



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LEGALIZAR
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN - PERÚ 2020”

Tesis para optar el título profesional de:

ABOGADA

Autoras:

LIDA DEL CARMEN SILVA MEGO
JENNY MILAGRITOS MASLUCAN PADILLA

Asesor:

Mg. LUIS FRANCO MEJÍA PLASENCIA
<https://orcid.org/0000-0002-8702-1837>

Cajamarca – Perú

2020

DEDICATORIA

A DIOS, por ser nuestro guía, quien supo darnos la suficiente fortaleza para seguir con nuestro objetivo de terminar la presente investigación y no desmayar ante cualquier circunstancia adversa que se nos ha presentado.

A nuestros seres queridos, que con su ayuda y apoyo incondicional hicieron posible la culminación de este trabajo de investigación.

AGRADECIMIENTO

A nuestro docente, por sus enseñanzas en el curso de Tesis, el mismo que con su orientación nos ayudó a aterrizar el trabajo de investigación.

Tabla de contenidos

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
ÍNDICE DE TABLAS	5
RESUMEN	6
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	7
1.1. Realidad problemática	7
1.2. Justificación del problema	11
1.3. Formulación del problema	12
1.4. Objetivos	12
1.5. Hipótesis	13
1.6. Marco teórico	13
1.6.1. Antecedentes	13
1.6.2. Bases teóricas	16
1.6.3. Definición de términos	35
CAPÍTULO II. METODO	36
CAPÍTULO III. RESULTADOS	42
CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	52
REFERENCIAS	91
ANEXOS	103

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 01. Número de resoluciones que han resuelto conflictos sobre maternidad subrogada en el Perú.....	42
Tabla 02. Principales problemas que se presentan por falta de regulación de maternidad subrogada en el Perú.....	47
Tabla 03. Normatividad Nacional sobre maternidad subrogada en el Perú.....	48
Tabla 04. Normatividad Internacional sobre maternidad subrogada en el Perú.....	49
Tabla 05. Fundamentos jurídicos que sustentan la legalización de la maternidad subrogada en el Perú.....	49

RESUMEN

La presente investigación estuvo motivada en determinar qué fundamentos jurídicos avalarían la legalización de la maternidad subrogada en el Perú. La investigación fue de tipo descriptivo, transversal, la muestra estuvo conformada por sentencias judiciales que abordaron el tema de maternidad subrogada en el Perú y en el derecho comparado, cuyo instrumento de recolección de información estuvo la ficha de registro de datos. Las principales conclusiones a las que se arribó son las siguientes: la maternidad subrogada se practica en todo el mundo, en el Perú la maternidad subrogada no se encuentra regulada, generando problemas en la filiación, en la designación de la patria potestad, en la entrega de los recién nacidos, detenciones y pedidos de prisión preventiva, arribando en procesos judiciales que versaron sobre filiación, impugnación de maternidad, nulidad de adopción y trata de personas, como fundamentos jurídicos para legalizar la gestación por sustitución se encontró: el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a elegir y decidir de la gestante, el interés superior del niño, derecho a la vida privada, derecho a formar una familia, derecho a la salud sexual y reproductiva, derecho a la identidad del menor, la voluntad pro creacional, el vínculo genético, la protección de la dignidad humana, el postulado constitucional de que el Perú es una República democrática y “social” y la no afectación al orden público y las buenas costumbres.

Palabras clave: Maternidad subrogada, comitentes, Técnicas de Reproducción Asistida.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática.

La gestación por sustitución es una realidad, pues, en diferentes países del mundo, ante las circunstancias de que determinadas parejas no pueden concebir hijos de manera natural, se les está permitido que lo hagan mediante esta figura, para cumplir con su anhelo de ser padres. Dicha figura se produce cuando, previo acuerdo, una mujer lleva en su vientre un embrión que al nacer será para otra mujer, renunciando, a todos los deberes y derechos sobre el bebé. Tal como afirma Ramírez citado por Torres en el 2017, “una vez que la mujer dé a luz al bebé, no asumirá los efectos jurídicos propios de la maternidad porque aquella los ha delegado a otra mujer”.

Rubio (2012) señala que dada la existencia real de la práctica de la gestación por sustitución en el mundo, el derecho comparado distingue tres enfoques: a) países que su admisión es amplia (Israel, India, Irán, Rumanía, Ucrania, Rusia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y parte de los Estados Unidos), b) países que admiten la gestación subrogada, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos (Canadá, México, Brasil, Bélgica, Reino Unido, Grecia, Australia y Holanda) y; c) países que prohíben la gestación por sustitución (España, Francia, Portugal, China, Japón e Italia).

En la India la comercialización del cuerpo de la mujer ha creado un mercado atrayente, que ha favorecido el turismo médico por los accesibles costos de los embarazos con relación a los países occidentales, convirtiendo al país asiático en la

capital mundial del alquiler de vientres, facturando cada año millones de dólares. Sin embargo; esta situación ha cambiado en los últimos años, al aprobarse la ley titulada Surrogacy (Regulation) Bill 2016, la cual prohíbe la maternidad subrogada con fines de comercio, buscando que se favorezca la adopción de niños en abandono. La referida normativa prevé que sólo las parejas estériles indias pueden recurrir al vientre de alquiler, pero que, dicho embarazo será gestado por una mujer que tenga vínculo de parentesco con los comitentes y será de manera altruista, excluyendo a los solteros, extranjeros y homosexuales de la posibilidad de recurrir a la referida figura de subrogación de la maternidad. (India, 2018).

En España, se prohíbe la maternidad subrogada, la misma que se encuentra contemplada en el artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) del 2006, señalando “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”, pues además estaría inmersa en sanciones tal como lo señala el art. 24.2 “las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas (...), sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir” (Ley 14, 2006).

Sin embargo, hay quienes sostienen que dicha figura debe ser revisada, así, Ávila (2017) señala que España debe proceder a revisar su radical prohibición, para dar lugar a la legislación justa, uniforme, coherente e igualitaria que le exige la realidad.

Estados Unidos de América es un país donde la maternidad subrogada se encuentra legalizada en casi la totalidad de sus estados, como primer antecedente de gestación por sustitución ocurrió en 1986 con el nacimiento de Melissa Stern, la misma que dio inicio a la necesidad de regular esta figura en el país, alcanzando a la mayoría de los Estados, algunos regulados desde un enfoque comercial, otros desde un enfoque altruista, pero también existen estados que la prohíben y otros que no los han tratado (Rubio, 2012).

En México, la legalización de la maternidad subrogada no es generalizada, solo en algunos estados como Tabasco, Sinaloa se permite dicha práctica. En el estado federal de México, una ley ha sido propuesta y aceptada, sin embargo; en los estados restantes se encuentra prohibida, es necesario reconocer que la maternidad subrogada es una realidad contemporánea y debe ser reglamentada antes que abandonarla a la indiferencia, priorizando la tutela de los derechos de los sujetos involucrados (Baffone, 2013).

En Brasil, la maternidad subrogada se encuentra legalizada, pero a diferencia de Estados Unidos, su legalización se ha realizado bajo el enfoque altruista, con el requisito de que la mujer que llevará el embarazo tenga una relación de parentesco con los comitentes hasta el segundo grado de consanguinidad, así, mediante Resolución del Consejo Federal de Medicina N° 1.957/2010, en el considerando VII, señala: “autoriza a las clínicas y centros de reproducción humana, usar técnicas de reproducción asistida para crear la situación identificada como embarazo de sustitución”

Argentina es otro de los países que no ha regulado la figura de la maternidad subrogada sin embargo, en el año 2012, se produjo el nacimiento de una niña por vientre subrogado, que al momento de la filiación el juez decidió otorgar la custodia a los padres comitentes, basándose en los antecedentes de la jurisprudencia internacional y de su misma constitución (art. 19): "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe", pues, según Urquiza et al (2014), la ausencia de un marco regulatorio a dicha práctica no queda exenta de la posibilidad de conflictos.

En el Perú, sólo se ha avanzado en regular las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), la misma que está contemplada en el artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842 que dice: "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".

Si bien es cierto, existe la ley que permite las TRA, sin embargo, al establecer que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona, prohíbe la gestación por sustitución, no existiendo regulación alguna.

Tal como lo señala Gutiérrez (2016) "Al analizar la legislación peruana se concluye que no cuenta con una ley especial que regule las técnicas de reproducción asistida; que la ley general de salud, cuenta con solo un artículo referente a éstas, el que resulta limitativo para la práctica de la gestación por sustitución en cualquiera de sus modalidades"

La falta de regulación legal de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico peruano no ha impedido que en la práctica diversas parejas hayan acudido a tal figura, pues, según la Estadística del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida hasta el año 2013, se presentaron en el Perú 4,927 registros de niños nacidos bajo la modalidad de maternidad subrogada, pudiendo llegar a costar un procedimiento aproximadamente \$ 4000 dólares, sin contabilizar los gastos adicionales. (Chávez Collazos & Ramírez, 2017). Sin embargo, muchos casos de esta estadística han terminado en largos y complicados procesos judiciales, pues, por un lado, al momento de entregar al bebé a los padres comitentes, la madre subrogada se desiste en entregar al bebé y también puede ocurrir lo contrario, así como, dificultades para la filiación del bebé al momento del registro, entre otros.

1.2. Justificación

Ante lo expuesto, las razones que motivan el presente trabajo de investigación es la prohibición que existe en nuestro país respecto a la regulación de la gestación por sustitución, que es una práctica que va en aumento cada día, surgiendo la necesidad de determinar y analizar los principales fundamentos que permitan legalizar la maternidad subrogada y así proteger los derechos fundamentales de los actores involucrados en esta figura.

Las conclusiones resultantes del presente estudio servirán para proponer una modificación al artículo 7 de la Ley General de Salud, o la expedición de una ley especial, que regule a la gestación por sustitución, como una posibilidad a la que

pueden recurrir las parejas que no pueden tener hijos y así, cumplir con el sueño tan anhelado de ser padres.

1.3. Formulación de problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para legalizar la gestación por sustitución en el Perú 2020?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Determinar los fundamentos jurídicos para legalizar la gestación por sustitución en el Perú 2020

1.4.2. Objetivos específicos

- Identificar jurisprudencia sobre gestación por sustitución en el Perú
- Identificar los principales problemas que ocasiona la falta de regulación de la gestación por sustitución en el Perú
- Identificar estudios que han abordado la regulación de la gestación por sustitución
- Identificar normatividad nacional sobre gestación por sustitución
- Identificar normatividad internacional sobre gestación por sustitución.

- Identificar fundamentos jurídicos en los casos tratados en el Perú, así como, en el derecho comparado.

1.5. Hipótesis

La Hipótesis planteada es la siguiente: Los fundamentos jurídicos que permitan legalizar la gestación por sustitución en el Perú son: Los derechos al libre desarrollo de la personalidad de los comitentes, el derecho de elegir de la gestante, la protección de la dignidad humana de la gestante y el principio del interés superior del niño.

1.6. Marco teórico

1.6.1. Antecedentes

Rodas, W. L. (2019), en su tesis “Consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú, (Tesis de licenciatura) señala que, “el uso de la técnica de reproducción asistida tiene como consecuencia jurídica la afectación al derecho a la identidad del menor”

Gamarra (2018), en su tesis “Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia”, entre sus conclusiones señala que la práctica del vientre subrogante no violenta la dignidad ética de la procreación humana, porque en ella participan exclusivamente los componentes genéticos de quienes asumen la paternidad y la maternidad, ya que la investigación biológica y genética que hace el hombre para poder dar solución a la imposibilidad que tiene una mujer de

llevar un embarazo, y mediante técnicas de inseminación artificial se le puede implantar un embrión a otra mujer que ofrece su útero para que pueda traer al mundo al nuevo ser anhelado por una pareja de convivientes o esposos.

Piña (2019), en su tesis “Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista” señala que la gestación subrogada de forma altruista no tiene por qué ser contraria a la dignidad de la gestante ni al interés superior del niño porque se concilian derechos de la persona como son derechos a la paternidad/ maternidad y derechos de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal, por lo tanto; su regulación limitaría el riesgo de que las mujeres gestantes sean explotadas y los niños cosificados.

Núñez (2019), en su tesis “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho en el Perú “nos señala que existen cuatro criterios para una adecuada interpretación del principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho en el sistema legal peruano. El criterio principal es la protección de la vida de la persona, el segundo es la protección de la unión conyugal, el tercero es la protección de la familia y finalmente la interpretación de la dignidad según el fundamento ontológico.

Aco (2020) refiere en su tesis titulada “Regulación de la maternidad subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019” que la regulación de la maternidad subrogada en el Perú logrará

proteger el proyecto de vida de las mujeres infértiles, pues el proyecto de vida es un derecho fundamental reconocido por la CIDH dentro del que se encuentran inmersos el derecho a ser madre, el desarrollo integral y familiar.

Por otro lado, Lagos (2017) llega a la conclusión en su tesis titulada “Por un acto de amor: ¿quién tiene un vientre solidario? Aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú” que la falta de una regulación idónea que admita o prohíba expresamente en nuestro ordenamiento jurídico la maternidad subrogada, ha originado que los criterios adoptados por nuestros jueces en la resolución de conflictos sean contradictorios a nuestra legislación, dejando muchas dudas en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.

Para Tejada (2019) en su tesis “Análisis Jurídico de la Maternidad Subrogada Dentro de Nuestro Ordenamiento Legal Peruano, Arequipa, 2017”, es necesario cubrir el vacío legal sobre la maternidad subrogada en nuestro país con una regulación jurídica clara y precisa con el fin de evitar conflictos jurídicos sociales.

Morero (2017) en su tesis doctoral “Gestación Subrogada en el Estado Español: Una investigación teórico-empírica desde una perspectiva no endocéntrica” precisa que en el contexto actual global de la gestación subrogada es necesario plantear intervenciones que reconozcan el imprescindible papel que las mujeres tienen en estos procesos. En el caso de España, como en el de muchos otros países del mundo, la legislación no

permite desarrollar los procesos de gestación subrogada en el propio país dando lugar al fenómeno conocido como atención reproductiva transfronteriza.

1.6.2. Bases teóricas

Gestación por Sustitución

Para Lamm (2013) es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculo jurídico de filiación con la parte comitente (p 24)

Para Vela citado por Ávila (2017), señala que, la gestación por sustitución es un fenómeno social por el que una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no (p 316)

En nuestra opinión la gestación por sustitución es aquella figura donde una pareja llamada comitentes, que por problemas de infertilidad no poder procrear un hijo, recurren a una mujer que tiene la capacidad de gestar un embrión para luego darles a los comitentes.

Modalidades de gestación por sustitución

Según Lamm, la doctrina distingue dos modalidades de gestación por sustitución:

- a. **Gestación por sustitución tradicional:** Esta gestación se caracteriza porque la gestante aporta la gestación y también sus gametos.
- b. **Gestación por sustitución gestacional:** Se caracteriza por que la gestante aporta solo la gestación, los gametos son aportados por los comitentes o por donantes que no sea la gestante.

Entre las dos clases de gestación se opta por la gestación por sustitución gestacional, pues la jurisprudencia demuestra que las disputas y los problemas son más frecuentes en la Gestación por sustitución tradicional, demostrado en casos como en Estados Unidos “Baby M”.

El principio de la dignidad humana

En el artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En palabras de Bernaldes (1999) la persona humana es el valor supremo de la sociedad y el Estado, tanto en lo que se refiere a su defensa, como en el respeto a su dignidad, al respecto se puede decir que el artículo es un principio de interpretación, que sirve como criterio para iluminar el significado de las demás normas de la Constitución, particularmente de los derechos constitucionales, igualmente el artículo es un principio que sirve para hacer hermenéutica, es decir que en ausencia o deficiencia de normas, puede ser un elemento para extraer normas a partir de procedimientos de interpretación jurídica (p 107,108)

Según el artículo 1 de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas menciona todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Acuerdo de gestación por sustitución

El acuerdo es un acto jurídico, el acto jurídico se encuentra regulado en el artículo 140 del Código Civil (C.C), en el cual se señala que es una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas y para su validez se requiere: Agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito, observancia de la forma prescrita bajo la sanción de nulidad.

Así mismo, la manifestación de voluntad se encuentra regulado en el artículo 141 del Código Civil, que puede ser expresa o tácita, es expresa cuando se realiza de forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo (...)

Autonomía de la voluntad

Esta teoría implica poder de decisión, cuyo único límite es considerar si tal decisión conlleva la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otra persona, pues según el Juzgado de Familia de Gualeguay (2013) citado por Curti (2018) señala mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación la ley no debería prohibirlas.

Por otro lado, la decisión de la gestante de participar en un acuerdo de subrogación, es parte del derecho a la autonomía personal, por lo tanto, prohibir, invalidar o simplemente cuestionar esos contratos, sería violar el derecho de las mujeres a la autodeterminación y reforzar el estereotipo de incapacidad de decisión de las mujeres (Van Zyl citado por López, 2017, p 66)

1.6.3. Teorías que sustentan la gestación por sustitución

Teoría del parentesco genético.

Para los defensores de esta teoría, señalan que, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto, dado que todo niño puede tener sólo un padre o sólo una madre genética, que puede ser científicamente verificable (Lamm, 2013, p 33,34)

Así mismo, se destaca en esta teoría, que, es precisamente la conexión genética entre los padres y el niño lo que lleva a optar por las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), en lugar de la adopción, sosteniendo que las personas que son infértiles pueden satisfacer el anhelo de crear un hijo y de ver una versión de sí mismos (Andrews, Bender & Hill, citado por Lamm, 2013, p 33, 34), a través de una mujer gestante.

Al respecto, en materia jurisprudencial se tiene el caso *Belsito v. Clark*, que apoya a la teoría genética, donde el Tribunal de Justicia de Ohio, consideró que una persona distinta de los padres naturales (padres genéticos) podrían ser los padres legales, sólo si los padres genéticos renuncian a sus derechos. Pues la corte señala

que esta teoría es más respetuosa con quien aporta el material genético y es más acorde con la política pública.

Sin embargo, la teoría presenta críticas, pues cuando el material genético no son de los padres de intención, ni de la gestante, sino de terceras personas, pues, en este caso el niño no tendrá conexión genética con ninguno (padres comitentes ni gestante), desde este punto de vista la mujer que dona el óvulo o el hombre que dona el espermatozoide, tendrían derecho a reclamar la maternidad, sin ninguna intención de tener un hijo, por lo que no sería posible, para ello, la decisión judicial debería sustentarse en la teoría basada en la intención.

Teoría de la intención

Para esta teoría madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético y/o biológico.

Esta teoría fue desarrollada por el Estado de California en el caso de *Johnson v. Calvert 1993*, en este caso, la pareja de comitentes (Mark y Crispina) buscó una mujer (Ana) para gestar un embrión que genéticamente pertenecía a los padres comitentes, realizaron un contrato en la que la Ana renunciaba a todos sus derechos como madre y como compensación Mark y Crispina deberían pagar \$ 10, 000 dólares en partes, la última debería ser abonada seis semanas después de haber nacido el niño, además Mark y Crispina le pagaron un seguro de vida por \$ 200,000 dólares, luego Ana envió una carta a los comitentes exigiendo el pago del saldo de que se le debía de lo contrario no le entregaría al niño, al mes siguiente los comitentes contestaron solicitando una declaración de que ellos eran los padres

legales del niño que aún no había nacido, por su parte Ana inició una acción legal que se le reconociera que ella era la madre, finalmente el juez resolvió que los comitentes eran los pares legales y que el contrato de gestación por sustitución era válido y exigible. Ana apeló y la Cámara de apelaciones confirmó la decisión, el caso llegó a la Suprema Corte, analizado el caso, la madre gestante y la madre genética estaban amparadas por el Código Civil de California (art. 7003 y 7015), en este sentido la Suprema Corte buscó un nuevo método para resolver el problema y recurrió a la teoría de la intención, concluyendo que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar al niño, pues, la Suprema Corte de California determinó que Crispina era la madre genética y también la madre legal, porque ella había tenido siempre la intención de criar al niño como propio y sin esa intención jamás habría nacido, para la Corte la gestante (Ana) solo fue una facilitadora de la intención de Crispina.

En este orden de ideas, Lamm (2013) señala que la voluntad procreacional es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior, pues, para Kemelmajer citado por Lamm (p 55), señala la voluntad procreacional es el elemento central que atribuye o determina la filiación, independientemente si los comitentes aportan o no su material genético, lo que importa es la intención de querer ser padres. En esta línea de ideas el Tribunal de Familia de Rosario citado por Curtis (2018) que en las técnicas de reproducción asistida es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético

pertenece a las personas que efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, definitivamente rige aquí el principio de autonomía de la voluntad y no la del puro dato genético para dar nacimiento al vínculo filial.

Al respecto el Tribunal de Familia de Rosario (2014), dice que la voluntad procreacional es el deseo o intención de crear una nueva vida, derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo (...) estas nuevas formas de concebir la familia requieren sean reconocidos sus derechos filiatorios. Así se expuso con claridad la existencia de uniones afectivas donde la reproducción natural no resulta posible, obligan a admitir la construcción de un parentesco que no se funde en las bases biológicas sino en la construcción de vínculos basados en la socioafectividad y cuya construcción depende de la existencia de una voluntad procreacional, en la que sin duda debe dar respuesta el ordenamiento jurídico (Curtis, 2018)

Hoy ser madre es mucho más que gestar o parir, hoy a la luz por sustitución madre es querer ser madre, por lo que resulta injusto imponerle esa maternidad a la mujer que gestó sin deseo o intención de ser madre (Lamm, 2013)

Teoría de la libertad de elección:

La base primaria de la libertad se encuentra en las cuatro causas fundamentales que justifican la esencia filosófica de la acción de Aristóteles, siendo: material, formal, eficiente y final, al respecto, la causa eficiente de la acción que por ser una causa de posibilidades conlleva a comprender la libertad de elección como fuente esencial para hacer actividades de la vida humana. Pues, según Aristóteles la causa de la

acción, es la elección y la causa de la elección es el deseo y el pensamiento en vista de un fin. (Romero, 2014, p 170)

Por su parte, el psicólogo Glasser, respecto a la teoría de la libertad de elección señala:

“que todo lo que hacemos, pensamos y sentimos procede de nuestro interior y no, como cree la mayoría, de una reacción ante las personas y las cosas que nos rodean. Nuestra conducta es el mejor medio de que disponemos para realizar elecciones que nos acerquen lo más posible a nuestra imagen ideal del mundo (...)

Por otro lado, el autor menciona que la teoría de la elección explica que los estímulos externos no pueden controlar al ser humano para que elija una opción concreta, también podemos elegir entre tenerla y no tener en cuenta y actuar de la manera que nos parezca congruente, basados en la teoría de la libertad de elección no somos máquinas y no estamos diseñados para contestar de forma específica a un control externo. Si decidimos hacer algo que se nos dice, es porque elegimos de acuerdo a la información que disponemos (p34)

Castillero (2017) señala que en la teoría de la libertad de elección de Glasser: *“el ser humano es capaz de autocontrolarse”*, aunque el mundo exterior influya, es nuestro cerebro y nuestra mente los únicos capaces de controlar nuestro comportamiento; por lo tanto, somos los únicos responsables de nuestros propios actos. Existen hábitos que respetan el derecho a elegir y a responsabilizarnos como escuchar, confiar, animar, aceptar, respetar, negociar y apoyar a los demás.

La mujer que subroga su útero lo hace de manera voluntaria y llevada en teoría por el ánimo de ayudar al prójimo y es la única responsable de haber elegido llevar en su vientre un niño/a que al final no será suyo.

Teoría de la autodeterminación:

Castillero (2018) nos menciona que Deci y Ryan en su micro teoría de autodeterminación llegan a la siguiente conclusión: Existen factores que influyen en nuestra motivación al momento de actuar, el contexto en el que se mueve nuestra conducta y la situación concreta en la que se lleva a cabo son elementos que se respaldan recíprocamente y que además afectan a la posible aparición de diferentes tipos de motivaciones tales como:

- ✓ La motivación intrínseca o autónoma en la que actuamos en base a nuestra voluntad y elección.
- ✓ La voluntad extrínseca o controlada que nos lleva a actuar motivados por la falta de satisfacción y
- ✓ La motivación impersonal o desmotivada, actuamos por falta de motivación.

Dentro del proceso de gestación por sustitución como bien se sabe intervienen dos partes: los padres de intención y la mujer que subrogará su vientre, esta última deberá actuar motivada intrínsecamente por propia voluntad y elección, de tal forma que al finalizar la gestación por subrogación ella se sienta satisfecha consigo misma de su actuar.

1.6.4. Marco Normativo

A. Normativa Internacional

Derecho comparado y las Leyes que permiten la gestación por sustitución en el mundo

Israel. Ley de Acuerdos sobre la Gestación de Fetos (5756/1996) de 17 de marzo de 1996. En ella se señalan una serie de requisitos, como que los comitentes deben ser una pareja heterosexual con incapacidad para gestar naturalmente o que la gestante debe encontrarse un rango de edad preestablecido, o, en similitud con la Proposición de Ley de Ciudadanos, haber tenido entre uno y tres hijos propios, y no haber participado más de dos veces en este procedimiento (Vieites, 2018)

Canadá. Ley de Reproducción Humana Asistida - Assisted Human Reproduction Act de 2004. En su artículo 6 señala: **(1)** Ninguna persona deberá pagar consideración a una mujer para ser madre sustituta, ofrecer pagar tal consideración o anunciar que se pagará. **(2)** Ninguna persona aceptará contraprestación por hacer los arreglos para los servicios de una madre sustituta, ofrecer hacer tal arreglo a cambio de una contraprestación o anunciar la disposición de tales servicios. **(3)** Ninguna persona deberá pagar contraprestación a otra persona para que haga los arreglos para los servicios de una madre sustituta, ofrecer pagar tal contraprestación o anunciar el pago de la misma. **(4)** Ninguna persona aconsejará o inducirá a una mujer a convertirse en madre

sustituta, ni realizará ningún procedimiento médico para ayudar a una mujer a convertirse en madre sustituta, sabiendo o teniendo motivos para creer que la persona mujer es menor de 21 años. (5) Esta sección no afecta la validez bajo la ley provincial de cualquier acuerdo bajo el cual una persona acepta ser madre sustituta. (Assisted Human Reproduction Act de 2004)

Reino Unido. La gestación por sustitución se encuentra regulada en la Surrogacy Arrangements Acts de 1985, en la Adoption and Children Act de 2002, en la Human Fertilisation an Embryology Act de 2008 así como, en la Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations de 2010.

Respecto a la gestación por sustitución en el Reino Unido Ávila (2017), señala:

Se admite la gestación por sustitución justificada por motivos médicos, que no implique ejecutar un contrato, debe ser a título gratuito, sin intermediarios, admitiéndose el pago a la gestante de gastos razonables que se deriven de la gestación, lo cual no privaría del elemento de gratuidad.

La filiación se determina por el parto, independientemente del aportante del material genético, si está casada su marido será considerado padre legal del niño, a menos que se demuestre lo contrario. La filiación se transfiere a los comitentes, a solicitud ante los tribunales, pasado un

período de reflexión de seis semanas que es derecho de la gestante, el juez establecerá la filiación del nacido transfiriendo a los comitentes, a través de una “*parental order*”.

Si la gestante no está casada ni en unión civil, el comitente aportante de semen, será declarado padre legal automáticamente, sin ningún consentimiento por parte de la gestante y el comitente que no aportó el semen, serán designados padres legales, si tanto la gestante como esta parte consienten. Es importante observar que en cualquier caso, la gestante siempre es la madre, y que para transferir la filiación se requiere la tramitación de la parental order, y por ende, su consentimiento. Para el otorgamiento de la parental order, la normativa del Reino Unido exige que se cumplan una serie de requisitos: Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético, evidencia que ha de demostrarse ante el tribunal. Los comitentes deben ser esposos, constituir una unión civil o ser dos personas que vivan como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentren en grados prohibidos de parentesco. Además, ha de tratarse de personas mayores de 18 años, al momento de solicitar la orden, y tanto cuando se solicita como cuando se otorga, el hogar del niño debe ser el de los comitentes. La parental order debe solicitarse dentro de los seis meses al nacimiento del niño, sin que quepa prórroga. Al momento de la solicitud, como en el de concesión, al menos uno de los comitentes ha de estar domiciliado en el Reino Unido. Por otro lado, el tribunal debe asegurarse de que

tanto la gestante, como su esposo, si lo hubiera, han consentido libre, incondicionalmente, y con plena comprensión. Consentimiento que será válido sólo si ha transcurrido seis semanas después del parto. Por último, la ley autoriza el pago de gastos razonables, no cabiendo ninguna otra remuneración, salvo autorización judicial, que tiene la facultad de autorizar pagos que excedan de aquéllos en forma retroactiva.

Grecia. Ley 3089/2002 de Asistencia Médica en la Reproducción Humana, que regula la gestación por sustitución. En 2005 se incorpora de manera expresa en la Ley 3305/2005 la prohibición para realizar pagos a la mujer gestante por participar en estos acuerdos e impone sanciones penales en caso de que se hagan. Una característica de la regulación en este país es que los acuerdos de gestación son revisados y autorizados por los tribunales nacionales antes de iniciar el procedimiento y, en caso de ser aprobados, son ejecutables.

Tratados Internacionales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

De la revisión de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), no se ha encontrado, casos sobre gestación por sustitución, sin embargo, sí se encontró un caso "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica", pues, en el año 1997 el Poder Ejecutivo de Costa Rica reguló la práctica de la fecundación in vitro (FIV); luego, en el año 2000,

el decreto del Ejecutivo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de ese país; ese tribunal consideró que los embriones in vitro tienen derecho a la vida, y la FIV, de manera consciente y voluntaria, causa una elevada pérdida de embriones, incompatible con ese derecho a la vida. El resultado de esa decisión judicial fue la prohibición de la práctica.

En el año 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión sostuvo que la prohibición costarricense constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia, y una violación al derecho de igualdad. Por lo tanto, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la futura regulación sea acorde con la Convención.

Ante el incumplimiento de la recomendación, luego de tres prórrogas, el 29/07/2011, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese tribunal condenó a Costa Rica; dijo que prohibir la fertilización in vitro viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia. La Corte ratificó, pues, que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente, pero fue más allá, ya que al analizar el art. 4.1 de la Convención y la naturaleza del embrión, ingresó en un terreno sensible y necesario para América Latina, como es la interrupción del embarazo.

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**

El TEDH, resolvió los casos *Menesson c. Francia* (demanda nro. 65192/11) y *Labasse c. Francia* (demanda nro. 65941/11) el 26 de junio de 2014. Respecto de los antecedentes, Francia (estado de recepción) se negó a reconocer vínculo filiatorio entre los niños nacidos en Estados Unidos, fruto de la técnica de reproducción de GS, y sus padres intencionales, con quienes presentaban lazos genéticos. El tribunal declaró, por unanimidad, que Francia ha violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada. En su fallo destacó que:

- El derecho francés impedía absolutamente el establecimiento de un vínculo jurídico entre el niño y el padre intencional en Francia, además de impedir la transcripción de acta extranjera en el registro francés. Entendiendo que la filiación es un aspecto esencial de la intimidad de los individuos.
- Las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los menores, principio que debe guiar cualquier decisión sobre ellos.
- Si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la GS, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los menores, a los que

de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad

El T.E.D.H. volvió a pronunciarse sobre un caso que involucraba la técnica de reproducción de GS, el 27 de enero de 2015, *Paradiso y Campanelli c. Italia* (demanda nro. 25358/12). Un matrimonio heterosexual italiano, que tenía dificultades para realizar fecundación in vitro, decidió contratar una GST con una mujer rusa en Rusia mediante la agencia “Rosjurconsultin”. En Italia fue denegada la transcripción del certificado de nacimiento alegando que la documentación era falsa. La Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli fueron acusados de “tergiversación de estado civil”, y violación de la legislación sobre adopción. El tribunal de menores declaró el estado de abandono (y adoptabilidad) respecto al niño porque los padres biológicos eran desconocidos y los comitentes no podían ser considerados los padres –de acuerdo con la ley italiana por no tener ningún lazo genético o jurídico con el niño. El tribunal de Apelaciones confirmó la sentencia y el niño fue confiado a los servicios sociales y colocado con una familia de acogida, sin que el matrimonio sea informado de su ubicación y sin permitirles ningún contacto, en enero de 2013 el bebé fue confiado a los padres adoptivos. El tribunal analizó si se había vulnerado el derecho a la vida familiar y privada de los padres intencionales. Consideró que hubo una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, a partir de cómo se produjo la remoción del niño de su familia y su colocación bajo tutela.

Entendió que, efectivamente, hubo “vida familiar” entre el niño nacido en Rusia y el matrimonio de padres intencionales, ya que habían convivido al menos seis meses. Asimismo, entendió que hubo “vida privada” entre ellos. Destacó que es necesario que un niño no se encuentre en situación de desventaja por el hecho de haber sido traído al mundo por una madre portadora. Considera que el Estado debe tener en cuenta el interés superior del menor, independientemente de la relación parental, genética u otra. Sin embargo, tal sentencia ha sido revocada por la “Gran Sala” en reciente Sentencia de 24 de enero de 201716, que ha entendido que no existió vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Ha considerado que no hubo violación del derecho al respeto a la “vida familiar”, por entender que, en rigor, no puede entenderse que en el supuesto enjuiciado existiese, teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo

B. Normativa Nacional:

Constitución Política de 1993

En el artículo 2 de la Constitución Política del Perú, se encuentra positivizado los derechos de las personas, en el inciso 2 se regula que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y nadie debe ser discriminado por su raza, religión, sexo, o por cualquier otro motivo de diferente índole. En el inciso 24 se plasma que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

En el art. 43 de la Constitución de 1993, se establece que, la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana (...), según Bernal (1999), el carácter social implica que el Estado no toma en cuenta solamente la realización individual de las personas, sino que educa a sus grupos humanos en un espíritu de colaboración y solidaridad.

Al momento, no existe dispositivo legal que permita la gestación por sustitución, pues, en la Carta Magna, se encuentran regulados los derechos fundamentales, de manera general.

Código Civil de 1984

Artículo V del título preliminar establece que, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

El acuerdo de gestación por sustitución regulado en nuestra legislación no debería ser contrario al orden público y las buenas costumbres.

Ley General de Salud

En el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud se señala: “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”.

Esta ley prohíbe la gestación por sustitución, al señalar que la madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona.

Rupay (2018) señala “se justifica una regulación de la maternidad subrogada en el Perú, basado en derechos fundamentales contenidos en la Constitución como el derecho a la autonomía reproductiva, a la protección familiar y al libre de desarrollo de la personalidad”.

Por otro lado, Laban (2017) señala que: “En el Perú, no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla. A pesar de ello es una práctica real que siempre ha existido en nuestra sociedad y que en las últimas décadas se ha presentado con mayor protagonismo(...). Debe regularse la maternidad subrogada para garantizar los derechos reproductivos de las mujeres infértiles bajo un sistema de evaluación anticipada en donde se exigirán el cumplimiento estricto de ciertos requisitos a los que se someterán las partes para poder recurrir a la maternidad subrogada”.

Gutiérrez (2016) señala “el Estado debe de legislar las técnicas de reproducción asistida de manera específica además de legalizar la maternidad subrogada homóloga siendo esta la última opción de tener un hijo genéticamente propio (...), que la legalización de la maternidad subrogada en su versión homóloga, ampara a una parte de la sociedad, que se encuentra limitada para gestar pese a conservar su fertilidad, pero como consecuencia de un efecto secundario, ya sea por alguna

enfermedad degenerativa o por poner en riesgo la vida de la madre y el feto queda contraindicada la gestación, siendo la maternidad subrogada homóloga el último recurso para tener un hijo genéticamente propio al mantenerse el vínculo genético, el que permanece inalterable entre padres e hijos (...)

1.6.5. Definición de conceptos

- **Técnicas de reproducción asistida:** Según Torres (2017), las TRA son “un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos, con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina”.
- **Maternidad subrogada:** Llamada también gestación por sustitución se trata de un tipo de embarazo en donde una mujer por medio de técnicas de reproducción asistida (gametos serán de los padres de intención o por donación) gestará un bebe que al final no será de ella.
- **Padres Comitentes:** o padres de intención son aquellos que subrogan el vientre de una mujer para que geste a su futuro hijo/a.
- **Madre Subrogada:** Es la mujer que gestara el niño/a de los padres comitentes de forma voluntaria.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

El presente trabajo es una investigación de tipo descriptiva, pues, según Hernández y Coello (2006), “el principal objetivo es describir el fenómeno y reflejar lo esencial, sin tener en cuenta las causas que lo originan, para lo que es necesario captar sus relaciones internas y regularidades, así como aquellos aspectos donde se revela lo general.” En este sentido es estudiar la variable de estudio “maternidad subrogada” tal y como se presenta en la realidad.

El diseño de investigación es no experimental – transversal, porque en el estudio no se manipulará las variables de estudio, y se hará en un corte de tiempo (2020)

2.2. Población y muestra

Población: la población es cualquier conjunto de elementos que tengan una o más propiedades en común definidas por el investigador y que puede ser desde toda la realidad, hasta un grupo muy reducido de fenómenos (Hernández y Coello, 2006, p. 50). La población de la presente investigación está constituida por todas las Resoluciones (sentencias) judiciales sobre maternidad subrogada del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional del Perú, así como del derecho comparado.

Unidad de Análisis: para la presente investigación la unidad de análisis son las Resoluciones (sentencias) sobre maternidad subrogada.

Muestra: Es un grupo relativamente pequeño de unidades de estudio que representa las características de la población, además, el tamaño de la muestra debe

determinarse de acuerdo con los objetivos de la investigación (Hernández y Coello, 2006, p. 51).

En este sentido, la muestra para la presente investigación estará constituida por tres Sentencias del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional del Perú, cuatro sentencias del derecho comparado y revisión de la doctrina sobre maternidad subrogada, las mismas que servirán para determinar los fundamentos jurídicos que permitirán legalizar la maternidad subrogada en el Perú.

La muestra no fue seleccionada **probabilísticamente**, sino fue seleccionada de manera **intencional**, pues según Hernández y Coello (2006), su fundamento consiste en que el buen juicio posibilitará escoger los integrantes de la muestra, por lo que el investigador selecciona explícitamente los elementos que son representativos o con posibilidades de brindar mayor información. En este caso se considera que las resoluciones (sentencias) judiciales seleccionadas aportarán elementos fundamentales para determinar los fundamentos jurídicos que permitirán legalizar la maternidad subrogada en el Perú.

2.3. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

2.3.1. Métodos para la recolección de información.

A. **Métodos:** Los métodos para la recolección de datos en la presente investigación serán los siguientes:

- **Método Lógico:** Busca la razón de ser de la ley o el espíritu de la norma mediante este método se describe, analiza los principales factores

jurídicos que permitan legalizar la maternidad subrogada en el Perú.
(Ramos, 2000, p. 112).

- **Método inductivo:** Este método considera una serie de fenómenos o conocimientos particulares para llegar a conclusiones generales. (Ponce de León, 1999, p. 73). Pues en este caso, se realizará el análisis de resoluciones jurisprudenciales, sobre maternidad subrogada, así como, de la normativa existente en el Perú, el derecho comparado y la doctrina.
- **Método análogo – comparativo:** Este método consiste en la comparación de fenómenos por sus semejanzas y diferencias, que va de lo conocido a lo desconocido. En el contexto del derecho puede aplicarse en la modificación legislativa y en la elaboración de normas jurídicas para lo cual conviene siempre considerar la experiencia normativa en el tiempo y en el espacio, situación que origina la comparación histórica y la comparación sociológica. (Ponce de León, 1999, p. 73-74). Se analizará la normativa y jurisprudencia sobre maternidad subrogada, para proponer una posible modificación legislativa al art. 7 de la Ley General de Salud N° 26842.
- **Método sistemático jurídico:** Consiste en determinar qué quiere decir una norma, atribuyéndole los principios o conceptos que están descritos con mayor claridad en otras normas, pero que no están claramente expresados en el texto normativo que se quiere interpretar, en el caso del presente estudio es el art. 7 de la Ley General de Salud sobre las TRA y

la maternidad subrogada. (Ramos, 2000, p. 119). En el trabajo se realizará la sistematización de datos a partir de la jurisprudencia y normatividad existente sobre maternidad subrogada.

2.3.2. Técnicas para la recolección de información.

La técnica que se usará para la recolección de información será la técnica de análisis documental de casos. Pues según Hernández y Gonzáles (2006), “el análisis de documentos es también una fuente importante, objetiva y barata de obtener información en la realización de una investigación cualitativa”, en el presente estudio se utilizará la legislación y la jurisprudencia como fuentes para obtener la información, la misma que será analizada.

2.3.3. Instrumentos de recolección de datos.

En el presente estudio, como instrumento de recolección de datos, se utilizará la *ficha de registro de datos*, la misma que es válida (medirá con exactitud lo que se ha propuesto medir sobre la variable de estudio), confiable (la aplicación repetida al mismo objeto dará resultados iguales) y objetiva (es permeable a los sesgos o tendencias de los investigadores).

2.4. Procedimiento

El presente trabajo de investigación ha considerado una etapa de recolección de información, utilizando fuentes primarias y secundarias, sobre la variable en estudio maternidad subrogada, abordando el estudio de la regulación de la referida figura en el derecho internacional, como en el derecho nacional, así como analizar la

regulación de la maternidad subrogada en países del extranjero, buscando los principales fundamentos jurídicos que permitan legalizar en el Perú.

2.5. Aspectos éticos de la investigación

En la investigación se tuvo en cuenta la beneficencia, la autonomía y la justicia, principios éticos importantes señalados en el reporte de Belmont. Belmont (1998).

La beneficencia. Se trata a los magistrados que fueron encuestados de manera ética no sólo respetando sus decisiones y protegiéndolos de daño, sino también esforzándose en asegurar su bienestar. Dos reglas generales han sido formuladas como expresiones complementarias de los actos de beneficencia entendidos en este sentido: No causar ningún daño, y maximizar los beneficios posibles y disminuir los posibles daños.

La autonomía. Este principio se refiere a: primero, que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos, y lo segundo, que todas las personas cuya autonomía está disminuida tienen derecho a ser protegidas. Consiguientemente el principio de respeto a las personas se divide en dos prerrequisitos morales distintos: el prerrequisito que reconoce la autonomía, y el prerrequisito que requiere la protección de aquellos cuya autonomía está de algún modo disminuida.

La justicia. Está referida a ¿Quién debe ser el beneficiario de la investigación y quién debería sufrir sus cargas? Este es un problema que afecta a la justicia, en el sentido de "equidad en la distribución", o "lo que es merecido". Se da una injusticia

cuando se niega un beneficio a una persona que tiene derecho al mismo, sin ningún motivo razonable, o cuando se impone indebidamente una carga.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

En el presente trabajo de investigación se presentan los siguientes resultados, de acuerdo a los objetivos trazados.

3.1. Identificación de sentencias que han resuelto casos de maternidad subrogada en el Perú y en el derecho comparado

Tabla No 1

Número de resoluciones que han resuelto conflictos sobre maternidad subrogada en el Perú y en el derecho comparado.

País	Instancia Judicial	Expedientes	Decisión
Perú	Resoluciones de Primera Instancia del Juzgado Especializado	Exp. N°. 183515-2006-00113	Fundada Impugnación de maternidad
Perú	Resoluciones de Segunda Instancia de la Corte Superior de Justicia	Exp.06374-2016-0-1801-JR.CI.05	Fundada rectificación de partidas
Perú	Casación de la Corte suprema	Cas. N° 563-2011	Infundada nulidad de adopción
Perú	Casación de la Corte suprema	Cas. N°. 5003-2011-Lima	Fundada Impugnación de maternidad
Perú	Ministerio Público/Poder Judicial	Pedido de prisión preventiva por querer sacar del país dos niños nacidos por gestación por sustitución (2018)	Infundado, se demostró que el detenido era padre de los menores
Argentina	Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos	Sentencia del 14/04/2010	Impugnación de la maternidad de la gestante
Argentina	Sentencia junio del 2013. Pareja heterosexual	Sentencia	Impugnación de maternidad
Estados Unidos	Caso de Baby M – 1985	Tribunal Supremo de Nueva Jersey	Comitentes solicitaron la tenencia
Reino Unido	Caso Baby Cotton 1985	Tribunal del Reino Unido	Comitentes solicitaron la tenencia
Total		9	

Fuente: Ficha de Registro de datos

De las resoluciones o sentencias que han abordado el tema de maternidad subrogada se ha encontrado cuatro en el Perú, dos en Argentina, una en Estados Unidos y una en el Reino Unido. Los resuelto por esos tribunales está basado en diversos fundamentos jurídicos, que fallaron a favor de los comitentes.

Expediente N.º 183515-2006-00113 - Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia.

De la revisión de la sentencia, se verifica que se discute el caso de la señora C.M.S.A., quien, al tener un problema de salud (problema en el riñón) que le impide resistir un embarazo, acudió a una Clínica de la capital, donde personal médico le confirmó la posibilidad de emplear el método de “maternidad subrogada”. Es así que la madre de la señora antes indicada ofreció su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, realizándole el implante de un embrión concebido con las células sexuales de la señora C.M.S.A y su pareja, previamente fecundado in viro, naciendo una niña, en cuya partida de nacimiento, se consigna como su madre a la señora que otorgó el vientre, más no a la señora C.M.S.A por lo que se tuvo que dar inicio a un proceso de impugnación de maternidad. El Juzgado declaró fundada la demanda y en consecuencia declara que la niña D. M. A., es hija de la demandante C.M.S.A. Dispone dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por la gestante. Dispone la inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre biológica y la rectificación de los apellidos de la niña. Todo ello fundamentado en: *“que doña J. L. A. de la O., ha llevado en su vientre una niña sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija C. M. S. A., (...)*

Expediente N.º 06374-2016-0-1801-JR.CI.05 - Corte Superior de Justicia de Lima. De la revisión de la sentencia se puede verificar que una pareja de esposos, los señores

F.D.N.R. y A.N.B.V., ante la imposibilidad de que la señora pueda quedar embarazada, decidieron acudir a la técnica del útero subrogado, procediendo a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima. Con el consentimiento de los señores F.D.N.R. y A.N.B.V., se transfirieron dos embriones fecundados al útero de la Sra. E.B.R.U., suscribiendo un acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades. Al momento que nacieron los dos menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R., fueron consignados como hijos de la gestante (E.B.R.U, pues fue ella quien los alumbró), y del Sr. F.D.N.R (comitente), dado que se aceptó la declaración de la Sra. E.B.R.U, referida a que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo, sino el comitente. Luego, iniciaron dos procedimientos de rectificación de actas de nacimiento, en los cuales el Sr. F.D.N.R, solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. A.N.B.V, solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación, lo cual fue declarado improcedente por la RENIEC (2017:2). Ante esta circunstancia los afectados iniciaron un proceso de amparo contra las resoluciones Registrales que declararon la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores, la misma que la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada la demanda de amparo, en consecuencia declara nulas las resoluciones registrales, así mismo, anulan las actas de nacimiento y ordena a la RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de las iniciales I.N.N.R. y C.D.N.R., donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores comitentes (Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau), así como, registrar que ellos son sus padres (...)

Casación N.º 563-2011 – Lima. Corte Suprema de la República. De cuya sentencia se puede determinar que los señores D.F.P.Q. y G.S. no podían tener hijos, por lo que acordaron que los señores I.Z.C.M. y G.S., se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a una menor, para que luego esta sea entregada a los primeros. Luego de culminada la gestación y a los nueve días de vida, la niña fue entregada a los señores D.F.P.Q. y G.S, los cuales, ante la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en el Perú, tuvieron que iniciar un procedimiento de adopción, a fin de que legalmente la menor sea considerada como su hija. Sin embargo, luego de haber entregado a la niña, los señores I.Z.C.M. y P.F.P.C. (padres legales o gestante) manifiestan su disconformidad en el proceso de adopción iniciado, alegando que se han realizado actos fraudulentos, interponiendo un recurso de casación contra la resolución que declara fundada la demanda de adopción, por lo que la Corte Superior de Justicia de la República declara infundada el recurso de casación, en consecuencia NO CASARON la sentencia que declara fundada la demanda de adopción.

Casación No 5003-2007- Lima. Corte Suprema de la Justicia de la República. Se trata de un recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo O.F.Q.O impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por la Sra. María Alicia Alfaro Dávila., respecto de la menor A.B.A.D., quien señala que la demandada no sería la madre biológica de la menor, pues ella fue se realizó inseminación artificial con el óvulo de una mujer diferente y el esperma del señor Custodio Olsen Quispe Condori, esposo de la demandante, sin el consentimiento de este. Por ello el menor O.F.Q.O sería hermano paterno de la menor A.B.A.D., conforme al resultado del ADN. Ante los hechos expuestos y debidamente acreditados la sala resolvió

lo siguiente: Fundado el recurso de casación, en consecuencia, nula la resolución que declara improcedente la demanda y ordena que el juez de la causa expida nueva resolución.

Caso de pareja de chilenos (2018), desde el 2011, Madueño y Tovar son una pareja que se han sometido a múltiples tratamientos de fertilidad para ser padres. Luego de fracasar en Santiago de Chile, en el 2013 llegaron a la clínica Concebir, en Lima. Intentaron otros tres procedimientos de fertilidad sin éxito y, como última opción, decidieron someterse a la técnica del vientre subrogado o de alquiler. Los bebés nacieron el pasado 28 julio del 2018, que luego estuvieron bajo el cuidado de un albergue del Inabif (Comercio, 2018), pues, la pareja al momento de estar regresando a su país con los bebés, detenidos y eventualmente procesados por cometer el presunto delito de trata de personas, luego el detenido demostró ser el padre de los menores a través de una prueba de ADN, por lo que fueron liberados.

Caso Baby M (1985) Estados Unidos, el señor Stern, ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth procreara un hijo, convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de gestación por sustitución. A la gestante se le pagarían 10.000 dólares más gastos médicos. De conformidad con el contrato, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía el niño y lo entregaría a los esposos Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre el niño. También se convino que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento. La niña nació el 27 de marzo de 1986. Los esposos Stern permitieron a la señora Whitehead permanecer con la niña unos días adicionales, decidiendo ella luego que no la entregaría a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno filial para que la señora Stern pudiese

adoptar a la niña como había sido pactado en el contrato de gestación por sustitución. Los Stern acudieron a los tribunales y el caso fue finalmente resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que determinó que, aunque el contrato de gestación por sustitución era ineficaz e ilícito, éste no era el factor determinante de la disputa. El factor determinante era el bienestar y el interés superior de la niña. Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración distintos elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer de un ambiente estable a la niña, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndole luego a la señora Whitehead un derecho de visita (Lamm, 2013, p 21)

3.2. Identificación de los principales problemas que se presentan por falta de regulación de la maternidad subrogada en el Perú.

Tabla No 2

Principales problemas que se presentan por la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Perú y en derecho comparado

Tipo de Problema	No	%
Dificultad en la filiación del Recién nacido	6	67%
Dificultad en la designación de la patria potestad		
Desistimiento en la entrega del recién nacido a los comitentes	2	22%
Detención y pedido de prisión preventiva por trata de personas	1	11%
Total	9	100

Fuente: Ficha de Registro de datos

De la revisión de las sentencias se puede colegir que los procesos judiciales de impugnación de maternidad, rectificación de partidas, nulidad de adopción y detención y

pedido de prisión preventiva, se han iniciado por que la figura de gestación por sustitución no está regulada en nuestro país.

3.3. Identificación de la normatividad nacional sobre la regulación legal de la maternidad subrogada.

Tabla No 3

Normatividad Nacional sobre la maternidad subrogada en el Perú.

Ley General de Salud en el artículo 7 señala:	<p>Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad</p> <p>Derecho procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida</p> <p>Condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona</p>
Constitución Política del Perú de 1993	<p>El artículo 6° señala que “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover paternidad y maternidad responsable. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir”, asimismo, el inciso 1) del artículo 2° señala que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido 2 es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”</p>

Fuente: Ficha de Registro de datos

En el Perú, no existe una regulación especial en ninguno de los instrumentos normativos nacionales, sin embargo, en el artículo 7 de la Ley General de Salud No 26842 se establece las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), como medida de poder tener hijos haciendo uso de los medios científicos para conseguirlo en la que señala 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”. En este sentido, se prohíbe la maternidad subrogada.

3.4. Identificación de la normatividad internacional sobre la regulación legal de la maternidad subrogada.

Tabla No 4

Normatividad Internacional sobre maternidad subrogada.

País	Norma Legal	Fundamento
Brasil	Resolución del Consejo Federal de Medicina N.º 1.957/2010, en el considerando VII, señala:	Autoriza a las clínicas y centros de reproducción humana, usar técnicas de reproducción asistida para crear la situación identificada como embarazo de sustitución.
Canadá	Ley C-6 Assisted Human Reproduction Act	Permite la gestación subrogada a todo tipo de familia, es decir, parejas heterosexuales, homosexuales, hombres o mujeres solteros(as), siempre que sea altruista. No prohíbe que la pareja de intención pague los gastos del embarazo.
Portugal	La Ley 25/2016	El acuerdo de subrogación gestacional se puede dar cuando la madre de intención presente la ausencia de útero o algún problema médico relacionado a la posibilidad de quedar embarazada.
Grecia	Ley 3089/2002 de Asistencia Médica en la Reproducción Humana y la Ley 3305/2005	-Ley 3089/2002 regula la gestación por sustitución. -Ley 3305/2005 prohíbe realizar pagos a la mujer gestante por participar en acuerdos de gestación por sustitución e impone sanciones penales y los acuerdos de gestación son revisados y autorizados por los tribunales nacionales antes de iniciar el procedimiento y, en caso de ser aprobados, son ejecutables.

Fuente: Ficha de Registro de datos

La maternidad subrogada, es una figura que se encuentra legalizada en diversos países, bajo diferentes enfoques, así se tiene que algunos países han adoptado un enfoque altruista sin fines de lucro y otros que su admisión es amplia.

3.5. Descripción de los principales fundamentos jurídicos encontrados en las sentencias en el Perú, el derecho comparado y la doctrina que permitirían legalizar la maternidad subrogada en el Perú.

Tabla No 5

Fundamentos Jurídicos que sustentan la legalización de la maternidad subrogada

País	Expedientes	Fundamento
Perú	Exp. No. 183515-2006-00113	- Aporte genético – Vínculo biológico - Un acto de amor (altruista)
Perú	Exp.06374-2016-0-1801-JR.CI.05	- Derecho al libre desarrollo de la personalidad - Derecho a la vida privada - Derecho a formar una familia - Derecho a la salud sexual y reproductiva - Interés superior del niño
Perú	Cas. N.º 563-2011	- Interés superior del niño
Perú	Cas. No. 5003-2011-Lima	- Derecho a la identidad - Integridad psíquica y moral del niño - Libre desarrollo de la personalidad
Perú	Caso de pareja chilena 2018, Este caso está referido a una pareja chilena que vino al Perú para someterse a una gestación por sustitución y cuando esta pareja se estaba llevando a los recién nacidos, con documentos falsos, fueron detenidos, se les impuso prisión preventiva, pues, se consideró que estaban cometiendo el delito de trata de personas.	- Vínculo biológico
Argentina	Sentencia del 14/04/2010 Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualguaychú, Entre Ríos	- Vínculo biológico de la filiación - Voluntad procreacional
Argentina	Sentencia	- Voluntad procreacional - Aporte genético – Vínculo biológico - Interés superior del niño
Estados Unidos	Tribunal Supremo de Nueva Jersey	- Derecho a la libertad de decidir de la gestante - Válido acuerdo de gestación por sustitución - Interés superior del niño
Reino Unido	Tribunal del Reino Unido	- Interés superior del niño

<p>Gestación por sustitución</p> <p>Lamm (2013)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Interés superior del niño - Derecho a procrear - No atenta contra la salud psíquica de la gestante - Control a la posible explotación de la gestante - Principio de igualdad y no discriminación
--	--

Fuente: Ficha de Registro de datos

La tabla muestra N° 5 muestra los fundamentos que permitirían legalizar la maternidad subrogada en el Perú, los mismos que han servido para dilucidar y decidir en las controversias de casos de niños que han nacido bajo la figura de gestación por sustitución, cuando ésta no se encuentra legalizada en el país. Los fallos han sido a favor de los comitentes.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1. DISCUSIÓN

La discusión se centra en los objetivos trazados en la investigación, así se tiene:

Objetivo específico 1: Identificar jurisprudencia sobre gestación por sustitución en el Perú y en el derecho comparado

En la presente investigación se pudo identificar casos que han abordado la gestación por sustitución emitidas por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional del Perú, respecto a resolver controversias que versan sobre niños nacidos bajo la figura de gestación por sustitución, la misma que se encuentra prohibida en el país.

La práctica de gestación por sustitución no es ajena en el país, pues se da en la realidad, y en varios casos han surgido controversias que las partes han sometido a conocimiento de los órganos jurisdiccionales, encontrándose procesos judiciales de impugnación de maternidad, adopción y rectificación de partidas de nacimiento, buscando dilucidar o definir la patria potestad, la filiación de niños y niñas nacidos mediante esta figura, todo ello debido a la falta de regulación de la misma en el ordenamiento nacional, tal como, se muestra en los expedientes revisados en la presente investigación, exponiendo los actores su intimidad, al iniciar tales procesos.

Es preciso señalar que la infertilidad es un problema real de salud que afecta a muchas parejas en el mundo, dificultando la posibilidad de tener hijos, sin embargo, frente a este problema, los avances científicos han logrado satisfacer las necesidades reproductivas de las parejas, facilitando los medios adecuados para

poder procrear, pues así, se tiene a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), que son “*un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos, con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina*” (Torres, 2017), la transferencia o depósito de embriones se puede realizar en la misma mujer que por medios naturales no puede concebir, como que también se puede hacer en una mujer diferente, pero que al final del nacimiento el bebé será entregado a la madre interesada, pues a ello se llama gestación por sustitución.

En el Poder Judicial del Perú se han resuelto varios casos y también se da cuenta de ellos, en el derecho comparado. Así se tiene:

En el **Expediente N° 183515-2006-00113 - Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia-Lima**, el caso versa sobre la gestación por sustitución de una madre en favor de su hija y yerno, con gametos de estos últimos. Al registro del acta de nacimiento de la niña se hizo con el primer apellido del yerno y el primer apellido de la gestante.

La comitente demanda impugnación de maternidad, solicita prueba de ADN, con la finalidad de determinar quién es la madre genética de la niña, estableciéndose que la demandante es la madre genética y, por lo tanto, se resuelve fundada la demanda.

Al respecto se debe señalar que tal acto se hizo de manera altruista, y como un acto de amor de una madre hacia su hija. En este caso se declaró fundada la demanda de impugnación de maternidad y se dispuso la rectificación de los apellidos de la niña cuyo nombre será D.M.S. Todo ello fundamentado en: “*que doña J. L.A. de la O.,*

ha llevado en su vientre una niña sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija C.M.S.A., que regresando al concepto tradicional, salvo en los casos de adopción “madre solo hay una” la misma que se determina por la “filiación biológica”, por la identidad sanguínea, por la identidad biológica, que los genes transmiten de padres a hijos (...) y por lo tanto debe ampararse la pretensión demandada, pese a que en el acta de la niña se encuentra registrada y expresamente reconocida como madre a doña Jenny Lucero Aurish de Oliva y lleva yuxtapuesto al nombre y luego del apellido del padre, el primer apellido de ésta, dejándose de aplicar lo dispuesto en el artículo 395 del Código Civil”.

En aplicación de la teoría del parentesco genético, señala que, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto, dado que todo niño puede tener sólo un padre o sólo una madre genética, que puede ser científicamente verificable (Lamm, 2013, p 33,34). En el caso en concreto se basan en esta teoría, pues, el reconocimiento de maternidad, será a la madre que aportó el gameto, es decir, a la comitente, pues, la gestante (madre de quien aportó el gameto), sólo aportó la gestación.

Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR.CI.05 - Corte Superior de Justicia de Lima. Este caso versa sobre una pareja de comitentes que después de varios intentos infructuosos de tener hijos recurren a la maternidad subrogada, suscribiendo un acuerdo privado con otra pareja. Al momento del nacimiento de dos niños, estos fueron consignados como hijos de la señora que gestó y su esposo.

Los comitentes inician un procedimiento de rectificación de partidas ante la RENIEC, solicitando la rectificación de partidas, petición que fue declarada improcedente.

Ante ello, los comitentes inician un proceso de amparo, el cual fue declarado fundado, amparándose en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú, señalándose en la sentencia que: *“Todos tiene derecho a la protección de su salud”* (...) el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas – ONU señala que (...) *ese derecho abarca, además la atención de salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva”* (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11, 7), b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala “...la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres ...”, c) al no existir prohibición expresa de celebrar contratos de maternidad subrogada o aplicar TRAs a supuestos diferentes a los prescritos en el artículo 7 de la Ley General de Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados, d) Las Técnicas de Reproducción Asistida no están prohibidas, siempre y cuando se usen para fines lícitos como formar una familia, e) Basándose en el principio del interés superior del niño, los niños deben vivir con quienes tienen voluntad de procrear, pues ellos pueden darle la protección debida y un ambiente familiar que el menor necesita”

Casación N° 563-2011 – Lima. Corte Suprema de Justicia de la República.

En el presente caso se tiene que una pareja acude a la gestación por sustitución, estableciendo un acuerdo privado con una mujer gestante, para que esta última, luego del nacimiento, les entregaría a la niña. En efecto, la niña fue entregada a los comitentes, iniciándose un proceso de adopción, en el cual, a pesar del asentimiento inicial de la gestante, luego se desiste del mismo y pretende que los comitentes no adopten a la niña.

En primera y segunda instancia se declaró fundada la adopción, y contra esta decisión la gestante presentó recurso de Casación, siendo declarado infundado por la Corte Suprema de Justicia de la República, en mérito a los siguientes fundamentos: a) Que los demandados entregaron voluntariamente a la niña, a los días de nacida a los pre- adoptantes renunciando y desentendiéndose de sus responsabilidades que como padre y madre tenían con su hija, pues la niña se encuentra con los padres pre adoptantes desde los nueve días de nacida, probándose con los informes psicológicos que la niña se encuentra en adecuado ambiente familiar, recibiendo el amor de madre de la pre adoptante, quien le prodiga lo necesario para su desarrollo integral a pesar de no tener vínculos consanguíneos, además se ha determinado que el padre pre adoptante es el padre biológico de la menor, b) por otro lado ha quedado demostrado que los padres legales o de gestación han demostrado el poco valor que le dan a la vida, pues ha quedado evidenciado el beneficio económico que recibieron por llevar en su vientre a una niña que fue solicitada por los comitentes que no podían tener hijos, previo a ello la madre subrogada se sometió a inseminación artificial a cambio del beneficio económico con la intención de mejorar su situación económica para viajar a Italia,

ello demuestra que dicha gestación fue motivada por el interés económico, c) la menor identifica como sus padres a los pre adoptantes, pues ellos lo recibieron cuando tenía solo nueve días de nacida, por lo que no es prudente arrancarla de su seno familiar a su corta edad, resultaría gravemente perjudicial para su vida y en atención del principio al Interés Superior del Niño y Adolescente consagrado en el artículo IX del título preliminar del Código de Niños y Adolescentes, se declara infundado el recurso de Casación.

En este caso, se puede evidenciar que a pesar de haber acordado privadamente, sobre la gestación subrogada, puede ocurrir que la madre gestante desista en entregar al recién nacido a los padres de intención, tal como ocurrió en este caso, por lo que, el juzgador ha determinado que debe declararse fundada la demanda de adopción realizada por los comitentes, en base al principio del interés superior del niño.

Objetivo específico 2: Identificar los principales problemas que ocasiona la falta de regulación de la gestación por sustitución en el Perú.

Mediante el estudio se ha podido determinar que los principales problemas encontrados fueron: Dificultad en la filiación del recién nacido, dificultad en la designación de la patria potestad, desistimiento en la entrega del recién nacido a los comitentes.

Al respecto, al no estar regulada la maternidad subrogada en el país, genera una serie de incertidumbres al momento que los comitentes deben afiliar a los recién nacidos como sus hijos, pues, en este sentido, existe sentencias en las cuales los

actores involucrados en maternidad subrogada tuvieron que recurrir a procesos como impugnación de maternidad, nulidad de adopción y procesos de rectificación de partidas para poder afiliar a los recién nacidos como hijos suyos, que nacieron a través de un vientre subrogado.

Esta situación expone a los actores a vulnerar sus derechos y exponer su vida privada en los tribunales, para decidir el destino de los recién nacidos, afectando la el derecho a la intimidad y la seguridad.

También, la falta de regulación de la gestación por sustitución conlleva a que parejas queden expuestas a investigaciones, procesos, y detenciones, como lo sucedido con la pareja chilena, señora Madueño y señor Tovar, que vinieron al Perú para someterse a una gestación por sustitución (que no es delito en nuestra legislación) y cuando esta pareja se estaba llevando a los recién nacidos, fueron detenidos, imputándosele la presunta comisión del delito de trata de personas, a los cuales se les impuso incluso prisión preventiva en primera instancia.

Objetivo específico 3: Identificar normatividad internacional y nacional sobre gestación por sustitución.

La gestación por sustitución es una figura que está legalizada en diferentes países del mundo, como Brasil, Canadá, Rusia, Rumania, Israel, Estados Unidos, etc., dicha legalización tiene enfoques diferentes, tal como lo señala Rubio (2012) “*el derecho comparado distingue tres enfoques: a) países que su admisión es amplia con o sin ánimo de lucro, b) países que admiten, solo cuando es altruista y c) países que la prohíben*”.

Así, **Israel, Canadá, Reino Unido y Grecia**, tienen leyes específicas sobre gestación por sustitución, ellas se plasman los requisitos que deben cumplir los acuerdos de gestación por sustitución, como por ejemplo, **Israel**, tiene la Ley de Acuerdos sobre la Gestación de Fetos (5756/1996) de 17 de marzo de 1996. Ella regula que, los comitentes deben ser una pareja heterosexual con incapacidad de tener hijos, que la gestante debe encontrarse un rango de edad preestablecido, haber tenido entre uno y tres hijos propios, y no haber participado más de dos veces en este procedimiento (Vieites, 2018). En **Canadá**, tiene la Ley de Reproducción Humana Asistida - Assisted Human Reproduction Act de 2004. En su artículo 6 señala: **(1)** prohíbe el pago por la gestación por sustitución, es decir no habrá contraprestación, a nadie pueden inducir a ser madre sustituta, etc. (Assisted Human Reproduction Act de 2004). En **Reino Unido**, la gestación por sustitución se encuentra regulada en la Surrogacy Arrangements Acts de 1985, en la Adoption and Children Act de 2002, en la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008 así como, en la Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations de 2010. Ávila señala: Se admite la gestación por sustitución justificada por motivos médicos, que no implique ejecutar un contrato, debe ser a título gratuito, la filiación se determina por el parto, la filiación se transfiere a los comitentes, a solicitud ante los tribunales, pasado un período de reflexión de seis semanas que es derecho de la gestante, el juez establecerá la filiación del nacido transfiriendo a los comitentes, a través de una “*parental order*”. En **Grecia**, ley 3089/2002 de Asistencia Médica en la Reproducción Humana, que regula la gestación por sustitución. En 2005 se incorpora de manera expresa en la Ley 3305/2005 la prohibición para realizar pagos a la mujer gestante por participar en estos acuerdos e impone sanciones penales en

caso de que se hagan. Una característica de la regulación en este país es que los acuerdos de gestación son revisados y autorizados por los tribunales nacionales antes de iniciar el procedimiento y, en caso de ser aprobados, son ejecutables.

Como se ha visto en el derecho comparado, se aprecia la existencia de países que han regulado la figura de la maternidad subrogada, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, derecho a formar una familia, derecho a procrear, derecho de elegir libre y voluntariamente, derecho a la identidad, etc., a las partes involucradas, que viene aplicándose y tiene vigencia sin cuestionamientos que hayan determinado su inconstitucionalidad, pues, más bien propicia la protección de los derechos antes indicados.

El Perú es uno de los países en el cual la maternidad subrogada no se encuentra regulada, pues como señala Fiestas y Chanduví (2017), *“Hoy en día no existe una legislación específica a la maternidad subrogada (...)”*, pues sólo están permitidas las TRA (Artículo 7 de la Ley General de Salud), la misma que señala que la madre gestante y la madre genética sea la misma persona, la redacción de este artículo prohíbe la maternidad subrogada. En este sentido, Rupay (2018), expresa *“este método de procreación no está regulado de forma clara en nuestra legislación, lo cual ocasiona graves perjuicios jurídicos y sociales, sin embargo, se esboza una serie de desafíos que deben de tenerse en cuenta a la hora de regularla, pues dicha normativa deberá abarcar distintos aspectos que permitan proteger a todos los intervinientes de esta técnica”*.

En ese sentido el Estado debe atender las necesidades de la sociedad, que en un mundo globalizado son cambiantes, pues el derecho no debe dar la espalda a la realidad de la gestación por sustitución, debe buscar soluciones para responder responsablemente ante los requerimientos de la ciudadanía, tal como lo manifiesta Manuel (2015) *“la regulación de la maternidad subrogada en nuestro país debe estar orientada a permitir su realización, en la medida que reúna las características de gratuidad y no exigibilidad, pues de esta forma se logra el equilibrio entre el ejercicio de los derechos de los intervinientes”*. Dejarla al desamparo la referida regulación sólo conllevaría al desarrollo de mayores conflictos y representaría la negación del ejercicio de derechos fundamentales (Manuel, 2015)

La legislación en materia de subrogación del derecho comparado, debe servir de base para la regulación de la maternidad subrogada en el país, con las precisiones correspondientes a nuestra realidad, prohibir o silenciar la práctica de esta figura, no garantiza que esta no se produzca, más bien, induce a la clandestinidad y a la vulneración de derechos de las partes, cuando regularlo se protegería.

Objetivo específico 4: Identificar los fundamentos jurídicos en los casos resueltos en el Perú, así como, en el derecho comparado y la doctrina.

La Constitución Política del Perú en su contenido dogmático señala derechos fundamentales que deben ser protegidos por el Estado y la Sociedad, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a tener una familia, el derecho a la libertad de decidir qué hacer con su propio cuerpo, el derecho a la identidad, entre otros (Constitución Política del Perú, 1993). Sin embargo, la

materialización de estos derechos no alcanza a ciertos sectores de la población como por ejemplo a aquellas parejas que no pueden tener hijos.

De la revisión de la sentencias, investigaciones y doctrina sobre maternidad subrogada, se han podido determinar diversos fundamentos jurídicos que han sustentado el fallo o decisión en los casos que conocieron los órganos jurisdiccionales. Estos deberían servir de base para regular dicha figura en nuestro ordenamiento, como respuesta del derecho a aquellas necesidades de ese sector de la población que no pueden tener hijos, garantizándose sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política.

Esos fundamentos son los siguientes: el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a elegir y decidir de la gestante, el interés superior del niño, derecho a la vida privada, derecho a formar una familia, derecho a la salud sexual y reproductiva, derecho a la identidad del menor, la voluntad procreacional, el vínculo genético.

PRIMERO. - El libre desarrollo de la personalidad

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra previsto en el artículo 2 inciso 1 del siguiente modo: “*toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica, física y a su libre desarrollo y bienestar*”.

Bernales (1999 pag.116) señala: “*el libre desarrollo de la persona consiste en el desenvolvimiento de sus potencialidades, de manera que logre su realización en el mundo. La realización de la persona puede ser definida como el desarrollo de vida*”.

en que el ser humano está en condiciones y alcanza los objetivos que se fija en función de sus capacidades y de su esfuerzo...”

Por su parte el Tribunal Constitucional en Sentencia N°. 2868-2004-AA, fundamento 14 señala que *“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”*.

Subjetivamente el libre desarrollo de la personalidad corresponde al desarrollo del propio ser, como un ser único y libre, basado en la libertad y dignidad humana, dueño de su propia vida, con aspiraciones individuales que buscan construir un proyecto de vida y alineados a sus metas y objetivos personales, que responde a la facultad de cada individuo de autodeterminarse en sus decisiones buscando su felicidad. Objetivamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, goza de la protección del ordenamiento constitucional como un derecho fundamental.

En este orden de ideas, el libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental, involucra también a los derechos sexuales y reproductivos, que toda persona tiene la necesidad de satisfacer y el Estado tiene la obligación de protegerlos mediante el acceso a los servicios de salud, para que las personas puedan decidir una paternidad y maternidad responsables, tal como, lo señala el artículo 7 de la Constitución Política del Perú *“Todos tienen derecho a la protección*

de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. Así mismo, el artículo 6 de la Constitución Política del Perú señala: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir (...)”.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Fundamento 17 de la Observación N° 22 señala: *“Los servicios públicos o privados de salud sexual y reproductiva deben ser asequibles para todos. Los bienes y servicios esenciales, en particular los relativos a los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva, se deben proporcionar sin costo alguno o sobre la base del principio de igualdad a fin de evitar que los gastos de salud representen una carga desproporcionada para las personas y las familias. Las personas sin medios suficientes deberían recibir el apoyo necesario para cubrir los costes del seguro médico y el acceso a establecimientos de salud que ofrezcan información, bienes y servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva.”*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de la sentencia del caso Artavia Murillo contra Costa Rica (2012, párrafo 143) resalta que: *“...la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...”*. Dentro de la misma sentencia, la Corte (Párrafo 146) concluye que: *“el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho...”*. Es por ello que, para la Corte

(Párrafo 150): “el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. (Corte Interamericana de Derechos Humanos citado por Chávez & Ramírez, 2017)

En la presente investigación queda demostrado que el libre desarrollo de la personalidad, en un fundamento jurídico importante para regular la maternidad subrogada en el Perú, el mismo, que se encuentra amparado constitucionalmente y también por los tratados internacionales, este derecho, es inherente a todas las partes involucradas en estos procesos de maternidad subrogada.

Por un lado, el libre desarrollo de la personalidad de los comitentes involucra acceder al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia, en palabras de Chávez & Ramírez (2017), señalan que, se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, a fin de que con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona, pueda llegar a conseguir el estatus de madre, sería una contradicción que después que dicha técnica obtuviera el resultado esperado (concepción, gestación y nacimiento) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que recurrió a dicho método.

Por otro lado, en la gestación por sustitución, la gestante también busca el desarrollo de su personalidad, pues, gestar para otra, de manera libre y autónoma, como parte de su proyecto de vida, sin coacción ni controles injustificados, cumpliendo

objetivos y metas que se ha trazado, sabiendo que al final el bebé no será suyo, afianza el derecho al libre desarrollo de su personalidad, como derecho que ampara a la autodeterminación reproductiva, entendida esta como *“la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones”* (Tribunal Constitucional, 2009. Exp. N° 02005-2009-PA/TC-Lima. Fundamento 3).

En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1 de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de la cláusula general de libertad. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* al resaltar “[...] el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (Tribunal Constitucional Exp. N° 01272-2017-PA/TC-Madre de Dios. Fundamento 60)

SEGUNDO. - El derecho a la libertad de elegir y decidir de la madre gestante

El derecho a la libertad se encuentra previsto en el artículo 2 inciso 24 de la Constitución Política del Perú en los siguientes términos: *“Toda persona tiene*

derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Pues en este sentido Bernaldes (1999) señala: *“que la libertad, tal como se considera actualmente, es una condición de la vida humana individual privada y consiste en la atribución de decidir qué se hace o no, sin más límites que los que la ley imponga. Evidentemente la libertad no sólo tiene que ser ejercida dentro de los límites expresos de la ley. La historia jurídica de los dos últimos siglos ha mostrado que la conducta humana tiene que ser siempre acomodada a ciertos patrones de conducta social en los cuales se respete a los demás*”. El derecho a la libertad no implica abusar de los demás o vulnerar los derechos de las personas, pues el artículo 103 de la Carta Suprema señala que *“la Constitución no ampara el abuso del derecho”*,

En este orden de ideas, la libertad entendida como el derecho de decidir, ampara a la gestante a decidir si gestar o no ante el pedido de alguna pareja de intención que no puede tener hijos, sin coacción y sin que prime la ventaja económica, de lo contrario se estaría comercializando el cuerpo humano, del mismo modo para no caer en extremos de explotación del cuerpo, esta deberá ser altruista en respeto de la dignidad humana de todos los actores que se encuentran involucrados en la maternidad subrogada.

En palabras de Van Zyl citado por López (2017) señala que la decisión de participar en un acuerdo de subrogación es parte al derecho de la autonomía personal, prohibir o cuestionar esos acuerdos sería violar el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo de incapacidad de decisión de las mujeres.

En este sentido, la teoría de la autodeterminación se basa en la autonomía de la voluntad y el consentimiento, esta teoría, permite la realización del individuo, dirigiendo su vida según su voluntad conforme a sus metas y objetivos, intereses, deseos y preferencias, así, Castillero (2018) menciona que Decí y Ryan en su micro teoría de autodeterminación llegaron a la siguiente conclusión: Existen factores que influyen en nuestra motivación al momento de actuar, el contexto en el que se mueve nuestra conducta y la situación concreta en la que se lleva a cabo.

En la gestación por sustitución, la mujer gestante da su pleno consentimiento de gestar un niño que no será suyo, tal, decisión está amparada por la autonomía de la voluntad, motivada por factores que responden a su propio ser, implicando un poder de decisión, cuyo único límite es considerar si tal decisión conlleva la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otra persona, como señala Martín (2017) *“apelando a la libertad de las mujeres que deciden ser madres sustitutas de usar su cuerpo para lo que ellas consideren adecuado, pudiendo elegir y asumiendo la responsabilidad de sus actos libremente”*, con esto se evitaría caer en la instrumentalización del cuerpo de la mujer.

Si bien es cierto, hay posturas, que señalan que la maternidad subrogada puede traer consecuencias negativas para aquellas mujeres sustitutas, el riesgo es la instrumentalización del cuerpo de la mujer y el comercio económico que podrían incurrir. Sin embargo, frente a ello, para la referida legalización de la maternidad subrogada debería cumplirse con ciertas condiciones tal como lo señala la Ley 5746 de 1996 de acuerdos de gestación por sustitución en Israel y la Ley 25/2016 – Portugal *“(…) los acuerdos de subrogación gestacional se pueden dar cuando la*

madre de intención presente la ausencia de útero o algún problema médico relacionado a la posibilidad de quedar embarazada; la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación; ; los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y espermatozoides del padre comitente; [...]”.

Además, otro de los requisitos para la referida legalización es que dicha subrogación debe darse bajo un enfoque altruista (Ley C-6 Assisted Human Reproduction Act – Canadá, 2004), en donde la mujer como un acto humano desea prestar su cuerpo para que otra mujer pueda convertirse en madre, tal como lo señala Martín (2017) *“la maternidad subrogada lo hacen sin ningún fin de lucro y sólo por motivos altruistas estaría aceptada y sería moralmente aceptable (...), sin que medie un intercambio de dinero”*. Así también, se señala en el Expediente N° 183515-2006-00113 del Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia la juzgadora *“(...) afirma que no existe prohibición respecto de la maternidad subrogada, y que, por ende, se trata de una conducta lícita, y que el acto altruista de la abuela de gestar a la nieta en favor de su hija y yerno, se define a favor de la madre genética”*.

Legalizar la maternidad subrogada con un enfoque altruista, no debe dejar de lado, los costos que deberán asumir los comitentes, que acarrea el proceso de gestación, parto y puerperio, así como, los comitentes deberán pagar un seguro médico y de vida, en caso se produzcan complicaciones en el referido proceso, tal como lo señala Martín (2017) *“El valor monetario del intercambio viene relacionado con todos estos riesgos, tiempos, dedicación, controles, cuidados, lucro cesante e*

implicaciones afectivas del proceso, no hay una mercantilización de seres humanos, sino simplemente costos en todos los sentidos que los interesados deben retribuir de alguna manera a la madre sustituta”, así mismo, la Ley C-6 Assisted Human Reproduction Act (2004) señala “No prohíbe que la pareja de intención pague los gastos del embarazo”

En el presente caso, la libertad de elección y de decisión de la gestante de gestar un bebé que no será suyo, es otro de los fundamentos con asidero jurídico que sustentarían una legalización de la maternidad en nuestro país, su no regulación conllevaría a la explotación de la mujer y por lo tanto la afectación de la dignidad humana, ya que, la práctica realizada en la clandestinidad al margen de la ley, podría incrementar los posibles abusos a las mujeres, sin opción de reclamación ante algún órgano jurisdiccional, ya que esos acuerdo no son válidos porque la figura no está regulada en el ordenamiento jurídico.

TERCERO. – La protección de la dignidad humana

En el artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En palabras de Bernaldes (1999) la persona humana es el valor supremo de la sociedad y el Estado, tanto en lo que se refiere a su defensa, como en el respeto a su dignidad, al respecto se puede decir que el artículo es un principio de interpretación, que sirve como criterio para iluminar el significado de las demás normas de la Constitución, particularmente de los derechos constitucionales,

igualmente el artículo es un principio que sirve para hacer hermenéutica, es decir que en ausencia o deficiencia de normas, puede ser un elemento para extraer normas a partir de procedimientos de interpretación jurídica (p 107,108)

Según el artículo 1 de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas menciona todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Según Alegre citado por Valero (2019) señala que la dignidad tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal como en su dimensión racional, que asegura su sociabilidad y su trascendencia, así mismo, Kant señala que la dignidad humana se halla a la idea vinculada a la idea de que solo el ser humano, el ser racional, existe como fin en sí mismo y posee un valor absoluto en virtud de esa autonomía (p 431)

La dignidad está íntimamente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto razón de ser, fin y límite de los mismos, por lo que los objetos pueden emplearse como medios al servicio de determinados fines, la persona de acuerdo con su dignidad, debe ser considerada y tratada como un fin en sí misma. De ello deriva que la persona, incluido el cuerpo y sus funciones, no puede instrumentalizarse para alcanzar fines que le son ajenos ni, en consecuencia, puede ser objeto de transacción (Valero, 2019, p 431)

En las revisiones de las investigaciones realizadas, así como, en la doctrina, se ha encontrado que la maternidad subrogada afecta la dignidad de la gestante, pues se

instrumentalizaría su cuerpo, con la consiguiente explotación del cuerpo de la gestante.

Así lo señala Valero (2019, p 431) en la medida en que la gestación por sustitución implica el empleo de los órganos reproductivos para satisfacer fines ajenos, la misma es claramente contraria a la dignidad humana, en tanto en cuanto despoja de todo valor a la dimensión personal de la madre gestante y al propio proceso de concepción.

En nuestra opinión, gestar para un tercero no afectaría la dignidad humana, si es algo voluntario, con consentimiento, sin violencia, sin amenaza, sin aprovechamiento de circunstancias de vulnerabilidad de la gestante, en base a la libre manifestación de la voluntad, con fines altruistas, humanitarios y sujeta a reglas que deben ser cumplidas, al existir un acto jurídico de las partes.

Así, Lamm señala que en los países donde esta práctica está regulada como Estados Unidos, las gestantes son mujeres que prestan su ayuda de manera voluntaria, son personas de un buen nivel socioeconómico y con una vida familiar estable y que han tenido sus propios hijos, ellas están orgullosas de la ayuda que prestan y por lo general hablan con mucha naturalidad del tema. Ante esto Valero citado por Lamm se cuestiona Cómo se puede considerar explotación algo que se lleva con tanto orgullo.

Lamm (2013) señala también, que no se puede descartar que la explotación de la gestante puede existir, especialmente si carece de regulación o existe silencio de la ley, pues, ello potencia y consecuentemente aumenta el número de mujeres que

pueden sufrir explotación, debido a que esta figura se realice al margen de la ley y en muchos casos en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos a las gestante, no pudiendo interponer un reclamo ante los órganos jurisdiccionales porque dicha práctica no está regulada.

Por lo tanto, la protección de la dignidad de la gestante sería otro de los fundamentos jurídicos que permitirían legalizar la maternidad subrogada, pues, la regulación legal, evitaría la instrumentalización de la mujer, así como su explotación o abuso.

Esto como se ha dicho, siempre que la gestación por sustitución deba hacerse con fines altruistas o humanitarios, siguiendo la línea seguida por el legislador del Código Civil peruano de 1984, que, por ejemplo, ha permitido actos de disposición del cuerpo con fines humanitarios.

En efecto, revisado el artículo 6 del Código Civil peruano de 1984, se verifica que allí se señala que “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios”

Altruista, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: “Que profesa el altruismo”. Altruismo significa: “Diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio”

Humanitario, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: “Que mira o se refiere al bien del género humano. Comprensivo, sensible a los infortunios ajenos”

Así pues, siempre que la gestación por sustitución se realice con fines altruistas, humanitarios y no con fines crematísticos o económicos, además, siempre que se haga con voluntad de las partes, previo consentimiento informado, sin violencia, sin amenaza, sin que se realice aprovechándose de un estado de necesidad de la gestante, consideramos que no se viola la dignidad de la persona.

Por el contrario, al existir una regulación legal, al existir requisitos para la gestación por sustitución que deben cumplirse, se salvaguarda la dignidad de la gestante, pues, impide o limita el abuso, la explotación, el aprovechamiento de circunstancias de necesidad, supuestos que sí implicarían una afectación de la dignidad.

CUARTO. - El principio del interés superior del niño

El principio del interés superior del niño se encuentra reconocido en el Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas que consta de 54 artículos. En el artículo 3.1 se recoge el renombrado Principio del “Interés Superior del Niño”, en los siguientes términos: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Lingán, 2013)

El contenido de la referida Convención se encuentra ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278, cuyo artículo 3° establece: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño”*.- *“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

En el Perú, si bien en la Constitución Política peruana de 1993 no se ha recogido de manera expresa el Principio del Interés Superior del Niño, sin embargo este principio se encuentra previsto en el Título Preliminar Artículo IX, del Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley N° 27337, del siguiente modo: *“En toda medida concerniente al niño y al 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 en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”*.

Así mismo se tiene que el Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia emitida en el Expediente N° 2132-2008-AA, señala: *“El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental en*

cuanto establece que La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente...” (Lingán, 2013)

Así mismo, en esta misma sentencia se agrega que: *“De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales” (Lingán, 2013)*

Tanto en la Convención de los Derechos del Niño, Constitución Política peruana de 1993 y Código de los Niños y Adolescentes peruano, no se ha definido qué debe entenderse por este Principio, no se ha delineado su amplitud o límites.

Sin embargo, se ha emitido en nuestro país la Ley N° 30466, denominada “Ley que fija parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del principio del interés superior del niño”, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 002-2018-MIMP, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

En aplicación de la Ley N° 30466 ya se han emitido decisiones jurisdiccionales en nuestro país, donde se analiza si determinadas actuaciones de las autoridades han

afectado el principio del interés del superior del niño. Así, por ejemplo, Lingán, (2019), resume una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N° 1587-2018-PHC/TC, donde se declara fundada una acción de garantía, al considerarse que un Fiscal, al tomar una decisión, no evaluó si el interés superior de unas niñas podría verse afectado. Así, el resumen es el siguiente:

“Ayer 09 de julio de 2019, en la web del Tribunal Constitucional, se ha publicado la sentencia emitida en el Expediente 1587-2018-PHC/TC, en la cual, luego de convertirse un proceso de hábeas corpus en uno de amparo, el TC, declara fundada en parte la demanda presentada por el ex Presidente Ollanta Humala Tasso, a favor de sus hijas, al considerar que el Fiscal que dispuso mediante una providencia la realización de una diligencia en la Institución Educativa donde estudiaban las mismas, no evaluó si el interés superior de las niñas se podía o no ver perjudicado, ni justificó la no existencia de otras medidas alternativas a la referida diligencia, ni explicó por qué éstas no serían adecuadas para el propósito de la Fiscalía. Considera, el TC, que no se tomó en cuenta el artículo 4 de la Ley Nro. 30466, que establece, como una de las garantías procesales para la salvaguarda del interés superior del niño, la "evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño" El TC, exhorta, a las autoridades tomar en cuenta en todas sus decisiones y consideraciones, como prioridad, el interés superior del niño, niña o adolescente (tanto en el ámbito fiscal como judicial), teniendo en consideración la Ley 30466, (que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño), así

como su Reglamento (Decreto Supremo 002-2018-MIMP), y lo señalado en esta sentencia” (Lingán, 2019)

Plácido (2015, p.190) señala que el interés superior del niño: “... es el conjunto de situaciones que instituyen adecuadas condiciones de vida del niño y que, permiten determinar la mejor opción para la respectiva protección de sus derechos esenciales (...) atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias (...)”.

En los casos de filiación de los bebés nacido bajo la figura de la maternidad subrogada debe primar el Principio del interés superior del niño, pues, debe tenerse en cuenta que todo niño desde su concepción es sujeto de derecho y deberá ser protegido. En este sentido, en la Casación N° 563-2011 – Lima. Corte Suprema de la República, la Juez decidió “*existía un conflicto de interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres a ejercer la patria potestad. Y que, basados en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos a renunciar a su hija a cambio de dinero, resolvió que había de prima el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandantes, que según el tribunal proporcionaban un ambiente adecuado. (c) Sería perjudicial para la niña arrancarla de su seno familiar a su corta edad.*”

En este sentido, al regularizar la gestación por sustitución en el Perú debe hacerse también teniendo en consideración el principio del interés del superior del niño, pues, ante una falta de regulación legal se inician procesos legales ante conflictos de intereses surgidos entre la madre comitente y la gestante, como consecuencia de

lo cual es afectado también el niño, que se ve expuesto a procesos judiciales, vulnerándose su intimidad, su tranquilidad, pudiendo incluso causársele problemas psicológicos, afectándose su integridad psicológica y moral.

Por lo que debe plasmarse, que los hijos nacidos bajo esta técnica, deberán ser afiliados como hijos de los padres comitentes, tal como lo señala el Código Civil del Estado de Tabasco – México, en su artículo 92 *“En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación (...)*

QUINTO. - Voluntad Procreacional

Este fundamento se basa, en que los comitentes tienen la intención de procrear un hijo, recurriendo a las técnicas de reproducción asistida, regulada en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Estudios demuestran que factor volitivo es importante en la procreación de un bebé, los comitentes tienen la intención de tener un hijo. Según Ragne citado por Lamm, señala que los comitentes recurren al elemento de la intencionalidad para resolver su falta de relación biológica con el niño, afirmando que su aporte tiene prioridad y relevancia por encima del aporte de la gestante, ya que fue su deseo de tener un hijo lo que facilitó el embarazo.

En un estudio realizado por Ragoné citado por Lamm, señala que las mujeres que han actuado como gestantes sostienen, *yo nunca he pensado en el niño como mío, yo no pienso en el bebé como mi hijo, yo doné un óvulo que no iba a usar*”

Al respecto la **teoría de la intención** señala que madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético y/o biológico. En el presente caso, si bien es cierto, la comitente no aportó el material genético (óvulo), pero ella tiene la intención de ser madre, por ello recurrió a la figura de la maternidad subrogada, pues tiene la voluntad procreacional, que, según Kemelmajer citado por Lamm (2013 p 55), señala la voluntad procreacional es el elemento central que atribuye o determina la filiación, independientemente si los comitentes aportan o no su material genético, lo que importa es la intención de querer ser padres. En esta línea de ideas el Tribunal de Familia de Rosario citado por Curtis (2018) señaló que en las técnicas de reproducción asistida es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, definitivamente rige aquí el principio de autonomía de la voluntad y no la del puro dato genético para dar nacimiento al vínculo filial.

Para Lamm (2013) ser madre es mucho más que gestar o parir, hoy a la luz de la gestación por sustitución, madre es querer ser madre, por lo que resulta injusto imponerle esa maternidad a la mujer que gestó sin deseo o intención de ser madre.

En este sentido, este fundamento es muy importante para regular la maternidad por sustitución en el país, sostiene que la voluntad o la intención de los comitentes de tener un hijo, es la clave para procrear un bebé, de lo contrario éste no existiera.

SEXTO.- Vínculo genético

El vínculo genético para la filiación, se sustentaría sólo para aquellos comitentes que otorgaron sus gametos para ser implantados en una mujer que solo aportaría su útero para gestar, pues, no alcanzaría para aquellas parejas que, obtienen los gametos de terceras personas, que al fecundar y nacer el bebé no tendrían relación genética con los comitentes, sin embargo, para estos casos existen otras razones para sustentar como fundamento jurídico.

En aplicación de la teoría **del parentesco genético**, señala que, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto, dado que todo niño puede tener sólo un padre o sólo una madre genética, que puede ser científicamente verificable (Lamm, 2013, p 33,34), en el caso, en concreto basándose en esta teoría pues, el reconocimiento de maternidad, será a la madre que aportó el gameto, es decir, a la comitente, pues, la gestante quien fue la madre de la comitente sólo aportó la gestación.

SÉPTIMO. – También se ha podido encontrar otros fundamentos en las revisiones realizadas, tales como: Derecho a la vida privada, derecho a la salud sexual y reproductiva, derecho a procrear, control a la posible explotación de la mujer, derecho a la identidad. Estos fundamentos servirán también, como base para regular la maternidad subrogada.

OCTAVO. – Fundamentos adicionales.

Entre otros fundamentos se tiene:

8.1. El postulado constitucional de que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana” (Art. 43 de la Constitución Política de 1993)

Como se verifica, en el artículo 43 de la Constitución Política peruana de 1993 se establece el postulado constitucional de que el Perú es una República democrática y social.

Según Bernal, (1999), “el carácter de social implica que el Estado no toma en cuenta solamente la realización individual de las personas, sino que educa a sus grupos humanos en un espíritu de colaboración y solidaridad. Es una interpretación genérica, pero de mucha importancia hermenéutica, en el contexto general del sistema constitucional”.

Así, consideramos que este postulado constitucional es un fundamento adicional para regular legalmente la gestación por sustitución en el Perú, solamente con fines altruistas, solidarios, no crematísticos, lo cual es acorde a un Estado social de derecho como lo es el Perú, donde se busque, consolidar un espíritu de solidaridad, de colaboración, sobre todo con quienes lo necesitan, por estar en una situación de vulnerabilidad, tener un problema de salud que afecte su tranquilidad psicológica y emocional.

Las personas con problemas de fertilidad se encuentran en este grupo, pues al no poder concebir, al no poder traer al mundo un hijo, que es el anhelo máspreciado

del ser humano, se ven afectadas gravemente en su tranquilidad emocional, en su salud mental, en sus derechos a procrear, a tener una familia, al libre desarrollo de su personalidad, entre otros.

Así, el Estado, en cumplimiento del postulado constitucional referido a que el Perú es una República democrática y “social”, debe regular legalmente la maternidad por sustitución, a fin de que personas (gestantes), a través de la gestación por sustitución, puedan ayudar solidariamente a quienes no puedan concebir un hijo, contando con un marco jurídico seguro, que evite el surgimiento de problemas posteriores, que termine afectando en mayor magnitud a la persona que tiene el problema de infertilidad o esterilidad.

8.2. La gestación por sustitución no afecta el orden público ni las buenas costumbres.

En el artículo V del Título Preliminar del Código Civil se señala que “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”

El orden público, según la CAS. N° 1657-2006, Lima, está constituido “por el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar principios fundamentales de la sociedad o las garantías de su existencia”

Por su Parte Rubio Correa, (2008) señala que el orden público es el conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos

márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas de ser necesario.

Se podría alegar que regular la gestación por sustitución afectaría el orden público.

Sin embargo, consideramos que no es así, pues, teniendo en consideración las definiciones de orden público a las que se ha hecho referencia en la Casación antes indicada y por el profesor Rubio Correa, no se constata que la regulación legal de la gestación por sustitución afecte o transgreda normas positivas absolutamente obligatorias donde no cabe transigencia ni tolerancia, de cuyos márgenes no se pueda escapar, pues, no existe en la Constitución Política de 1993 ninguna norma que prohíba de manera expresa este procedimiento, así mismo, por el contrario, como se ha señalado anteriormente, su regulación permite efectivizar los derechos al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a procrear, a tener una familia, entre otros.

Si bien, hay quienes señalan que la gestación por sustitución afecta la dignidad de la gestante, nuestra posición, ya señalada anteriormente, es que si esta gestación se realiza de manera voluntaria, libre, sin amenaza, coacción, engaño, sin aprovecharse de una situación de vulnerabilidad, con fines altruistas y solidarios, no se afecta la dignidad de la persona, por el contrario, constituye un ejercicio de derechos de la gestante, como su libertad personal, su libre desarrollo de la personalidad, pues, hay muchas mujeres que ayudando al prójimo, al que lo necesita,

al que tiene un problema, se sienten desarrolladas, realizadas, felices, pues, incluso se dice que “el secreto de la felicidad está en ayudar a los demás”.

Así mismo, como se ha señalado, incluso, la regulación de la gestación por sustitución, consideramos que tiene su fundamento en el postulado constitucional, según el cual el Perú es una República democrática y social (Art. 43 de la Constitución Política de 1993).

Por otro lado, respecto a las “buenas costumbres”, Rubio Correa, (2008), cita a Messineo, quien señala: “Negocio inmoral es aquel que lesiona las buenas costumbres, o sea, que va contra los principios morales, corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. No se asume como norma de las buenas costumbres la moralidad en sentido abstracto, deducidas de principios de razón, sino lo que la opinión común vigente en un determinado ambiente considera y practica como tal (la denominada ética social) (...) las costumbres cambian de una época a otra y de un lugar a otro, así puede ser inmoral hoy en día lo que no se consideraba ayer y viceversa, o bien una cosa en considerada inmoral en un país y no en otro”

Rubio correa, (2008), sintetiza lo que debe entenderse por buenas costumbres, del siguiente modo.

“1.-Las buenas costumbres son determinables a partir de la conciencia moral, espacial y temporalmente ubicada.

2.- Las buenas costumbres cubren varios aspectos de la vida social.

3.- Las buenas costumbres de las que tratamos tienen que ser costumbres jurídicas y el acto nulo es el que lo contraría. Por lo tanto, se requieren tres determinaciones: costumbre jurídica, buena y el acto contrario a ella.

4.- Las buenas costumbres se ubican en el complejo campo de las relaciones entre derecho y moral.

5.- Las buenas costumbres son una especie de orden público, pero no lo agotan”

Nuestra posición es que la regulación legal de la gestación por sustitución, siempre y cuando sea realizada de manera libre, voluntaria, sin violencia, sin amenaza, sin engaño, sin aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, con fines altruistas o solidarios, no es contraria a las buenas costumbres de nuestro país, pues, lo que se busca es dar solución a un problema de salud, con la finalidad de garantizar los derechos de las parejas que no pueden tener hijos, entre ellos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a procrear, a tener una familia, entre otros, los cuales están reconocidos en los tratados internacionales de los derechos humanos y en la Constitución Política de 1993.

Así mismo, como se ha señalado del postulado establecido en el artículo 43 del texto constitucional peruano, en el cual se señala que la República del Perú es democrática y social, se erige un deber de solidaridad hacia las demás personas, en especial, a las que sufren alguna desigualdad, alguna afectación, alguna limitación, como es, el no poder gestar a un hijo.

Debe tenerse en cuenta que en el artículo 6 Código Civil peruano de 1984, se ha regulado incluso la posibilidad de que las personas puedan realizar actos de disposición de su propio cuerpo, cuando se está ante un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados en motivos humanitarios.

Es decir, el legislador peruano permite la disposición del propio cuerpo cuando se está ante un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o por fines humanitarios. En el mismo sentido podría aceptarse la regulación legal de la gestación por sustitución, pues, la misma se realiza cuando se está ante un problema de salud, de orden médico, pues, la persona no puede gestar a un bebé, y debe realizarse motivado por la solidaridad, la humanidad para con el prójimo.

Contrastación de la hipótesis:

En el estudio se propuso como hipótesis, cuatro fundamentos jurídicos que sustentarían la legalización de la maternidad subrogada, pues en parte ha quedado demostrada que los fundamentos que se han considerado sustentan una legalización, sin embargo, en las revisiones realizadas a nivel jurisprudencial, doctrinario y legal se han esgrimido otros fundamentos que sustentarían la legalización de la gestación por sustitución en nuestro país, entre ellos, referidos al postulado constitucional según el cual, el Perú es una República democrática y social y, que la gestación por sustitución no afecta el orden público ni las buenas costumbres, fundamentos que permitirían modificar la Ley General de Salud o la expedición de una ley especial que regule esta figura.

4.2. CONCLUSIONES

Después de haber revisado el tema sobre la posibilidad de regular la maternidad subrogada en el Perú se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- En el Perú la maternidad subrogada es una práctica que se desarrolla, a pesar de la falta de regulación, que finalmente terminan en procesos judiciales engorrosos entre las partes para definir la patria potestad de los niños nacidos bajo esta figura.
- Los problemas que ocasiona la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Perú son la dificultad en la filiación del recién nacido, dificultad en la designación de la patria potestad y desistimiento en la entrega del recién nacido a los comitentes, prueba de ello son los casos que se han dilucidado en los tribunales para decidir post facto resolver los casos de maternidad subrogada.
- El estudio permitió identificar que en el ordenamiento jurídico nacional la figura de la maternidad subrogada no se encuentra regulada, pues, la Ley General de Salud N° 26842, en su artículo 7 sólo regula las Técnicas de Reproducción Asistida, condicionando que la madre gestante sea la misma que la madre genética, por lo tanto, prohíbe la maternidad subrogada.
- En el derecho comparado se encontró que muchos países del mundo la figura de la maternidad subrogada se encuentra regulada, sin embargo, existen países que lo prohíben o no se encuentra regulada, conociéndose tres enfoques, la primera se permite la maternidad subrogada de manera amplia con o sin ánimo

de lucro, el segundo enfoque se permite la maternidad subrogada de manera que solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones y el tercer enfoque la maternidad subrogada se encuentra prohibida, pues, los países que lo permiten dan oportunidad a muchas parejas de comitentes de convertirse en padres a través de la referida figura.

- En el estudio se esgrimió los principales fundamentos jurídicos para legalizar la maternidad subrogada en el Perú son: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a elegir y decidir de la gestante, el interés superior del niño, derecho a la vida privada, derecho a formar una familia, derecho a la salud sexual y reproductiva, derecho a la identidad del menor, la voluntad procreacional, el vínculo genético, ya que protegen derechos de todos los actores involucrados en la referida figura.
- No hay afectación a la dignidad humana, si la gestación por sustitución se realiza con fines altruistas, humanitarios y no con fines crematísticos o económicos, además, siempre que se haga con voluntad de las partes, previo consentimiento informado, sin violencia, sin amenaza, sin que se realice aprovechándose de un estado de necesidad de la gestante. Por el contrario, al existir una regulación legal, al existir requisitos para la gestación por sustitución que deben cumplirse, se salvaguarda la dignidad de la gestante, pues, impide o limita el abuso, la explotación, el aprovechamiento de circunstancias de necesidad, supuestos que sí implicarían una afectación de la dignidad.

- El Estado, atendiendo al postulado constitucional referido a que el Perú es una República democrática y “social”, debe regular legalmente la gestación por sustitución, a fin de que personas (gestantes), a través de la gestación por sustitución, puedan ayudar solidariamente a quienes no puedan concebir un hijo, contando con un marco jurídico seguro, que evite el surgimiento de problemas posteriores, que termine afectando en mayor magnitud a la persona que tiene el problema de infertilidad o esterilidad.
- La regulación legal de la gestación por sustitución no afecta el orden público, pues no se constata que afecte o transgreda normas positivas absolutamente obligatorias donde no cabe transigencia ni tolerancia, de cuyos márgenes no se pueda escapar, pues, no existe en la Constitución Política de 1993 ninguna norma que prohíba de manera expresa este procedimiento.
- La regulación legal de la gestación por sustitución, no es contraria a las buenas costumbres de nuestro país, siempre y cuando sea realizada de manera libre, voluntaria, sin violencia, sin amenaza, sin engaño, sin aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, con fines altruistas o solidarios, pues, lo que se busca es dar solución a un problema de salud, con la finalidad de garantizar los derechos de las parejas que no pueden tener hijos, entre ellos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a procrear, a tener una familia, entre otros, los cuales están reconocidos en los tratados internacionales de los derechos humanos y en la Constitución Política de 1993.

REFERENCIAS

- Aco, C. (2020). Regulación de la maternidad subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019 [Trabajo de investigación, Universidad Tecnológica del Perú]. <https://hdl.handle.net/20.500.12867/3587>
- Ávila, J. (2017) La maternidad subrogada en el Derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Actual* N° 6, 313-344. Obtenido de: https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=La+maternidad+subrogada+en+el+Derecho+comparado&btnG=
- Baffone, C. (2013) La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(137).
- Bernales, E. (1999) La Constitución de 1993: Análisis Comparado. Lima – Perú: RAO.
- Castillero, O. (2017). La Teoría de la elección de William Glasser. *Revista de Psicología y Mente*. Obtenido de: <https://psicologiaymente.com/psicologia/teoria-eleccion-william-glasser>
- Castillero, O. (2018). La Teoría de la autodeterminación: que es y que propone. *Revista de Psicología y Mente*. Obtenido de: <https://psicologiaymente.com/psicologia/teoria-autodeterminacion>

Chávez, D. M. & Ramírez, D. (2018). Implicancias jurídicas de los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú: Tesis para optar el título de Abogado. Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión. Huacho – Perú. Disponible en: <http://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/UNJFSC/1844>

Código Civil para el Estado de Tabasco (1997) disponible en: https://tsj-tabasco.gob.mx/resources/pdf/biblioteca/codigo_civil.pdf

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016) Observación general *núm.* 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj67NdUrGT87>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000) Observación general *Nº* 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Consejo Federal de Medicina. (2011) Resolución CFM Nº 1.957/2010. Obtenido de: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm

Cornejo, J., Villamil, S., Núñez, E., Bohórquez, M. (2013) Derecho al libre Desarrollo de la personalidad. Prezi. Recuperado de: Derecho al libre desarrollo de la personalidad by lina maria (prezi.com)

Corte Superior de Justicia de Lima. (2017). Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Sentencia: 21 de febrero del 2017. Consulta: 05 de junio del 2020.
https://legis.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-ventre-Legis.pe_.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República. (2011). Casación 563-2011. Sentencia: 06 de diciembre de 2011. Consulta: 05 de junio del 2020.
<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>

Corte Suprema de Justicia de la República. (2016). Casación 1064-2016-Lima. Sentencia del 15 de noviembre del 2016. Consultado el 31 de julio del 2022. (pacta sunt servanada)

Cruz, J. (2012-2013). La Maternidad Subrogada. *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*. España. Vol. XXX, 641-653.

Cuadernos de bioética (2017) maternidad subrogada o de alquiler”. N° 93. Revista cuatrimestralde investigación. Volumen XXXIII. Año 2017 – mayo agosto. ISSN:1132-1989. DISPONIBLE EN: <http://aebioetica.org/cuadernos-de-bioetica/archivo-on-line/2017/n%C2%BA-93-mayo-agosto.html>

CURTI, P. (2019). Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (38), 159–178.
<https://doi.org/10.15366/rjuam2018.38.006>

Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima. (2009). Expediente 183515-2006-00113. Sentencia: 06 de enero del 2009. Consulta: 27 de octubre de 2019.
<http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=267&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>

Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, suscrita el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General mediante Resolución N° 217 (III), aprobada por el Perú por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.

Emaldi, A. (2017). Ethical and juridical implications relating to surrogate pregnancy. An overview from a European perspective. *Acta bioethica*, 23(2), 227-235. Recuperado de: <https://actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/47471/57694>

Enciclopedia Concepto, (2021). Dignidad Humana – Concepto, historia, elementos y ejemplos. *Editorial: Etecé*. Recuperado de: <https://concepto.de/dignidad-humana/>

Fiestas, R y Chanduví, V. (2017). La maternidad subrogada y la impugnación judicial de paternidad en el Perú. Repositorio de Tesis UPAO. Obtenido en: <http://journal.upao.edu.pe/PuebloContinente/article/view/768>

- Gamarra, J. (2018). Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de Familia [Tesis, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa]. <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/7927>
- Gutiérrez, L. (2016) Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homologa en el Perú. Tesis para obtener el Título profesional de abogada. Universidad César Vallejo. Trujillo Perú. Disponible en: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/11703/gutierrez_tl.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- India. (2018) *La Lok Sabha aprueba la ley contra la maternidad subrogada*. Consultado el 20 de abril del 2020. Obtenido de: <http://www.asianews.it/noticias-es/India,-la-Lok-Sabha-aprueba-la-ley-contra-la-maternidad-subrogada-45789.html>
- Laban, B. (2017). La legalización de la maternidad subrogada en el Perú, para garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad César Vallejo. Trujillo – Perú. Disponible en: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/27645/labán_cb.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Lagos, L. (2017). Por un acto de amor: ¿quién tiene un vientre solidario? Aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú [Tesis, Universidad Privada del Norte]. <https://hdl.handle.net/11537/10654>
- Ley 26842 Ley General de Salud (1997). Obtenido en: <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>

Ley 27337 (2000). Código de los Niños y Adolescentes. *El Peruano*. Lima – Perú: Editora Perú.

Ley 5746 (1996) Acuerdos de gestación por sustitución en Israel. Disponible en:
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/91B52BD6997366A9052580F9007270D5/\\$FILE/265_INFINVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/91B52BD6997366A9052580F9007270D5/$FILE/265_INFINVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf)

Ley C-6 (2004) Assisted Human Reproduction. Disponible en:
<https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/37-3/c6-e.pdf>

Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/ 2006. España. Consultado el 20 de abril del 2020. Obtenido en: <https://sid.usal.es/idocs/F3/LYN9282/3-9282.pdf>

Lingán, L. (2013). Algunas consideraciones sobre el Principio del Interés Superior del Niño, a propósito de un aniversario más de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Estado Peruano (03 de agosto de 1990). Disponible en:
<http://luislingaderechoypolitica.blogspot.com/search?q=inter%C3%A9s+superior+del+ni%C3%B1o>

Magán Jaén, J. C. (2021) El tratamiento legislativo de la maternidad subrogada en el Perú [*Tesis para optar el título de abogado*, Universidad Ricardo Palma]. Repositorio Universidad Ricardo Palma. <http://repositorio.urp.edu.pe/handle/URP/3955>

- Mardini, J. (2018). Análisis económico del derecho de los contratos de maternidad subrogada en el Perú (trabajo de investigación para optar el título profesional de Abogado). Universidad de Lima.
- Marrades, A. (2017). La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos. *Estudios de Deusto*, 65(1), 219-241. Doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp219-241](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp219-241)
- Martín, J. (2017) «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores». 1-18. 2009. [Consulta: 13/11/2020].
- Martínez, V. (2015). Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México. *Dikaion* 24 (2), 353- 382. Doi: 10.5294/dika.2015.24.2.7
- Morero, A. (2017). “Gestación Subrogada en el Estado Español: Una investigación teórico- empírica desde una perspectiva no endocéntrica” AMMB_TESIS.pdf (ub.edu)
- Núñez, J. (2019). El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho en el Perú [, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <http://hdl.handle.net/20.500.12423/2008>
- Organización Mundial de la Salud, (5 de octubre del 2010) Glosario de terminología en *Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Obtenido de: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

- Ortega, V. (2012). Principio de dignidad humana en el arrendamiento jurídico Colombiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filipo*. 111-131
- Paima, E., Torres, Z., Holguin, F., Sosa, M. (2015) Los derechos humanos en la Constitución. Obtenido de: <https://es.slideshare.net/TefiPaima/los-derechos-humanos-en-la-constitucin-del-per>
- Paima, E., Torres, Z., Holguin, F., Sosa, M. (2015) Los derechos humanos en la Constitución. Obtenido de: <https://es.slideshare.net/TefiPaima/los-derechos-humanos-en-la-constitucin-del-per>
- Piña, C. (2019). Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista. [Tesis, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/3282>
- Plácido, A. (2015). Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico.
- Ponce de León, L. (1999). Metodología de la investigación científica del derecho. En Metodología del derecho. (pp. 62-64, 70-75). México: Porrúa.
- Ramos, C. (2000). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el Intento*. Lima Perú: Gaceta Jurídica SA.
- Real Academia Española (2005) *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición: Q.W. Editores SAC.

Rodas, W. L. (2019). Consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú (Tesis de licenciatura). Repositorio de la Universidad Privada del Norte. Recuperado de <http://hdl.handle.net/11537/22164>

Rodas, W. L.(2019). Consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú (Tesis de licenciatura). Repositorio de la Universidad Privada del Norte. Recuperado de <http://hdl.handle.net/11537/22164>

Rodríguez, C., Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 59-81. Obtenido de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003

Romero Huamaní, R. M. (2014). Teoría de la libertad de elección: aplicación en la praxis ética. *Quipukamayoc*, 22(42), 169–177.
<https://doi.org/10.15381/quipu.v22i42.11059>

Rubio, M. (2008). El Título Preliminar del Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rubio, M. (2012). *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante. Universidad de Salamanca. España.* Obtenido en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/118704/TFM_EstudiosInterdisciplinaresGenero_RubioSanchis_MJ.pdf;jsessionid=6673862375B17E101967E04255C0C4E3?sequence=1

- Ruiz, A. (2015). Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España. vol. XXX, 2012-2013, 641-653.
- Rupay, L. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Derecho & Sociedad*, (51), pp. 103-117. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20862>
- Russi, S. (2015). Régimen jurídico de la maternidad subrogada en Colombia: Un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la validez del contrato y sus efectos para las partes. *Repositorio UCC.2-29* Obtenido de: <http://repository.ucatolica.edu.co:8080/bitstream/10983/2695/1/ARTICULO%20SANDRA%20RUSSI.pdf>
- Sihuín Fernández, T.R; Navarro Linares, D. (2019) *El contrato de maternidad subrogada para parejas heterosexuales y su necesaria regulación en el Perú* [Tesis para optar el título de abogado, Universidad Andina del Cuzco]. Repositorio Institucional – Universidad Andina del Cuzco- Perú. <https://hdl.handle.net/20.500.12557/3261>
<https://repositorio.uandina.edu.pe/handle/20.500.12557/3261>
- Tejada, J. (2019). Análisis Jurídico de la Maternidad Subrogada Dentro de Nuestro Ordenamiento Legal Peruano, Arequipa, 2017 [Tesis, Universidad Católica de Santa María]. <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/9033>

- Torres, M. (2017). El carácter relativo de la presunción mater Semper certa est en los supuestos de maternidad subrogada. *Gaceta Civil y Procesal Civil. Maternidad subrogada: ¿Son válidos los contratos de alquiler?* Lima: El Búho E.I.R.L, pp. 81.
- Tribunal Constitucional *Exp. N.º 01272-2017-PA/TC* Madre de Dios Duberlis niña Cáceres Ramos sentencia del tribunal constitucional. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01272-2017-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2009) *Exp. N.º 02005-2009-PA/TC-Lima*. Fundamento 3. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>
- Urquiza, M., Carretero, I., Quaini, F., Inciarte, F., Pasqualini, R., Pasqualini, R. (2014). Subrogación uterina: aspectos médicos y legales del primer caso legalmente respaldado en Argentina. *Medicina (Buenos Aires)*, 74 (3), 233-238.
- Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría Y Realidad Constitucional*, (43), 421-440. <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24433> disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/24433>
- Vieites González, A. (2018) *La gestación por sustitución y el reconocimiento de la filiación. Estudio legal y jurisprudencial en España y en derecho comparado. [Trabajo fin de Master]*. Universidad de Santiago de Compostela. <http://hdl.handle.net/10347/18067>
- Villamarín, M. (2015). La maternidad subrogada en el Perú: ¿problema o solución? Tesis para optar el título de abogado. Universidad Católica de Santa María. Arequipa-

Perú. Disponible en:

[http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/2084/62.1146.D.pdf?
sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/2084/62.1146.D.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

ANEXOS

FICHA DE REGISTRO DE INFORMACIÓN DE NORMATIVA O JURISPRUDENCIA		
CASO N°		
FUENTE	TRIBUNAL/CORTE	
	CIUDAD/PAÍS	
	INSTANCIA	
	FECHA	
	DISPONIBLE EN	
RESUMEN DEL CONTNIDO	HECHOS	
	NORMATIVA	
	DECISIÓN	
PEOBLEMAS ENCONTRADOS		
AUTOR FICHA		