



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRIA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL



TESIS

UNIFICACIÓN DE CRITERIOS LEGISLATIVOS PARA LA
REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA
LEGISLACIÓN PERUANA (Propuesta Legislativa)

Línea de investigación: Dogmática

Presentado por
ANTONIETA ILLARY FARFAN
GARRIDO
0009-0004-8373-8752

Para optar al grado académico de
MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y
COMERCIAL

Asesor:
Dr. Julio Trinidad
Ríos Mayorga
0000-0002-0522-3559

CUSCO – PERÚ
2023



Metadatos

Datos del autor	
Nombres y apellidos	Antonieta Illary Farfan Garrido
Número de documento de identidad	44655769
URL de Orcid	0009-0004-8373-8752
Datos del asesor	
Nombres y apellidos	Julio Trinidad Ríos Mayorga
Número de documento de identidad	23821151
URL de Orcid	0000-0002-0522-3559
Datos del jurado	
Presidente del jurado (jurado 1)	
Nombres y apellidos	José Hildebrando Díaz Torres
Número de documento de identidad	23956366
Jurado 2	
Nombres y apellidos	Alan Felipe Salazar Mujica
Número de documento de identidad	41330293
Jurado 3	
Nombres y apellidos	Ivan Herik Hermoza Rosell
Número de documento de identidad	23926723
Jurado 4	
Nombres y apellidos	Fernando Rivero Ynfantas
Número de documento de identidad	23818798
Datos de la investigación	
Línea de investigación de la Escuela Profesional	Dogmática



TESIS - ANTONIETA ILLARY FARFAN GARRIDO VERSION FINAL.pdf

por ANTONIETA ILLARY FARFAN GARRIDO

Fecha de entrega: 19-mar-2024 10:41a.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 2324840702

Nombre del archivo: TESIS_-_ANTONIETA_ILLARY_FARFAN_GARRIDO_VERSION_FINAL.pdf (549.79K)

Total de palabras: 21876

Total de caracteres: 117382



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRIA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL



TESIS

UNIFICACIÓN DE CRITERIOS LEGISLATIVOS PARA LA
REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA
LEGISLACIÓN PERUANA (Propuesta Legislativa)

Línea de investigación: Dogmática

Presentado por
ANTONIETA ILLARY FARFAN
GARRIDO
0009-0004-8373-8752

Para optar al grado académico de
MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y
COMERCIAL

Asesor:
Dr. Julio Trinidad
Ríos Mayorga
0000-0002-0522-3559

CUSCO – PERÚ
2023



TESIS - ANTONIETA ILLARY FARFAN GARRIDO VERSION FINAL.pdf

INFORME DE ORIGINALIDAD

11 %	13 %	2 %	5 %
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	4 %
2	repositorio.unasam.edu.pe Fuente de Internet	1 %
3	www2.congreso.gob.pe Fuente de Internet	1 %
4	es.scribd.com Fuente de Internet	1 %
5	repositorio.udch.edu.pe Fuente de Internet	1 %
6	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	1 %
7	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	1 %
8	Submitted to Universidad Andina del Cusco Trabajo del estudiante	<1 %
9	www.repositorio.unasam.edu.pe Fuente de Internet	

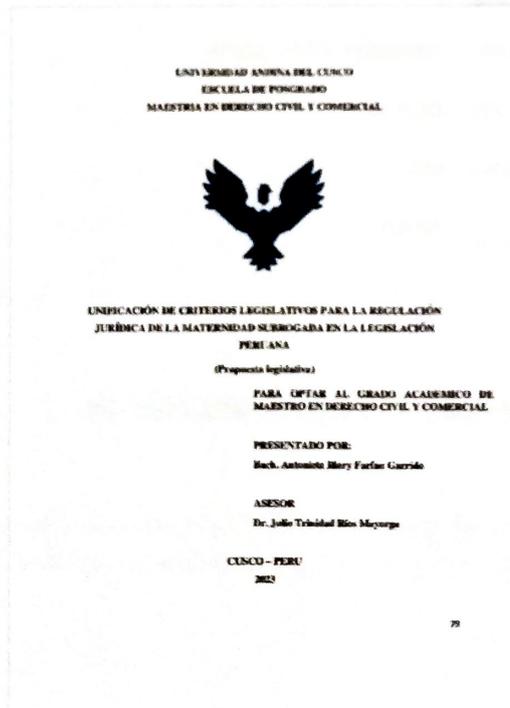


Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: ANTONIETA ILLARY FARFAN GARRIDO
Título del ejercicio: UNIFICACIÓN DE CRITERIOS LEGISLATIVOS PARA LA REGULA...
Título de la entrega: TESIS - ANTONIETA ILLARY FARFAN GARRIDO VERSION FINA...
Nombre del archivo: TESIS_-_ANTONIETA_ILLARY_FARFAN_GARRIDO_VERSION_FIN...
Tamaño del archivo: 549.79K
Total páginas: 77
Total de palabras: 21,876
Total de caracteres: 117,382
Fecha de entrega: 19-mar.-2024 10:41a. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre... 2324840702





DEDICATORIA

A la luz de mi vida,
la razón de mi existencia
y el príncipe de mis ojos.

Para ti mi pequeño Bruno Facundo.

A mi compañero,
El que me regala tan bellas alegrías día a día
con todo su amor y apoyo,
Para ti, mi amado Fidel.

A mis madres,
Dos grandes e inquebrantables mujeres,
Cuyo amor incondicional es la fuerza de mi vida.
Para ustedes, mi Chanita y Antonieta.

A mis papas,
Dos ángeles que dejaron un gran vacío,
Pero que me dieron el más puro amor y cariño,
Para ustedes mis amados Abelito y Coquito.



AGRADECIMIENTO

Al Dr. Julio Trinidad Ríos Mayorga, por su
invaluable apoyo al enriquecimiento del
conocimiento en la investigación científica.

A mi hijito, mi esposo, mis mamas y mi hermana
por su incesante apoyo y aliento para seguir
adelante.

A mi profesión como Obstetra,
profesión de entrega y sacrificio destinada a la
atención y cuidado materno-perinatal, la cual me
inspiró para la realización de dicha investigación.



RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito principal analizar los criterios legislativos para la regulación jurídica de la maternidad subrogada en la legislación peruana; y como propósitos específicos determinar los alcances jurídicos que implica la aplicación de la maternidad subrogada y elaborar una adecuada regulación jurídica de la maternidad subrogada en el Perú.

Para ello se ha llevado a cabo un análisis y argumentación con relación a la realidad materia de estudio, así como la búsqueda de antecedentes tanto en trabajos de investigación como en casos reales que se han presentado en la práctica del derecho en los últimos años, los cuales refieren claramente que esta práctica no es ajena a la realidad peruana.

Finalmente, el presente trabajo ha respondido a la hipótesis planteada ya que los criterios legislativos analizados permiten su unificación y, en consecuencia, se puede llevar a cabo una correcta regulación jurídica de la maternidad subrogada en la legislación peruana; por ello la necesidad de contar con una regulación específica para la subrogación materna, que pueda amparar los derechos de las partes involucradas y sobre todo del menor que está por nacer.

Palabras clave: maternidad subrogada, unificación, criterios legislativos, regulación jurídica, propuesta legislativa.



ABSTRACT

The main purpose of this research work is to analyze the legislative criteria for the legal regulation of surrogacy in Peruvian legislation; and as specific purposes, determine the legal scope involved in the application of surrogacy and develop an adequate legal regulation of surrogacy in Peru.

To this end, an analysis and argumentation has been carried out in relation to the reality of the study, as well as a search for antecedents both in research work and in real cases that have been presented in the practice of law in recent years. which clearly indicate that this practice is not foreign to the Peruvian reality.

Finally, this work has responded to the hypothesis raised since the legislative criteria analyzed allow their unification and, consequently, a correct legal regulation of surrogacy can be carried out in Peruvian legislation; Therefore, the need to have specific regulations for maternal surrogacy, which can protect the rights of the parties involved and especially of the unborn child.

Keywords: surrogate motherhood, unification, legislative criteria, legal regulation, legislative proposal.



INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción asistida han sido utilizadas con mayor frecuencia estos últimos años, respondiendo a la necesidad de aquellas parejas, quienes han intentado concebir un niño de una forma natural; sin embargo, ante la negatividad de sus resultados, la tecnología ha ofrecido distintas alternativas, pero al igual que su implementación, los costos también se han visto incrementados. Entre estas técnicas se tiene a la maternidad subrogada que, a diferencia del Perú, ya cuenta con una regulación legal en otros países y su práctica se encuentra respaldada, brindando así mayor seguridad jurídica tanto para las partes involucradas, pero sobre todo para el menor que nacerá producto de este proceso.

Al tratarse de una práctica actual, los objetivos planteados se enfocan en analizar los criterios legislativos para la regulación de la maternidad subrogada, determinar los alcances jurídicos que implica su aplicación y la elaboración de una adecuada regulación jurídica; los cuales serán alcanzados producto de la doctrina revisada.

Para el desarrollo del presente trabajo es necesaria la búsqueda y análisis doctrinario, tanto de investigaciones nacionales, así como la que cuentan otros países que cuentan con una regulación más implementada, pero que tiene características diferentes, unas se avocan en un tratamiento netamente jurídico y otros se avocan al tema biológico para poder proteger el interés superior del niño producto de esta práctica. Además, es necesario tener en cuenta el criterio de los jueces quienes, en la realidad, presiden casos de subrogación materna y deben llevar a cabo una decisión en base, ya no ajustada solo a ley, sino también en base a la jurisprudencia y primacía de la realidad.

Finalmente, el presente trabajo tiene como propósito la elaboración de una propuesta legislativa, la cual será elaborada en base a la información doctrinaria y dogmática obtenida de la misma, a razón de lograr una mejor comprensión de dicho tema y las implicancias jurídicas



que puede originar su práctica, ofreciendo mayor seguridad jurídica a las partes, para también llegar a conclusiones claras que responden a los objetivos planteados para la presente investigación.



INDICE

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I	9
1. EL PROBLEMA.....	9
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	9
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	12
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
1.4. HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	12
1.5. DISEÑO METODOLÓGICO	13
1.6 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	13
1.7 CATEGORÍAS TEMÁTICAS	14
1.8 VIABILIDAD DEL ESTUDIO.....	14
CAPÍTULO II.....	15
2. DESARROLLO TEMÁTICO	15
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	15
2.1.1. ANTECEDENTES LOCALES.....	15
2.2.2. ANTECEDENTES NACIONALES	16
2.2.3. ANTECEDENTES INTERNACIONALES	21
2.3. BASES TEÓRICAS	26
2.3.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	26
2.3.3. MATERNIDAD SUBROGADA – CONCEPTOS	29
2.2.3. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL	33
2.2.4. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ	41
2.2.7. EL CONTROL DIFUSO.....	55
2.2.8. ANÁLISIS DESDE EL CÓDIGO CIVIL.....	59
2.3. ANÁLISIS FINAL A LA INVESTIGACIÓN	67
CONCLUSIONES	68
RECOMENDACIONES.....	70
BIBLIOGRAFÍA	75
ANEXOS	



CAPITULO I

1. EL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El avance de la tecnología ha hecho posible la implementación de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida entendidas como el “conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina” (Fertilidad, 2011, pág. 33). Éstas se han llevado a cabo con el fin de que, aquellas parejas que no han podido concebir de manera biológica lo hagan a través del uso de la tecnología; sin embargo, estas técnicas han sido utilizadas de manera tal, que hasta la fecha se han podido identificar problemas con implicancias jurídicas producto de la práctica de las mismas.

Una de las formas de reproducción asistida es la maternidad subrogada, conocida como aquel “convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, para luego entregar la criatura después del parto” (Peralta, 2008, pág. 74). Dicha práctica se ha ido difundiendo desde 1975 y en el Perú desde hace aproximadamente más de una década.

Así también, se tiene otro concepto que indica que:

Cuando una mujer consiente en ser inseminada artificial o generalmente con el esperma de su marido, se convierte en madre de alquiler, gestando al niño durante el embarazo y dando a luz. Se tratará, por tanto, de una madre biológica tanto como gestadora y el arriendo de útero, se da en el caso de que el matrimonio contratante ponga los gametos y el embrión resultante es implantado en una mujer extraña quien gestará y dará a luz un niño con el compromiso de entregarlo a los solicitantes al nacer (Kadagand, 2008).



En esta figura cabe resaltar que existe el caso en que la madre, quien alquila el vientre, puede ser la misma que done el óvulo a ser fecundado siendo ésta una subrogación propiamente dicha; o que exista el supuesto que sea otra la donadora y sólo se alquile el útero para llevar a cabo la gestación siendo solo una madre portadora.

La maternidad subrogada en el derecho internacional ha sido regulada de manera tanto prohibitiva como permisiva. Es así que Lamm menciona:

Los ordenamientos jurídicos de las naciones que respaldan esta postura prohíben los acuerdos de gestación subrogada y los consideran nulos. Es así que, en países como Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España, el común denominador jurídico es el de la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución. (citado en Estrada, 2014, pág. 9)

Su aplicación está siendo realizada a nivel nacional por médicos especialistas en el tema de fertilidad, pero hasta la fecha no existe una regulación específica, es decir, una propuesta legislativa que se refiera a este escenario. Así se tiene el artículo 7 de la Ley N° 26842 de la Ley General de Salud que indica que:

“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, enfatizando así la **prohibición de la subrogación del vientre materno**. En el Perú, 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” (Peruano, 1997).

El autor Vela refiere que este tipo de contrato sería un negocio especial del Derecho de Familia, que tiene que cumplir con el requisito de formalidad de legalizarlo como un



instrumento público ante un notario y que según las partes será un contrato altruista u oneroso, además de la mujer gestante con la responsabilidad de llevar el periodo de gestación y el compromiso que una vez dado a luz realizará la entrega del recién nacido a la pareja contratante; si fuera el caso, intervengan más de dos madres o de un padre. (Vela, 2012)

Si bien es cierto, se tiene numerosos antecedentes de países que han regulado el tema de la maternidad subrogada tales como España, donde se trata a esta figura dentro de un sentido contractual; en el Perú no existe un cuerpo normativo cuya regulación se aboque exclusivamente al tema de la subrogación del vientre materno, ésta figura está siendo tratada como un contrato que ya está regulado en el Código Civil. Así mismo se tiene el Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR y el N° 2003/2012-CR, la primera ha sido revisada por el Congreso; sin embargo, se encuentra actualmente “en la Comisión” ya que se ha ordenado la conformación de una Comisión para su revisión, pero ésta aún data del año 2014. Ambos intentos legislativos no son precisos en la regulación de la maternidad subrogada, sino más bien se abocan al tema de la reproducción asistida, y han sido calificadas por distintas entidades y personas como “discriminatoria”.

Los criterios legislativos sobre la maternidad subrogada se encuentran dispersos en nuestro ordenamiento jurídico, aún con esta condición, muchas parejas estériles buscan esta alternativa para modificar su condición reproductiva; en cuanto a materia económica, el costo no está determinado por un cuerpo normativo vigente, son las partes quienes pactan el monto, por lo que los conflictos suscitados al emplear esta técnica tienen diferentes valores monetarios que solo con comprobables con aquellos documentos firmados por un notario quién le otorga una característica formal; finalmente la materia jurídica está inmersa en la aplicación de la maternidad subrogada porque tiene la naturaleza de acto jurídico entre las partes, por lo que, un cuerpo normativo es necesario para una correcta regulación y otorgar seguridad jurídica a todas las parte involucradas en dicho proceso.



1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA PRINCIPAL

¿Cómo llevar a cabo una unificación de criterios legislativos para elaborar una adecuada regulación jurídica de la maternidad subrogada en la legislación peruana?

1.2.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS

¿Cuáles son los alcances jurídicos que implica la aplicación de la maternidad subrogada en el Perú?

¿Cómo se puede llevar a cabo una adecuada regulación jurídica de la maternidad subrogada en el Perú?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar los criterios legislativos para la regulación jurídica de la maternidad subrogada en la legislación peruana.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Determinar los alcances jurídicos que implica la aplicación de la maternidad subrogada en el Perú.

Elaborar una adecuada regulación jurídica de la maternidad subrogada en el Perú.

1.4. HIPÓTESIS DE TRABAJO

El análisis de los criterios legislativos permite su unificación y, en consecuencia, se puede llevar a cabo una correcta regulación jurídica de la maternidad subrogada en la legislación peruana.



1.5. DISEÑO METODOLÓGICO

1.5.1 ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN:

Cualitativo: El estudio no está basado en mediciones que surgen de la estadística, sino en el análisis y argumentación con relación a la realidad materia de estudio.

1.5.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA:

Dogmático propositivo: Nuestro estudio pretende establecer razones suficientes para proponer una propuesta legislativa en relación a la maternidad subrogada, analizando los criterios legislativos.

1.6 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1 CONVENIENCIA

La presente investigación responde a un conjunto de necesidades producto de situaciones reales presentes en la sociedad.

1.6.2 RELEVANCIA SOCIAL

La importancia de tener una regulación jurídica de la maternidad subrogada se ve reflejada en la seguridad jurídica que debe otorgar a las partes por parte del Estado, más aún si dicha práctica está siendo llevada a cabo con más frecuencia. Producto de ello se tiene jurisprudencia en la que se valora principalmente el Interés Superior del Niño y el derecho que posee a la persona a conformar una familia.

1.6.3 IMPLICANCIAS PRÁCTICAS

Al poseer una regulación específica respecto a la subrogación materna, se podría identificar aquellas prácticas no permitidas, la vulneración de derechos tanto para la pareja estéril, así como la mujer que decide alquilar su vientre y finalmente la protección de los derechos del niño por nacer.



1.6.4 VALOR TEÓRICO

El estudio doctrinario nos permitirá analizar el tema desde una perspectiva contractual, puesto que esta prácticamente es ya es llevada en la realidad como un negocio jurídico entre ambas partes.

1.6.5 UTILIDAD METODOLÓGICA

Al realizar esta investigación, estamos no solo optando por una unificación de criterios para la elaboración de un cuerpo normativo, sino que además se va a realizar un análisis doctrinario basado en las investigaciones más actuales y la información más reciente en este tema.

1.7 CATEGORÍAS TEMÁTICAS

CATEGORÍAS	SUB CATEGORÍAS
Unificación de criterios legislativos	Análisis doctrinario <ul style="list-style-type: none"> • Local • Nacional • Internacional Análisis jurisprudencial <ul style="list-style-type: none"> • Local • Nacional • Internacional
Regulación jurídica de la maternidad subrogada	<ul style="list-style-type: none"> • Antecedentes • Legislación comparada • Propuesta legislativa

1.8 VIABILIDAD DEL ESTUDIO

La subrogación materna ha sido tratada desde diferentes perspectivas, lo cierto es que, en la realidad, viene siendo utilizada con mayor frecuencia, conlleva implicancias jurídicas y ocasiona conflictos posteriores entre las partes, por lo que su regulación se hace necesaria, más aun sabiendo que las propuestas legislativas anteriores no han surtido los propósitos deseados.



CAPÍTULO II

2. DESARROLLO TEMÁTICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. ANTECEDENTES LOCALES

Tesis intitulada “Regulación del embarazo subrogado en la legislación civil peruana (Propuesta legislativa)”, presentada por Enrique Castro Cuba Barineza y Alejandra León León, Universidad Andina del Cusco, año 2016.

La maternidad subrogada es un medio sin el cual dicha pareja comitente no hubiese podido tener un hijo propio, generalmente por problemas físicos que impiden a una mujer llevar adelante un embarazo, sea por deficiencias en la matriz uterina o por padecimientos físicos. La presente investigación pretende, mediante el uso de la argumentación jurídica, el análisis de los argumentos éticos, morales, jurídicos y facticos a favor de la maternidad subrogada para lograr despojar de la mente de nuestra población peruana que la práctica de dicha técnica es negativa, para lograr modificar el Artículo 409° del Código Civil vigente así como el Artículo 7° de la Ley General de Salud, únicas trabas que hoy podrían impedir tácitamente (puesto que no existe una prohibición expresa ni sanción penal que la prohíba) la regulación del embarazo subrogado en el Perú. En el último capítulo de la investigación, en el cual se tratará el contrato de maternidad subrogada homologa y finalmente las propuestas de iniciativas legislativas para modificar el Artículo 409 del Código Civil, así como el Artículo 7 de la Ley General de Salud. (Castro, 2016)



2.2.2. ANTECEDENTES NACIONALES

Tesis intitulada “La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la Legislación Peruana”, presentada por Marlene Carmen Ticse Traverzo, Universidad Nacional de la Amazonía Peruana Escuela de Posgrado, año 2018.

(...) Conclusión tercera: De la presente investigación se ha llegado a comprobar que la regulación legal de la figura de filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, sería beneficioso para el derecho peruano, pues existiría marco legal, frente a una disyuntiva, entre la madre genética, la gestante y el que anhela ser padre. Se ha llegado a concluir que toda persona tiene derecho a formar una familia, consiguientemente a beneficiarse del avance científico de la ciencia, en este caso la técnica de reproducción asistida heteróloga, por ello urge una modificatoria al derecho civil peruano en el extremo que se regularice la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Finalmente, en caso de existir disyuntiva, entre la madre gestante, frente a aquella que anheló ser madre, deberá preferirse a esta última, pues lo que debe primar no es lo genético, sino lo anhelado. (...) (Ticse M. , 2018)

Tesis intitulada “El tratamiento legislativo de la maternidad subrogada en el Perú” presentada por Julio César Magán Jaén, Universidad Ricardo Palma, año 2021

Dicha investigación concluye que, (...) existe una relación de causa-efecto entre la infertilidad, las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, pues si no existiera una de ellas, tampoco su efecto o respuesta. Produciendo así también efectos en el mundo jurídico; así mismo, Se puso de manifiesto que existía una discrepancia en la normativa sobre gestación subrogada, como demuestra la flagrante incoherencia entre el artículo 7 de la Ley General de Sanidad y las decisiones adoptadas por el poder judicial.



Con ello, teniendo en cuenta lo que delimita el Tribunal Constitucional respecto a la reproducción. Generándose así una incertidumbre jurídica (Magán, 2021).

Tesis intitulada “Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional”, presentada por Ana Sophia Delgado Martínez, Universidad de Piura, año 2019.

En este trabajo de investigación se concluyó: (...) A pesar de presentarse como tal, no se trata de un contrato ya que, para ser considerado un acto jurídico legítimo, debe cumplir previamente las normas legales establecidas en el artículo 140 del Código Civil y, a la inversa, en el artículo V del Título Preliminar. El objeto y la causa de tal acuerdo son ilícitos, aunque las partes expresen libre y deliberadamente su voluntad de obligarse mutuamente. Además, la forma en que se llevaron a cabo y celebraron era contraria al orden público y a las normas y principios de las buenas costumbres. Por lo tanto, los acuerdos relativos a la maternidad subrogada son nulos. Del mismo modo, se valida la sentencia del Derecho Civil. Los acuerdos de maternidad subrogada son nulos porque cosifican a los niños no nacidos resultantes del uso de esta tecnología, así como los cuerpos de las mujeres que consienten en servir de madres de alquiler. Esto se debe al hecho de que estos acuerdos intentan subvertir y violar los derechos y principios que se derivan de él, incluido el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño, así como la dignidad que se le atribuye desde el principio de su existencia por el mero hecho de ser persona. Es decir, tales acuerdos reducen incorrectamente al individuo a una herramienta para alcanzar objetivos familiares y personales, porque las personas no son mercancías, ni dentro ni fuera del mercado. Por tanto, no deben fomentarse ni gozar de protección jurídica. (DELGADO, 2019)



Tesis intitulada “Regulación de la Maternidad Subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019, presentada por Carmen Luisa Aco Murguía, Universidad Tecnológica del Perú, año 2019.

Dicha investigación arribó a la conclusión siguiente: (...) Se estableció que la Maternidad subrogada en el derecho comparado está regulada de distintas formas por lo cual ha sido objeto de distintas posiciones en las cuales se prohíbe y se acepta dicha práctica ya sea de manera onerosa o altruista. Por otro lado, en otros países tienen una regulación mixta la cual aprueba y prohíbe las técnicas de reproducción asistida como es el caso de la subrogación. Se analizó que una eventual regulación de la Maternidad Subrogada protegería el proyecto de vida de mujeres infértiles ya que el mayor daño que se puede causar a una persona es la frustración por retardar la realización del plan de vida, el menoscabo que implica la reducción de su libertad y pérdida de un valor importante que no puede ser desapercibido ante la inminente existencia de casos donde se vulnera el derecho de gozar de un proyecto de vida reconocido por la CIDH.(...) (Aco, 2019)

Tesis intitulada “La maternidad subrogada y afectación a la teoría general de la contratación contenida en el Código Civil Peruano”, presentada por Sally Lyanne Hidalgo Leandro, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, año 2018.

Dicha investigación concluye que (...) Se ha constatado que, desde un punto de vista teórico, existe oposición en Perú a reconocer la reiterada recurrencia del contrato de maternidad subrogada; sin embargo, desde un punto de vista jurídico, se ha reconocido bajo el interés superior del niño y el derecho a la identificación. Del mismo modo, teniendo en cuenta las consecuencias de la maternidad subrogada como un contrato, se puede demostrar que el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad en consonancia con el artículo 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia de la Constitución, lo que



incluye el derecho de tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tiene también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado y, en su caso, del Juez, preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Es razonable considerar que, en tales casos, el acceso a la verdad genética debe ser decidido por quienes serán sus padres. Tal información forma parte del ámbito íntimo del niño /niña y demás personas involucradas el cual se levantará en función del interés del niño y a su solicitud como en los casos en los que se requiere mantener a salvo los impedimentos matrimoniales por consanguinidad (...) (HIDALGO, 2018)

Tesis intitulada “Incorporación Legal de la maternidad subrogada, para organizar la Consolidación de la Institución Familiar en el Perú”, presentada por Ronaldo Gilberto Rojas Guillén, Universidad César Vallejo, año 2020.

Dicho trabajo concluyó que, (...) para garantizar la consolidación de la institución familiar, se decidió que la maternidad subrogada debía ser reconocida legalmente, este método de reproducción humana asistida podría considerarse un sustituto de los métodos tradicionales de reproducción, limitados por los problemas fisiológicos que encuentran las mujeres al intentar concebir, Las cuestiones que con frecuencia dan lugar a comentarios inapropiados por parte de los demás y/o, en las peores situaciones, a daños psicológicos por parte de la sociedad, pueden considerarse una de las razones por las que las parejas se separan, ya que el marido, incapaz de tener hijos con su cónyuge, opta por poner fin a su matrimonio por cualquier medio posible; es por eso que mediante la



regulación de esta técnica de procreación se busca consolidar a la familia como tal dentro de la sociedad para que se pueda cumplir con uno de los deberes primordiales del Estado peruano, el mismo que es la promoción y protección de la familia como institución social. De igual forma se pudo constatar que el tema de la maternidad subrogada con relación al derecho de familia enfrenta un vacío muy grande ya que no hay regulación expresa de la norma que establezca los requisitos mínimos a tener en consideración al momento de buscar establecer el mejor derecho de filiación con respecto al menor que sea producto del uso de este tipo de técnicas de reproducción humana asistida, la cual generaría una grave confusión con relación a quien se le debería atribuir la paternidad biológica y/o legal con respecto al menor, derecho dejado en el aire como consecuencia de la falta de normatividad que verse sobre el tema en específico y busque garantizar el bienestar del niño y como vertientes secundarias de las demás partes intervinientes en dicho acuerdo. (ROJAS, 2020)

Tesis intitulada “La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?”, presentada por Carlos Jorge Manuel Villamarín Zúñuga, de la Universidad Católica de Santa María, año 2014.

Dicho trabajo llegó a la conclusión que, (...) la regulación sobre técnicas de reproducción asistida, específicamente en lo que se refiere a la maternidad subrogada, es casi nula en nuestro ordenamiento jurídico; por cuanto la única disposición normativa al respecto es la prevista en el artículo 7° de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, a pesar que esta materia está orientada al tratamiento de la infertilidad, que es considerada la quinta mayor discapacidad, e involucra el ejercicio de distintos derechos fundamentales, argumentos que sustentan su necesidad de ser regulada. Así mismo, la naturaleza de los contratos de maternidad subrogada corresponde al ámbito civil, en tanto las prestaciones que regula



versan sobre conductas que ambas partes deben realizar, siendo que una de ellas, conformada por el o los padres intencionales, asume la obligación de proporcionar a la otra, la gestante, los suficientes recursos económicos para cubrir los gastos derivados del embarazo; en consecuencia, esta última se compromete a llevar a cabo la gestación y, a su término, a entregar al recién nacido a sus padres intencionales; por lo que su intervención se resume únicamente en desarrollar la función gestacional (...)
(Villamarín, 2014)

2.2.3. ANTECEDENTES INTERNACIONALES

Tesis intitulada “Maternidad subrogada. propuesta de reforma al apartado 4.177 bis del Código Civil del Estado de México”, presentada por Andrea Cecilia Jiménez Pedraza, Universidad Autónoma del Estado de México, año 2019.

Aunque la procreación subrogada es una práctica comúnmente utilizada en el Estado de México, actualmente no existe una norma jurídica que brinde certeza a las parejas sobre el proceso. La procreación se ha convertido en una misión y una ambición tanto para los hombres como para las mujeres de la sociedad moderna. Es un deseo común tener hijos, pero para cumplirlo debe haber oportunidades de dar a luz, a los que proporcionar una vida respetable y, en caso de que la concepción no tenga éxito, recurrir a otras técnicas de reproducción asistida científicamente que pueden ayudar a tener un hijo. La planificación del futuro de un hijo comienza en el momento en que una pareja decide tenerlo, ya que criarlo exige tiempo y atención.

Uno de los temas más debatidos es el derecho a procrear, que no puede restringirse, aunque en el artículo 4 de la Constitución se enuncie como la libertad de organizar una familia y el número y espaciamiento de su descendencia. La familia es su principal objetivo, y el Estado debe defender la decisión de una pareja de convertirse en padres,



tanto si esa decisión se toma de forma orgánica como mediante un procedimiento de reproducción asistida como la inseminación artificial o la gestación subrogada. La seguridad jurídica y la regulación legal adecuada son necesarias para todo aquello que involucre la procreación humana. Título Segundo de los Principios Constitucionales de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, Como piedra angular de la sociedad, la familia y sus miembros tienen garantizado el pleno crecimiento y protección del Artículo 5, párrafo V de la Declaración de los Derechos Humanos y sus Garantías. Los ámbitos esenciales del desarrollo humano -educación, trabajo, política, economía, sociedad y todos los demás sectores que defienden la dignidad del individuo- funcionan todos bajo el principio de igualdad. De acuerdo con este principio normativo, todo mexicano tiene derecho a opinar sobre la estructura de su familia, y el gobierno está obligado a actuar como guardián de la unidad fundamental de la sociedad mediante la aplicación de normas que salvaguarden la maternidad subrogada.

Por ello, este estudio hace una modesta sugerencia para abordar el mercado gestacional oculto, que pone en peligro no sólo a la madre de alquiler, sino también al niño subrogado y a la propia estructura de la familia. Es necesario dotar de seguridad jurídica a cualquier elección realizada por una pareja que, por el motivo que sea, no puede tener un hijo y cuenta con un mecanismo que le proporciona confianza a la hora de optar por una adopción plena, como la maternidad subrogada. Aunque no existe una ley federal que regule la gestación subrogada, se ha avanzado lentamente en este campo. Algunos estados, como Tabasco, Sinaloa y Ciudad de México, permiten la gestación subrogada en determinadas circunstancias, mientras que otros, como Querétaro, la prohíben. En virtud de que el Estado de México carece de normatividad que la regule, se sugiere una reforma para incluir el artículo 4,177 Bis en su Código Civil bajo el rubro de "Derecho Familiar" en el Libro Cuarto, Título Quinto, "De la Paternidad y Filiación", y el Capítulo



IV, que se denomina "De la Maternidad Subrogada." Este capítulo describe el proceso de gestación subrogada, destacando que se institucionaliza mediante un contrato de servicios y situándolo todo en el contexto de los derechos humanos y el interés superior del menor. Así mismo se abordan las definiciones básicas de madre subrogada y madre de alquiler, las normas de elegibilidad, las modalidades de subrogación recogidas en el contrato de servicios y el procedimiento de subrogación, todo ello en el contexto de los derechos humanos y el interés superior del niño. Aunque es cierto que la ciencia y la ley siempre están cambiando para satisfacer las necesidades y demandas de la sociedad, algunas cosas que antes se consideraban inmorales o contrarias a la ley ahora ya no se consideran así, la maternidad subrogada es sumamente importante porque permite a las mujeres que no pueden tener hijos experimentar la maternidad. (Jiménez, 2019)

Tesis intitulada "Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador", tesis presentada por María Fernando Viteri Sánchez, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019.

El presente estudio llegó a la siguiente conclusión: al utilizar un útero distinto del de quienes desean reproducirse extracorpóreamente, la maternidad subrogada es una forma muy singular de generar vida. La anomia expresada por el silencio normativo en la materia y la plétora de cuestiones jurídico sociales que pueden surgir en estas transacciones, unidas al replanteamiento y trastocamiento de los conceptos derivados de la filiación, la definición de maternidad, la voluntariedad como fuente de filiación y el choque axiológico de estas instituciones, constituyen la preocupación jurídica. Dado que nuestra nación carece de legislación en este ámbito, las personas que planean utilizar estos enfoques adoptan estas prácticas a su propia discreción. En consecuencia, los derechos de las partes intervinientes quedan en un estado de incertidumbre en este



ámbito no jurídico, lo que da lugar a numerosas contradicciones en la formación de estos acuerdos y a resultados imprevisibles, Paralelamente, ha aumentado la clandestinidad y el secretismo extremo en torno a esta práctica. Aunque no es ilegal, cabe suponer que la razón de esta ocultación es que la sociedad ecuatoriana no está abierta a estas nuevas ideas, y los participantes pueden ser evaluados socialmente independientemente de su nivel de comprensión de los derechos que implica la maternidad subrogada. Debido a la baja condición económica de la mayoría de las mujeres ecuatorianas, que evidencian los riesgos de explotación, la ausencia de regulaciones sobre el tema crea un ambiente ideal (aunque la legislación nacional no ofrezca garantías en la práctica) para el desarrollo del turismo procreativo. Finalmente, bajo la legislación civil ecuatoriana existente, exclusivamente ius positivista, la cuestión contractual incluye la existencia de un objeto ilícito para que un acuerdo de gestación subrogada sea válido bajo todos los criterios anteriormente expuestos. Pero las dificultades que se derivan de esta singular dificultad contractual se ponen de relieve por el impacto de nulidad que supone devolver la cosa a su estado precontractual. Más allá de todos estos esencialismos positivistas jurídicos, lo que debe tenerse especialmente en cuenta son los derechos concurrentes implicados en este proceso de creación de vida. Además, deben tenerse en cuenta los derechos de las partes implicadas en el proceso de creación de vida, el quid de la cuestión es que, en caso de litigio, los tribunales tendrán que conciliar y relativizar el esencialismo caracterizado como endeble de las normas de aplicación del Derecho civil, dando lugar a la cuestión de los derechos humanos y los derechos constitucionales. (VITERI, 2019)

Trabajo final de grado intitulado “La maternidad subrogada”, presentado por Ángela Bayona Sorinas, Universitat de Lleida, año 2018.



Dicho trabajo de investigación concluyó que (...) Se denomina maternidad subrogada al contrato, remunerado o no, por el que una mujer consiente en llevar a cabo una gestación mediante tecnologías de reproducción asistida, aporte o no su propio óvulo, con la promesa de dar a luz al niño para los comitentes, que pueden ser una persona o un matrimonio, y que también podrían optar por no donar gametos. Por lo tanto, existen varias modalidades dentro de la maternidad subrogada: 1. En una subrogación gestacional, los futuros padres u otros donantes de esperma u óvulos -aparte de la madre de alquiler- proporcionan el esperma y los óvulos. 2. Subrogación consuetudinaria. Se basa en el hecho de que, o bien uno o los dos hombres contratantes están implicados, o bien la mujer es incapaz de producir óvulos para su posterior fecundación. En este caso, el padre (o un donante de esperma) aporta el esperma y la madre de alquiler el óvulo. También dice que, al no existir ya un marco jurídico mundial que regule la maternidad subrogada, los legisladores de cada país deben establecer normativas que se ajusten a sus respectivos marcos jurídicos. En consecuencia, su tratamiento jurídico ofrece, a grandes rasgos, tres soluciones principales: prohíbe, regula para circunstancias particulares y, por último, tiende a otorgar validez y carácter vinculante a los contratos de maternidad subrogada. Quienes se oponen a esta práctica sostienen que la maternidad subrogada va en contra de la dignidad humana y puede tener importantes efectos emocionales en el feto, y que puede favorecer intereses comerciales y dar lugar a la explotación material y psicológica de las mujeres embarazadas. Por otro lado, descubrimos que los partidarios de esta técnica sostienen que la mujer es dueña de su cuerpo y tiene derecho a utilizar sus facultades como le plazca en el ejercicio de su autonomía. (BAYONA, 2018)



2.3. BASES TEÓRICAS

2.3.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El avance tecnológico ha generado una serie de cambios en diferentes concepciones dentro del comportamiento del ser humano, entre ellas las opciones que se ofrecen para llevar a cabo una de las actividades más primitivas del hombre, como es la reproducción. Las diferentes dificultades por las que atraviesa no solo la mujer, sino la pareja que pretende procrear, ha originado la innovación en técnicas o mecanismos que permiten llevar a cabo la creación de un ser humano con la utilización de elementos artificiales. Sin embargo, dentro de este escenario también está la necesidad de combinar ambos elementos, es decir, el empleo de técnicas artificiales pero que se combinen con el aspecto natural, lo cual nos lleva a emplear el cuerpo humano para albergar a ese nuevo ser.

Incluso esto se apoya en antecedentes históricos, tanto bíblicos como jurídicos, así tenemos el Código de Hammurabi, el cual decretaba que las mujeres estériles con deseos de tener hijos, podían otorgar una de sus esclavas a su marido para concebir un hijo y evitar que él se buscara una concubina. (Piña, 2018). Así como lo acontecido en Mesopotamia, también se encuentran numerosos antecedentes que datan de la cultura Egipcia, Romana y Griega, en la que se aprecia el acto de engendrar a un niño por parte de una mujer que no está unida mediante el vínculo matrimonial con el varón a razón de que dicho acto de gestación la mujer no puede ser llevado.

Estos hechos condujeron a la adopción de algunas tecnologías reproductivas en los tiempos modernos, empezando en 1978 con el procedimiento de fecundación in vitro llevado a cabo por los científicos Robert Edwards y Patrick Steptoe, que dio como resultado a Louise Brown, la primera "niña probeta". (Fertilab., 2019) . Más adelante en 1988 ya habían nacido 302 niños gracias a la maternidad subrogada ya que Noel Keane en 1976 abrió la primera



agencia de fertilidad. (Camacho, 2009, págs. 78-79). Por lo tanto, la práctica de técnicas de reproducción ya establece como práctica desde los años setenta, por lo que su evolución no es de causar extrañeza entre aquellas parejas que deseen procrear un niño.

Con el paso del tiempo se han utilizado términos como la esterilidad o la infertilidad, para calificar la imposibilidad de concebir, principalmente por parte de la mujer, pero que ahora involucra a la pareja; sin embargo, esos términos ya se han unificado, ya que uno es sinónimo del otro, como lo indica la OMS: “La esterilidad o infertilidad es un trastorno del aparato reproductor (masculino o femenino) consistente en la incapacidad para lograr el embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales regulares sin protección” ((OMS), 2018), así también lo define la RAE: “f. Biol. Incapacidad de un ser humano o de un animal para reproducirse.” (Española, 2020). Es debido a esta situación que son más las parejas que recurren a este método, y el indagar sobre los factores determinantes en el ámbito femenino y masculino, conlleva a determinar numerosos factores de orden biológico, social, genético, y ahora jurídico.

“Las tasas de fertilidad y el promedio de nacimientos por mujer a lo largo de su vida han disminuido en las últimas décadas, según 2018 World Population Data Sheet, el cual estimó que la tasa de fertilidad promedio mundial es de 2.4 nacimientos por mujer” (Kaneda, Ilaya Medical Company, 2019). Esto significa que se tiene una estadística menor en comparación a otros años; sin embargo, existen otros países que mantienen una alta tasa de fertilidad como Somalia, República Democrática del Congo y Nigeria, pero Taiwán, Moldavia y Portugal poseen las tasas de fertilidad más bajas del mundo.

Se ha demostrado que la infertilidad causa problemas psicológicos, sociales, económicos y otros. Se estima que los casos se han incrementado hasta en un 9%, y que está afectando a un 15 % de la población mundial (48.5 millones de parejas). “(...) se cree que



alrededor del 20 al 30% (según el estudio en cuestión) son causados por la infertilidad masculina. Se estima que alrededor de 30 millones de hombres en todo el mundo son infértiles. En general, se acepta que alrededor del 50% de los casos de infertilidad se deben a condiciones femeninas, y el porcentaje restante es causado por una combinación de factores masculinos y femeninos. La mayoría de los estudios concluyen que la tendencia de tener hijos más tarde en la vida es definitivamente un factor que contribuye al aumento de los problemas de infertilidad.” (Kaneda, Ilaya Medical Company, 2019).

La subrogación materna es por muchos, considerada como un último recurso para aquellas parejas que han realizado numerosos intentos médicos, los cuales no arrojaron resultado alguno, incluso en la última década se han visto historias de parejas que han obtenido el tan preciado regalo de ser padres gracias a esta práctica. Pero también se han obtenido resultados algo negativos, ya que se tienen partes dentro de dicho acuerdo, los cuales consideran que sus derechos han sido vulnerados y que los acuerdos primigeniamente hablados no han sido al final cumplidos.

Es bajo este escenario que vienen a tallar las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), conocidas como la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro

La Inseminación Artificial consiste en la introducción de los espermatozoides de pareja o donante, previamente seleccionados y tratados mediante concentración y capacitación en el laboratorio, en el interior del útero de la mujer en un momento próximo a la ovulación. Se puede hacer tanto en el ciclo natural de la mujer, como tras un proceso de estimulación ovárica. La Inseminación artificial intrauterina es la más común de las inseminaciones. (GINEMED, 2021)



Aquí podemos encontrar dos tipos: la Homóloga: en la que se utiliza el semen de la pareja de la mujer; y la Heteróloga, donde se utiliza el semen de otra persona que no es la pareja de la mujer. (PAYALICH, 2019)

Por el contrario, la fecundación in vitro es un procedimiento médico utilizado para extraer óvulos y espermatozoides con el fin de implantar el óvulo fecundado en el útero de la madre o de cualquier otra persona que consienta en donar su útero por este motivo.

2.3.3. MATERNIDAD SUBROGADA – CONCEPTOS

Como ya se precisó en un inicio, la Ley General de Salud prohíbe la subrogación materna, pero como una práctica llevada a cabo con mayor frecuencia de la registrada, no podemos dejar de tratar el tema de la filiación como consecuencia de la reproducción humana.

La filiación está definida como: “2. f. Procedencia de los hijos respecto a los padres” (Española, 2020), por lo que las TRA, traen como consecuencia problemas para determinar la filiación de los recién nacidos.

También es importante definir el término de maternidad, 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). (L., 2018)

Es así que “(...) la maternidad subrogada, vientre de alquiler, maternidad sustituta o alquiler de útero, cualquiera sea la denominación que se utilice, tradicionalmente, es 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”. (Rupay, 2018). Es según la autora, que ahora existe una clasificación de la subrogación materna de acuerdo a diferentes criterios:



De acuerdo a la procedencia de los gametos:

- Subrogación total: Es el supuesto en el que una mujer consiente la inseminación, dona sus propios óvulos y da a luz al niño antes de entregarlo al padre biológico. Esto implica que la mujer renuncia a todos los derechos derivados de su embarazo, y también reconoce la adopción del niño por parte de la pareja del padre biológico.
- Subrogación parcial (gestacional): Es aquella en la que la mujer sólo realiza la función gestacional, llevando en su vientre un embrión fecundado in vitro mediante la unión del espermatozoide y el óvulo de la pareja contratante.

De acuerdo a la existencia o inexistencia de contraprestación:

- Subrogación comercial: Aquel en el que una mujer consiente en ser fecundada por otra en virtud de una prestación de servicios a cambio del pago de una suma predeterminada, a la que se añaden los gastos asociados a la gestación.
- Subrogación altruista: Aquel en el que una mujer acepta dar a luz a un niño gratuitamente en nombre de otra; suele incluir una relación de amistad o familiar entre uno de los progenitores y la futura madre.

Dentro de la problemática que implica la subrogación materna se tiene un aspecto social y económico, debido a que se encuentra involucrado aspecto económicos, que debido a la jurisprudencia se ha visto que no solo está de por medio el intercambio económico, sino más importante, está involucrado los derechos del menor, el desarrollo de su personalidad libre y claro está la autonomía reproductiva de la pareja.

Otro concepto que nos brinda la doctrina está referido a “(...) disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, dada por la utilización de técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro” (Famá, 2011). Por otra parte, otros interpretan su significado para limitarlo a la situación en que un embrión de una pareja



se coloca en el útero de otra mujer, cuya salud le permite llevar a término el embarazo y dar a luz al niño.

Una segunda categoría incluye las situaciones en las que el espermatozoides de un hombre casado y el óvulo de la propia mujer embarazada se utilizan para fecundar a esta última. En estos casos, la madre renuncia a sus derechos filiales maternos para adoptar al niño y acepta gestar y criar al niño para la pareja formada por el donante de espermatozoides y su esposa.

Existe, además, una tercera postura en la que el uso de técnicas médicas permite a una mujer gestar un hijo para terceros con algunas variantes: Que los gametos son aportados por la pareja contratante, que ambos gametos provengan de donantes, que la gestación lo sea con el óvulo de la mujer de la pareja contratante y semen de donantes o que la gestante aporte un óvulo y el varón de la pareja contratante, el semen (Cubillos, 2013).

Sin embargo, se califica como una verdadera subrogación materna aquella en la que “(...) el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación” (Arámbula, 2008)

2.3.3.1. CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA

Existen diversas clasificaciones de la maternidad subrogada, como la que a continuación se detalla (Lagos, 2017):

Madre portadora: Es aquella mujer que genera óvulos, pero tienen una deficiencia uterina o física la cual le impide llevar a cabo una gestación, por lo que busca a otra mujer que colabore en dicha labor. Es un caso sólo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial, se produce un caso de trigeneración humana: Aporte de espermatozoides del marido, aporte de óvulo de su mujer y la madre gestante es una tercera. (Varsi, 2017).



Madre sustituta: Es una mujer que carece de capacidad para producir óvulos y concebir, lo que significa que tiene una deficiencia ovárica y uterina. Para concebir y completar el proceso de gestación, necesita encontrar a una mujer que cumpla estos requisitos.

Así mismo, (DELGADO, 2019) nos indica que, se puede dar dos tipos de intervención femenina, como son:

1. La madre subrogada que solo se limita a prestar o alquilar su útero, para que en él se insemine el embrión concebido mediante *fecundación in vitro*, y que no ha hecho aporte de material genético alguno, puede llamarse también una fecundación heteróloga ya que uno o ambos son los padres biológicos del menor.
2. La madre que presta o alquila el útero pero que también aporta los óvulos (ya sea que los presta o los alquila) y en este caso los padres no aportan sus gametos, generando así una fecundación homóloga.

Sin embargo, es evidente que en la maternidad subrogada hay que seguir tres pasos: la obtención de gametos en la primera etapa, la introducción del embrión en el cuerpo de la mujer en la segunda etapa para que pueda gestar al feto, y que la madre subrogada geste al niño en la tercera etapa.

Por medio de las técnicas reproductivas modernas, son seis las personas posibles que podrían reclamar derechos sobre el recién nacido: la madre genética, la madre gestacional, la madre social, el padre genético, el padre social y la pareja de la madre gestante:

1. Su útero es lo único que ofrece. Sin embargo, el material genético lo aporta la pareja comitente. componentes genéticos. Por tanto, existe una madre genética e intencional, una madre gestacional y un padre genético e intencional. un padre genético e intencional.



2. Ella aporta tanto su gameto como su útero. A la inversa, el material genético lo aporta el cónyuge masculino. Por tanto, hay tres partes implicadas al mismo tiempo: una madre genética y gestante, una madre intencional y un padre genético y intencional.

3. Su útero es el único que se proporciona; se utiliza el espermatozoides del padre comitente y el óvulo de una donante anónima. Aquí hay cuatro partes implicadas: la madre genética, la madre gestacional, la madre intencional y el padre genético e intencional.

4. Ella dona su útero, la madre intencional dona su óvulo y un donante no identificado dona su espermatozoides. Esto significaría que tendríamos un padre genético y un padre intencional, una madre gestacional y una madre genética e intencional.

5. De este modo, hay una participación simultánea de una madre genética y gestacional, una madre intencional, un padre genético y un padre intencional. Ella dona su útero y su óvulo, mientras que un donante anónimo aporta el gameto espermático.

6. Su útero es el único órgano que dona, y los gametos proceden de donantes no identificados. Se trata, pues, de un padre genético, un padre intencional, una madre gestacional y una madre genética.

2.2.3. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

Es importante tener en cuenta algunos acuerdos internacionales, como la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo, que reconoció el derecho a la libertad reproductiva y dijo que “la comunidad internacional debe hacer un esfuerzo para asegurar los derechos reproductivos de las mujeres puesto que la capacidad de decidir libremente el número y el espaciamiento de los hijos es condición previa para que las mujeres puedan alcanzar una igualdad efectiva con respecto a los hombres” (DOBERING, 2018), está claro que de lo desprendido de este acuerdo conlleva al reconocimiento de los derechos reproductivos y al ser celebrado de manera internacional refleja la importancia que estos tienen en cuanto aseguran



que la persona y la pareja tienen derecho de adoptar decisiones en lo que corresponde a la reproducción.

También se tiene el Plan de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing, en la que señala que los derechos reproductivos abarcan derechos humanos, basados en el reconocimiento del derecho básico de las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello, así como del derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. (DOBERING, 2018). Es claro que los derechos antes mencionados son de vital importancia, ya que su respeto y cumplimiento intervienen en la salud de la persona, su bienestar, y claro está en la seguridad jurídica que le puede brindar al individuo y a la pareja.

El término de salud también se redefine en el preámbulo de la Declaración de Derechos Humanos de la UNESCO, que reconoce los derechos reproductivos como un componente vital del bienestar de toda persona.

En una línea similar, el caso Evans contra el Reino Unido se presentó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en oposición a una sentencia dictada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; Se ha sostenido que existe un derecho constitucional a la intimidad y a la privacidad. Los tribunales han interpretado el derecho a no ser padre en este caso como un derecho derivado del derecho a procrear y del derecho a la intimidad. Se concluye que el derecho a procrear se compone de dos derechos igualmente importantes: el derecho a procrear y el derecho a abstenerse de procrear.

Por el contrario, la venta de niños se define de la siguiente manera en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía: “todo acto o transacción en



virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”, definición en la que podría caer la figura de la maternidad subrogada.

Es decir, el Parlamento Europeo es la única organización de la Unión Europea que se ha pronunciado claramente sobre la gestación subrogada. En 2015, el Parlamento Europeo cuestionó la gestación subrogada en su informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014), afirmando en su numeral 115 que la Unión Europea: denuncia la gestación subrogada como una técnica que atenta contra la dignidad humana de la mujer, ya que utiliza su cuerpo y su aparato reproductor como materia prima: considera que debería ser ilegal este comportamiento, Exige atención inmediata en virtud de los tratados de derechos humanos y conlleva la explotación de las funciones reproductivas y el uso del cuerpo con fines económicos o de otro tipo, especialmente en el caso de mujeres vulnerables de naciones subdesarrolladas.

En Suecia, el Comité Nacional de Bioética aprobó en 2014 un informe que contemplaba la posibilidad de regular la gestación subrogada altruista. Sin embargo, en febrero de 2016 se publicó otro informe encargado por el Gobierno a una comisión multidisciplinar. A diferencia del informe anterior, este sugería mantener el rechazo total a la gestación subrogada.

Hay menos uniformidad en el marco jurídico en torno a la maternidad subrogada a escala mundial. Conforme establece (Lamm, 2012), en el derecho comparado se distinguen tres posturas sobre dicha materia, estas son: (i) prohibición de la gestación por sustitución; (ii) admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones, y; (iii) admisión amplia.

2.2.3.1.POSTURAS



- Se tiene una primera postura, la cual prohíbe la gestación por sustitución, además que se declara nulo dichos acuerdos, tales son los países de Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España. En Alemania es posible incluso una pena de tres años de prisión (Ley de protección de embriones 745/90 de 13/12/90). En España se considera nulo el contrato que firma una mujer que renuncia a su filiación materna, por el que se compromete a gestar un hijo con o sin remuneración (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). La Constitución Federal de la Confederación Suiza fue adoptada el 18 de abril de 1999 y está en vigor desde el 27 de septiembre de 2009.
- Una segunda posición en la que, de acuerdo con normas y condiciones específicas, puede aceptarse una subrogación altruista. casos en los que no existen acuerdos ni transacciones comerciales. Según la Human Fertilization and Embryology Act de 2008 y la Surrogacy Arrangements Act de 1985, esta es la situación en el Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel (Ley 5746 de 1996 sobre acuerdos de gestación por sustitución), Grecia (Ley 3089/2002 y Ley 3305/2005), Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda.
- La Orden 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación Rusa sobre la aplicación de técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina, de 26 de febrero de 2003, la Ley Federal de Salud aprobada en noviembre de 2011 y el Código de Familia de la Federación Rusa permiten una tercera posición ampliamente admisible, incluidos Georgia, Ucrania, India y Rusia, algunos Estado de Estados Unidos, México (Solo Tabasco). En el Artículo 92° del Código Civil para el Estado de Tabasco. En América Latina, el país de Colombia presentó el Proyecto de Ley 151/2001 en el que se modificaban los Códigos Civil y Penal referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida y otras disposiciones, pero no fue debatida por el Congreso. Similar situación atravesó Argentina donde



actualmente tienen cuatro proyectos de Ley que procuran regular la maternidad subrogada. (citado en Estrada, 2014)

Después de haber analizado las posturas y materia legal de los diferentes países, la realidad nos muestra que se siguen mostrando diversos desafíos en cuanto a la regulación, incluso en el ámbito internacional, de la subrogación materna, esto también se puede observar a través de diversos acuerdos como el Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, emitido por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya. (DOBERING, 2018), trayendo consigo las siguientes problemáticas:

- Los bajos niveles de protección que brindan los acuerdos a los menores producto de este procedimiento, ya que puede existir la posibilidad que los padres solicitantes pueden tener otras intenciones con respecto a dichos niños.
- Al momento del nacimiento, los padres solicitantes ya no desean al niño, por un rompimiento en la relación o alguna incapacidad que el niño pueda presentar.
- El peligro de que las madres subrogadas sean forzadas a realizar esta práctica debido a su nivel socio-económico y los pagos que se les pueda hacer durante su gestación pueden ser arbitrarios.
- El hecho de realizar estas prácticas en otros países necesita de una asesoría legal especializada que en muchos casos no se da.
- La filiación de los niños, así como su nacionalidad, ya que pueden ser llevados por los padres solicitantes a otros países.

2.2.3.2.DERECHO COMPARADO

- **Maternidad subrogada en Estados Unidos**

Su regulación depende de cada Estado.



Michigan y Nueva York, por ejemplo, imponen sanciones penales. Del mismo modo, Nebraska y Arizona rechazan la gestación subrogada y consideran nulos los contratos. Por el contrario, la gestación subrogada es legal en algunos estados y puede incluir una compensación económica: Entre ellos están Utah, Florida, Texas, Virginia, California e Illinois. Por otro lado, algunos estados permiten la gestación subrogada con limitaciones. Por ejemplo, Florida permite la gestación subrogada siempre que el solicitante esté casado. Algunos estados no tienen ninguna ley que regule la gestación subrogada, como Oregón, Nuevo México y Misuri. Además, algunas jurisdicciones permiten el uso de este método a pesar de la ausencia de normativas, aunque no ofrecen protección legal. Por otro lado, California, Oregón y Nuevo México figuran entre los países que no imponen restricciones a la maternidad subrogada. (REYES, 2020)

- **Maternidad Subrogada en España**

Desde 1988, España cuenta con leyes relativas a las técnicas de reproducción asistida. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, establece que la filiación materna se otorgará siempre a través del parto y declara nulo el contrato de gestación subrogada. (DOBERING, 2018) lo que implica que la mujer que da a luz será siempre considerada como la madre biológica y el hijo se inscribirá en el Registro Civil como suyo. Sin perjuicio de que el padre biológico pueda reclamar la paternidad conforme a las reglas generales. Parece que está clara la postura del legislador español al declarar nulo cualquier contrato de maternidad subrogada que se celebre. (BAYONA, 2018)

"Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se pacte la gestación, con o sin precio, de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero" (art. 10.1 de la LTRHA) prohíbe el uso de la gestación subrogada en España. El acto de dar a luz establece la filiación de las personas que nacen, lo que significa que la madre siempre será considerada la madre biológica y el niño figurará a su nombre en el



Registro Civil. Sin perjuicio de que el padre biológico pueda hacer valer su paternidad conforme a las normas. Parece que la postura del legislador español es inequívoca en el sentido de que cualquier acuerdo de gestación subrogada se considera nulo.

- **Maternidad Subrogada en Ucrania**

En este país es completamente legal tal como lo permite el Código de la Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud. El Código de Familia, en su artículo 123.2, declara que una pareja será la progenitora del niño si un embrión que han producido juntos mediante tecnología de reproducción asistida se implanta en el cuerpo de otra mujer. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento, constará directamente el nombre de los comitentes. (GESTLIFE, 2021).

En ese entender, dada la libertad que se tiene, también se ha generado una situación bastante grave, ya que, producto de esta práctica, hay cientos de bebés esperaban que sus padres extranjeros lleguen para recogerlos, pero dada la emergencia nacional por el Covid-19, cientos de niños se han quedado a la espera de sus padres, situación que ha dado la vuelta al mundo, desnudando así la parte más oscura de la maternidad subrogada,

- **Maternidad Subrogada en Rusia**

El Código de Familia de la Federación Rusa, así como la Ley n° 5487-1, "Sobre la base de la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa", que se publicó en enero de 2012 y detalla las protecciones otorgadas a sus habitantes, rigen la maternidad subrogada en esa nación, permitiendo realizar este procedimiento a parejas heterosexuales y mujeres solteras. Pero se debe tener en cuenta que solo se permite la gestación subrogada gestacional, en la que los óvulos y espermatozoides procedan de la pareja o de un donante y en caso de las mujeres solteras no se permite los óvulos de una donante. (RODRIGO, 2021).



Tal como se puede apreciar, estamos frente a un escenario permisivo, pero con ciertas condiciones que hacen mucho más estricto el llevar a cabo esta práctica; sin embargo, tener dichas especificaciones también refleja el nivel de regulación con el que se cuenta para poder brindar una mayor seguridad jurídica a las partes involucradas.

- **Maternidad Subrogada en el Reino Unido**

Se podría decir que este país es pionero en la materia, la legislación vigente es la Human Fertilisation Act de 2008, aunque se puede encontrar legislación desde el año 1990, así mismo, cuentan con la Surrogacy Arrangements Act, la cual acepta su uso, pero prohíbe el pago que pueda generarse por emplear dicho procedimiento, pero la mujer gestante puede recibir una compensación razonada, tampoco es posible encontrar agencias que publiciten la subrogación materna.

- **Maternidad subrogada en Suecia**

Este país ha emitido su primera legislación del tema en 1981, la legislación vigente es desde el año 2016 a través de la Ley 2006/351, que prohíbe la maternidad subrogada y establece que una pareja casada o de hecho es la única autorizada a llevar a cabo la reproducción humana asistida.

- **Maternidad Subrogada en Latinoamérica**

En Chile, la maternidad subrogada no está controlada; existen vacíos legales, pero este tipo de procedimiento se lleva a cabo sin ninguna prohibición legal.

Estas acciones podrían llevarse a cabo mediante un acuerdo contractual sin infringir ninguna ley ni ser ilegales en Chile, ya que las leyes del país permiten a las personas celebrar acuerdos y el arrendamiento del útero no es ilegal.

Por el contrario, en Argentina y Colombia no existen leyes que aborden la maternidad subrogada; no obstante, se han propuesto medidas, pero los intentos de promulgar legislación



han fracasado. Existen casos sobre la maternidad subrogada que han llegado a la Corte Constitucional Colombiana como la sentencia T-968 (2009), ya que no se estableció la validez de los contratos de Subrogación, pero si resalto la necesidad de una regulación absoluta y establecer requisitos para la celebración de estos actos jurídicos. (REYES, 2020)

Brasil tampoco cuenta con una regulación sobre subrogación materna, pero ésta se acepta si un pariente está dispuesto a realizar dicho procedimiento, pero la comercialización del mismo no se admite.

En Ecuador, “ (...) el problema principal en la cuestión del alquiler de vientres es la carencia de una legislación positiva, existe un vacío sustancial en la norma que permita su práctica, la prohíba radicalmente o establezca límites para regularla.” (VITERI, 2019), situación que ha mantenido a la legislación ecuatoriana al margen del avance tecnológico, intentando legislar el tema en el año 2000 con el Proyecto de Ley del Código de Familia, el cual no llegó a concretarse.

2.2.4. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ

Perú no cuenta con un marco normativo que regule la maternidad subrogada. El artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, establece una prohibición tácita de esta práctica.

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.

Pese a esto, la subrogación materna se practica de forma real en el país, ya que existe toda una red de personas e incluso de personal médico encargado de contactar a las parejas



interesadas, y esto llega al resto de la opinión pública a cargo de la labor periodística de diversos medios. Pero esto no hace sino, evidenciar la práctica clandestina y hasta ilegal que expone no solo a personas naturales sino también a personas jurídicas que nos lleva a pensar que es necesaria una regulación al respecto. (Estrada, 2014)

Al hablar de los casos de maternidad subrogada en Perú, es importante recordar que este tipo de gestación subrogada es de carácter altruista, carente de ánimo de lucro y no comercial. Como tal, la mujer que se queda embarazada no exige un pago por adelantado, sino que la pareja corre con los gastos del embarazo.

En diciembre de 2011, el Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia que puede ser la primera resolución relativa a la maternidad subrogada. La sentencia estableció varias cuestiones relativas a la determinación de la filiación del menor y el interés superior del niño.

En octubre del año 2013 se presentó el Proyecto de Ley 2839/20013-CR, el cual modifica el artículo 7 de la Ley 26842, e incorpora la modalidad de la maternidad sustituta parcial altruista. En el artículo 2 de dicha propuesta se refiere a lo siguiente:

Mediante la fecundación in vitro de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que amablemente aceptará la gestación del nuevo ser, se llevará a cabo la maternidad subrogada parcial y altruista con la aportación del material genético femenino y el gameto masculino para su concepción.

El Proyecto de Ley fue remitido a la Comisión de Salud y Población donde se encuentra a la espera de debate, ya que se hace necesaria e imperativa la implementación de un cuerpo legislativo que no solo revierta la situación de ilegal y clandestina dicha actividad, sino también para ejercer la protección de los derechos de las partes intervinientes.



Dentro de la legislación peruana se tiene, además, el Código Civil, así como la Ley General de Salud, que ponen como condición que coincidan “la madre genética y la madre gestante”, lo cual tienen algunos aspectos a señalar (Siverino-Bavio, 2012):

- La no contemplación de la normal respecto a la prohibición de la ovodonación.
- Las prohibiciones deben de figurar de forma explicada.
- Podría considerarse como una exhortación del legislador.
- Admitir la fecundación heteróloga con material genético masculino, pero impedirla con material genético femenino originaría una discriminación por razón de género.
- Si se quieren evitar disputas sobre la identificación de un futuro hijo, la donación de esperma no debería ser aceptable y debería prohibirse por completo.
- Dado que la madre genética y la portadora gestacional pueden coexistir en el vientre de alquiler utilizando esperma de un donante no identificado o del compañero varón de la pareja, esta cláusula no prohíbe la maternidad subrogada.

2.2.4.1. JURISPRUDENCIA

- a) La de la Casación N° 5003-2007-Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 06 de mayo de 2008.

En este caso, la esposa de la pareja 01 impugna la maternidad efectuada por la mujer de la pareja 02, respecto una menor, debido a que la demandada no era la madre biológica de la niña ya que fue inseminada con el óvulo de una mujer distinta utilizando el esperma de su esposo sin su consentimiento.

En las dos primeras instancias se declaró la improcedencia de lo solicitado, pero en el recurso de casación interpuesto, éste fue admitido.



En el presente caso la corte se pronunció indicando lo siguiente:

La prueba del ADN vuelve evidente “la falsedad de la relación materno filial” siendo está considerada como ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial. Asimismo, concluyó que la fecundación heteróloga estaría prohibida por el artículo 7 de la Ley General de Salud y que “se vulnerarían los derechos fundamentales de la menor.

Por lo que, la sentencia sostiene que la maternidad de la pareja 02 es ilegal porque no tenía vínculo genético con la menor en cuestión, sin tener en cuenta el vínculo formado en el embarazo, es así que el padre biológico y su pareja recibieron a la niña.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, el dictamen fiscal (cuyos fundamentos se reproducen), y lo dispuesto por el artículo 396, inciso 2, numeral 2.3 del Código Procesal Civil: se resuelve FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la señora Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas. En consecuencia, se deja sin efecto la resolución de vista de fojas 176, de fecha tres de agosto de dos mil siete; Se INSUME el recurso de apelación de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre de dos mil seis. Asimismo, en concordancia con los considerandos precedentes, ORDENARON al juez de la causa que emita una nueva resolución. Finalmente, ORDENARON publicar la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, con rendición de cuentas; interviniendo el señor Sánchez-Palacios Paiva, juez de la apelación; y los devolvieron. El Expediente N° 183515-2006-00113 del Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima de fecha 06 de enero de 2009:

La Sala de lo Civil del Tribunal dicta sentencia en un caso de ovodonación en el que la pareja se había divorciado antes del nacimiento del niño, y la nueva esposa del



progenitor masculino impugna la maternidad en nombre de su hijo, alegando que se utilizó su esperma sin su consentimiento, Ella se opone a la maternidad, alegando que es falsa porque no es la madre biológica de la niña, lo que vulneraría el derecho de la niña a saber quién es su medio hermano, el hijo de la pareja. En una decisión muy polémica y ambigua, el Tribunal ordenó una prueba de ADN y, ante sus resultados negativos, concluyó que la mujer que había concebido, llevado a término y criado al niño había incurrido en una "maternidad ilegal" porque no podía establecer una conexión genética con el niño. Está desvinculado legalmente de su hija, que fue entregada a su padre biológico -con el que no residía- y de su mujer, que encabeza la demanda de maternidad, ya que el artículo 7 de la LGS prohíbe la ovodonación. Se utiliza la prueba de ADN como base de la decisión, sin tener en cuenta que se trata de un tipo de prueba adicional, la evolución de la doctrina y del derecho comparado, los cambios en la definición de la filiación provocados por las tecnologías de reproducción asistida, o los derechos del menor implicado.

Dicha sentencia establece: “En el caso de que la maternidad genética y la madre gestante no coinciden, se sabe “una situación de hecho que no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitida y a tenor del artículo 2 inciso 24 de la Constitución Nacional que regula el principio de reserva en virtud del cual ‘Nadie está obligado a lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe’ y por ende se considera lícita la conducta” (RUPAY, 2018)

Por lo que este juzgado, afirma que no habiendo prohibición expresa que censure la maternidad subrogada, por lo que no podría considerarse con ilícita.

La otra sentencia bajo comentario entiende que, cuando la maternidad genética y la gestante no coinciden, esto es “una situación de hecho que no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitida y a tenor del artículo 2 inciso



24 de la Constitución Nacional que regula el principio de reserva en virtud del cual ‘Nadie está obligado a lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe’ y por ende se considera lícita la conducta” (fecundación con ovodonación) (fundamento décimo tercero) (Siverino-Bavio, 2012).

- b) Casación N° 563-2011 LIMA de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de fecha 06 de diciembre de 2011, donde un colegiado se pronuncia por primera vez respecto a la subrogación materna, en cuya primera instancia inicia con la demanda de los esposos que representan a la pareja 01 que solicitó la adopción con exclusión de un menor que nació el 26 de diciembre de 2006, contra la voluntad de la pareja 02, cuyo cónyuge es sobrino del codemandante. Aunque la codemandada presentó inicialmente documentación escrita en la que se retractaba de su elección, la pareja 02 había consentido inicialmente la adopción del niño; El codemandante en este asunto era el padre biológico del menor, pero el tribunal dictaminó que tales solicitudes eran inadmisibles y ordenó que se corrigieran. Sin embargo, la situación no se tramitó con prontitud, y ante un examen de ADN que revelaban dicha situación, el juzgado estableció que dicha circunstancia no enervaba los efectos de la partida de nacimiento. Es de resaltar que la menor había vivido junto a los demandantes desde el 02 de enero de 2007, fecha en la que es entregada por los demandados, por lo que en primera instancia se decide que la menor esté bajo la protección de los demandados.

En segunda instancia la Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda en fecha 30 de noviembre de 2010, teniendo como fundamento el interés superior del niño, y la conducta de los demandados que resultó ser contraria a una eventual permanencia de la menor con ellos, ya que entregaron a la menor mediante un acta con firmas legalizadas renunciando a sus derechos como padres, por lo que el Colegiado se “aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del



Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.” (Villamarín, 2014)

Finalmente, en el Recurso de Casación por la parte demandada la Sala Civil hace énfasis en el hecho de que la pareja 02 no han negado haber recibido contraprestación por la gestación, y más bien era utilizado para conseguir más incentivos y se atentaría de manera perjudicial hacia la menor el separarla del seno familiar; por consiguiente, la Sala decidió confirmar las sentencias expedidas por las instancias precedentes.

Es importante resaltar que las instancias han evitado pronunciarse sobre la validez de los contratos de maternidad subrogada; pero si han desmerecido que los demandados han interpuestos sus intereses económicos sobre el bienestar de la menor

- c) Caso contenido en el expediente N° 4323-2010 de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 11 de agosto de 2011. (ARÉVALO, 2021)

Un caso relativo a la invalidez de un estatuto establecido por el Sexto Tribunal Civil llevó a PRANOR SRL a presentar un recurso de casación. En la cual el demandante alega poca motivación en la sentencia de segunda instancia por la falta de conocimiento en el aspecto tecnológico sobre los tratamientos de reproducción asistida, ya que se indica que la ovodonación, aplicando la fertilización in vitro, estaría siendo prohibido por el artículo 7 de la ley general de salud.

Se declaró FUNDADA la casación, ya que no habría configuración de delito alguno en dicha práctica.



d) Se tiene también el caso contenido en el Expediente N° 06374-2016- 0-1801- JR-CI-05 de la Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado en lo Constitucional de fecha 21 de febrero de 2017, en el cual la pareja uno (1), después de varios intentos y utilización de diversas técnicas de reproducción asistida, encuentra la posibilidad de ser padres con el apoyo de otra pareja (2), con la particularidad de que la mujer de la pareja (2) llevaría a cabo el embarazo con una fecundación in vitro producto de óvulos donados y espermatozoides del varón de la pareja (1), originando así un “ acuerdo privado de útero subrogado” y producto de este caso nacen mellizos y en la partida de nacimiento figuran como padre el varón de la pareja (1) y como madre la mujer de la pareja (2), lo cual fue sometido a una acción de amparo ante la RENIEC para que figure como madre la mujer de la pareja (1), pese a no haber sido la donadora de los óvulos, la que llevó a cabo la gestación y la que no prestó la carga genética de los mellizos. La decisión del Juez fue clara ya que consideró que el acuerdo entre parejas (1) y (2) fue completamente válido.

El juzgado consideró que, al estar involucrados el derecho a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño, así como los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y reproductivos, de los demandantes adultos, la demanda contenía materia con relevancia constitucional que podía ser atendida en vía de amparo. En este caso concreto, creía que era su prerrogativa determinar si los demandantes A.N.B.V. y F.D.N.R. eran la madre y el padre de los niños.

El juez Hugo Velásquez Zavaleta repasó la explicación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica en relación con el uso de la reproducción asistida, en que el acceso a los servicios de salud reproductiva y la autonomía reproductiva están vinculados al derecho a la intimidad.



Esto incluye el derecho a utilizar la tecnología médica necesaria para ejercer los propios derechos reproductivos, como la reproducción asistida. Por ello, recordó a la Corte IDH que deben evitarse las limitaciones indebidas o excesivas a la capacidad de las personas para ejercer sus opciones reproductivas.

El juez también se pronunció sobre la regulación de las técnicas de reproducción asistida en el marco legal peruano. Destacó que el artículo 7 de la Ley General de Salud establece lo siguiente: “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”.

En este sentido, se reconoció que esta norma no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe otros supuestos de reproducción asistida no contemplados en la misma. El artículo 7 de la Ley General de Sanidad regula exclusivamente las situaciones en las que la dotación genética de la mujer embarazada es compartida con el feto. Eso es seguro.

Por los anteriores casos revisados, podemos afirmar que existen derechos involucrados, como el libre desarrollo de la personalidad, ya que nace de la voluntad de la pareja por optar por una TRA; así mismo se tiene la autonomía reproductiva, ya que también se relaciona con el derecho al libre desarrollo de la personalidad en cuanto la persona decide si desea tener o no hijos y la manera en cómo engendrarlos y finalmente, no se debe de dejar de lado el derecho de la protección familiar, como pilar de la sociedad un derecho ampliamente reconocido.

2.2.5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Ya que la subrogación materna puede ser vista como un acto jurídico, se habla también de un convenio que se genera entre ambas partes, trayendo consigo una obligación y derechos,



los cuales pueden ser asumidos como un contrato representando una relación patrimonial y de naturaleza privada o también puede ser del tipo altruista, que podría tener dos concepciones:

FORMAL

Contrato por el que un individuo con problemas de infertilidad encarga a otra persona que lleve a cabo el proceso de gestación, con la opción de proporcionar gametos para un futuro parto subrogado a cambio de dinero o por altruismo.

MATERIAL

Proceso mediante el cual una persona fértil gesta un recién nacido para otra, para entregárselo después del parto.

Viendo esta situación, podríamos decir que la vida humana en formación sería de disposición de los contratantes y que su vida sea objeto de una cláusula, lo cual no es posible ya que sería en contra del orden público y los derechos humanos.

(HIDALGO, 2018) indica que dicho contrato no es meramente privatista, ya que prima en él el interés público, ya que está inmersa la salud de un menor y la del arrendante, además de bienes jurídicos que competen su protección al interés público del Estado, y entra ahí el principio tuitivo del Estado frente a los derechos inmersos, es por ello dicho autor ve la necesidad de la autorización judicial para contratar este tipo de servicio, y que sí contraviene los diversos derechos sería nulo, inválido y hasta generaría un repudio moral por parte de la sociedad.

2.2.6. CRITERIOS JURISDICCIONALES

El método de reproducción humana asistida conocido como fecundación in vitro plantea dudas sobre la ovodonación y la maternidad subrogada, ya que esta última no está específicamente prohibida por el artículo 7 de la Ley General de Sanidad, Estos factores han puesto de manifiesto en nuestro sistema normativo una absoluta y ridícula falta de criterio y



motivación por parte de los jueces; las decisiones adoptadas por los jueces son sumamente lamentables; además, es evidente que no existe regulación alguna en materia de reproducción asistida porque, en el caso de que la hubiera, habría sido necesario establecer dichas leyes u otras normas nacionales complementarias, Estamos seguros de que los jueces peruanos no se habrían dejado influir por sus opiniones ni por las disposiciones exclusivas de la Ley General de Sanidad que se encuentran en el artículo 7. Es decir, no habrían concebido lo siguiente en el tercer considerando de esta Casación: "La demandada no es la madre biológica de la menor porque fue inseminada artificialmente utilizando el esperma del marido de la recurrente y el óvulo de otra mujer", El artículo 7 de la Ley General de Salud implica que el señor Custodio Olsen Quispe Condori utilizó sin su consentimiento el método de reproducción asistida conocido como "ovodonación", el cual está prohibido en nuestra nación. Al respecto, el Dr. Varsi señala: “ el interés de la demandante es que la menor se quede sin madre, y eso obviamente no favorece a la menor, más aún si el óvulo implantado, a través del cual fue procreada es de desconocido origen genético (...) si se demuestra que (el menor) tiene el interés de que su hermana se quede sin madre porque quiere realmente atribuirle la maternidad que le corresponde, allí sí se configura un interés legítimo, pero en el presente caso vemos que el fin es dejar a su hermana sin ningún tipo de relación maternal.”

La siguiente preocupación es hasta qué punto es posible regular el avance de las tecnologías reproductivas y, al mismo tiempo, defender los derechos legales de las personas. De igual manera, si una situación como ésta se diera en nuestra nación, tendríamos que recurrir a nuestras leyes para aclarar la controversia. Sin duda, se resolvería de manera similar, con el único argumento de que está prohibido porque el artículo 7 de la Ley General de Salud no lo prescribe. Y hacerlo sería una grave violación al artículo 2, inciso 24-a de la Constitución Política del Perú.



Por lo tanto, para resolver las futuras cuestiones jurídicas relativas a las técnicas de reproducción asistida es necesario elaborar una legislación acorde con la legislación vigente. Para que las partes que quieran someter su disputa legal a un criterio jurisprudencial no queden desprotegidas, nuestros jueces actuarán de forma plenamente justificada, coherente y razonable.

También es muy significativo y muy pertinente para esta investigación el caso resuelto en primera instancia por el 15° Juzgado de Familia de Lima en enero de 2009, que aborda una impugnación de maternidad que reconoce sus inicios en una maternidad subrogada. Antecedentes: La Sra. Carla Monique See Aurish y su marido, el Sr. Luis Eduardo Mendoza Barber, deseaban tener una familia, pero la Sra. Carla era incapaz de concebir debido a su tensión arterial y a su insuficiencia renal, que también ponían su vida en peligro. En consecuencia, la pareja no pudo intentar un embarazo. Por esas fechas, la pareja tomó la decisión de recurrir a la fecundación in vitro, contando con la madre de la Sra. Carla Monique para concebir el embrión deseado y utilizando también material genético de la propia pareja. La menor fue inscrita como nieta de la Sra. Jenni Lucero Aurish de Oliva (abuela de la menor) por la clínica que colaboró en el parto. La madre genética, que deseaba concebir al niño, interpuso sin embargo una demanda impugnando la maternidad. El juez concluye que el derecho genético "crea nuevos conceptos de maternidad y representa, por tanto, un problema jurídico con matices diferentes, cuya regulación legal es ineludible para armonizar las relaciones humanas en la sociedad" y que la concepción tradicional de la maternidad está obsoleta por tratarse de una fecundación in vitro.

En esta resolución, el magistrado concluye que la maternidad subrogada es legal porque no existe ninguna restricción en su contra. Por todo ello, ordena la nulidad del reconocimiento de doña Jenni Lucero Aurish de Oliva como madre de la menor C.S.M.A. en la partida de nacimiento del Ayuntamiento de Miraflores, y declara FUNDADA la pretensión de



impugnación de la maternidad, Adicionalmente, dispone que la madre de la mencionada menor, la señora Carla Monique See Aurish, deberá inscribirla y reconocerla, así como corregir los apellidos de la menor. En consecuencia, otorga un plazo de dos años, contados a partir de la fecha de emisión de la sentencia, a los señores Carla Monique See Aurish y Luis Eduardo Mendoza Barber para hacer efectivo el derecho a la vida que poseen tres embriones concebidos mediante fecundación in vitro, ya sea a través del vientre de Carla Monique See Aurish o mediante maternidad subrogada; estipula además que, en caso de que los cónyuges no se atuvieran a lo anterior, se alertaría al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social o al tribunal de familia competente, para iniciar el proceso de los embriones congelados antes mencionados y para que puedan ser adoptados por padres de alquiler, dándoles así la oportunidad de vivir como niños. Por lo anterior, es claro que los jueces no logran responder o justificar adecuadamente sus decisiones ante las situaciones jurídicas expuestas. En consecuencia, las decisiones se adoptan de conformidad con el artículo 7 de la Ley General de Sanidad, que no prevé presunciones como las anteriormente mencionadas, lo que dificulta a los juristas aclarar estas controversias en cuanto a la definición del alcance de los derechos y libertades asociados a la maternidad subrogada.

DERECHO A LA IDENTIDAD E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Uno de los derechos esenciales garantizados por el artículo 2.1 de nuestra Constitución es el derecho a la propia identidad. De hecho, el derecho a la identidad -definido como "el derecho a reconocerse a sí mismo y a ser reconocido en todos los términos de la existencia, física, psíquica o espiritual"- es uno de los derechos humanos más íntimos y está inextricablemente ligado a la dignidad humana. Por otro lado, el Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 024322005-PHC/TC, en su fundamento 4 ha indicado que: "el artículo 2.1. de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad (...) que comprende (...) el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el



relativo a tener una nacionalidad y obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica”.

(Mella, 2017) considera que el derecho a la identidad es polifacético y no puede entenderse como una limitación a la posibilidad de obtener un documento de identidad. Por el contrario, implica que se debe garantizar que una persona tenga la libertad de expresar su individualidad mediante la elección de un nombre y un apellido que, A pesar de estar incluidos en su carnet de identidad, éstos comprenden los atributos físicos y psicológicos de un individuo. Es legítimo argumentar, dada esta secuencia de conceptos, que la identidad es el conjunto de rasgos -conductuales, psicológicos, emocionales y físicos- que distinguen e individualizan a cada individuo del grupo. Ello implica la existencia de un vínculo de naturaleza físico-somática entre la representación corpórea de la persona y su psiquis interna, elementos que configuran la identidad.

El artículo IX del Título Preliminar del Código de la Niñez y la Adolescencia desarrolla el principio del "interés superior del niño", el cual es un principio fundamental en las acciones del Estado en materia de derechos, deberes, protección y desarrollo de los menores de edad, así como de sus padres y familiares: “En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como la acción de la sociedad, se considera al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos. Finalmente podemos agregar que el Juez, en su potestad de administrar justicia, debe prevalecer los derechos del menor reconocidos en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales (Lagos, 2017).

“Este principio es definido como aquel del cual deriva la potenciación de los derechos tanto a la integridad física y psíquica de los niños y adolescentes, el mismo que tiene una



naturaleza garantista enfocado a la resolución de problemas o conflictos donde se pueda vincular a niños o adolescentes respectivamente” (ROJAS, 2020)

Se tiene, además, El Principio 6 de la Declaración de Derechos del Niño:

“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.” (HUMANIUM, 2021)

2.2.7. EL CONTROL DIFUSO

El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prescribe que: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Ahora bien, el primer párrafo de este artículo no es sino producto de un principio ya expresado por el Código Procesal Constitucional en el artículo II de su Título Preliminar. Se trata del principio de supremacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento



jurídico, lo cual es posible debido a que la Constitución es norma jurídica fundamental que se ha formulado según un principio de rigidez constitucional. Y no viene a ser más que la manifestación del llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes que, para el caso peruano, viene recogido en el texto constitucional del art. 138° 2do. párrafo de la Constitución dice: “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”. Repárese en el hecho de que acertadamente el artículo bajo comentario lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de supremacía de la Constitución, al disponer no sólo que la Constitución está por encima de la Ley como lo hace el texto constitucional, sino al disponer en buena cuenta que la Constitución está por encima de todas las demás normas del ordenamiento jurídico (y otra de inferior jerarquía, como dice el texto legal) y, precisamente por esto, frente a una incompatibilidad sustancial o formal de alguna de estas normas con la Constitución, el juez deberá preferir ésta. Se trata, como bien ha apuntado el Tribunal Constitucional, de un mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de la norma. (Ticse M. , 2018)

El Control Difuso presenta las siguientes características (TANTALEÁN, 2005):

- a. Naturaleza Incidental: Esto es, se origina a partir de un proceso existente en el cual se están dilucidando pretensiones o cuestiones con relevancia jurídica.
- b. Efecto Inter partis: Esto es, de efecto entre partes, significando ello que los efectos de la aplicación del control difuso sólo afectarán a las partes vinculadas en el proceso. No Erga Omnes.
- c. Declaración de Inaplicabilidad de la Norma cuestionada: Esto es, en el caso concreto, más no su declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad. Consecuentemente, la



misma norma puede volver a ser invocada en otros procesos, en tanto no se la derogue, a través de los procesos legislativos correspondientes o la declaración de inconstitucionalidad.

Control Difuso en Latino América.

Del análisis de los sistemas imperantes en el área de Control de Constitucionalidad, puede afirmarse que la justicia constitucional desarrollada desde el siglo pasado, es una de las más completas del mundo contemporáneo.

En la mayoría de los países de América Latina, existe el método difuso de control de constitucionalidad de las leyes, que como ya se indicó es consecuencia del principio de supremacía constitucional y de su garantía objetiva, conforme a la cual todos los jueces tienen el poder-deber -siguiendo el modelo norteamericano- de no aplicar las leyes que estimen inconstitucionales y que rigen la solución del caso concreto que deben decidir, con efectos inter partis.

Pero además del método difuso, se ha establecido -paralelamente- el Método Concentrado de Control de Constitucionalidad de las Leyes, atribuyéndose en general, poder anulatorio -en algunos países "erga omnes"- por inconstitucionalidad, a las Cortes Supremas de Justicia (Venezuela, Panamá, Costa Rica, México, El Salvador) o a Tribunales Constitucionales (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia). Aunque en algunos casos, la decisión de la Corte Suprema que ejerce el control concentrado sólo tiene efectos entre partes (Honduras, Uruguay, Paraguay).

El sistema de control difuso ha sido adoptado en varios países latinoamericanos. El artículo 133° de la Constitución Mexicana reproduce casi textualmente el artículo VI, sección 2 de la Constitución Norteamericana. Las Constituciones de otras repúblicas -Bolivia, Chile Colombia, Uruguay, Venezuela, etc.,- acuerdan, con algunas variantes entre ellas, atribución a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. También, en otros



continentes han sido establecidos regímenes que acuerdan facultades semejantes al más alto Tribunal Judicial, como Suiza, Irlanda, India, Japón, etc. Pero estos sistemas no deben ser confundidos con el norteamericano.

A continuación, se rotuló los fundamentos constitucionales que se implantan en algunos países:

- Venezuela: “Cuando la ley vigente cuya aplicación se requiera está en contradicción con cualquiera de las disposiciones constitucionales, los jueces aplicarán preferentemente esta última” (Art. 20º, Código de Procedimiento Civil, Venezuela, 1987).

- Ecuador: “La Corte Suprema de Justicia y los tribunales de última instancia tienen competencias para declarar inaplicable un precepto legal contrario a las normas de la Constitución, no teniendo dicha declaración fuerza obligatoria sino las causas en que se pronunciare” (Art. 141º, Constitución Política de Ecuador de 1996).

- Colombia: “La Constitución es la norma de normas. En ese caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley o cualquier otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Art. 4º, Constitución Política de Colombia de 1991).

- Bolivia: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones” (Art. 228º, Constitución Política de Bolivia de 1994).

- Guatemala: “Los Tribunales de Justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado...” (Art. 204º, Constitución Política de Guatemala de 1985).



· Honduras: “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez aplicará la primera...” (Art. 315° Constitución de la República de Honduras de 1982).

2.2.8. ANÁLISIS DESDE EL CÓDIGO CIVIL

La maternidad subrogada ya viene a ser un acuerdo entre dos partes y como consecuencia de su celebración tiene un enfoque jurídico como un contrato, ya que en muchos otros países es tratado como tal. Si lo enfocamos desde el punto de vista de un negocio jurídico, se tendría que ver el acto jurídico, definido como “«la manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y tutela” (TORRES, 2015), el cual tiene como parte central la voluntad de las partes y por ende pueden regular sus intereses. Y es así que el Código Civil vigente regula al acto jurídico en el artículo 140 como “La manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.

Por lo que el artículo anteriormente indicado tiene cuatro condiciones, y en el caso de la maternidad subrogada se tiene a los padres que desean procrear al niño y la madre que decide mantener el embarazo, manifestando ambas partes su voluntad de llevar a cabo el acuerdo, con el tema del acto lícito se tendrá que ver la legislación que la permita o en muchos casos son los jueces quienes lo deciden y son llevados a cabo para cumplir con el objeto principal de dicho acuerdo.



Es así que, la maternidad subrogada puede ser vista como un acto o negocio jurídico, ya que cumple con los elementos que tendría un acto jurídico, pero aún no se tiene claro si eso basta para exigir los compromisos productos de dicho acuerdo.

Así llegamos a lo que vendría a ser un contrato, “el acto jurídico plurilateral y patrimonial” (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 2003), por lo que estamos hablando de la manifestación de la voluntad que va hacia crear, modificar o extinguir un derecho ya sea en bienes o intereses, pero que tienen una naturaleza jurídica que principalmente, requiere de la manifestación de la voluntad. El Código Civil en su artículo 1351 indica que “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” y en el artículo 1361 se establece la obligatoriedad de su cumplimiento. Por lo que trasladando ese concepto a la maternidad subrogada se entiende que “La mujer gestante presta un servicio concreto, que es llevar a cabo el embarazo -gestación y nacimiento- y entrega de una persona que es el recién nacido, como si este fuese un producto final” (DELGADO, 2019), por lo que las partes asumen las obligaciones de dar, hacer o no hacer, lo que genera que las partes también tienen el derecho de proteger la libertad contractual, dentro de las cuales se tiene la rescisión, figura que puede aplicarse a la maternidad subrogada porque puede haber un aprovechamiento de la pareja comitente que contrata con la madre subrogada sabiendo que puede estar susceptible a cualquier abuso. También está la figura de la resolución y en la maternidad subrogada puede producirse cuando la madre subrogada voluntariamente interrumpe el embarazo, conserva al niño o incumple alguna prestación a la que estaba obligada o cuando la pareja no cubre los gastos médicos del embarazo y finalmente se tienen los casos fortuitos en los que se puede llegar a interrumpir el embarazo de manera involuntaria haciendo imposible el cumplimiento del acuerdo.

Arias-Schreiber citado en (HIDALGO, 2018) señala que “términos generales, el contrato es el acuerdo entre dos o más partes relacionado con un objeto de interés jurídico. Su



finalidad consiste en crear, modificar, regular o extinguir relaciones obligatorias y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia”, si bien este tema, esta discusión académica, no es materia de nuestro estudio, resulta conveniente tener en cuenta que los diferentes sistemas jurídicos pueden tener muchos aspectos comunes, pero que existen determinados temas sobre los cuales no existe un acuerdo unánime, como el que acabamos de señalar. Por otro lado, según la doctrina francesa, el contrato es una especie de convención, es decir que son género y especie respectivamente ya que existen convenciones que no tienen categoría de contrato.

Es así que el contrato también tiene ciertos elementos:

- Acuerdo de voluntades: La regla general es que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Los principios clásicos de la autonomía de la voluntad reconocen la existencia de la libertad de contrata y la libertad contractual. La primera corresponde al sentimiento interno de la parte, a la decisión libre de celebrar un determinado contrato y asumir las obligaciones correspondientes, en cambio la segunda está referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación

El Art. 1354 del C.C. reconoce el principio de la autonomía de la voluntad al establecer que: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la ley”.

- Pluralidad de sujetos: Presupone la existencia de dos o más partes cuyos intereses son distintos. La relación obligacional creada por el contrato presupone la existencia de dos o más partes por ello se afirma que el contrato es un acto jurídico bilateral o plurilateral cuyos intereses son distintos. Suele denominarse parte y contraparte a los sujetos que intervienen en el contrato. En los contratos bancarios una parte es el Banco y la contraparte es el cliente.

Un aspecto especial e importante es el referirnos a la contratación entre cónyuges, la misma que se encontraba prohibida en el Código Civil anterior. El Código Civil de



1984, regula expresamente los casos en que los cónyuges pueden celebrar contratos válidamente. Tal es el caso referido en el Art. 312 que establece que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre si respecto de los bienes sociales y en cambio para gravarlos o disponer de ellos, se requiere la intervención del marido y la mujer.

- Consecuencia Jurídica: Los contratos son acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, regular o extinguir actos jurídicos de naturaleza patrimonial.

Es así, que la subrogación materna podría subsumirse en algunos tipos de contratos que maneja la legislación peruana:

- Contrato de compra venta: “el acuerdo de maternidad subrogada comercial podría ser definido como aquel negocio en virtud del cual una mujer conviene con otros entregar a su hijo recién nacido, a cambio de que estos le paguen una retribución en dinero” (DELGADO, 2019). En este caso se estaría dando un acuerdo de compra venta natural, ya que la madre subrogada estaría obligada a entregar al niño, es decir, transferir la propiedad de un recién nacido a los comitentes, y éstos también asumirían obligaciones accesorias, que también serían exigibles. En este caso estamos hablando de que sería consensual, ya que ambas partes suscriben un acuerdo para darle mayor seguridad; también es bilateral, porque las prestaciones que surgen del mismo son para ambas partes; es oneroso porque implica una obligación patrimonial de pagar una retribución y finalmente es conmutativo porque la obligación a la cual están obligadas las partes es conocida desde el principio del acuerdo.

Es importante reconocer que los acuerdos de subrogación podrías subsumirse en los contratos de compraventa de bien a futuro, pero el bien al que se refiere no sería lícito porque estamos hablando de la existencia de un ser humano.

- Contrato de arrendamiento: implicaría que la madre gestante, quien sería la parte arrendadora, se obligue a ceder el uso temporal de su útero, por el periodo comprendido



entre la inseminación del esperma o implantación del embrión y el nacimiento del neonato, a la persona o pareja comitente, quien o quienes serían los arrendatarios, por una renta pactada antes de que se inicie el procedimiento médico para llevar a cabo el embarazo. En esta figura jurídica, también cabría la posibilidad de aceptar a la subrogación materna ya que estamos hablando que el uso del bien es temporal, por el periodo que dura la gestación hasta su término, también se debe considerar que sus características son similares al contrato de compraventa, pero la característica final es su trato sucesivo para los comitentes y de ejecución continua para la madre gestante, porque esta última es la arrendadora que asegura a la pareja comitente (arrendatarios) el uso del útero y estos deben de pagar ese monto de arrendamiento.

Con respecto al objeto del contrato, debe cumplir con la existencia del mismo, que en este caso vendría a ser la disposición de un útero antes de la celebración del contrato, en la ejecución y posterior a éste; para un segundo requisito debe ser posible ya que puede albergar a un niño; y finalmente debe ser lícito. Pero en este supuesto tampoco podría permitirse la subrogación materna ya que las personas no pueden llevar a cabo un acto de disposición del cuerpo humano para obtener un lucro de ello, como lo establece el artículo 6 del Código Civil.

- Prestación de servicios: acuerdo de maternidad subrogada podría ser visto como aquel negocio jurídico, por el cual, la madre subrogada se compromete a realizar la actividad de gestar y dar a luz a un neonato, el cual entregará a la persona o pareja comitente, quienes asumen la obligación de pagar una retribución. En tal sentido, la obligación generada por este acuerdo es de resultados, por ello, si la madre subrogada no llega a dar a luz al niño, estaría incumpliendo con el contrato. De acuerdo a esta figura, la madre subrogada estaría prestando un servicio material, su capacidad reproductiva, lo cual sería incompatible con la naturaleza de la prestación. ¿En el caso de ser un contrato



de obra, la madre subrogada se estaría comprometiendo a cuidar del embarazo y entregar un niño saludable al término y la pareja solicitante tendría el derecho de supervisar el embarazo, pero si el niño por nacer tuviera algún problema ya detectado o detectado en el nacimiento? No podría darse esta figura porque la persona no es un bien sobre el que pueda recaer algún derecho como el de propiedad.

- Contrato de donación: acto de liberalidad de la madre subrogada a favor del o los comitentes, requiere que los donatarios acepten al neonato para que el contrato surta efectos; hasta antes de ese momento, la madre subrogada podría revocar su oferta. En esta figura, los elementos del contrato de donación son el elemento intencional y el elemento objetivo, lo cual no sería compatible con la subrogación materna, pero si podría ser confundido con la donación de órganos, pero en este caso el niño por nacer no es equiparable ni tampoco representa parte del cuerpo humano.
- Contrato de comodato: contrato por el cual la madre subrogada se obliga a entregar, sin que por ello reciba pago, su útero a la persona o pareja comitente para que ellos lo usen por el periodo que demore el embarazo y luego lo devuelvan. A la modalidad de la técnica a la que se hace referencia es a la maternidad subrogada altruista, figura en la que tampoco podría ser incorporada la subrogación materna, porque la madre subrogada no se desprende de su útero, por lo que no hay devolución.

Es evidente la necesidad de regular la subrogación materna, ya que otros países han amparado dicha figura como parte de su ordenamiento jurídico, más aún, si en Latinoamérica no se cuenta con una regulación expresa y específica. (Aco, 2019) La práctica de las parejas que no pueden concebir de manera natural no ha encontrado mejor solución que recurrir a subrogar el vientre de otra mujer para poder llevar a cabo la gestación de su hijo, situación que en el Perú ha sido puesta en práctica desde hace unos años, pero que, al no tener una regulación específica, no ha hecho sino causar un vacío legislativo, así como una preocupación entre las



parejas que desean recurrir a dicho método. Tal como en otras legislaciones, puede existir ciertas restricciones o condiciones, pero la idea general es que dicha figura tenga un amparo legal, considerando que el aspecto biológico juega un papel primordial para la procreación de un niño.

Para hablar de los criterios legislativos, también se debe de considerar aquellos que los expertos han planteado, empezado por la seguridad jurídica, que debe amparar todo Estado de Derecho, como el rol tuitivo que debe tener hacia la ciudadanía, así como es ratificado en diferentes conferencias mundiales (HUMANIUM, 2021) y convenios que buscan ratificar la defensa de los derechos así como de los derechos reproductivos; también está la ambigüedad en la regulación jurídica, que no hace sino confundir y no tener claro el panorama al que nos enfrentamos, ya que otras legislaciones cuentan con algunas restricciones, vacíos, condiciones, etc., que hacen mucho más complicado el escenario para crear una correcta legislación; la objetividad, que toda norma debe tener más, aún si se trata de supuestos en los que la realidad puede incurrir; y finalmente los conceptos claros y específicos, para analizar que no todo puede estar dentro de un solo acápite, es necesario especificar e indicar, cada tipo de subrogación, los roles que cada aparte asumirá y las consecuencias que puede conllevar.

El Código Civil no ampara una figura como la subrogación materna, (DELGADO, 2019) pese a tener numerosas regulaciones sobre los actos jurídicos y contratos, pero a ninguno de ellos se puede subsumir la maternidad subrogada, ésta debe tener su propia regulación, ya que las diferentes figuras con las que cuenta el Código Civil, pueden llegar a subsumirse pero cuando podemos indagar sobre todos los elementos que pueda tener un contrato de compra venta, un contrato de arrendamiento, de comodato, entre otros, no aplica a la subrogación materna.



A consecuencia de no tener un amparo en la legislación actual, la subrogación materna no hace sino, impulsar la creación de una regulación propia, (BAYONA, 2018) en favor de las parejas y el avance tecnológico que ahora el mundo está experimentando, es necesario que el Estado ampare los derechos de los ciudadanos y dentro de éstos también deben considerarse los derechos reproductivos. Se ha llegado a concluir que toda persona tiene derecho a formar una familia, consiguientemente a beneficiarse de los avances científicos, en este caso la técnica de reproducción asistida heteróloga, por ello urge una modificatoria al derecho civil peruano en el extremo que se regularice la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.

Ninguna figura del Código Civil responde a las necesidades actuales de las parejas que desean procrear a un niño, ya que no cuentan con el amparo de la norma y por ende del Estado y ven incluso sus derechos reproductivos vulnerados y no solo hablamos de los derechos de los padres, sino en los derechos del menor, los casos que se han expuesto en el presente trabajo reflejan que al recurrir al aparato jurisdiccional la norma no nos brinda mayor apoyo, es el trabajo de los jueces el que puede amparar los derechos que se manifiestan que han sido vulnerados, pero en muchos de los casos no es suficiente (BAYONA, 2018), pero se puede aún realizar una regulación que sea lo suficientemente eficaz para cumplir con su propósito.

Es importante indicar que no solo depende de una correcta regulación jurídica, sino también de un aspecto político, que lamentablemente, en muchas ocasiones soslayan el derecho de la ciudadanía en muchos aspectos, como salud, educación entre otros, al verse al amparo del poder legislativo. Lamentablemente, el cáncer social que es la corrupción no solo se asienta en las personas y gestiones que éstas realizan cuando llegan al poder, sino también se ve reflejada en la poca producción legislativa del gobierno en casos que ameritan una regulación urgente, y a veces son los derechos reproductivos los que pasan a una última fila cuando de legislar se trata.



2.3. ANÁLISIS FINAL A LA INVESTIGACIÓN

Habiendo recabado la información mas relevante del caso que incluye los antecedentes hecho por otros investigadores, la doctrina y el aspecto legislativo tanto nacional como internacional, se puede finalmente realizar un análisis más completo de la subrogación materna, ya que no es un tema ajeno a la realidad, existen mas de dos partes involucradas y la parte más delicada es quizás la existencia de un menor que merece toda la protección que el estado la ley puedan ofrecerle, el deseo de las parejas en procrear a un nuevo ser y las imposibilidades biológicas que se pueden presentar abre otras puertas y en consecuencia se presentan casos que aún no están amparado por el ordenamiento jurídico.

El analizar un tema tan delicado como es el de la subrogación materna no solo se puede basar en un dominio de las leyes, o solo en el aspecto conceptual o biológico, depende además de los casos que se hayan presentado previamente, que alrededor del mundo no hacen sino despertar a lo que la tecnología ahora ofrece, es así como el avance tecnológico también puede permitir la ampliación de los horizontes de la ley y expandir así su protección a las partes involucradas.

La creación de un cuerpo legislativo debe considerar esos tres criterios, los conceptos existentes, el cuerpo normativo que tengan otras legislaciones y los casos que antes se hayan podido dar, por consiguiente se podrá obtener un cuerpo normativo mas completo que pueda amparar y reconocer derechos de quienes en algún momento los pueden reclamar y que merecen una labor mas denodada del Estado para regularlo, teniendo en cuenta que su alcance será para todos los ciudadanos y en especial para aquellos ni los concebidos por esta práctica.

No se debe dejar de lado que también existe un interés económico por parte de algunos sujetos que solo pretenden obtener una ganancia a costa del deseo de parejas en tener un hijo, lo que ha llevado a muchas disputas legales y ha obligado a muchos jueces a decidir sobre algo que aún no está normado; sine embargo, también se puede elaborar una correcta propuesta Legislativa y así otorgar una mayor seguridad jurídica a las partes.



CONCLUSIONES

1. Al llevar a cabo un análisis de los principales criterios legislativos, se concluye que estos son la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia, los cuales permiten su correcta unificación y en consecuencia es posible la elaboración de un cuerpo legislativo que regule dicha práctica y no se vulneren derechos constitucionalmente reconocidos. La legislación peruana, al no contar, con los criterios legislativos necesarios para poder normar la subrogación materna, conlleva a un mayor riesgo para la vulneración de derechos fundamentales; en la medida que, no existirá obstáculo que impida la configuración de supuestos que puedan devenir en la explotación económica o comercial de la función generativa de la mujer, o que signifiquen la imposición de cláusulas abusivas que desconozcan la dignidad no sólo de la gestante, sino del menor nacido como resultado de la subrogación; es por ello que la regulación sobre maternidad subrogada debe ser entendida como urgente y necesaria, y, además, debe estar orientada a garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales, así como el debido respeto a la dignidad humana.
2. Los alcances jurídicos que implica la aplicación de la maternidad subrogada en el Perú, son muy importantes y fundamentales; porque otorgarán una mayor seguridad jurídica a todas las partes intervinientes, protegiendo así sus derechos, y sobre todo al menor por nacer. Los acuerdos de maternidad subrogada son inválidos, por involucrar los cuerpos de las mujeres que acceden a actuar como madres subrogadas y objetivar a los niños que están por nacer, fruto de la aplicación de esta técnica. Esto porque, dichos acuerdos desconocen y lesionan la dignidad que se le debe a todos ellos, dignidad que, desde el primer momento de su existencia le es atribuida por el hecho de ser persona; así como, atenta contra los principios y derechos que brotan de ella, como el principio del interés superior del niño, su derecho a la identidad, entre otros. Es decir, tales



acuerdos conducen a la persona a satisfacer deseos personales y familiares; pues, el ser humano no es un bien, ni dentro ni fuera del comercio de los hombres. Por tal motivo, no han de ser promovidos ni protegidos por el Derecho.

3. Elaborar una adecuada regulación jurídica para la subrogación materna conllevará a un mayor esfuerzo del estado por velar por los derechos reproductivos y por los derechos del menor; así mismo, podremos avanzar en nuestra regulación frente a otros países latinoamericanos al innovar y considerar que el país está a la vanguardia junto con el avance de la tecnología, y esto se expresará a través de una propuesta legislativa; así mismo, al elaborar una regulación de la Maternidad Subrogada, protegería el proyecto de vida de mujeres y parejas infértiles ya que el mayor daño que se puede causar a una persona es la frustración por retardar la realización del plan de vida, el menoscabo que implica la reducción de su libertad y pérdida de un valor importante que no puede ser desapercibido ante la inminente existencia de casos donde se vulnera el derecho de gozar de un proyecto de vida reconocido por la CIDH.

Con las conclusiones anteriormente expuestas, se puede demostrar la hipótesis de estudio, puesto que el análisis de los criterios legislativos como son la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia; permite su unificación y, en consecuencia, se puede llevar a cabo una correcta regulación jurídica de la maternidad subrogada en la legislación peruana.



RECOMENDACIONES

1. El Estado debe regular de una forma más idónea y suficiente la subrogación materna, para ello, se debe elaborar la regulación del acto o contrato de maternidad subrogada y sus efectos jurídicos, teniendo en consideración su extensión onerosa o gratuita, incidiendo sobre la relación entre los privados padres biológicos y los padres subrogados, debido a que, partiendo desde la Ley General de Salud, encontramos una barrera legal que debe ser superada, en consecuencia, una propuesta legislativa no hace sino, apoyar y sentar una legislación más clara y específica, evitando los vacíos legales, más aún si se tiene un nuevo caso o conflicto legal de este tipo.
2. Recomendar a los Jueces, que cuando tengan que evaluar casos sobre maternidad subrogada, que deban tener en cuenta los principios de interés superior del niño y la verdad biológica, así como un cuidadoso análisis de su aplicación en la realidad.
3. Finalmente se recomienda que, al regular de manera específica la subrogación materna, también se modifique el libro de familia del Código Civil Vigente, sección tercera para que las figuras jurídicas que ahí se tienen, prevean los supuestos que causan incertidumbre y conflictos jurídicos con respecto a la maternidad subrogada, con la finalidad de que los avances científicos de la ingeniería genética y las técnicas de reproducción humana, no reflejen la diferencia entre el derecho regulado, la necesidad y la realidad de las parejas que buscan ejercer sus derechos reproductivos.



PROPUESTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La infertilidad es aquella condición médica por la cual una mujer no logra quedar embarazada o culminar dicha etapa de forma exitosa, a pesar de haber estado expuesta a él y de no haber empleado métodos anticonceptivos. Esta afección ha tomado mayor relevancia con el transcurso del tiempo, a lo cual debe añadirse el incremento de casos a nivel mundial; siendo por tales circunstancias considerada como la quinta mayor discapacidad y, consecuentemente, incorporada dentro del ámbito de protección de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En ese contexto, la maternidad subrogada se ideó como una modalidad distinta a las Técnicas de Reproducción Asistida convencionales, en la medida que la destinataria no es la mujer que adolece de infertilidad, sino una tercera persona que interviene en el proceso de procreación. Por ello, este método ocasionó diversas reacciones, las cuales se concretizaron mediante distintas normas que la regulan, de lo cual pueden definirse claramente tres posturas: la restrictiva, la permisiva y la ecléctica.

En base a ello, es necesario precisar que la regulación restrictiva de la maternidad subrogada tiene como consecuencia la generación de una situación ambivalente, por cuanto la prohibición de esta técnica sólo resultará exigible dentro del territorio de un determinado Estado, mientras que, en lo que se refiere al reconocimiento de menores nacidos producto de la maternidad subrogada en el extranjero, el mismo Estado deberá permitir su acceso al registro civil respectivo, lo que significa el reconocimiento implícito de esta técnica.

Consecuentemente, con el propósito de evitar la configuración de tales supuestos, que resultan más perjudiciales para los menores, es que se debe plantear una solución que importe el



equilibrio entre los intereses del menor, de la gestante, de los padres intencionales y del Estado; siendo lo más propicio para alcanzar tales fines la admisión de la práctica de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, con determinadas restricciones, las cuales deberán estar amparadas en la defensa de la dignidad de la mujer y del recién nacido.

Se debe precisar que la presente no contiene propuestas de creación ni aumento de gasto público y deben consignarse si tienen relación con la agenda legislativa aprobada de conformidad con el artículo 29, y las políticas de Estado expresadas en el Acuerdo Nacional.

FÓRMULA LEGAL

Artículo 1. Objeto de la ley.

La presente ley tiene por finalidad regular los contratos de maternidad subrogada como un medio de reproducción asistida.

Artículo 2. Definiciones

Mujer gestante: Mujer que presta su consentimiento para que un embrión, creado a partir de la unión de gametos sexuales de otras personas, sea implantado en su útero, con la finalidad de desarrollar exclusivamente la función gestacional.

Padres intencionales: Persona o personas que, con la voluntad de procrear, recurren a la maternidad subrogada, aportando o no material genético para la creación del embrión.

Función gestacional: Función desarrollada por la mujer gestante consistente en llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto.

Artículo 3. De los contratos de la maternidad subrogada.

Son aquellos acuerdos en virtud de los cuales una mujer, denominada gestante, accede a que un embrión sea implantado en su útero, con la voluntad de desarrollar la función gestacional



para que, una vez producido el alumbramiento, entregue al recién nacido a sus padres intencionales, debiendo éstos proporcionarle a la gestante los suficientes recursos económicos para cubrir los gastos derivados del embarazo.

Artículo 4. De la gratuidad de los contratos.

Los contratos de maternidad subrogada son de carácter gratuito, por lo que toda cláusula referida al pago de una contraprestación a la gestante será nula.

Las sumas de dinero que entreguen los padres intencionales a la gestante, con ocasión del pago de los gastos derivados del embarazo, no serán considerados como contraprestación, a efectos de lo señalado en el párrafo anterior.

Artículo 5. De la no exigibilidad de los contratos

Las disposiciones contenidas en los contratos de maternidad subrogada no son exigibles para ninguna de las partes que intervengan en él.

Artículo 6. De la filiación del menor

La filiación de los hijos nacidos como resultado de un contrato de maternidad subrogada será determinada por el parto.

Artículo 7. Del reconocimiento de los padres intencionales

Los padres intencionales tienen derecho a que se reconozcan legalmente sus relaciones paterno-filiales con el recién nacido, para lo cual deberá recurrir al juez competente en vía de adopción.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Modificación de la Ley General de Salud

Modificase el artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en los siguientes términos:



“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, incluida la maternidad subrogada. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos, en el caso de maternidad subrogada, también se requerirá el de la mujer gestante.

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

EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La propuesta legislativa busca dotar al ordenamiento jurídico peruano de un instrumento eficaz y eficiente para la regulación de los contratos de maternidad subrogada, para lo cual también se prevé la modificación del artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud



BIBLIOGRAFÍA

- (OMS), O. M. (2018). Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>
- Aco, C. (2019). *Regulación de la maternidad subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles*. Piura: Universidad Tecnológica del Perú.
- Arámbula, A. (2008). *Maternidad subrogada. Centro de documentación, Información y Análisis*. México: Cámara de diputados del Congreso de la Unión.
- ARÉVALO, C. (2021). *El tratamiento legislativo de la maternidad subrogada en el Perú*. Lima: Universidad Ricardo Palma.
- BAYONA, A. (2018). *La Maternidad Subrogada*. España: Universidad de Lleida.
- Camacho, J. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. Madrid: Órbita.
- Castro, E. &. (2016). *Regulación del embarazo subrogado en la legislación civil peruana (Propuesta legislativa)*. Cusco: Universidad Andina del Cusco.
- citado en Estrada, H. (2014). *Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo*. Lima: República del Perú.
- Cubillos, M. (2013). *Técnicas de Reproducción Asistida*. Mendoza: Universidad de Cuyo.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2003). *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores.
- DELGADO, A. (2019). *Análisis de la maternidad subrogada desde el derecho Civil y Constitucional*. Piura: Universidad de Piura.
- DOBERING, M. (2018). Maternidad subrogada: Su regulación. *BIOÉTICA Y BIODERECHO*, 251-294.
- enfermedades, O. M. (2018). Obtenido de Organización Mundial de la Salud (OMS): <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>
- Española, R. A. (2020). Obtenido de <https://dle.rae.es/esterilidad?m=form>
- Estrada, H. (2014). *Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo*. Lima: Congreso de la República.
- Famá, M. (2011). *Maternidad subrogada: Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*. Buenos Aires: La Ley.



- Fertilab. (26 de Diciembre de 2019). *Fertilab.net*. Obtenido de <http://www.fertilab.net/ginecopedia/>
- Fertilidad, S. E. (2011). Técnicas de Reproducción Asistida. *Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida*, 33-59.
- GESTLIFE. (28 de Diciembre de 2021). *GESTIFE*. Obtenido de <https://www.gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada.php>
- GINEMED. (2021). Obtenido de <https://www.ginemed.es/reproduccion-asistida/inseminacion-artificial/>
- HIDALGO, S. (2018). *La maternidad subrogada y afectación a la Teoría General de la contratación contenida en el Código Civil Peruano*. Huaraz: Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo".
- HUMANIUM. (23 de NOVIEMBRE de 2021). Obtenido de <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>
- Jiménez, A. (2019). *MATERNIDAD SUBROGADA. PROPUESTA DE REFORMA AL APARTADO 4.177 BIS DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO*. Texoco, México: Universidad Autónoma de México.
- Kadagand, R. y. (2008). *Método científica del ADN aplicado a la criminología y paternidad*. Lima: Portocarrero.
- Kaneda, T. &. (primero de febrero de 2019). Obtenido de Ilaya Medical Company: <https://ivf.ilaya.com/es/tasas-fertilidad-estadisticas-infertilidad/>
- Kaneda, T. &. (primero de febrero de 2019). Obtenido de Ilaya Medical Company: <https://ivf.ilaya.com/es/tasas-fertilidad-estadisticas-infertilidad/>
- L., Z.-H. e. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: Problemática y desafío actuales. *Derecho y Sociedad* 51, 103-117.
- Lagos, L. (2017). *Por un acto de amor: ¿Quién tiene un vientre solidario? aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú*. Cajamarca: Universidad Privada del Norte.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. *Realidad y Derecho*, 4-49.
- Magán, J. (2021). *El tratamiento legislativo a la maternidad subrogada en el Perú*. Lima: Universidad Ricardo Palma.
- Mella, A. (2017). *La maternidad sobrogada: parte del derecho a la reproducción y a la libre determinación de ser padres*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PAYALICH, R. (2019). "MATERNIDAD SUBROGADA Y SU RECONOCIMIENTO EN EL PERÚ EN BENEFICIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ANÁLISIS DEL CRITERIO EXPUESTO EN LA CASACIÓN N° 06374-2016- 0-1801- JR-CI- 05". *Universidad Católica San Pablo*, 34.
- Peralta, R. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: IDEMSA.
- Peruano, E. (1997). *Ley General de Salud*. Lima: Normas Legales.
- Piña, C. (2018). *Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista*. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.



- REYES, K. (2020). *Regulación de la Maternidad Subrogada y Protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019*. Arequipa: Universidad Tecnológica del Perú.
- RODRIGO, A. (28 de DICIEMBRE de 2021). *BABYGEST*. Obtenido de <https://babygest.com/es/rusia/#:~:text=Rusia%20es%20uno%20de%20los,por%20la%20ley%20para%20ello>.
- ROJAS, R. (2020). *Incorporación legal de la maternidad subrogada, para garantizar la Consolidación de la Institución Familiar en el Perú*. Trujillo: Universidad César Vallejo.
- Rupay, L. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales". *Derecho & Sociedad*, 103-117.
- RUPAY, S. E. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *DERECHO & SOCIEDAD 51*, 103-117.
- Salud, O. M. (s.f.).
- Siverino-Bavio, P. (2012). Una mirada desde la bioética Jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 213-219.
- TANTALEÁN, C. (2005). El contro difuso como método de control constitucional. *Derecho & Cambio Social*.
- Ticse, M. (2018). *La regulación de la filiación derivada del uso de 'tecnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la Legislación Peruana*. Iquitos: UNAP.
- Ticse, M. (2018). *LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA CON SUBROGACIÓN MATERNA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA*. Iquitos: Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.
- TORRES, A. (2015). *ACTO JURÍDICO*. Lima: Institución Pacífico.
- Varsi, E. e. (2017). *Por un acto de amor: ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos Jurídicos sobre la infertilidad en el Perú*. Cajamarca: Universidad Privada del Norte.
- Vela, A. (2012). *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares.
- Villamarín, C. (2014). *Ma maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?* Arequipa: Universidad Católica de Santa María.
- VITERI, M. (2019). *Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Zegers-Hochschild. (24 de Diciembre de 2019). *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida*. Obtenido de <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/>