuanto a una doble maternidad, quien da a luz y la mujer comitente, con el recurso de la fertilización in vitro éstos se agudizan, acotando la cuestión de la posible distinta identidad de la madre biológica, y quien lleva adelante el embarazo. Es decir, la revolución biotecnológica posibilita la separación o diferenciación entre la mujer que da a luz, la que aporta el material genético, y aquella que tiene la voluntad procreacional. Por ende, independientemente de cuál de estas tres mujeres sea considerada madre, es posible asegurar que el precepto que aseguraba la certeza de la identidad de la madre vinculado al parto, se torna ineficaz.

Ahora bien, ante la caída del carácter absoluto del precepto y su evidente ineficacia ante el estado actual de cosas, surgen las siguientes interrogantes al respecto, ¿cuál es la respuesta de los ordenamientos jurídicos? ¿confinar el precepto a un plano secundario, admitiendo la posibilidad de establecer distinción entre el parto y la maternidad? ¿o caso contrario se da una continuidad con el principio *mater semper certa est*, por medio de la cual la mujer que da a luz es la madre?

Para responder a estas importantes interrogantes, es suficiente observar la legislación nacional respecto de la subrogación de vientres, específicamente el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Mediante el cual se opta por prohibir o negarle efectos a los contratos que tengan por fin escindir el concepto de madre, del de mujer que da a luz. Aceptarlo traería como consecuencia afectar la *máxima mater semper certa est*. En concreto, ¿Por qué la práctica del alquiler de vientres pone en crisis este precepto?, la respuesta es que despoja de certezas al hecho del alumbramiento, y por lo tanto deja sin efecto el valor jurídico absoluto del mandato, que aseguraba la existencia de una asociación infalible entre maternidad y parto.

De esta forma, la situación se revierte, y el concepto de maternidad está ahora dotado de incertidumbre, ante la eventualidad de que lleguen a existir hasta tres madres, quien tiene la intención de serlo, quien aportó las células reproductivas (material genético), y quien lleva el proceso natural del parto. Esta variedad de alternativas derrumba la base de la filiación materna de la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, que históricamente han identificado a la maternidad con el parto.

De tal forma, los Estados por medio de sus ordenamientos jurídicos pretenden atenerse al precepto y otorgarle certeza a la identidad de la madre rechazando el recurso de la gestación por sustitución. Es decir, al no aceptar la posibilidad de que quien dé a luz, sea solo una mujer gestante, garantizan la identificación entre el parto y la mujer que pretende criar al niño, en un intento por reafirmar que la madre siempre es cierta (por el hecho objetivo del alumbramiento).

Esta importancia tan marcada del principio clásico *mater semper certa est*, no niega que existan innumerables cuestiones de por medio involucradas en la práctica, que influyen en los mencionados casos para evitar su admisión en el ordenamiento jurídico interno.

Según Lamm citado por Borrajo, desarrolla causales que justifican el rechazo de la maternidad subrogada, siendo ellas: i. Las cuestiones contractuales: el objeto del contrato de gestación por sustitución, que establece el compromiso de llevar un embarazo y entregar al niño que nace a consecuencia, estaría constituido por personas, lo cual se encuentra prohibido, por inmoral, fuera del comercio, o contrario a las buenas costumbres. ii. La dignidad de la mujer gestante y del niño se vería vulnerada, tornándolos en cosas susceptibles de ser negociadas, transferidas y entregadas. iii. Ocasionaría la cosificación de la gestante que sería utilizada como incubadora o recinto gestador. iv. El negocio y la explotación: conllevaría la explotación de mujeres pobres por las personas o parejas adineradas, al igual que por los terceros intermediarios que hacen un negocio de las esperanzas de los padres intencionales, mientras que la gestante recibe una pequeña porción del beneficio económico. v. Los derechos del niño: se alega que quien nace a consecuencia de esta técnica heredaría una filiación compleja, lo cual puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas. (Borrajo, 2015, p.41)

Especialmente en lo que respecta al derecho a la identidad, también encuentra relación con el precepto de la madre es siempre cierta, ya que son dos las objeciones que suelen plantearse. La primera, que tiene que ver con la vulneración de la identidad del niño por negársele información sobre su historia personal. En el caso en que, por ejemplo, se acuerde que la madre gestante se mantendrá en el anonimato después del parto, y/o al niño no se le brinda conocimiento de su realidad biológica. La segunda, referida a la confusión que se genera para el niño, al momento de formarse una conciencia de sí mismo, cuando toma conocimiento del hecho de que quien lo gestó por nueve meses y le dio a luz, no es su madre. Las dos críticas encuentran respuesta en no admitir el alquiler de vientres, al negarse la posibilidad de separación entre madre natural e intencional, ello en virtud a la voluntad procreacional.

Es necesario notar que estas objeciones son propias de la gestación por sustitución, y no se aplican a otras TRHA. De hecho, la posible reprobación de las religiones no fue mencionada en la enumeración, porque se trata de una característica que la subrogación gestacional comparte con el resto de las TRHA. En este sentido, especialmente crítica es la Iglesia Católica, que rechaza todas las TRHA, por considerarlas reemplazantes de la reproducción sexual correspondiente al matrimonio, que separa

artificialmente el significado procreador de la unión. (Borrajo, 2015, p.42)

De lo expuesto considero que la ruptura del principio *mater semper certa est*, debe darse en última ratio, es decir cuando se hayan agotado todos los intentos que procuren la procreación, las parejas deben recurrir al empleo de las TRHA, especialmente a la maternidad subrogada filantrópica a efectos de cumplir con su proyecto de vida de ser padres y de esta manera asegurar su herencia genética. En ese sentido considero que los ordenamientos jurídicos deben propiciar la maternidad subrogada de índole filantrópica y castigar las conductas orientadas a lucrar con la procreación.

#### **2.6.7. La maternidad subrogada en la Ley General de Salud**

Mediante Ley N 26842 de julio de 1997, Ley General de Salud, se regula en el Perú de manera genérica a la maternidad subrogada en el artículo 7, el cual preceptúa que, toda persona tiene derecho de recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de

óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Varsi citado por Lalupú, señala que es importante señalar que no es condición indispensable para recurrir a las TRHA, el haber seguido sin éxito un tratamiento de fertilidad, sino que se puede llegar a las mismas indirectamente. Es de tener en cuenta que siguiendo las TRHA procesos supletorios de la infertilidad, debería exigir la ley demostrar el agotamiento de estos tratamientos a efectos de consolidar los medios y fines de la procreación asistida. (p.154)

Se aprecia que mediante esta norma se ha buscado autorizar la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida para contrarrestar los problemas de infertilidad, no siendo de esta forma cuando dicha problemática no exista; es por esta razón que debe regularse la maternidad subrogada debido a que los problemas biológicos de infertilidad que hacen que la procreación humana no se lleve a cabo, conduzcan a que se opte por el empleo de estas técnicas. Cabe señalar que cuando no surjan este tipo de problemas no existirá un porque para recurrir a su empleo.

La norma no está bien redactada, presentando de esta manera una doble interpretación, por un lado el derecho que tiene toda persona a encontrar solución para tratar su infertilidad y, por otro, el derecho

a emplear las técnicas de reproducción humana asistida para procrear, ante esta situación se debe efectuar una interpretación integral de dicha norma, ya que las personas que no padecen problemas de infertilidad no tendrían por qué ser tratadas al respecto ni tampoco tendrían que optar por recurrir a dichas técnicas para procrear. Por esta razón, considera que el empleo de dichas técnicas solo debe efectuarse como un método residual o subsidiario, pero no alternativo, en otras palabras, cuando se encuentre médicamente comprobado que existe en la pareja un problema de infertilidad que tiene que superarse para generar prole. (Lalupú, 2013, p.155).

Otro aspecto de la ley es que autoriza la utilización de dichas técnicas cuando la madre genética y la madre gestante recaen en una misma persona, lo cual deja de lado la fecundación heteróloga con óvulos provenientes de una donación, y con ello la maternidad subrogada.

Varsi citado por Lalupú, afirma que se ha pronunciado señalando que el artículo 7 prohíbe la maternidad subrogada, la cesión de útero, así como los procesos de ovodonación, al señalar la condición de madre genética debe recaer sobre la misma persona que recurra a alguna de dichas técnicas, que es la madre biológica. (Lalupú, 2013, p.156)



Cabe mencionar que no se ha señalado nada con respecto a la fecundación de la pareja con espermatozoides de terceros, es decir, la fecundación de un nasciturus sin vínculo genético con el esposo o conviviente, pero sí con la esposa o conviviente, lo cual al respetarse la intangibilidad de la condición de madre genética y de madre gestante pareciera que la norma si lo contemplara, sin embargo, esto es inaceptable, toda vez que al referirse la norma que para la utilización de las TRHA, se requiere del previo consentimiento y por medio escrito de los padres biológicos, en alusión a los miembros de la pareja que brindan sus gametos y tienen la intención de someterse a la inseminación, sin embargo respecto de los terceros no se dice nada, a pesar que estos son considerados como dadores anónimos. De ahí que nos lleve a aseverar que también se prohíbe la inseminación con donación de gametos masculinos.

Para Espinoza citado por Lalupú, señala que debe de realizarse una interpretación constitucional de la prohibición de la cesión de óvulos; de esta manera manifiesta ¿acaso está prohibida la cesión de espermatozoides?, prohibir la cesión de óvulos y no la de espermatozoides es evidentemente discriminatorio. No obstante, luego de una lectura minuciosa de la norma considera que si lo prohíbe, puesto que esta exige el consentimiento escrito y previo de los padres biológicos; entiéndase entonces que al referirse a los padres biológicos se está refiriendo a quienes aportan los gametos,

que debe ser la pareja que se está sometiendo a la inseminación artificial con sus propios gametos”. (Lalupú, 2013, p.156)

El dispositivo legal acepta la utilización de dichas técnicas en parejas casadas o uniones de hecho estables, de esta manera se escinde cuando señala que para su aplicación requiere el consentimiento previo y escrito de los padres biológicos. Lo cual no admite el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida en mujeres que no tienen pareja,

Asimismo, la norma prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines ajenos a la procreación, con lo cual lleva a afirmar que se prohíba la manipulación de gametos y de embriones con fines netamente de investigación.

De lo expuesto en la presente ley, en concordancia con el Anteproyecto de Reforma del Código Civil (2016-2018), se advierte que, si bien el legislador ha establecido prohibiciones a contrario sensu y le ha atribuido el carácter no patrimonial a los acuerdos de maternidad subrogada, no ha previsto sanciones para su incumplimiento o inobservancia, lo que da lugar a que estas se apliquen en malas prácticas sin ningún control, surgiendo problemas que deben ser resueltos en los juzgados.

Nuestro ordenamiento jurídico proscribe la clonación y en el Perú únicamente esta práctica se encuentra prescrita como ilícito en el artículo 324 del Código Penal.

La sucinta regulación de la maternidad subrogada en la Ley General de Salud, ha sido superada por el avance de las TRHA, exigiendo que los legisladores regulen de manera precisa su utilización, admitiendo o rechazando el empleo de algunas técnicas como la donación de gametos, la fecundación después de la muerte, la prohibición textual de la fecundación heteróloga y de la maternidad subrogada onerosa, los titulares, la edad, la filiación de los nacidos mediante esta técnica, el tratamiento sobre embriones y todo lo concerniente a su empleo y las sanciones para los que atentan contra ella.

Los legisladores al momento de construir la norma deben tener presente los valores, principios constitucionales y principalmente la dignidad humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como la protección al concebido como sujeto derecho para todo cuanto le favorece, el modelo de la familia y la paternidad y maternidad responsables.

Concluyo señalando que se debe legislar en el sentido de declarar la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil, prescribiendo la nulidad de dichos acuerdos de índole

lucrativo, adicionalmente a ello se deben tipificar en el Código Penal las conductas orientadas a propiciar el industrialismo procreativo y finalmente establecer sanciones administrativas para las clínicas privadas y médicos dedicados a esta praxis.

#### **2.6.8. La jurisprudencia nacional y pronunciamientos judiciales**

##### **A. Cas. N.º 5003-2007-Lima**

La señora María Alicia Alfaro Dávila (demandada), quien adolecía de problemas de infertilidad, recurrió a las técnicas de reproducción humana asistida, siendo inseminada artificialmente con un óvulo de una tercera persona y con esperma de su expareja Custodio Olsen Quispe Condori, dichas células en ese entonces se encontraban en estado de crioconservación en la Clínica de Fertilidad Concebir y por ende no hubo autorización de su expareja. El señor Custodio Olsen Quispe Condori a la fecha de la inseminación se encontraba separado de María Alicia Alfaro Dávila y conviviendo con Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma; producto de ello nació la niña Alicia Beatriz Alfaro Dávila, la cual fue reconocida por la madre gestante señora María Alicia Alfaro Dávila y por su padre biológico Custodio Olsen Quispe Condori.

Enterada de esta situación la señora Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma (demandante), actual conviviente de Custodio Olsen Quispe Condori y en representación de menor hijo Olsen

Fabrizio Quispe Oblitas, recurre a la vía judicial para impugnar el reconocimiento de maternidad de María Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, fundamentando su demanda en la aludida madre biológica en realidad no era tal, debido a que no existe vinculación genética con la niña, toda vez que solamente había prestado su vientre para que se proceda a la inseminación artificial.

La primera y segunda instancia, declaran improcedente la demanda de Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma, sustentando sus pronunciamientos en que no existe interés para obrar, puesto que no se ha demostrado que con el reconocimiento se haya producido una afectación directa o indirecta al hijo de la demandante, teniendo en cuenta que la demandante acciona judicialmente en representación de su hijo menor, determinando por ende que existe una falta de interés para obrar.

Interpuesto el recurso de Casación, la Sala Suprema resuelve:  
Considerando segundo: De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre

biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación", la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

(...)

Considerando séptimo: De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen del ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con la realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo.

Luego agrega en el considerando noveno, por último, "el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, (...) se encuentra dada por la condición de hermanos (...) además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, (...)".

Decisión: a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2° ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon FUNDADO el recurso de Casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia, NULA la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete.

### **Comentario**

Mediante esta Casación los jueces supremos, han tenido a bien considerar que los hermanos de padre que nacen producto de la aplicación de las TRHA, tienen legitimidad para obrar y recurrir a la vía judicial e impugnar válidamente el reconocimiento materno que ha realizado la madre que no aportó su óvulo y gestó. En ese sentido les une el vínculo de parentesco consanguíneo por tener la condición de hermanos, conforme al artículo 399 del Código Civil y por ende están provistos de la legitimidad para obrar.

En mi opinión dicho pronunciamiento contraviene una serie de derechos de reconocimiento constitucional como son: el derecho a la procreación, autonomía reproductiva, voluntad procreacional y al libre desarrollo de la personalidad, el cual se

encuentra ligado al proyecto de vida. Considero que la afectación más relevante de este pronunciamiento es en contra de la voluntad procreacional de la gestante, la cual radica en querer tener un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de querer ser la madre, ello teniendo en cuenta que la señora María Alicia Alfaro Dávila siempre mostró su interés por engendrar pese a los problemas de infertilidad que se lo impedían, razón que le bastó para recurrir a las TRHA, lo que demuestra esa predisposición por ser progenitora.

El pronunciamiento en cuestión también atenta contra el interés superior del niño, puesto que al casar la demanda de Mónica Oblitas, quien actúa en representación procesal de su medio hermano Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, los efectos jurídicos de la Casación serían nefastos para la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, debido a que quedaría en estado de orfandad, toda vez que la madre genética que es quien donó el óvulo se encuentra en el anonimato, lo que traería como consecuencia una desprotección de la menor. Dicho pronunciamiento por parte de los magistrados es retrógrado y fiel a un Estado de derecho y no al Estado constitucional de derecho en el priman los derechos fundamentales.



## **B. Cas. N° 4323-2010-Lima**

El señor Custodio Olsen Quispe Condori por su cuenta, interpone en otro proceso judicial, demanda de nulidad de acto jurídico, contra su ex pareja María Alfaro Dávila, quien reconoció conjuntamente con él, a la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, generando dicha acción judicial al Exp. N° 1310-2010-Lima, el que fue declarado infundado en primera instancia, y luego a nivel de segunda instancia, se declaró fundada la demanda al revocar la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima dicha sentencia, y declara nulos: 1. La autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionaria del 05 de agosto del 2004 y 2. El convenio de técnicas de reproducción humana asistida de fecha 18 de agosto de 2004, cuyos fundamentos jurídicos fueron los que a continuación se detalla:

Considerando primero: Que, en el presente caso, se advierte que la sentencia recurrida revoca la sentencia apelada y reformando declara fundada la demanda por considerar que de acuerdo al convenio de realización de técnicas de reproducción asistida, la fecundación se realiza mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE, la cual consiste en que el semen extraído y capacitado del esposo, se combina con el óvulo donado, llevándose a cabo la fecundación en un plato de laboratorio; agrega que, en dicha técnica los gametos a utilizar son provenientes de terceros, donados de manera

anónima, y sin ánimo de lucro comprometiéndose las partes a no indagar sobre la procedencia del donante ni a la identidad del usuario, lo cual configura un procedimiento contrario a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Salud.

Por lo tanto, el convenio de realización de TRHA, debe ser declarado nulo por violación del artículo V del Título Preliminar del Código Civil. De igual modo, el acto jurídico denominado autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionaria que autoriza que en el procedimiento de reproducción asistida, se pueda utilizar gametos provenientes de terceros o del banco de gametos, los que luego de ser fecundados serían transferidos al útero de la mujer. Por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Absolviendo los agravios contenidos en los apartados a) y b) del considerando anterior, debemos señalar que en efectos el denominado “Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida” señala en su Cláusula Cuarta lo siguiente (...). Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud anteriormente citada.

Asimismo, en el quinto considerando de la sentencia, se argumenta que la nulidad de los actos jurídicos materia del proceso en nada contravienen las obligaciones paterno-filiales que le corresponden respecto de la menor que en su momento reconoció.

La demandada en este caso, la madre de la menor, junto con la Clínica de Fertilidad Asistida Concebir, interponen recurso de Casación, Cas. N.º 4323-2010-Lima, sobre nulidad de acto jurídico dando lugar a que la Sala Civil permanente de la Corte Suprema, con un voto en discordia del Juez Superior Walde Jáuregui, declare fundado el recurso de Casación y, por tanto, anule la resolución materia de impugnación y se confirme la sentencia de primera instancia que declaraba infundada la demanda de nulidad de acto jurídico, por los argumentos que a continuación se transcriben:

La Corte Suprema, fundamenta el recurso de Casación de la siguiente manera en su sexto y séptimo considerando, señala:

Considerando sexto: Que, habiendo sido desestimada la causal *in procedendo*, corresponde resolver la causal *in iudicando*, respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley 26842, en ese sentido, conviene precisar que dicha disposición señala: “Toda persona tiene derecho a recurrir

al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”; en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas humanas de reproducción asistida -TRHA-, por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado; al respecto resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TRHA: a) inseminación artificial y b) fecundación in vitro, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

Considerando sétimo: Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que todo lo que no está prohibido está permitido, reconocido por el Tribunal Constitucional: En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”, ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que “aquello que no está prohibido, está permitido”, por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

Finalmente, la Corte suprema precisa que al haber las partes manifestado su consentimiento, y además de haberse ratificado el documento titulado autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionario; y como consecuencia de ello ha

nacido una niña quien se encuentra protegida por el artículo 1 del Código Civil y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los artículos 2,3,6 y 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, dicho acto jurídico, cumple con los requisitos de validez del artículo 140 del Código Civil, por lo que deciden declarar fundado el recurso de Casación, en ese sentido casan la sentencia de vista y en sede de instancia deciden confirmar la sentencia de primera instancia.

### **Comentario**

Considero que en el presente pronunciamiento de la Corte Suprema, los magistrados incurren en un error de interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud, puesto que el citado dispositivo legal prohíbe a la maternidad subrogada y por ende a la ovodonación por ser considerada un tipo de la misma, puesto que la norma establece un deslinde entre la madre genética y la madre gestante, empero la sentencia debió hacer hincapié en que si bien están prohibida la ovodonación, no existe sanción alguna a su inobservancia.

Respecto al interés superior del niño como derecho fundamental se encuentra orientado ora en supuestos de maternidad subrogada ora en supuestos de ovodonación. Finalmente, los acuerdos de maternidad subrogada celebrados en el caso sub examine, los cuales recibieron el nombre de “Convenios de

Realización de Técnicas de Reproducción Asistida” y “Autorización de Fertilización In Vitro (FIV) y Transferencia Embrionaria”, que se celebraron entre la Clínica de Fertilidad Concebir y María Alfaro Dávila, incurren en nulidad puesto que contravienen el artículo 7 de la Ley General de Salud y el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil. Sin embargo, la nulidad de los actos jurídicos materia del proceso en nada afectan las obligaciones paterno-filiales que le corresponden a Olsen Quispe Condori, respecto a la menor que ha reconocido.

### **C. Exp. N.º 183515-2006-00113**

En el presente caso la señora Carla Mónica See Aurich y su esposo desean tener prole, pero resulta que al ser tratada por su médico descubre tristemente que puede concebir, pero no puede mantener un embarazo, debido que de suceder pondría en riesgo su vida y la del concebido puesto que padece de insuficiencia renal e hipertensión arterial. Frente a dicha situación, y dado el deseo de ser padres, acudieron a la clínica de Miraflores en donde se le sugiere recurrir al método de maternidad subrogada.

En ese contexto la madre de Carla Mónica See Aurich, la señora Lucero Aurich de Oliva, que en ese entonces tenía 54 años de edad, como muestra de amor por su hija ofrece su vientre para llevar a cabo el embarazo de su nieta, que fue concebida por

medio de la fecundación in vitro con el óvulo de su hija y el esperma de su yerno, posteriormente fue transferido al vientre de la abuela de la menor. Luego de siete meses y veinte días se produce el nacimiento y la clínica la consigna en su registro médico con los datos de su abuela como madre y así obra en su partida de nacimiento. Esto da pie a que la madre genética recurra a un proceso judicial de impugnación de maternidad, cuyo petitorio se centra en que se le reconozca como verdadera madre y en consecuencia se corrijan los apellidos de la menor en el registro civil.

Bajo ese escenario, el Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima, ordena la prueba de ADN, a fin de determinar la filiación de la madre biológica con la niña, resultando favorable para la señora Carla See Aurich, en ese sentido declara fundada la demanda, ordenando la filiación de los padres genéticos y su respectiva inscripción en la partida de la menor con la corrección de sus apellidos. Sumado a ello el magistrado ordena en la sentencia que la señora Carla Mónica See Aurich, tiene un plazo de dos años para que se implante los tres embriones sobrantes producto de la inseminación artificial y que a la fecha se encuentran crioconservados en la clínica de fertilidad o en su defecto que busque a una mujer sin fines de lucro que permita que se los implanten.



## **Comentario**

En el presente caso tengo dos posturas, una favor y otra en contra, la postura a favor es respecto a la sentencia, en la cual se declara fundada la demanda de impugnación de maternidad interpuesta por la madre genética Carla See Aurich, ello en virtud a lo atinado que resultó ordenar la prueba de ADN para determinar la filiación entre la madre genética y la niña.

Considero que el razonamiento de la magistrada fue el correcto al analizar los alcances del artículo 7 de la Ley General de Salud, al señalar dicha norma que la condición de madre genética y de madre gestante debe recaer en la misma persona. El raciocinio a pesar de que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga en diferentes personas, esto no representa óbice debido a que esta situación no está prohibida pero tampoco permitida y más aun teniendo en cuenta el axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, contenido en el artículo 2 inciso 24 de nuestra carta magna bajo la siguiente redacción: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella o prohíbe”. En virtud de lo expuesto la magistrada valoró el amor filial entre Carla See Aurich y su madre Lucero Aurich de Oliva, el cual es el fundamento de la maternidad subrogada de índole filantrópico.

Mi postura en contra, versa respecto a la orden que da la magistrada en la sentencia, en razón al destino de los tres embriones sobrantes que a la fecha se encontraban en estado de crioconservación. Lo cual considero que vulnera varios derechos fundamentales, como son el derecho a la libertad de elegir cuantos hijos tener, el derecho a la autonomía reproductiva, la voluntad procreacional y al libre desarrollo de la personalidad.

#### **D. Cas. N.º 563-2011-Lima**

La Casación N.º 563-2011-Lima, data del 6 de diciembre del 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, es el primer caso en nuestro país sobre la maternidad subrogada. A pesar de no contar con regulación normativa en el Perú para la maternidad subrogada. La Corte Suprema de Justicia resolvió el primer caso referido a un matrimonio conformado por el Señor Giovanni Sansone y la Señora Dina F. Palomino Quicaño, ambos encargaron a Isabel Castro Muñoz que gestara un futuro hijo. La citada pareja desembolsó la suma de US\$ 18,900 a la gestante, acordando que a su nacimiento esta le entregaría al niño.

En el pronunciamiento judicial, materia de análisis, se tiene que para los efectos de la fecundación, se emplearon los espermatozoides del señor Giovanni Sansone y después del

nacimiento del niño, de acuerdo a lo establecido por la Ley la filiación materna, se dispuso a favor de la madre gestante y, la paterna, a favor del esposo de Isabel Castro Muñoz. De esta manera el progenitor biológico no figuraba como progenitor legal. El señor Giovanni Sansone no solo sería el progenitor biológico del niño, sino que, por el parentesco que tenía con Isabel Castro Muñoz resultaba ser el tío abuelo por afinidad con el menor.

Acto seguido el niño fue entregado a los padres biológicos, quienes iniciaron un proceso de adopción por excepción, conforme a lo regulado por el artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes, con el objetivo de que judicialmente se pueda constituir la filiación a favor de la pareja. En ese contexto la gestante subrogada y su pareja optan por no culminar el proceso judicial, desistiéndose de continuar con la adopción y de esta manera interponer un recurso de Casación, sustentándose en una diversidad de causales de pobre sustentación de acuerdo a la Corte Suprema. La Corte Suprema advirtió que se presentaba un conflicto entre el derecho de los progenitores a ejercer la potestad y el interés superior del niño a contar con una familia. Además, fueron determinantes en analizar el comportamiento de la gestante y su pareja, quienes estaban dispuestos en un inicio a renunciar a su hija a cambio de una suma de dinero mensual y accedieron a una “ayuda económica”,

de lo que se desprende la presencia de un interés lucrativo por parte de Isabel Castro Muñoz. Al evaluar estas conductas denigrantes la Corte Suprema resolvió que en este conflicto debería primar el interés superior de la niña y que, por ende, debería seguir viviendo con los progenitores intencionales (padres biológicos) es decir con los demandantes que le brindaban un ambiente adecuado para su desarrollo. Esos fueron los fundamentos que llevaron a declarar infundado el recurso de Casación.

### **Comentario**

La maternidad subrogada no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, asimismo tampoco está permitida conforme a lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley General de Salud. En ese sentido, no existe ninguna ley concreta, que la regule, dejando entrever un vacío legal. Esto supone que existirían riesgos para todos los que intervienen. Esta situación refleja carencia de seguridad jurídica en el Perú con respecto a la maternidad subrogada. En relación a la adopción por excepción, se aprecia que sin requerimiento adicional es que el adoptante cuenta con vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño posible de adopción, esto de acuerdo a lo prescrito en el Código de Niños y Adolescentes en el inciso b) del artículo 128, no obstante en este caso no se subsume a la norma, toda vez que

Giovanni Sansone es progenitor biológico de la niña (están probados a través de la prueba de ADN) y la adopción entre el progenitor e hijo no es factible, en consecuencia no debería proceder la adopción por excepción, sin embargo se señala en el noveno considerando de la Casación: El caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad;(…) En consecuencia, la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño.

Cabe señalar que la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Ley N.º 26497), contempla en el art. 58: “Las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente la nulidad de dicho documento”.

En ese sentido sobre el pronunciamiento dado nuestro mi conformidad en que no se ha dado la nulidad del acta de nacimiento de la niña donde obra como progenitor de la niña a Paúl Frank Palomino Cordero y no se registra como progenitor a Giovanni Sansone, de modo legal este último no figura como progenitor de la niña, en consecuencia, procedería la adopción por excepción.

En lo que involucra a la maternidad subrogada se tiene que en esta sentencia, no se pronuncian respecto a la licitud de la maternidad subrogada. Centrándose este pronunciamiento judicial en el principio del interés superior del niño. Además, se aprecia que se involucra a terceros y se vulneran derechos establecidos en la Constitución Política en cuanto a la determinación de la filiación y también el derecho de identidad del menor, así como la afectación al interés superior del niño, teniendo en cuenta las circunstancias en que se llevó la maternidad subrogada.

Esta sentencia no muestra un pronunciamiento exacto sobre la maternidad subrogada, a pesar de ello se tuvo en cuenta el material genético, porque los progenitores genéticos son Giovanni Sansone e Isabel Castro Muñoz, lo que según la filiación biológica lo adecuado sería que la niña se encuentre bajo la potestad de su madre genética, no obstante además se

toma en cuenta la de los demandados Paul F. Palomino e Isabel Castro Muñoz, ambos perseguían un fin lucrativo, es decir resultar favorecidos económicamente a cambio de la niña, es decir a la niña la consideraban prácticamente como una cosa, esta situación carente de moral atenta contra la dignidad de la menor.

Por otra parte, respecto a la conducta desplegada por los demandantes Giovani Sansone y Dina F. Palomino Quicaño, se tiene que han brindado un adecuado ambiente familiar. Por ello en la sentencia se indica que ante un posible conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último. Frente a ello muestro mi conformidad con el fallo emitido.

En suma, se evidencia en esta sentencia la aplicación del principio del interés superior del niño, de esta manera el derecho de la niña que nació por medio de la maternidad subrogada, es el de contar con una madre biológica y la del esposo, es ejercer la patria potestad debido a que ambos tuvieron siempre la intención de procrear.

#### **E. Exp. N.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05**

Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; contra la sociedad conyugal conformada por

Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra el RENIEC.

La parte demandante pretende se otorgue protección a los derechos a la identidad de L.N.R. y C.D.N.R (los menores) y al principio de interés superior del niño, siendo su petitorio el siguiente: 1) dejar sin efecto la Resolución Registral N.º 299-2016-OSBORJ-JR10LIM.GOR/RENIEC de fecha 29 de enero de 2016 y la Resolución Registral N.º 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC de fecha 29 de febrero de 2016 que declararon improcedente la rectificación de las actas de nacimiento de los menores.2) Se declare en las actas de nacimiento que el señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores y 3) Se declare en las actas de nacimiento que la señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores efectuándose la respectiva rectificación.

La parte actora sustenta su demanda en los siguientes hechos:

1. Con fecha 21 de enero de 2005, los señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada la señora Ballesteros decidió recurrir a las TRHA, específicamente a la maternidad subrogada. Para ello se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de



una donante anónima y con el consentimiento de los señores Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando acuerdo de voluntades.

Con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quien los alumbró) y del Sr. Nieves dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.

Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de actas de nacimiento, en donde el señor Nieves solicitó se le declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento, mientras que la señora Ballesteros solicitó se le declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación. Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

La parte demandante fundamenta jurídicamente su demanda en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño.

Mediante escrito de fecha 21 de julio de 2016, RENIEC formuló excepción de falta de representación de los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto César Lázaro Salecio y contestó la demanda señalando lo siguiente: 1) Señala que la Sra. ballesteros no acredita vínculos familiares ni biológicos con los menores por lo que, siendo una filiación de hechos no biológicos, debería emplear el mecanismo de la adopción. 2) Asimismo, alega que la parte demandante no habría interpuesto recurso impugnativo alguno en sede administrativa. 3) Finalmente, sostiene que la parte demandante no está solicitando el reconocimiento de un derecho ya adquirido o reconocido o el cumplimiento de un mandato legal y administrativo, sino que se le reconozca un derecho que, a su juicio, le corresponde y que no es posible ejercitarlo.

En el juicio, el juzgado resuelve las excepciones deducidas: 1. Respecto a la excepción de falta de representación, señala que la defensa del RENIEC no hace sino ratificar una situación de perjuicio en contra de los menores, pues si los padres biológicos, tampoco los padres según el contrato de útero subrogado pueden atribuirse representatividad de los menores, esto generaría que el Estado deje sin tutela a esos menores, por el hecho de haber nacido usando métodos de reproducción asistida, asunto que merecerá un mayor análisis, pero que, en todo caso, es suficiente para notar que estamos ante un agravio

y no ante una situación que pueda justificar una excepción de falta de representación de los demandantes. El juzgado a propósito de ello señala que incluso en la hipótesis que la defensa de RENIEC tuviera asidero legal y constitucional, lo cierto es que la demandante Evelyn Betzabe Rojas Urco, al amparo de la ley civil, tiene representación suficiente para acudir al proceso constitucional de amparo, ya que ella es la que dio a luz a los menores.

Respecto a la segunda excepción de falta de agotamiento de la vía previa, la demandada sostiene que contra las Resolución Registral N.º 299-2016-OSBORJ-JR10LIM.GOR/RENIEC de fecha 29 de enero de 2016 y la Resolución Registral N.º 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC de fecha 29 de febrero de 2016, los demandantes no interpusieron recursos administrativos y por lo tanto no agotaron la vía previa que debían transitar, antes de acudir al amparo. El criterio del Juzgado Constitucional, en este caso es que se presentan hasta dos motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa, pues se atentaría contra los alegados derechos al desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos, así como a la identidad e interés superior del niño.

En efecto los menores y los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco viven en estado de miedo, pues los señores Francisco David Nieves Reyes y en especial Aurora Nancy Ballesteros Verau, que tienen bajo su guarda a los menores, al no tener un vínculo formal con éstos, no pudieron ni pueden transitar, viajar, en especial la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau, quien podría enfrentar graves cargos penales al no tener un vínculo formal con los menores.

Asimismo, los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, estarían sujetos a la voluntad de la señora Evelyn Betzabe Rojas Urco para realizar trámites en hospitales o clínicas para los controles de salud e incluso vacunación, lo que sin duda se convierte en una afectación continua a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y familiar y los derechos sexuales y reproductivos, por lo que obligar a los demandantes a transitar la vía administrativa tendría un elevado costo en los derechos de los demandantes.

Por otro lado, los demandantes Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco también se ven permanente afectados en sus derechos fundamentales, en especial el demandante Rojas Urco, debe suspender sus actividades para

asistir totalmente a los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, afectando su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la vida privada y familiar; además, no debe perderse de vista que al figurar en el registro de identificación como madre de los menores pero no vivir con ellos, deja expuesta a esta demandante a cargos penales, lo que ponen en peligro sus derechos fundamentales.

El demandante Fausto César Lázaro Salecio, vendría siendo permanentemente víctima irreparable de la vulneración a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida privada y familiar, pues en el registro de identificación civil su cónyuge Evelyn Betzabe Rojas Urco registra dos hijos fuera de ese matrimonio; en ese escenario están obligados a transitar la vía administrativa, avalaría la continuidad irreparable en la aparente vulneración de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar.

El juzgado, finalmente señala que el derecho a la identidad e interés superior del niño de los menores ya se ha visto y se verá afectada por el tiempo que tomaría a la administración pública decidir su caso, mientras demora dicha instancia administrativa, los menores deberían seguir este escenario atípico en clara contradicción con su derecho al interés superior del niño implica

las medidas más rápidas y eficaces para la protección de sus derechos. El juzgado en virtud de lo expuesto desestima las excepciones deducidas.

La parte actora, alega amenaza y lesión de los derechos a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño, los cuales tienen respaldo constitucional en los artículos 2 inciso 1 y 4 de la Constitución Política, además son pasibles de ser atendidos en vía de amparo, tal como lo prevé el artículo 37, inciso 25 del Código Procesal Constitucional. Por su parte también se invoca los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, vida íntima y familiar y derechos sexuales y reproductivos, pero ya no de los menores, sino de ellos mismos.

Este juzgado aprecia que las cuestiones jurídicas a ser resueltas tienen que ver con la constitucionalidad de las resoluciones impugnadas, en el sentido de que ellas habrían violado los derechos fundamentales antes señalados. Para verificar ello, se deberá dilucidar las siguientes cuestiones jurídicas: 1. Si la señora Ballesteros debe ser considerada como madre de los menores, ordenando al RENIEC la respectiva rectificación del acta de nacimiento. 2) Si el Sr. Nieves debe ser considerado como padre de los menores, procediendo al respectivo reconocimiento.

De acuerdo al artículo 7 de la Constitución Política: Todos tienen derecho a la protección de su salud. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas-ONU, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva, esto significa que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico adecuado para su padecimiento y además, a tomar otras acciones informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud.

Por consiguiente, en este caso no solo se encuentra involucrado el derecho a la salud reproductiva, sino también sus derechos a la intimidad o vida privada, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior.

En esa misma línea la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona de donde concluye que la

maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, en el Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre del 2012. En ese sentido el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

La normativa y jurisprudencia convencional, al que se encuentra sometido este juzgado por imperio del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para, de manera informada, asistirse de las TRHA que existan para acceder a la condición de madre. Situación que puede llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas. Como ejemplo los



casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como vientre de alquiler.

Por lo tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las TRHA para que con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona, alcanzar la situación de madre sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

En otras palabras el Estado Peruano, no proscribire el uso de técnicas médicas para la concepción y en su caso, para la formación de una familia, y, si más bien la normativa convencional reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado Peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida, es decir, no existen razones para negar la condición de madre de la señora Ballesteros y la condición de padre biológico de su esposo.

De modo que no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado Constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores.

Respecto a la regulación de las TRHA, en el ordenamiento jurídico peruano, el juzgado considera importante tener en cuenta que la defensa del Estado ha deslizado la idea de que la llamada maternidad subrogada estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, que señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”.

El texto citado puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho a acudir a las TRHA solo para los casos en donde sirva para una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Ciertamente, ese es el supuesto que recoge el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos. Es decir, no puede realizarse una interpretación a contrario sensu del texto citado para concluir que proscribiera el uso de las TRHA para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que el artículo 7 de la Ley General de Salud no regula más supuestos que la madre gestante comparta carga genética con su bebé.

Podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de las TRHA, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho de que una interpretación a contrario sensu de la norma citada nos lleva dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa. Además del uso de esa técnica para la interpretación de textos, existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona.

El juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, presumir limitaciones de derecho, e este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la

Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde puede ser aplicable las TRHA, este juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aceptar esas técnicas.

El mismo razonamiento puede aplicar para el caso que es materia de este proceso, pues para la situación objeto de este amparo no existe ninguna norma con rango de ley que establezca una prohibición, de modo que en aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, la TRHA realizada descansa en pacto legítimo pues “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

En tanto no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar las TRHA a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados.

Hasta ahora ha quedado claro que el uso de las TRHA, no es un mecanismo prohibido por la ley de reproducción, lo que significaría que se trata de un método permitido por el orden

constitucional y que, por tanto, los contratos celebrados al amparo del mismo (contrato de útero subrogado, por ejemplo) también son válidos. Más aún si en ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva.

Bajo ese escenario, este juzgado puede evaluar que el recurso a las TRHA también constituye un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TRHA no están prohibidas, su empleo solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad, asunto proscrito por el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.

En ese sentido, queda claro que las partes, en especial los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau efectivamente tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los

medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal junto a sus hijos.

Lo anterior no es sino un ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, previsto en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política. A su turno, los derechos sexuales y reproductivos, resultan también manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada, por ende la postura del RENIEC, de no inscribir a los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R tiene como resultado atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los demandantes (en especial contra su derecho a fundar una familia que es una manifestación del primero) frustrando así el desarrollo de un proyecto de vida familiar como consecuencia de su elección reproductiva.

Además de lo antes indicado, se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo la voluntad procreacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio y hasta ahora tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros. También se aprecia en autos que en la actualidad la Sra. Ballesteros tiene a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre (lo que no ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los

menores. Y es que este Juzgado no solo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa (esposo que querían ser padres y no podían y esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros). Sino también el interés superior de los menores.

El juzgado manifiesta que en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes. Por lo tanto junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R, debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres.

El juzgado decide declarar fundada la demanda de amparo, interpuesta por los demandantes y declara nulas las resoluciones registrales, anulándose las actas de nacimiento. Ordenándose a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores.

### **Comentario**

Con relación a los fundamentos que motivan la sentencia, tengo una opinión dividida, en el sentido que estoy conforme con la decisión de declarar nulas las resoluciones registrales que declaraban improcedente la rectificación de las actas de nacimiento de los menores ordenando al RENIEC que se emitan nuevas partidas de nacimiento con la rectificación rogada en su momento, ello en favor del derecho de identidad y del principio del interés superior del niño, sin embargo mi disconformidad es con relación al tratamiento que se le da a la maternidad subrogada, sin establecer distinciones entre la maternidad subrogada onerosa de la filantrópica, si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico presenta un vacío legal en ese sentido.

Ello no es razón justificante para que el juzgado en el considerando noveno asevere que a pesar de que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos de maternidad subrogada se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados. Considero



que la sentencia con el fundamento en mención muestra su conformidad con la maternidad subrogada onerosa, lo cual según mi criterio no se debe avalar, debido a que dichas conductas traen consigo vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres gestantes favoreciendo el turismo reproductivo en nuestro país.

### **2.6.9. Legislación comparada**

#### **A. Estados Unidos**

Por ser un estado federado, es decir es una agrupación de estados libres y soberanos, en ese sentido existen Estados que prohíben la gestación por sustitución, algunos de ellos lo conciben como un delito e imponen multas y penas de cárcel, mientras otros declaran nulo el acuerdo de gestación subrogada.

Según González citado por Albornoz, asevera que en Míchigan, la Ley de Filiación Subrogada (*Surrogate Parenting Act*) dispone que “El contrato de filiación subrogada es nulo e inejecutable por ser contrario al orden público”, artículo 722.85. Esta disposición se aplica tanto para la gestación por sustitución altruista como para la que contempla el pago de una suma de dinero como retribución a la gestante. Además, la prohibición del contrato oneroso de filiación subrogada es establecida expresamente en el artículo 722.859, que a su vez impone sanciones de multa o de prisión tanto para las partes contratantes como para los

intermediarios o facilitadores cuando hay una contraprestación dineraria. Según dicha norma, quien celebre un contrato oneroso de filiación subrogada será sancionado con una multa de hasta 10,000 dólares, con prisión de hasta 1 año o con ambas. (Albornoz, 2020, p.184)

De lo señalado en la legislación de Míchigan, se establece que la maternidad subrogada, en la cual la gestante no sea una menor no emancipada ni una mujer con discapacidad o enfermedad mental diagnosticada, no es una figura sancionada. Sin embargo, se le concibe contraria al orden público, por lo que el contrato es nulo y, en consecuencia, tampoco se puede reclamar su cumplimiento forzoso.

El Estado de Nueva York, es una de las jurisdicciones estadounidenses donde la gestación subrogada está prohibida. En efecto, la Ley de Relaciones Domésticas del Estado de Nueva York (*Domestic Relations Law*), dispone en su artículo 8-122 que “Los contratos de filiación subrogada se declaran contrarios al orden público de este Estado y son nulos y no exigibles. (González, 2020, p.184)

La Ley de Relaciones Domésticas, establece multas de hasta 500 dólares americanos, además de castigar con penas privativas de la libertad en caso de reincidencia. En cuanto a los

acuerdos altruistas de gestación subrogada, es decir aquellos en los que no se acuerda una compensación económica para la gestante son nulos por violar el orden público y, por ende, su cumplimiento no es exigible judicialmente. Aunque no son alcanzados por las normas punitivas, si un contrato de gestación por sustitución fuera celebrado en el Estado de Nueva York, la gestante sería considerada como la madre legal del niño, artículo 124-1 de la Ley de Relaciones Domésticas. No obstante, esto no ha impedido que se sigan existiendo casos de maternidad subrogada en Nueva York.

Para González citado por Albornoz, manifiesta que el Estado de Arizona es un Estado de aquellos en los que se puede decir que hay que proceder con precaución, ya que se practica la gestación por sustitución, pero existen obstáculos legales o los resultados pueden ser inconsistentes. La gestación por sustitución está prohibida por ley; pero no hay sanción penal para quien, de una manera u otra, como parte o como intermediario, participe en ella. El artículo 25-218 de los Estatutos Revisados de Arizona (*Arizona Revised Statutes*) establece que ninguna persona puede celebrar, inducir, arreglar, procurar o de otro modo asistir en la celebración de un contrato de filiación subrogada. También se señala que la gestante es la madre legal del niño y que tiene derecho a la custodia. Además, si ella está casada, se presume que su cónyuge es el padre del

niño; pero esta presunción admite prueba en contrario. Justamente así fue establecida la paternidad de un padre intencional hombre. (Albornoz, 2020, p.186).

González citado por Albornoz, señala que en el Estado de Indiana su código dispone expresamente que los acuerdos de gestación subrogada celebrados después del 14 de marzo de 1988 son nulos; pero no les atribuye sanción penal alguna. A pesar de la imposibilidad de exigir el cumplimiento coactivo de tales contratos, es un hecho que la gestación subrogada se produce y continúa produciéndose en Indiana. (Albornoz, 2020, p.187)

En conclusión, en Estados Unidos la regulación del contrato de maternidad subrogada se ha forjado a partir de la ley y la jurisprudencia. No existe una posición única entre los Estados federados frente a la validez jurídica de los contratos de maternidad subrogada. Mientras un grupo de Estados rechaza de manera expresa la celebración de los contratos de vientre de alquiler, como son Arizona, Indiana, Nueva York y el distrito de Columbia, otros Estados le reconocen validez, siempre y cuando se cumpla con procedimientos especiales previstos en la ley, siendo los Estados que adoptan esta postura New Hampshire, Florida, Illinois, Virginia y Utah.

## **B. Alemania**

En el país germánico no sólo prohíbe, sino que también sanciona el empleo abusivo de las TRHA, ello en virtud a la Ley Alemana de Protección del Embrión, la cual data desde el 13 de diciembre de 1990, la cual en su artículo 3 prohíbe la donación de óvulos, señalando lo siguiente: “Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa quien fecundará artificialmente un óvulo con un espermatozoide seleccionado en función de sus cromosomas sexuales. La presente disposición no se aplica al supuesto en que la selección del espermatozoide hubiera sido efectuada por un médico con el fin de prevenir la transmisión de una miopatía de Duchenne u otra enfermedad hereditaria grave semejante y ligada al sexo y si la enfermedad hubiera sido expresamente reconocida como grave por el servicio competente del *Land* respectivo”.

Asimismo, dicho cuerpo normativo regula la utilización abusiva de las técnicas de procreación en el artículo 1 inciso 7: Será sancionado con pena privativa de la libertad de hasta tres años o multa quien: (...) 7. Fecundara artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”.

Cabe señalar que únicamente se sanciona penalmente a aquellas personas que intervengan en cualquiera de los

procedimientos médicos necesarios para llevar a cabo la gestación como puede ser la fecundación y la captación de óvulos, no se sanciona ni a los comitentes ni a la mujer subrogada.

En conclusión, en Alemania la maternidad subrogada o vientre de alquiler ha sido vista como un comercio humano ilegal y por lo tanto es imposible que sea recogida en su cuerpo normativo.

### **C. Suecia**

Ha sido el primer país occidental que ha regulado el tema de la fecundación humana asistida. En 1984, se publicó la Ley N.º 1140, sobre inseminación artificial. En 1988 se modificó la ley, con respecto a la fecundación in vitro, sólo permite la homóloga, en beneficio de parejas estables y con conocimiento escrito del hombre. Prohibiendo la praxis de la maternidad subrogada. (Burnstein, 2013, p.32)

### **D. Francia**

En el país galo, mediante la Ley N 94-653 del 29 de julio de 1994, Ley de Bioética, que alude al respeto al cuerpo humano establece la prohibición de los contratos de gestación subrogada. Estableciéndose que todo acuerdo referido a la procreación o gestación por cuenta de otro es nulo, entendiéndose que dicha nulidad es de orden público. Dicha ley sanciona con

penas que van desde tres hasta cinco años de prisión para aquellos que proceden a la simulación o engaño causando afectación al estado civil de un niño o que empleen algún tipo de actividad de reproducción asistida con finalidades diferentes a las marcadas por el Código de Salud Pública Francés.

El artículo 16 numeral 7) del Código Civil, el cual contempla lo siguiente: “será nulo todo acuerdo referente a la gestación de un hijo por otra persona”. Con la introducción de este artículo se advierte una postura de prohibición respecto a los vientres de alquiler.

Para el tratadista ecuatoriano Roberto Germán citado por Lalupú, sostiene que: “El artículo L.2142-2 del Código Francés de Salud Pública, en la redacción dada por la Ley 2004-800, señala que la procreación artificial está destinada a responder a la demanda parental y tiene por objeto remediar la infertilidad, cuyo carácter patológico haya sido medicamente diagnosticado, o evitar la transmisión al niño o aun miembro de la pareja de una enfermedad de particular gravedad. Dispone que la procreación artificial está reservada para el hombre y la mujer, que formen parte de la pareja, que estén vivos (no está permitida la fecundación post mórtem), ello conforme al párrafo 3. El hombre y la mujer que formen pareja deben estar vivos y la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o transferencia de

embriones, con respecto a la edad de procrear la ley no permite a mujeres mayores de 40 años ser receptoras de óvulos donados), casados o convivientes sin vínculo matrimonial (en condiciones de poder aportar una convivencia acreditada de al menos dos años)". (Lalupú, 2013, p. 127)

La ley contempla sanciones penales para el empleo de las TRHA, como la obtención de gametos de una persona viva sin su consentimiento escrito, la obtención de gametos mediante pago, la entrega a terceros a título oneroso de gametos donados, la divulgación de información a fin de acreditar. El Código Penal en Francia no prescribe una sanción específica para la maternidad subrogada. No obstante, el artículo 227-13 penaliza los casos de sustitución voluntaria, simulación u ocultación de datos que afectarían la integridad del estado civil de un niño.

De acuerdo con lo establecido en este artículo, la maternidad subrogada es penada por ley, debido a que considera que la madre legal es una persona distinta a la mujer que ha alumbrado. Eso contraviene el clásico principio de derecho *mater semper certa est*, que sigue vigente en Francia.

Desde la óptica del derecho francés, significa ocultar un parto (el de la madre gestante) para simular otro (el de la madre de intención), lo cual es un delito penado con tres años de prisión y



una multa de 45.000 euros. Estas sanciones se pueden aplicar si se sospecha que existe intención de llevarlo a ponerlo en práctica.

El artículo 227 inciso 12, tipifica como delito el hecho de hacer de intermediario entre una persona o una pareja con deseo de tener un hijo y una mujer dispuesta a gestarlo. Esta disposición involucra a particulares, pero también a las clínicas en donde se desempeñan profesionales especialistas en este rubro. Esta infracción de la ley se castiga con un año de cárcel y 15.000 euros de multa. Sin embargo, si los hechos se producen con una intención pecuniaria o de forma reiterada, las penas se duplican.

La práctica de las TRHA no reconocidas o permitidas por el Código de Salud Pública (incluida la maternidad subrogada) está penado de acuerdo a lo establecido en el artículo 511 inciso 24 del Código Penal de Francia con cinco años de prisión y 75.000 euros de multa.

#### **E. Italia**

En este país se prohíbe y criminaliza la infracción a la prohibición, por esta razón con fecha 19 de febrero de 2004 el congreso italiano publicó la Ley N.º 40 bajo el título “Normas en materia de reproducción asistida medicamente”. Advirtiéndose en virtud a esta norma que todos los acuerdos de maternidad

subrogada se consideran ilegales y son penados por el inciso 6 del artículo 12 de la citada norma, el cual prescribe: “Quien quiera, que de cualquier forma, realice, garantice o publicite la comercialización de gametos o de embriones o de maternidad subrogada, será sancionado con reclusión de 2 a 3 años de prisión y una multa de 600,000 a un millón de euros a 1,000,000 de euros quien de cualquier modo realice, organice o publicite la gestación subrogada; además podrá ser suspendido en el ejercicio de la profesión médica.

Dicha norma requiere el consentimiento informado como requisito sine qua non para llevar a cabo las TRHA, tal consentimiento puede ser revocado antes de llevar a cabo la praxis, ello lo contempla el artículo 4 inciso 2b y el artículo 6.3.

Inicialmente la legislación italiana en materia de reproducción asistida, prohibía la fecundación heteróloga, aspecto que fue finalmente declarado inconstitucional por la Sentencia N.º 162 del Tribunal Constitucional del 09 de abril de 2014.

Asimismo, establece que las TRHA, están reservadas solamente para parejas heterosexuales y que se encuentren en edad fértil, mayores que se encuentren casadas o en unión de hecho, prohibiendo su uso a parejas homosexuales y mujeres solas con problemas de fertilidad. La ley proscribire las TRHA a parejas

casadas o en unión de hecho, en las que marido y mujer padezcan de una tara que les impida procrear y que da como producto la esterilidad, toda vez que en dichos supuestos se recurre a la donación de gametos o embriones.

La regulación del asunto se ha ido construyendo a golpe de sentencia. La clarificación sobre la misma se ha producido de a pocos y han tenido que pasar más de diez años para llegar al punto en el que nos encontramos en la actualidad. Todo ello ha ocasionado una gran inseguridad jurídica durante muchos años y numerosos perjuicios, de muy diversa índole, en la sociedad italiana. Así las cosas, y aunque la mayoría de los asuntos, si bien no todos, como indicaremos a continuación, finalmente han sido analizados por la Corte de Justicia, entiendo que el legislador italiano tiene frente de sí la necesaria tarea de elaborar una Ley completa y unificadora que pueda ofrecer una regulación coherente y adecuada a lo dicho por los tribunales de justicia. (Molero, 2018, p.342)

## **F. España**

Mediante Ley 14/2006 del 26 de mayo de 2006, se aprobó la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Esta ley admite la inseminación artificial heteróloga, la donación de gametos y de embriones, la inseminación en mujer sola, independientemente de su orientación sexual y la polémica inseminación *post mórtem*.

El artículo 10 de la Ley 14/2006 regula la gestación por sustitución, prescribiendo lo siguiente:

1. Sera 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.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

La ley de manera incongruente permite la inseminación heteróloga, pero sanciona con nulidad absoluta los acuerdos de maternidad subrogada, no obstante, en el caso que se dieran, la ley contempla que la maternidad legal se deberá dilucidar por el parto, es decir al igual que la legislación peruana, la madre legal será la que gesta y la que da a luz, prevaleciendo el principio de *mater semper certa est*.

## **G. Reino Unido**

En el año 1990 entró en vigencia *la Law Human Fertilization Embriology Act*, la cual permitía recurrir a la maternidad subrogada siempre que se lleve a cabo a título gratuito y bajo la supervisión de la entidad denominada *Human Fertilization and*

*Embriology Authority*, entidad sobre la que recae la labor de regular la investigación y el tratamiento de la infertilidad en humanos en dicho país.

Domínguez (2017), manifiesta que en el año 2008 se reguló las TRHA mediante la Ley de Embriología y Fertilización Humana, en la cual se especifican los requisitos y exigencias que deberán de cumplir los futuros comitentes para que estos acuerdos sean considerados válidos. (p.99)

En conclusión, el ordenamiento jurídico en este país prohíbe los acuerdos comerciales, es por ello que están prohibidos los acuerdos de maternidad subrogada que no sean gratuitos, así como las organizaciones de índole lucrativo, que ayuden a los padres que tienen la intención de ser padres a ponerse en contacto con posibles madres de alquiler a cambio de sumas de dinero.

## **H. Grecia**

En Grecia la regulación de la maternidad subrogada surge a partir de una decisión de la Corte de Primera Instancia de Heracleión, en el que se decidió otorgar la adopción de unos mellizos mediante la técnica de subrogación de maternidad a los comitentes, que eran los padres genéticos al haber aportado sus gametos. A partir de esto los jueces manifestaron la existencia

del vacío legal y recomendaron que se legislara sobre la materia, es así que la maternidad subrogada se reguló con la Ley N.º 3089/2002, que reformó el Código Civil, y la Ley N.º 3305/2005, sobre reproducción médica asistida. (Domínguez, 2017, p.96)

En conclusión, en este país se permite a la maternidad subrogada, sin embargo, debe cumplir una serie de requisitos para que se pueda considerar su validez, y de este modo la autoridad judicial emitirá una resolución que autorice el acuerdo de subrogación materna; sin embargo, previo a la resolución judicial existen una serie de exigencias que se tienen que cumplir, de lo contrario no se autorizará judicialmente.

## **I. Holanda**

Los Países Bajos no cuentan con una ley específica que regule la maternidad subrogada. Esta práctica no está prohibida; incluso se permite. Dos textos legislativos mencionan a las gestantes, ofreciéndoles un marco legal indirecto y condicionando así la práctica de la gestación subrogada. Estos son el Código Penal Holandés (*Duch Criminal Code*) y el Reglamento del 1 de abril de 1998 relativo a los establecimientos de fecundación in vitro.

Además, el Código Civil holandés niega todo valor jurídico al contrato de gestación subrogada.

## **J. India**

La India es uno de los lugares más populares en la actualidad, en donde se realiza la práctica de la maternidad subrogada, calculándose que tiene al menos 200.00 clínicas privadas que ofrecen servicios de esta modalidad. En razón a la popularidad adquirida por el país hindú se le ha venido atribuyendo nombres como: “la capital mundial de gestación subrogada”, “la fábrica de bebés”, “turismo de la procreación”, entre otros. (Domínguez, 2017, p.101)

El Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR), creado por el Ministerio de Salud de la India, para formular directrices para la supervisión de clínicas de reproducción asistida en la India, cumpliendo con su tarea se emitieron documentos que se conocen con el nombre de directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las ART clínicas en la India que dispone todo lo relacionado al contrato; y las directrices éticas para la investigación biomédica en los participantes humanos, dispone los lineamientos éticos que deben tenerse en cuenta en esta práctica. Estas directrices deben ser tomadas en cuenta obligatoriamente por todas las técnicas que llevan a la práctica la maternidad subrogada en el país indio. (Domínguez, 2017, p.102)

En conclusión, el país hindú permite la maternidad subrogada onerosa, considerándose legal desde el año 2008, ello después de que la Corte Suprema emitió sentencia favorable en el caso *Manji*, el cual trata de un bebé que nació producto de la maternidad subrogada, cuando en la India no era famosa esta TRHA y no tenían directrices.

Los esposos contratantes se divorciaron tiempo después de que el bebé fuera concebido producto de un óvulo donado. Después de nacer su madre sustituta no quería hacerse cargo de él e incluso en el registro médico no aparecía el nombre de ella; tampoco se tenía conocimiento del nombre de quien donó la célula femenina (óvulo), y quién sería su madre legal ya no estaba interesada puesto que se había divorciado de su pareja.

El padre quería llevar al pequeño a su país natal, pero empezó a surgir una serie de inconvenientes, pues el bebé no tenía una nacionalidad definida y el padre tendría que empezar un proceso para que le otorgara la custodia y el permiso para sacar al bebé al país. Allí, entra la Corte Suprema de la India a pronunciarse en el caso, diciendo que el procedimiento de la maternidad subrogada en ese país debería considerarse legal y el padre del bebé podría llevárselo a su país, puesto que todo el procedimiento realizado era permitido dentro de su ordenamiento. (Domínguez, 2017, p.103)



## **K. Canadá**

Mediante la Ley C-6 *Assisted Human Reproduction Act*, se regula la maternidad subrogada en Canadá, ella permite que la gestación subrogada la lleve a cabo toda clase de familias, desde parejas heterosexuales, homosexuales, varones y mujeres solteras, siempre que sea con fines altruistas, en ese sentido son considerados nulos los contratos de subrogación de vientre.

## **L. México**

Los Estados Unidos Mexicanos, están conformados por 31 Estados y la capital federal, de los cuales solamente dos de ellos regulan a la maternidad subrogada, siendo ellos Tabasco y Sinaloa, sin embargo, esta debe llevarse a cabo entre ciudadanos mexicanos, el resto de Estados no cuentan con ley que permita o proscriba la maternidad subrogada, advirtiéndose un vacío legal en ellos.

El Estado de Tabasco, en uso de sus atribuciones constitucionales para legislar en materia civil y familiar, fue el primer Estado de la República Mexicana en legislar sobre la maternidad subrogada en el Código Civil; con posterioridad diversos Estados del país legislaron en forma permisiva como Sinaloa, incluso prevé la modalidad onerosa. Por su parte, otros Estados regulan de forma genérica las técnicas de reproducción humana asistida en sus códigos civiles y familiares, como son

Ciudad de México, Michoacán, Sonora, Zacatecas y Coahuila. Así también, los Estados de San Luis de Potosí y Querétaro prohíben de forma expresa el procedimiento de maternidad subrogada. (González, 2020, p. 28)

La posición que adopta la citada autora mexicana respecto a la gestación subrogada, es que debe ser competencia del ámbito federal en el área del derecho de la salud, en el que los acuerdos de gestación por sustitución se autoricen por medio de la Secretaría de Salud para personas que tengan problemas de fertilidad y no dejarlos al libre albedrío de las partes mediante la celebración de contratos de vientre de alquiler.

El Estado de Tabasco, refiere que fue el primero en permitir la maternidad subrogada, a esta pueden acceder únicamente ciudadanos mexicanos, cuando la madre no tenga la capacidad para gestar, parejas heterosexuales legalmente casadas o que convivan de manera permanente como si lo fueran, también puede realizarse la gestación subrogada con carácter altruista. (Domínguez, 2017, p.84)

El Estado de Sinaloa, regula la maternidad subrogada en su Código Familiar Estatal, específicamente en su artículo 283: “La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un

hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento(...). (Domínguez, 2017, p.87)

México cuenta con un marco legislativo parco y disímil en cuanto a la maternidad subrogada, ya que mientras se puede acceder a ella en Tabasco y Sinaloa a través de un contrato o instrumento suscrito por las partes, respectivamente; en Sonora, Estado de México, Zacatecas, Michoacán, Colima y la Ciudad de México se autoriza con el consentimiento de la pareja su práctica, pero se omite regular el acto jurídico para llevarla a cabo, a diferencia de las legislaciones de Querétaro y San Luis Potosí que prohíben este método de reproducción asistida. (Martínez, 2015, p.379)

### **M. Argentina**

La maternidad subrogada, denominada por el término vientre de alquiler no se encuentra regulada, advirtiéndose un vacío legal, eso significa que se encuentra absolutamente permitida en la Argentina, ello conforme al artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina, la cual prescribe: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a

Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. No obstante, tampoco existe una prohibición ante la maternidad subrogada, cuya regulación estaba prevista en el nuevo proyecto del Código Civil y Comercial, pero finalmente se decidió dejar de lado esta forma de filiación hacia la maternidad subrogada.

Solamente cuenta con la Ley N.º 26.862, la cual regula las TRHA, pero de manera general sin ahondar en la maternidad subrogada.

#### **N. Brasil**

No existe una legislación especial que regule la maternidad subrogada, sin embargo, cuenta con la Resolución CFM N.º 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, la cual estableció que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrían crear una situación de gestación de sustitución cuando existe un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. Señalando la exigencia de que la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica en una relación de parentesco hasta el segundo grado. Los demás casos requieren autorización del Consejo Regional de Medicina. Respecto al carácter lucrativo se encuentra proscrito. (Lalupú, 2013, p.130)

De lo expuesto se infiere que la maternidad subrogada puede realizarse manera altruista, esto quiere decir que no se puede recibir compensación alguna por el embarazo.

Mediante Resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121/2015, se establecieron una serie de requisitos imprescindibles que deben cumplirse:

1. La gestante debe hacer el proceso de forma altruista.
2. La gestante debe ser un familiar de primer, segundo, tercer o cuarto grado de uno de los padres de intención. Esto quiere decir que la gestante debe ser la madre, la hermana, la hija, la tía o la prima.
3. Ni la madre de intención ni la gestante subrogada pueden superar los 50 años.
4. La madre de intención debe tener un problema médico que impida o contraindique la gestación.
5. Las parejas homosexuales también pueden tener descendencia por este método.

## **O. Colombia**

En Colombia, la gestación subrogada es una praxis que se ha extendido y existe un mercado en el que los centros de fertilidad son intermediarios y desempeñan un rol importante; esta técnica no está criminalizada, tampoco prohibida y sencillamente está

operando con las reglas del mercado, además que tiene en la práctica un carácter oneroso, de este modo, no existe actualmente una regulación particular sobre el tema ni mucho menos sobre el contrato de maternidad subrogada. (Domínguez, 2017, p.81)

En Colombia esta regulación no existe, por ende, en la actualidad la no prohibición de esta práctica permite que sea destino de parejas extranjeras que desean ser padres y por los altos costos de esta práctica en sus países de origen ver a Colombia como el lugar perfecto para cumplir este sueño, por ende, se ha venido presentando un fenómeno en las mujeres colombianas de bajos recursos que alquilan su vientre con el fin de superar sus condiciones económicas. (Albarello, 2019, p.48)

El Estado colombiano, a través de la Corte Constitucional en la sentencia T 968 de 2009, en el cual se establece pautas para regular este tipo de acuerdos, reconociendo que existe una ausencia de ley y por ende es evidente que este fallo es sin duda alguna un precedente para fallos que se den en casos similares. Y por ese caso se debe implementar una ley que llegue no solo a regular sino también a evitar la mayor cantidad de violaciones a los derechos fundamentales de quienes se encuentran involucrados en este tipo de acuerdos. (Albarello, 2019, p.48)

En este país vecino se llevan a cabo tratamiento de reproducción asistida en las clínicas a pesar de no contar con una regulación especial de la maternidad subrogada, ocasionando que muchas mujeres publiquen anuncios en la web ofreciendo su vientre en alquiler. Hasta el día de hoy existe un Proyecto de Ley 109/13 que busca regular la maternidad subrogada con fines altruistas.

## **P. Uruguay**

Los artículos 25 a 28 de la Ley 19.167, regulan expresamente algunos aspectos de la maternidad subrogada en Uruguay, denominada en dicho país como la Ley Gestación Subrogada.

El artículo 25 de la citada Ley prescribe, lo siguiente: “Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero”.

Empero la segunda parte del artículo 25, concibe la siguiente salvedad, que a continuación se reproduce “(...) únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.”

Por este motivo entendemos que la práctica será permitida en los casos de enfermedades genéticas o adquiridas, pero debemos remarcar que las TRHA en sí no solucionan una enfermedad como lo es la infertilidad, pues esa mujer nunca deja de ser entendida por el saber médico, como paciente, con un cuerpo enfermo para la procreación. (Lemes, 2013)

En ese contexto el Estado uruguayo, ejerciendo su poder ha establecido en el artículo 3 de la Ley que: “El Estado garantizará que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud con el alcance dispuesto en la presente ley. Asimismo, promoverá la prevención de la infertilidad combatiendo las enfermedades que la puedan dejar como secuela, así como la incidencia de otros factores que la causen.”

Lo expuesto deja entrever que el Estado uruguayo ha entendido a la infertilidad como un problema mayúsculo de salud pública que merece ser combatido con la implementación de las TRHA como prestaciones que brinda el sector salud, ello con el fin de propiciar el derecho fundamental a tener familia.



## **CAPÍTULO III**

### **CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

Entiéndase, el término regular en el sentido de legislar la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú. Tomando como base los objetivos de investigación, relacionados con el método dogmático propio del derecho y el análisis de la información recopilada en doctrina, jurisprudencia y legislación comparada, procedemos a demostrar la hipótesis planteada; en virtud a ello debemos sintetizar nuestro problema, para posteriormente, exponer los pasos que hemos seguido, para llegar a nuestros resultados. En ese sentido los fundamentos jurídicos para regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú, son:

#### **3.1. Garantizar la protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de la mujer gestante**

En la actualidad el debate acerca de la maternidad subrogada, ha generado interrogantes sociales, éticas y jurídicas, una de ellas, es la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante, en términos generales, los acuerdos de maternidad subrogada onerosa contravienen el valor-principio superior previsto en el artículo 1 de nuestra carta magna, el cual prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Cabe resaltar que la vida del ser humano es inseparable de la dignidad, no se puede aceptar a la vida humana sin que esté ligada a la dignidad, pues ella responde a la posición especial que ostenta el hombre respecto a los demás seres irracionales. Es por ello que el ser humano dotado de dignidad, es el único ser vivo consciente de su existencia, capaz de reflexionar sobre sí mismo y sobre los demás seres de su misma especie, esta constatación del sentido común que gozamos como seres humanos nos lleva a señalar que la vida humana encarnada en un hombre digno, es el valor sobre el cual se erige todo el ordenamiento jurídico y de la existencia del Estado, ya que es por ello que éste existe, lo aseverado nos lleva a concebir que el concepto de persona humana contenido en el artículo 1 de la Constitución, es un valor institucionalizado que nutre a todo el ordenamiento jurídico y a todas aquellas disposiciones jurídicas que regulen a la persona humana, las mismas que deben respetar su posición de sujeto de derecho con dignidad.

En la Constitución Política del Perú de 1993, se concibe a la dignidad como un valor supremo, como un valor privilegiado, pues en la dignidad humana se refuerza el carácter de la Constitución como documento estatutario de la vida en comunidad (...), de este modo, se funda como una meta norma que orienta el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las restantes normas jurídicas, porque atraviesa a manera de *ratio legis*, todo el contenido de las disposiciones que componen el ordenamiento jurídico. Dichas normas deben respetar, defender y valorar en todo momento a la persona humana, en especial a la mujer gestante, este es el camino que

debe seguir el legislador al momento de aprobar las normas que tengan que ver con ella. (Lalupú, 2013, p.132)

Por esta razón la dignidad humana, se transforma en el límite esencial para analizar y valorar las conductas de los particulares, como debe ocurrir con los acuerdos de maternidad subrogada, los mismos que tienen que analizarse conforme al valor humano comúnmente compartido que nos hace reconocernos entre humanos. En ese sentido, la dignidad humana se convierte en la génesis de nuevos derechos, que fundamenta a todo el ordenamiento jurídico, así lo entendió el poder constituyente al haber definido a la dignidad, como un concepto amplio que lo abarca todo, en pocas palabras la dignidad lo es todo.

El jurista Talciani citado por Lalupú, afirma que en estos tiempos se encuentra afianzada la idea de que la persona representa un ente real que se distingue por su racionalidad y su libertad y que por ende supera el concepto de cosa (*res*), en consecuencia la personalidad ha de reconocerse a todo ser humano, es por ello que al existir un acuerdo universalizado de que la persona humana no es objeto, sino un ser que es único e irrepetible, capaz de orientar su libertad con su raciocinio, por eso es que no puede ser visto como cosa con valor patrimonial, no puede ser utilizado y vituperado como instrumento materia de transacción o acuerdos de entrega, como intenta hacerlo la maternidad subrogada al delegar el desarrollo de un concebido en otro útero para posteriormente ser entregado a la pareja que hizo el encargo como si estuvieras en frente de un objeto

común y corriente, sin respetar la esencia humana, en la cual reposa la dignidad. (Lalupú, 2013)

El referido trato en lugar de enaltecer la vida humana como valor supremo, conlleva a que se afecte, se envilezca, se deje de lado lo humano y se desconozcan los más básicos derechos de la mujer gestante. A tal efecto los contratos de maternidad subrogada tienden a degradar y a deshumanizar a la mujer portadora, debido a que se le reduce a una “incubadora humana”, cuyo embarazo se concibe como un acto mecánico dejando de lado vínculos afectivos que se generan entre madre e hijo por naturaleza. Lo expuesto se acentúa, en la actualidad por el consumismo lo que en palabras del jurista Varsi sería el industrialismo procreativo, donde todo se vende y la vida humana con los contratos de alquiler de vientre parece tener un precio en el mercado, donde la mujer que hace de incubadora humana recibe una suma de dinero a cambio de arrendar su vientre, al igual que en la venta de órganos humanos en el mercado negro, es preciso hacer recordar a la comunidad jurídica que la persona humana es un fin en sí mismo, en definitiva, el hombre es persona, es decir realidad viva, por lo tanto hay que protegerlo y promoverlo en todo acto contrario a su dignidad humana. En esa misma línea no resulta armónico con su naturaleza que se encargue la gestación de un menor a un vientre ajeno para que una vez que nazca, sea entregado a los padres intencionales, a cambio de una suma de dinero, estamos en presencia de la venta de una vida, siendo a todas luces algo repudiable puesto que se estaría lucrando con la vida de un ser humano.

La maternidad subrogada se ha convertido en una “industria” de la explotación reproductiva a escala mundial, debido a que desde el punto de vista de la oferta, las clínicas de fertilidad, las agencias intermediarias y bufetes de abogados, junto a empresas aseguradoras y entidades de crédito articulan el negocio de la explotación reproductiva de bebés recién nacidos. En un informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación de niños la Asamblea General de Naciones Unidas, establece que los intermediarios son los responsables de establecer los mercados de explotación reproductiva, percibiendo ingentes ganancias. El negocio está liderado por las clínicas de fertilidad que suelen pertenecer a grupos médicos internacionales y que en algunos países, además de realizar los tratamientos de reproducción humana asistida, el seguimiento de las madres de alquiler y la atención del parto; se encargan de las funciones que suelen realizar las agencias intermediarias proporcionando el catálogo de madres de alquiler y proveedoras de óvulos; prestando servicios de traducción, pediatría o guardería, acompañamiento y asesoramiento legal a los compradores y vigilando a las madres durante el proceso. (Trejo, 2021, p.15)

El modo en que operan las agencias y clínicas de fertilidad para captar a las mujeres más vulnerables es a través de campañas de publicidad *offline* y *online*. En la *web* abunda publicidad *online* con anuncios en busca de madres de alquiler donde se destaca la obtención de una buena suma de dinero. Encontramos anuncios en revistas destinadas a ciertos grupos de mujeres, como las esposas de militares en Estados Unidos; o espacios

publicitarios en el metro de Kiev (Ucrania) y cientos de anuncios de la prensa ucraniana requiriendo de mujeres jóvenes y fértiles con determinadas características. Los intermediarios pagan publirreportajes en televisión donde se presentan a las madres de alquiler como heroínas, mujeres extraordinarias que encuentran el sentido de su vida gestando para otros. También se valen de agentes independientes locales, que a menudo utilizan a donantes de óvulos y madres de alquiler, a cambio de lo cual se les ofrece una comisión. (Trejo, 2021, p.16)

Lo preocupante es que la explotación de mujeres con fines reproductivos ha ido incrementándose, producto de la demanda que tiene en la actualidad la maternidad subrogada onerosa. Según las estimaciones del informe *The Global Surrogacy Market Report* en 2018, la venta de bebés nacidos por subrogación generó unos ingresos que alcanzaron los 6.000 millones de dólares. Se prevé que en 2025 la cifra de negocios de *baby business* llegue a los 27.500 millones de dólares, lo que supone una tasa de crecimiento anual compuesta de 24,5 por ciento para el periodo 2019-2025. De estos 27.500 millones de dólares, 17.700 millones serán ingresos generados exclusivamente por clínicas de fertilidad, lo que equivale al 64 por ciento del total; el resto, un 36 por ciento se lo reparten entre comercializadoras, servicios jurídicos y empresas satélites. Del total de la cifra de negocio a nivel mundial, las mujeres solo percibirían el 0.9 por ciento de los ingresos generados, por este motivo la politóloga y activista feminista califica esta práctica como “proxenetismo reproductivo”. (Trejo, 2021, p.20)

La autora Ana Trejo Pulido, revela que en el mismo estudio de mercado que las principales compañías dedicadas al negocio de la explotación reproductiva a través de la subrogación estarían *New Hope Fertility Center* (EE.UU), *Ovation Fertility* (EE.UU), *AVA Clinic Scanfert* (Rusia), *Extraordinary Conceptions* (EE.UU), *Bangkok IVF Center* (Tailandia) y *Nova IVF Fertility* (España) e *IVI-RMA Global* (España). Estas dos últimas empresas pertenecen al grupo español IVI-Instituto Valenciano de Infertilidad, pionero y líder en España en servicios privados de reproducción asistidas y tratamientos de fertilidad desde los años 90 y cuyo valor a finales de 2019 era de entre 1.000 y 1.200 millones de euros (Trejo, 2021) . Lo llamativo es la estructura con la que operan en el mercado estas compañías, llegándose a comparar con compañías transnacionales, debido a que introducen la anatomía y fisiología femenina, su capacidad de reproducción en el modo de producción liberal a escala mundial, en el contexto de una economía global, y subsidiaria de importantes beneficios económicos, tal es el caso de *Nova IVF Fertility* (NIF), es una *joint venture* con el que el Instituto Valenciano de Fertilidad entra en la India en el 2012. Ese año representó el punto cúspide del negocio de la subrogación en la India, momento en que operaban en el país más de 3.000 clínicas de fertilidad, que solo en ese año ingresaron más de 400 millones de dólares.

De lo expuesto, se advierte que la maternidad subrogada onerosa en la actualidad representa un gran mercado que mueve millones de dólares a nivel mundial, lo que llama la atención y a su vez resulta peligroso, es la manera en que se organizan y operan las compañías de fertilidad que se

equiparan con empresas transnacionales, ello debido a que han pasado de operar en Europa a tener presencia en Asia, eso se ve reflejado con el caso de *Nova IVF Fertility* (NIF), compañía que opera en la India, país catalogado mundialmente como paraíso del turismo reproductivo. Estas compañías se valen del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran muchas mujeres para captarlas y someterlas a esta praxis médica que es la maternidad por encargo, lo cual representa a todas luces una explotación puesto que según el informe *The Global Surrogacy Report*, las mujeres que ceden su vientre solo perciben el 0.9% por ciento de los ingresos generados, el resto de ingresos va a las arcas de las compañías citadas.

El estado de vulnerabilidad de las mujeres que aceptan ceder su vientre se evidencia en una investigación del grupo SAMA<sup>4</sup>, el cual encontró que las mujeres que actúan como madre de alquiler son en general amas de casa, de clase trabajadora, con un bajo nivel educativo y empleos poco cualificados en la economía informal; como costureras, cocineras o servicio doméstico. Los ingresos mensuales familiares de estas mujeres oscilan entre los 49 y los 245 dólares y sus maridos tenían igualmente empleos en la economía informal, mal remunerados e inestables. Por la entrega de un bebé las madres de alquiler indias reciben un pago que oscila entre los 1,600 y los 6,500 dólares; además el pago puede incluir obsequios después del nacimiento o promesas de asegurar un empleo para alguno de los hijos de la madre sustituta. El desempleo, la precariedad, la necesidad de hacer

---

<sup>4</sup> SAMA, cuyas siglas significan en lengua inglesa *Sama Resource Group for Women and Health*. Organización que tiene su sede en Nueva Delhi, donde desempeña labores de investigación respecto de las TRHA y su vinculación con los problemas de la mujer y la salud.



frente al pago de deudas, comprar una casa o asegurar el futuro y la educación de sus hijos e hijas, eran las principales razones para aceptar actuar como madre de alquiler, junto al hecho de que ninguna otra opción les permitiría ganar una suma tan grande de dinero. Mientras que algunas mujeres, tuvieron que convencer a sus maridos para poder participar en los acuerdos de subrogación, otros señalaron la presión continua de las parejas y agentes reclutadores como un factor que las alentó a aceptar la gestación subrogada. (Trejo, 2021, p.33)

Latinoamérica también muestra un sinnúmero de casos de maternidad subrogada onerosa, lo manifestado se evidencia en una entrevista realizada a una mujer gestante de nacionalidad mexicana por Karla Cantoral citada por González, entre los datos generales, se destaca que la entrevistada tiene 29 años de edad, con grado de estudios de nivel secundario. La entrevistada informó que una amiga la invitó a participar como madre gestante. En el caso de ella, solamente aportó su cuerpo para llevar el embarazo a término, porque el óvulo fue entregado por una donante externa, y por tanto, no aportó material genético; explico que el procedimiento de inseminación fue con tres embriones, en el cual tuvo como resultado un embarazo gemelar. (...), la entrevistada señaló que el motivo principal por el cual decidió participar como gestante fue de tipo económico, en donde le pagaron la cantidad de \$ 150,000.00 (ciento cincuenta mil pesos 00/100 M.N.). Así también, informó que nunca tuvo contacto con los padres contratantes, solamente con la clínica, en donde nunca le explicaron sus derechos y obligaciones. Manifiesta que cuando

concluyó el embarazo, al momento del término de la cesárea, los médicos de la clínica entregaron directamente los bebés a los padres contratantes. La entrevistada indico que en la clínica les prohíben trabajar durante los 9 meses de embarazo, y que además, en caso de que no se lograra el embarazo o se abortara, ella debía de pagar el doble del monto que le pagaron. Al concluir la entrevista, la mujer concluyó que fue una mala experiencia y que no le quedaron ganas de volver a participar de este tipo de tratamientos. (González, 2021. p. 34-35)

La entrevista narrada es un caso que se repite constantemente, no solo en el Estado de Tabasco (México), sino también en países de Sudamérica, siendo uno de ellos el Perú, puesto que solamente Brasil y Uruguay regulan la gestación subrogada en sus respectivos ordenamientos jurídicos, pero siempre y cuando se realicen entre familiares de hasta segundo grado de consanguinidad. En el caso de Brasil, la maternidad subrogada deber ser altruista. Es decir, la mujer gestante no debe recibir contraprestación alguna por ceder su vientre. La postura adoptaba por su ordenamiento va acorde con la Constitución de Brasil, la cual prohíbe la comercialización con órganos y tejidos. Entre otros requisitos interesantes, también prescriben que la madre gestante no debe superar los 50 años y tampoco tener un problema médico que ponga en riesgo su vida. En el caso de Uruguay, los gametos deben pertenecer a alguno de los padres intencionales y debe presentar un déficit de fertilidad anterior.

Como se puede observar, existen vacíos en los ordenamientos jurídicos de los países de Sudamérica, lo cual permite que se lleven a cabo contratos de vientre de alquiler, sacando ventaja de la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres que prestan su vientre, las cuales en su mayoría presentan una pobre formación académica, además de una difícil situación económica, trayendo como consecuencia la afectación de su dignidad con la celebración de estos contratos.

A propósito de lo mencionado, en una entrevista realizada por Exitosa Noticias (Productor). (2018), el conductor del programa “En defensa de la verdad”, narra el caso de una pareja de esposos chilenos que recurrieron a la maternidad subrogada para poder ser padres y para tal cometido buscaron a una mujer peruana, la cual aceptó brindar su vientre a cambio de una suma de dinero para procrear el hijo de los citados extranjeros, pasó el tiempo y a los días de nacido, la pareja de chilenos decidieron regresar a su país con el bebé producto de la maternidad subrogada, sin embargo fueron detenidos en el aeropuerto acusándolos de trata e incluso ordenaron en su contra prisión preventiva hasta que se resuelva su situación con respecto al menor, posteriormente fueron sometidos a la prueba de ADN demostrándose que eran los padres del bebé, esto generó bastante polémica en los medios, lo cual llevó a que en el programa radial se desarrolle un segmento dedicado a informar acerca de la problemática de la maternidad subrogada en el Perú, procediendo a narrar avisos publicados en páginas web en internet en donde mujeres peruanas ofrecen sus óvulos y su vientre a cambio de una “ayuda económica” a aquellas

parejas que no pueden tener hijos por adolecer de infertilidad, el conductor hace hincapié en señalar la gran cantidad de nuestras compatriotas que ofertan su vientre por la suma que fluctúa entre \$15,000.00 a \$20,000.00 dólares, llegando en el mejor de los casos a ceder su vientre por la suma de \$80,000.00, aprovechando el vacío legal en nuestra legislación para celebrar esta clase de acuerdos, armándose un mercado negro de bebés, también se hace mención al proyecto de ley del Congresista Zevallos, el cual se orienta por la maternidad subrogada de carácter altruista, la cual debe recaer en algún familiar. La pregunta que salta a la vista es ¿a quién le conviene que no se regule la maternidad subrogada? ¿Acaso a un mercado negro orientado a este rubro?, la posición del conductor es que se regule de manera urgente la maternidad subrogada para poner fin a este vacío legal. Mediante un enlace telefónico se pide la opinión del abogado Mario Amoretti, el cual asevera que el congreso de la república no hace nada para legislar denotando una indiferencia con respecto al problema de maternidad subrogada, asimismo se le cede la palabra a Jorge Paucar quien hace mención que este vacío en la legislación contribuye a que surjan situaciones irregulares como fue el caso de los ciudadanos chilenos, además de fomentar el mercado negro.

De la nota periodística, se advierte que el vacío legal permite que clínicas de fertilidad que pertenecen a organizaciones orientadas al “industrialismo procreativo” de la maternidad subrogada onerosa, difundan sus anuncios por la *web*, generándose una especie de mercado negro de bebés, en ese sentido resulta urgente la regulación de la prohibición expresa de la

maternidad subrogada onerosa en nuestro ordenamiento jurídico, ello con el fin de desincentivar este tipo de conductas que con el tiempo amenazan con convertir al Perú en un paraíso de la gestación subrogada. Lo expuesto cobra fuerza en la realidad con el caso que dio mérito a la Casación N.º 563-2011-Lima, mediante el cual la pareja de esposos conformada por Giovani Sansone y Dina F. Palomino Quicaño encargaron a Isabel Castro Muñoz que gestara a su hijo, pagándole a esta la suma de US\$ de 18,900.00 Dólares Americanos, como ayuda económica, acordando que al nacimiento del niño, ella se lo entregaría. Cabe mencionar que este es uno del sinnúmero de casos que a diario se realizan en nuestro país y de los que jamás sabremos porque no han llegado a los oídos de la prensa, lo que muestra el lado oscuro de la maternidad subrogada, haciendo imperiosa la necesidad de legislar en contra la maternidad subrogada de índole onerosa, a efectos de disuadir conductas como la narrada.

La bioética, como disciplina que se sustenta en los derechos humanos y derechos de la persona, juega un papel importante en permitir el acceso a las TRHA, especialmente a la maternidad subrogada de índole filantrópico, inspirada en el principio de solidaridad que propugna, solamente en situaciones de *ultima ratio*, ello como una muestra de respeto a la dignidad del embrión; puesto que se debe permitir recurrir a ella, mediante certificado médico que demuestre la incapacidad física o biológica para procrear, es de decir de manera residual. Lo dicho, no ha sido tratado en el genérico artículo 7 de la LGS, por lo tanto, debe ser tomado en cuenta en las

próximas iniciativas legislativas, ello con el fin de garantizar la tutela de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer que gesta.

Se contrasta así, el primer apartado de la hipótesis, por cuanto se tiene que los acuerdos de maternidad subrogada, fomentan la instrumentalización de la mujer, toda vez que alquila su vientre para concebir un hijo sin responsabilidad a cambio de una suma de dinero, contraviniendo de esta manera a la dignidad humana, en ese sentido la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil, garantizaría la protección de la dignidad humana, puesto que su efecto disuasivo para la celebración de estos acuerdos, contribuiría al irrestricto respeto a los derechos fundamentales de la mujer.

### **3.2. Establecer los límites a libre disposición del cuerpo humano**

Para el derecho civil el cuerpo humano es un bien *extracomercium*, es decir se encuentra fuera del comercio de los hombres y por lo tanto no es susceptible de ser transmitido. Esto implica que el cuerpo humano no puede ser propiedad de otros, por lo tanto, la configuración actual del derecho de propiedad por parte del derecho positivo no tiene una respuesta respecto al cuerpo. Si bien es cierto la prostitución, entendida como la venta de servicios sexuales, se une a la disposición del cuerpo en relación con la donación de órganos, la investigación biomédica a través de tejidos humanos y la maternidad subrogada onerosa. Es cierto que estas conductas generan el desprecio de la sociedad al comercio del cuerpo humano, sin embargo,

existe una cierta aceptación de situaciones en las que se realizan intercambios con el cuerpo o con sus partes.

Es por esta razón que se habla de una flexibilización de la propiedad del cuerpo, entonces se admite que la relación entre el ser humano y su cuerpo se caracterice por cierto sentido de la propiedad que nos da derecho a disponer del mismo en ciertos aspectos, entonces debería ser posible asumir que ese uso debe estar sometido a límites y sujeto al respeto de los derechos fundamentales. En virtud de lo expuesto se plantea en la tesis, la necesidad de una intervención pública, por medio del Poder Legislativo que regule y limite el empleo de las TRHA, especialmente la maternidad subrogada, restringiendo su empleo en última ratio y solo con fines estrictamente altruistas, proscribiendo conductas de índole lucrativo, ello con el fin de evitar que compañías de fertilidad operen en nuestro país y generen una “industria” de explotación reproductiva tal como se ve en países como México, India y Ucrania.

Como es sabido, la maternidad subrogada onerosa en la actualidad, representa un negocio que desborda los límites éticos de lo que puede ser objeto del comercio, convirtiéndose en una forma de alienación e instrumentalización del cuerpo de la mujer, en efecto como bien señala Nuño citado por García, D. y Cayuela S. (2019), aseguran que existen bienes que no se pueden comercializar por mucho que haya quien los compre o los desee. No podemos, por ejemplo, subastar al mejor postor nuestros órganos, ni vendernos como esclavos si garantizan techo y comida. (p.36), lo dicho

por el citado autor resulta ser acertado puesto que aunque prestemos servicios y a cambio de ello recibamos una contraprestación, resulta éticamente inaceptable la instrumentalización del cuerpo humano, atribuyéndole la calidad de mercancía, debido a que tácitamente aceptaríamos que el valor de la vida ingrese en el mercado comercial.

Un análisis de la legislación peruana, nos lleva a afirmar que la normativa civil en el Perú no está diseñada para ser aplicable al cuerpo humano, ello debido a que su contenido se circunscribe en tres facultades: uso-disfrute, disposición y reivindicación. De lo que nuestro Código Civil, se remonta al siglo XVII, encuadrándose a normas de derecho positivo desde una concepción netamente materialista y externa del cuerpo humano, ello en virtud a que el desarrollo normativo de ese entonces se ceñía a un contexto en donde los avances científicos no existían y por ende no podía aceptar la posible transmisión de partes del cuerpo humano, verbigracia donación de órganos, tejidos biológicos y células humanas. Un sector de la doctrina asevera que el cuerpo humano en su conjunto no es materia de transferencia, pero los avances en medicina si permiten la transmisión de partes del cuerpo humano. (Redondo, 2017)

Coincido con la postura del profesor Espinoza, cuando manifiesta que la utilización de las TRHA a título gratuito, debe ser por pura generosidad, es decir dejando de ser un contrato para ser netamente un acto altruista y de liberalidad, ello guarda coherencia con lo regulado en el artículo 6 del Código Civil, puesto que no hay mejor acto humanitario que el permitir, a una pareja



cumplir con su proyecto de vida de ser progenitores, sin embargo éste acto carecería de sentido si se le coloca un precio. (Espinoza, 2012), toda vez que el recurrir a las TRHA y en especial a la maternidad subrogada debe estar revestida por un sentimiento de filantropía y alejado de cualquier interés lucrativo que vaya en contra de los límites de la disposición del cuerpo humano.

En torno a la visión patrimonialista que encierra nuestra normatividad civil, existen abogados dentro de nuestra comunidad jurídica que afirman que los acuerdos de maternidad subrogada en realidad son contratos de prestación de servicios reproductivos, esto salta a la luz en una entrevista realizada por IUS360 (Productor). (2020), en la que el jurista Jairo Cieza expone sus ideas en torno a la maternidad subrogada, se le plantea la pregunta ¿la prestación que se realizaría sería respecto de los servicios reproductivos o del útero de la mujer?, señala que es una pregunta interesante porque existen dos posiciones desde el punto de la vista de la bioética, señala que la prestación no está vinculada al útero de la mujer por ser un bien imposible, pero si sobre los servicios reproductivos. Cita como primera postura a Richard Posner señalando que los servicios reproductivos como una forma de prestación dentro de la esfera contractual desde la óptica del Análisis económico del derecho y la segunda postura es que las TRHA incluyendo a la maternidad subrogada implica el sometimiento de la mujer a sus nuevos empleadores. La segunda pregunta que se le realiza es ¿Es posible celebrar un contrato de vientre de alquiler?, el jurista señala que su posición es afirmativa por considerarse un liberal, cita al profesor Fernández Sessarego, el cual

señalaba que no era posible celebrar un contrato de maternidad subrogada por contravenir el objeto del negocio jurídico, sin embargo la posición del entrevistado se orienta por la postura de aceptar la posición del análisis económico del derecho aceptando la prestación de los servicios reproductivos, debido a que una de las personas necesita algo, tener un hijo y del otro lado existe una persona que necesita un monto patrimonial para contentar o realizar expectativas materiales que tiene, señalando que ambos tienen recursos escasos, señala que en las clínicas peruanas se les llama por temor acuerdos colaborativos, cuando realmente son contratos de prestación de servicios reproductivos o contratos de maternidad subrogada, mientras no se regule estas técnicas se seguirán realizando sin control alguno. Frente a la pregunta ¿Qué cambios se necesitan en la legislación peruana?, asevera que tenemos un aislado artículo 7 de la Ley General de Salud que permite las TRHA siempre y cuando haya identidad entre las personas.

Respecto a la entrevista, discrepo con la postura asumida por el entrevistado, cuando señala que la maternidad subrogada es un contrato de prestación de servicios reproductivos, debido a que considero que recurrir a esta TRHA debe ser en última ratio y de manera altruista, de lo contrario se equipara al cuerpo de la mujer con una mercancía, lo cual atenta contra la dignidad humana y sus derechos fundamentales, reitero mi postura en que no se puede celebrar contratos sobre el cuerpo humano, por ser este un bien que se encuentra fuera del comercio. Posiciones “liberales” como la del entrevistado resultan peligrosas debido a que sobrepasan los límites de

disposición del cuerpo humano, propiciando que nuestro país se convierta en un paraíso de la maternidad subrogada, resultando perjudicadas mujeres en situación de vulnerabilidad por su condición económica, lo cual no guarda coherencia con el Estado constitucional de derecho en el que vivimos.

La maternidad subrogada onerosa, se ha convertido en un problema para la bioética porque genera un conflicto entre los principios básicos de dicha disciplina, como es el conflicto entre el principio de la autonomía, entendido como la facultad que ostenta la mujer de decidir libremente y otorgar un consentimiento informado en relación con el proceso de embarazo y donación del bebé producto de la procreación; y el principio de justicia, el cual señala que la maternidad subrogada de índole oneroso va unido a muchos casos de explotación de mujeres que proceden de sectores pobres, lo que pone en tela de juicio la acción autónoma y libres de las mujeres gestantes.

Se contrasta dicho apartado, por cuanto la prohibición de disponer del cuerpo humano, se justifica a partir de la óptica de los derechos fundamentales para fundarse en la salvaguarda de la dignidad humana y de la protección de la integridad del ser humano. Sin embargo, considero que los avances de la ciencia médica en esta área han permitido que el derecho positivo se flexibilice, mediante los acuerdos de maternidad subrogada de carácter altruista, ello debido a que los seres humanos como seres libres tienen un proyecto de vida que cumplir, como es el privilegio de ser padres. En ese sentido con la regulación expresa de la prohibición de la maternidad

subrogada onerosa en el Código Civil y su respectiva regulación mediante una norma especial, representaría el establecimiento de los límites a la libre disposición del cuerpo humano, siendo que dicha normativa guardaría concordancia con lo dispuesto con el artículo 6 del Código Civil, el cual prescribe que los actos de disposición del cuerpo humano están permitidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad.

### **3.3. Garantizar el uso adecuado de las técnicas de reproducción humana asistida en relación con la maternidad subrogada**

Garantizar el uso adecuado de las TRHA, se fundamenta en los derechos reproductivos, entendidos como el reconocimiento básico a todas las personas o individuos, para que decidan libre y responsablemente el número, espaciamiento, la ocasión de tener hijos y de acceder a la información y a todos aquellos medios para hacer posible ello, así como el derecho a gozar de una adecuada salud sexual y reproductiva posible. En ese contexto, al hablar de derechos reproductivos, se hace inescindible desarrollar a la voluntad procreacional, entendida como la intención de querer tener prole, brindarle afecto y asumir la responsabilidad de la formación integral de los hijos, ello resulta de vital importancia, puesto que significa que los hijos concebidos mediante las TRHA, son también hijos de quien haya prestado su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quien haya aportado los gametos, o sea el material genético.

Si bien es cierto que el desarrollo de la ciencia médica respecto a la procreación humana, ha permitido a las personas o parejas que ostenten voluntad procreacional, el acceso a las TRHA, ello a efectos de perpetuar su especie, no obstante, en los últimos veinte años el uso indiscriminado de estas técnicas guiadas por el *animus lucrandi*, ha puesto en aprietos a la dignidad humana y a los demás derechos fundamentales reconocidos en la legislación nacional y en tratados internacionales.

En la actualidad, las TRHA han sido aplicadas con regulación o sin ella, con muchísimo éxito, por ello se dice que desde 1978 hasta 2006, más de tres millones nacieron en el mundo a partir de estas técnicas, específicamente en España durante los años treinta, han sido alumbrados, luego del recurso de la ciencia, 90000 niños. En Francia, la extensión de la procreación médica es superior, pues en el año 2006 se reportó el nacimiento de 2042 niños. En el Perú, no se cuenta con cifras oficiales que muestren la extensión de la aplicación de las TRHA, del estado de su desarrollo, así como del número de nacimientos a consecuencia de la medicalización de la procreación. (Lalupú, 2013)

La citada omisión de la que adolece nuestro país, nos impide conocer la cifra real de los nacidos bajo estas técnicas, su grado de desarrollo en los últimos años y quienes son las personas que acuden a ellas, esto pone al descubierto que en el Perú no existe un control por parte del Estado sobre esta facción del sector salud orientado a la procreación, siendo en su mayoría clínicas de fertilidad que operan en las provincias más populosas

del país, lo advertido no puede dejarse de lado, debido a que el empleo de las TRHA, tienen repercusiones éticas y jurídicas sobre la vida humana, lo cual contribuye a la mercantilización de la gestación en la mujer y el tráfico de niños.

La Ley General de Salud, Ley 26842, vigente desde julio de 1997, regula sucintamente a la inseminación artificial en su artículo 7. No obstante, a pesar de ser el único artículo de todo nuestro ordenamiento jurídico que hace mención a las TRHA, considero que el espíritu de la norma fue establecer como condición *sine qua non* para recurrir a las TRHA, el haber seguido previamente un tratamiento de fertilidad, puesto que estas técnicas son procesos supletorios de la infertilidad que exige la ley, imponiendo el deber de demostrar el agotamiento de los tratamientos a efectos de consolidar los medios y fines de la procreación asistida.

En el ámbito nacional existe una prohibición tácita a la fecundación extracorpórea, con el óvulo cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (Embriodonación) y a los servicios de gestación (maternidad portadora) subrogada, pues la LGS, en su artículo 7, establece que la condición de madre genética y de madre gestante deben coincidir. Sin embargo, la LGS no se ha pronunciado sobre la madre sustituta, que se da en aquellos casos en los que una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra mujer, con la finalidad de entregar a la criatura una vez nacida. Aquí, como vemos, la maternidad genética coincide con la de madre gestante, pero es un acto no ajustado a derecho, ni a la moral,

pero al no estar tipificados en la ley no es ni ilícito, ni delito, ni falta, sucediéndose un vacío normativo. La prohibición indicada en la LGS resultaría inaplicable. (Varsi, 2002)

Lo manifestado por el profesor Varsi resulta ser acertado, debido a que la prohibición de la madre sustituta no está prevista en el artículo 7 de la Ley General de Salud, en ese sentido y en virtud al principio de legalidad prescrito en el inciso 24, apartado a del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que a continuación se reproduce: “a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Por ese motivo considero que la norma *sub examine*, adolece de una deficiencia en cuanto a su redacción, ello debido a que da a entender, como señala Lalupú, dos situaciones distintas; siendo el derecho que tiene toda persona a tratar su infertilidad y por otro el derecho a procrear empleando las TRHA, debemos recurrir a una interpretación integral para llegar al fondo del asunto, en el sentido de que el empleo de dichas técnicas solo debe realizarse en *última ratio*, es decir de manera supletoria y no alternativa, una futura ley debería contemplar la exigencia de que se compruebe médicamente que la pareja adolece de un problema de infertilidad, el cual debe ser resuelto por medio del empleo de las TRHA para cumplir con su deseo de procrear. (Lalupú, 2013)

El párrafo anterior reconoce expresamente la dignidad del embrión *in vitro*, partiendo del supuesto que las técnicas de reproducción humana asistida son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios en el sentido

que buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o con la finalidad de evitar la transmisión de enfermedades o taras a la descendencia de manera tal que, como praxis médicas estas técnicas fortalecen el derecho a la salud. No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación, esta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona. Esto se sustenta en el principio de beneficencia de la Bioética. (Varsi, 2000). Lo aseverado guarda concordancia con lo dispuesto en la Declaración de Mónaco<sup>5</sup>, el cual fue un coloquio internacional en el que se puso de manifiesto la problemática que se plantea en la zona de convergencia entre la bioética y los derechos del niño y que culminó con la “Declaración de Mónaco: Reflexiones sobre la Bioética y los Derechos del Niño”.

Se contrasta dicho apartado, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico está desprovisto de una legislación que desarrolle a las TRHA, especialmente a la maternidad subrogada, dado que el artículo 7 de la LGS, es de carácter genérico y desfasado, debido a que en la época en que entró en vigencia, el empleo de las TRHA era poco recurrible en la sociedad peruana. A pesar de ello, son rescatables las modificaciones que ha considerado el Anteproyecto de reforma del Código Civil, en torno a las TRHA, sin embargo considero que la atribución de carácter no patrimonial que se le

---

<sup>5</sup> En cumplimiento de la Resolución 30 C/24, del 28 al 30 de abril de 2000 se celebró en Mónaco un coloquio internacional sobre “Bioética y Derechos del Niño”. Participaron más de 200 personas procedentes de 45 países. S.A.R. la Princesa de Hannover, Presidenta de la AMADE, y la Sra. Jaroslava Moserova, Presidenta de la Conferencia General, honraron con su presencia la ceremonia de apertura, y S.A.S. el Príncipe heredero Alberto, Presidente Honorario de la AMADE, la ceremonia de clausura. Esta reunión dio como resultado la “Declaración de Mónaco: Reflexiones sobre la Bioética y los Derechos del Niño”.



otorga a los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no es suficiente, siendo necesaria la regulación expresa de la prohibición de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil, permitiendo recurrir a la maternidad subrogada filantrópica de manera supletoria y no alternativa, garantizando con ello el uso adecuado de las TRHA.

## **CAPÍTULO IV: PROPUESTA LEGISLATIVA**

Por el tipo de investigación y siendo uno de los objetivos específicos de la tesis el de elaborar una propuesta de incorporación al Código Civil, a fin de que se regule la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa, a efectos de disuadir la celebración de dichos acuerdos que atentan contra la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante.

**Proyecto de Ley que incorpora el artículo 415-E en el Código Civil, regula la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa.**

### **PROYECTO DE LEY**

#### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El presente proyecto de Ley tiene por objeto regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada en el Código Civil, mediante la incorporación del artículo 415-E. La presente incorporación se ajusta a las modificaciones contenidas en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, creado mediante Resolución Ministerial N.º 0300-2016-JUS, en el que se conformó un grupo de trabajo de revisión y mejora del Código Civil Peruano de 1984, entre octubre de 2016 y marzo de 2019, presidido en ese entonces por los juristas peruanos Gastón Fernández Cruz y Juan Espinoza Espinoza.

En el citado trabajo de reforma del Código Civil peruano de 1984 entregado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) por parte del Grupo de Trabajo y Revisión y Mejora, fue producto de una labor de dos años y en el que intervinieron alrededor de sesenta y siete juristas nacionales, siendo una de las novedades legislativas que contiene el anteproyecto tenemos el artículo 415-D, el cual prescribe en su inciso 4 lo siguiente: “Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial”, dicho inciso le atribuye contenido no patrimonial a los acuerdos de procreación, sin embargo dicho dispositivo no es suficiente porque no tiene carácter imperativo, en virtud de lo expuesto se hace necesaria la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa mediante la incorporación de un artículo adicional, a efectos de disuadir los acuerdos de maternidad subrogada de carácter oneroso, que se celebran en clínicas privadas de fertilidad de las provincias más populosas del país, los mismos que atentan contra la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante.

En el ordenamiento jurídico peruano existe un vacío legal respecto a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, es por esta razón que no se ha desarrollado una posición con relación a estas técnicas, a pesar de los pronunciamientos judiciales que existen con relación a la maternidad subrogada, lo poco con lo que se cuenta en materia legislativa es el artículo 7° de la Ley General de Salud, norma jurídica que entró en vigencia a fines de julio de 1997 y reconoce el derecho a recurrir a un tratamiento para la infertilidad, mediante técnicas de reproducción humana asistida, siempre y cuando la condición de madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona, el

problema surge debido a que dicha norma jurídica no hace visible su carácter imperativo, al no atribuirle sanción alguna a su incumplimiento.

Frente a esta coyuntura, el derecho como regulador de conductas humanas no se debe mostrar ajeno a estas situaciones novedosas y más aún cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha considerado a la infertilidad como la quinta mayor discapacidad, entonces nos enfrentamos a un problema mayúsculo de salud pública, que atañe a los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la salud, al libre desarrollo y a la autodeterminación reproductiva.

Respecto a los intentos de llenar ese vacío legal con alguna normativa, se han presentado varios proyectos de ley, a propuesta de las diversas bancadas del Congreso a lo largo de los últimos diez años, siendo los que más destacan el N.º 2003/2012-CR, N.º 1722-2012-CR y el N.º 2839-2013-CR, los cuales buscan regular de manera general a las técnicas de reproducción humana asistida, sin regular los alcances de la maternidad subrogada de índole filantrópico, ni muchos menos establecer sanciones para las personas que consientan o promuevan los vientre de alquiler.

La casuística en el mundo con relación a la problemática que genera la maternidad subrogada, ha dado lugar a diversas posturas, en el sentido de que existen países que la prohíben, como es Alemania, Estado que penaliza en su legislación la utilización abusiva de las técnicas de reproducción humana en la Ley de Protección del Embrión N.º 745/90, Francia también asume una postura

de prohibición al considerar en el inc. 7 del artículo 16 del Código Civil Francés, que todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro será nulo; y España también adopta la misma postura, a través del artículo 10 de la Ley 14/2006, dispositivo legal que regula las técnicas de reproducción humana asistida, señalando que todo contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio será nulo, en cuanto a los países que permiten la maternidad subrogada, tenemos a Brasil, país que cuenta con la Resolución del CFM N.º 1957/2010, la cual establece que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana asistida pueden usar estas técnicas siempre que exista un problema médico que impida la gestación. El Reino Unido también regula las TRHA en el artículo 30 de Ley de Fertilización Humana y Embriológica. A nivel de Sudamérica, los únicos países que cuentan con regulación expresa tenemos a Brasil y Uruguay.

En cuanto a la jurisprudencia, en el Perú a pesar de no estar regulada la maternidad subrogada, se han dado casos que han sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia, como fue con la Casación N.º 563-2011-LIMA, según la sentencia, el matrimonio de Dina Felicita Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, encargaron a Isabel Zenaida Castro Muñoz la gestación de su futuro hijo, acordando que sería entregado al matrimonio después de nacido, el matrimonio pagó a la madre gestante la suma de U\$ 18,900 Dólares Americanos. La Corte estableció que existía un conflicto entre el interés superior del niño a tener una familia y el derecho de los padres demandantes a ejercer la patria potestad.

Asimismo, el colegiado se basó en el compartimiento de la gestante y su pareja, quienes mostraron la intención de renunciar al bebé a cambio de dinero, en ese sentido decidieron que primaba el interés superior de la niña y que por lo tanto continuara viviendo con el matrimonio Dina Felicita Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, debido a la carencia moral de la gestante.

En virtud de lo expuesto lo que se plantea en la presente investigación es la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada de carácter oneroso en el Código Civil, debido a que la propuesta contenida en el inciso 4 del artículo 415-D del Anteproyecto de Reforma del Código Civil que a continuación se transcribe: “Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial”, no tiene el carácter de una norma imperativa que desincentive la práctica de los llamados contratos de “vientre de alquiler”, los cuales devendrían en nulos, puesto que la suscripción de estos contratos implican la pérdida de la autonomía personal durante la gestación, traduciéndose en una merma que deriva en la pérdida de control sobre el propio cuerpo de la madre gestante, al aceptar una serie de condiciones que minan su autonomía al someterla a un control de terceras personas con un fin lucrativo.

### **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La implementación de la presente propuesta legislativa no genera gasto adicional al Estado Peruano, por cuanto su objeto es garantizar la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante.

## **EFFECTO DE LA PROPUESTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

De aprobarse la propuesta legislativa se incorporaría el artículo 415-E en el código civil peruano, específicamente en el Libro de Familia y por ende el artículo 7 de la Ley 26842 se modificaría.

## **FÓRMULA LEGAL**

El Congreso de la República

Ha dado la siguiente ley

## **LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 415-E EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO, REGULA LA PROHIBICIÓN EXPRESA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA ONEROSA**

### **Artículo 1.- Objeto de la presente Ley**

La presente norma tiene por objeto regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil.

### **Artículo 2.- Incorporación del artículo 415-E en el Código Civil**

Incorpórese el artículo 415-E al Decreto Legislativo N.º 295, de la siguiente manera:

### **“Artículo 415-E: Prohibición de la maternidad subrogada onerosa**

Los acuerdos de maternidad subrogada de carácter oneroso, se entenderán nulos de pleno derecho.

Se permitirán los acuerdos de maternidad subrogada con fines altruistas cuando:

1. Se realice entre ciudadanos peruanos.
2. Se presente certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para procrear.
3. Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración jurada.”

**Artículo 3.- Incorpórese el Artículo 324-B al Decreto Legislativo N.º 635 (Código Penal)**

“El que promueva, financie, pague, colabore u obligue a una mujer a llevar a cabo un acuerdo de alquiler de vientre con fines de lucro, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8.”

“La mujer que lleve a cabo un acuerdo de alquiler de su vientre con fines de lucro, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8.”

**Artículo 3.- Modificación del artículo 7 de la Ley 26842**

Modifíquese el artículo 7 de la Ley 26842, el cual prescribía lo siguiente:

“**Artículo 7.-** Toda persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad. La mujer, los cónyuges y/o convivientes que padezcan problemas de infertilidad pueden procrear mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. El empleo de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y en especial la maternidad subrogada deben reunir los requisitos estipulados en el artículo 415-E del Código Civil.



Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

#### **Artículo 4.- Reglamentación**

El Ministerio de Salud se encargará de reglamentar la presente Ley a efectos de incorporar las sanciones administrativas.

#### **Artículo 5.- Vigencia**

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

## CONCLUSIONES

1. Los acuerdos de maternidad subrogada de carácter oneroso, atentan contra la dignidad humana, reconocida en nuestra Constitución como un meta principio que sirve de fundamento para los otros derechos fundamentales, en ese sentido su protección se hace necesaria para establecer los límites a la libre disposición del cuerpo humano y así garantizar el uso adecuado de las TRHA, ello mediante la regulación de la prohibición expresa de dichos acuerdos en el Código Civil.
2. La maternidad subrogada como TRHA, se encuentra vinculada con una gama de derechos fundamentales, como son la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada, el derecho a la salud, el derecho a la autodeterminación reproductiva, los derechos reproductivos, el interés superior del niño y el derecho a la procreación; los cuales son necesarios para establecer los límites a la libre disposición del cuerpo humano y de esta manera garantizar el uso adecuado a las TRHA.
3. La bioética como disciplina, surge como respuesta a los conflictos suscitados por el rápido avance de la ciencia médica, orientando las conductas de los profesionales de la biomedicina al cumplimiento de sus principios; como son, el principio de respeto por las personas, el principio de beneficencia, el principio de justicia y el principio de solidaridad. En ese sentido, la bioética promueve la práctica filantrópica de las TRHA,

garantizando de esta manera la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante.

4. Las TRHA son aquellos métodos que sirven de solución para problemas de infertilidad en la persona y las parejas que anhelan procrear, confiriéndoles la posibilidad de tener prole. Las clases más comunes en el Perú son: Inseminación artificial, fecundación in vitro, maternidad subrogada, transferencia de gametos y donación de gametos. En ese sentido, se hace necesaria la regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico de dichas técnicas, ello a efectos de garantizar su uso adecuado, acorde con la dignidad humana y los derechos fundamentales.
  
5. Los actos de libre disposición del cuerpo humano, tienen como límite el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales, ello con el fin de garantizar el uso adecuado de las TRHA, a pesar de ello se encuentran permitidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siempre que correspondan a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios, conforme a lo estipulado en el artículo 6 del Código Civil, en ese sentido los acuerdos de maternidad subrogada de carácter filantrópico estarían justificados.
  
6. En el Perú existe un vacío legal acerca de la regulación de la maternidad subrogada de índole oneroso, la cual es regulada de manera genérica en el artículo 7 de la Ley General de Salud, no obstante dicho dispositivo legal, ha sido superado por los avances de la genética y la biotecnología

en los últimos veinte años; asimismo, el inciso 4 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil, le atribuye a los acuerdos de procreación por cuenta de otro, contenido no patrimonial, empero, dicha norma no tienen carácter imperativo, por lo tanto se hace necesaria la regulación jurídica a manera de prohibición en el Código Civil y la consecuente modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Poder Legislativo por medio del Congreso de la República aprobar el Anteproyecto de Reforma del Código Civil (2016-2018), el cual regula a las TRHA en el ordenamiento jurídico peruano, asimismo aprobar el presente proyecto de ley que incorpora la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil peruano.
2. Se recomienda a las bancadas congresales apoyar la regulación de la maternidad subrogada filantrópica debido a que encuentra su fundamento en una variedad de derechos fundamentales como son el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida privada, derecho a la salud, derecho a la autodeterminación reproductiva, derecho al interés superior del niño, derechos reproductivos, derecho de procreación y derecho a la protección familiar.
3. Se recomienda establecer una cultura de bioética en el Perú, para ello se hace necesario fomentar en la formación de los profesionales de la salud una actitud de reflexión, deliberación, discusión multidisciplinaria y multisectorial sobre la temática relacionada con la salud humana y desarrollar normas éticas que involucren la investigación, docencia en salud y la praxis médica.

4. Se recomienda fomentar a las TRHA como métodos de última ratio que sirven para la solución de problemas de infertilidad en las parejas, cuando se hayan agotado todos los métodos posibles, confiriéndoles la posibilidad de tener prole y cumplir de esta manera su proyecto de vida.
  
5. Se recomienda que los actos de libre disposición del cuerpo humano como son las TRHA, específicamente la práctica de la maternidad subrogada de índole filantrópico debe tener como limite el respeto por la dignidad y los derechos fundamentales, en ese sentido debe existir un registro de las clínicas de maternidad que llevan a cabo dichas prácticas con el fin de implementar un sistema riguroso de control por parte del Ministerio de Salud.
  
6. Se recomienda la modificación del artículo 7 de la Ley N.º 26842, Ley General de Salud, puesto que su vigencia contravendría la coherencia sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que dicho dispositivo legal permite recurrir a las TRHA siempre y cuando la condición de madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona, lo cual discrepa con mi propuesta de incorporación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Albarello, C. (2019). *La maternidad subrogada*. Tesis presentada por el bachiller en derecho, Universidad Cooperativa de Colombia. Recuperado de [https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/16523/6/2019\\_maternidad\\_surbrogada.pdf](https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/16523/6/2019_maternidad_surbrogada.pdf).
- Aguiló, J. (2007). *Positivismo y postpositivismo*. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. Revista Doxa, N.º 30. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-positivismo-y-postpositivismo-dos-paradigmas-juridicos-en-pocas-palabras>
- Albornoz, M. (Ed.). (2020). *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Centro de investigaciones y docencia económica.
- Arévalo, I. (2016). *Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos*. Universidad Católica de Colombia.
- Arteta, C. (2011). *Maternidad subrogada*. Revista Ciencias Biomédicas, N.º 92. Recuperado de [http://www.revista.spotmediav.com/pdf/2-1/12\\_MATERNIDAD\\_SUBROGADA.pdf](http://www.revista.spotmediav.com/pdf/2-1/12_MATERNIDAD_SUBROGADA.pdf).
- Borrajo, M.E. (2015). *La "maternidad subrogada" ¿una técnica de reproducción asistida más?*. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones. "Ambrosio L. Gioja" - Año IX, Número 14.
- Borrillo, D. (1994). *Estatuto y representación del cuerpo humano en el sistema jurídico*. REIS, Revista Española de Investigaciones Sociológicas. Octubre-Diciembre,1994, Número 68. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=768167>
- Burstein, M. (2013). *Los derechos del embrión in vitro frente a la paternidad*. Ilegitimidad de las técnicas de reproducción asistida extrauterinas.

Tesis para optar por el grado de magister. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Camacho, J. (2009): *Maternidad Subrogada: Una Práctica Moralmente Aceptable, Análisis Crítico De las Argumentaciones de sus Detractores*. Versión Digital. Recuperado de: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>.

Chanamé, R. (2015). *La Constitución Comentada*. Volumen 1. Lima. Ediciones Legales,

Cillero, M. (2015). *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. Revista Chilena de Derecho Vol. 42, No. 3 (2015 Septiembre - Diciembre). Pontificia Universidad Católica de Chile. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/4027/402744477004.pdf>

De Miguel, I (2004). *Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana*. [Anuario de filosofía del derecho](#), ISSN 0518-0872, N° 21.

Domínguez, F. (2017). *Implicancias jurídicas de los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú*. Tesis presentada para optar el título de abogado. Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.

Escudero, Y. (2016). *Maternidad subrogada. Seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes*. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Recuperado de [http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e\\_escmat683.pdf](http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_escmat683.pdf)

Espinoza, J. (2004). *Derecho de las Personas*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.

Espinoza, J. (2012). *Derecho de las Personas*, Tomo I, Lima, Editorial Gaceta Jurídica.

Exitosa Noticias (Productor). (2018). *Peruanas ofrecen su vientre de alquiler hasta por 15 mil dólares*. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=t4kXC4Eu0dU&t=208s>

Fernández, C. (2005). *La Constitución comentada*. Lima. Gaceta Jurídica. Vol.I.



- Fernández, C. (2012). *Derecho de las personas. Análisis artículo por artículo al Libro Primero del Código Civil Peruano de 1984*. Lima. Editora Jurídica Motivensa.
- Ferrajoli, L. (2002). *Positivismo crítico, derechos y democracia*. En Revista Isonomía N° 16.
- García, D. y Cayuela S. (2019). *Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía*. Revista de Filosofía. ISSN: 0034-8244. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.5209/resf.57976>
- González, N. (Ed.). (2021). *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental, e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Centro de investigaciones y docencia económica.
- Guzmán, A y Valdés, M. (2017). *Voluntad procreacional*. Oñati Sociolegal Series [online], 7 (1), 75-96. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=2922064>
- IUS360 (Productor). (2020). *El vientre de alquiler en el Perú ¿es posible?*. Recuperado de: [https://www.youtube.com/watch?v=m2g\\_st7XXzw](https://www.youtube.com/watch?v=m2g_st7XXzw)
- Lemes, C. (2013). *Maternidad subrogada, en busca del hijo biológicamente vinculado: un aporte para el debate*. Monografía Final, Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Trabajo Social de la Licenciatura en Trabajo Social. Recuperado de [https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/7210/1/TTS\\_LemesCarina.pdf](https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/7210/1/TTS_LemesCarina.pdf)
- LLaja, J. (2010). *Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos en el Perú*, Informe para el cumplimiento de la Cedaw. Recuperado de [https://www.demus.org.pe/wpcontent/uploads/2015/06/2dd\\_doc\\_diagnostico\\_ddssrr1.pdf](https://www.demus.org.pe/wpcontent/uploads/2015/06/2dd_doc_diagnostico_ddssrr1.pdf).
- Lalupú, L. (2013). *Las Técnicas de Reproducción Artificial: Maternidad subrogada y dignidad Humana*. Lima. Editorial San Marcos.

- Martínez, V. (2015). *Maternidad subrogada una mirada a su regulación en México*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. *Díkaion Revista de Fundamentación Jurídica*. Vol. N.º 24. N.º 02. DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.2.7.
- Martínez Pereda-Rodríguez, J.M. (1994). *La Maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Editorial Dyckinson, Madrid, España.
- Molero, M. (2018). *La reproducción asistida en Italia: una regulación (inacabada) a golpe de sentencia*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 315-344. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.10>.
- Molina, N. (2013). *La bioética: sus principios y propósitos, para un mundo tecnocientífico, multicultural y diverso*. *Revista Colombiana de bioética*. Universidad El Bosque de Colombia. ISSN: 1900-6896, Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189230852003.pdf>
- Notrica, F. (2017). *La figura de la gestación por sustitución*. *Revista Ius*. Vol. 11, Núm. 39. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.
- Peralta, R. (2004). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima. Editorial Jurídica.
- Pérez Peña, E. (2011). *Transferencia intratubaria de gametos*. *Vida*, (11). Recuperado de <http://www.institutovida.com/articulos/gift.asp?ID=39>
- Redondo, L. (2017). *Libre disposición sobre el cuerpo: La posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada*. *Revista Eunomía*. ISSM 2253-6655. N.º 12, abril-setiembre.
- Regalado, M. (2016). *Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada*. *Revista Femeris*, N.º II, Vol. II. Recuperado de <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>  
<http://www.uc3m.es/femeris>
- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Rupay Allca, L.K. (2018). *La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales*. Revista de Derecho & Sociedad.
- Siverino, P. (2010). *¿Quién llamo a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas*. Revista jurídica UCES.
- Teitelbaum, H. (2016). *El colapso del dogma mater semper certa est frente a la voluntad procreacional una nueva incumbencia notarial*. Revista Notarial N.º 94. Buenos Aires. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. Recuperado de <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2017/06/Gestacion-por-sustitucion.-Teitelbaum-RNCba-94.pdf>
- Trejo, A. (2021). *En el nombre del padre: Explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos*. Alamandralejo, España. Plataforma Stop Vientres de Aquiler.
- Valero, A (2019). *La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales*. Revista UNED, Teoría y realidad constitucional, N.º 43.
- Varsi, E. (2000). *Bioética, Genoma y Derechos Humanos: efectivizando la protección de la humanidad*. Revista Ius Et Veritas. Núm. 21. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15975>
- Varsi, E. (2001). *Derecho Genético*. Quinta Edición. Lima: Editora Grijley.
- Varsi, E. (2001). *Derecho Médico Peruano*. Primera Edición. Lima. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
- Varsi, E. (2019). *Los actos de libre disposición del cuerpo humano*. Los actos de libre disposición del cuerpo humano. Acta Bioethica, 25 (1): 9-23. Recuperado de <https://actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/53559>

Villamarín, C. (2014). *La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?*. Tesis presentada por el bachiller en derecho, Universidad Católica de Santa María.

Zamora, A. (2020). *¿Por qué regular la maternidad subrogada? El avance de la ciencia y el deber del derecho de actualizarse*. Portal Jurídico Interdisciplinario Pólemos. Recuperado de <https://polemos.pe/por-que-regular-la-maternidad-subrogada-el-avance-de-la-ciencia-y-el-deber-del-derecho-de-actualizarse/>