



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

**Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho  
Civil y Derecho Constitucional**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Ana Sophia Delgado Martínez**

**Asesor(es):**

**Dra. Maricela del Rosario Gonzales Pérez de Castro; Dr. Carlos Guillermo Hakansson Nieto**

**Piura, setiembre de 2019**



### Aprobación

Tesis titulada “*Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional*” presentada por la bachillera Ana Sophia Delgado Martínez en cumplimiento para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por los Directores Dra. Maricela del Rosario Gonzales Pérez de Castro y Dr. Carlos Guillermo Hakansson Nieto.

---

Directora de tesis

---

Director de tesis





### **Dedicatoria**

Este trabajo, al igual que todo lo que hago en mi vida, es por y para mi familia. Mis padres, Carlos y Adriana, y hermanos, Tania y Carlos, son mi motor e inspiración. Son el chispazo de luz en mi camino. Ellos son lo más bonito que tengo.





### **Agradecimiento**

Me gustaría empezar agradeciendo a Dios, por bendecirme, protegerme y guiarme a lo largo de mi vida. Asimismo, quiero agradecer a mi familia por su amor y confianza, por acompañarme desde siempre y estar presente en los momentos más importantes; también, a mis amigas, por brindarme siempre una palabra de aliento y su apoyo incondicional. Por último, les agradezco a mis directores de tesis, Dra. Maricela Gonzales y Dr. Carlos Hakansson, por la confianza ofrecida desde el primer momento; por la paciencia, motivación y consejos que me han ayudado a concluir la investigación.







## Resumen Analítico-Informativo

**Título de la tesis:** Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional

**Nombre de la autora:** Ana Sophia Delgado Martínez.

**Asesor(es):** Dra. Maricela del Rosario Gonzales Pérez de Castro y Dr. Carlos Guillermo Hakansson Nieto.

**Tipo:** Tesis.

**Título que opta:** Abogada.

**Universidad de Piura.** Facultad de Derecho.

**Piura,** setiembre de 2019.

**Palabras claves:** Maternidad subrogada / Derecho Civil / Derecho Constitucional / Contrato / Validez / Persona humana / Dignidad humana / Derechos humanos.

**Introducción:** La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida, cuyo uso resulta ser un tema controversial. Dado que, puede ser apreciada como el método idóneo, por el cual, quienes, de manera natural, no pueden ser padres, llegan a cumplir el sueño de serlo; o como un tratamiento lesivo de la dignidad y derechos humanos, al que pueden ser sometidos mujeres y recién nacidos. Por virtud de ello, dicha técnica es estudiada desde distintos enfoques.

**Metodología:** Método analítico.

**Resultados:** Tras analizar la maternidad subrogada a la luz del Derecho Civil y Constitucional, se advierte y defiende su incompatibilidad, por una parte, con las instituciones y categorías jurídicas, y, por otra, con los principios, valores y derechos que informan el ordenamiento jurídico. Por tal motivo, su práctica ha de ser prohibida y sancionada por el Derecho, mediante norma expresa, con el fin de garantizar el respeto de la dignidad y derechos de quienes resultan afectados por esta.

**Conclusiones:** La persona, en virtud de su dignidad, es un fin en sí misma. De modo que, los actos que estén dirigidos a reducirla a un medio para satisfacer deseos de terceros no deben ser protegidos por el Derecho. En tal sentido, los convenios de maternidad subrogada son antijurídicos, por implicar la instrumentalización de los cuerpos de las mujeres y la cosificación de un recién nacido, con el fin de materializar el deseo de ser padres de quienes no pueden.

**Fecha de elaboración del resumen:** 14 de setiembre de 2019

## Analytical-Informative Summary

**Title of the thesis:** Analysis of surrogate motherhood from the Civil Law and Constitutional Law

**Author's name:** Ana Sophia Delgado Martínez.

**Advisor (s):** Dr. Maricela del Rosario Gonzales Pérez de Castro and Dr. Carlos Guillermo Hakansson Nieto.

**Type:** Thesis.

**Title you choose:** Lawyer.

**Universidad de Piura.** Law School.

Piura, September 2019.

**Keywords:** Surrogate Motherhood / Civil Law / Constitutional Law / Contract / Validity / Human Person / Human Dignity / Human Rights.

**Introduction:** Surrogate motherhood is an assisted reproduction technique; whose use turns out as a controversial topic. Since, it can be appreciated as the ideal method, by which, who, naturally, cannot be parents, they come to fulfill the dream of being so; or as an injurious treatment of dignity and human rights, to which women and newborns can be subjected. Therefore, this technique is studied from different approaches.

**Methodology:** Analytical method.

**Results:** After analyzing surrogate motherhood in the light of Civil and Constitutional Law, its incompatibility is warned and defended, on one hand, with the institutions and legal categories, and, on the other hand, with the principles, values and rights that notify the system legal. For this reason, its practice must be prohibited and sanctioned by law, by means of an express rule, in order to guarantee the respect for the dignity and rights of those are affected by it.

**Conclusions:** The person, by virtue of his/her dignity, is an end in itself. So, the acts that are aimed at reducing it to a mean to satisfy the wishes of third parties should not be protected by law. In this sense, surrogacy agreements are unlawful, because of they involve the instrumentalization of women's bodies and the objectifying of a newborn, in order to materialize the desire of being parents of those who cannot be it.

**Summary preparation date:** September 14th, 2019

## Lista de contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo 1 Nociones generales.....</b>	<b>5</b>
1. Breve historia.....	5
2. Definición y supuestos.....	8
3. Clasificación de la maternidad subrogada .....	11
4. Causas que originan el uso de la técnica de maternidad subrogada .....	13
4.1. Por razones biológicas .....	14
4.2 Por razones culturales .....	15
4.3. Por razones que atienden a la naturaleza de las cosas.....	17
5. Planteamiento del problema .....	17
5.1. Casuística norteamericana que abre el debate.....	18
5.2. Realidad jurídica nacional.....	19
<b>Capítulo 2 Un análisis de los acuerdos de maternidad subrogada desde el Derecho Civil .....</b>	<b>25</b>
1. El acto jurídico como punto de partida.....	25
2. Los acuerdos de maternidad subrogada como contratos .....	27
3. Contratos en los que se subsumiría el acuerdo .....	32
3.1. En el contrato de compraventa.....	33
3.2. En el contrato de arrendamiento .....	35
3.3. En la prestación de servicios.....	38
3.4. En el contrato de donación.....	40
3.5. En el contrato de comodato.....	42
4. Análisis de la validez del acuerdo, al amparo del Código Civil peruano de 1984 .....	43
4.1. La manifestación de voluntad del agente .....	45
4.2. Un objeto físico o jurídicamente posible .....	49
4.3. La causa o fin lícito.....	52
4.4. Con relación al orden público y las buenas costumbres .....	55
<b>Capítulo 3 Un análisis de los acuerdos de maternidad subrogada desde el Derecho Constitucional.....</b>	<b>61</b>
1. Los padres intensionales y su derecho a la no discriminación .....	63
2. La maternidad subrogada como manifestación del derecho a la procreación .....	65

3. El principio del interés superior del niño ¿es la solución o el problema? .....	72
3.1. Alcances generales del principio del interés superior del niño .....	73
3.2. Sobre el carácter controversial de la aplicación del principio del interés superior del niño en la maternidad subrogada .....	74
4. La dignidad humana como punto clave .....	82
<b>Conclusiones .....</b>	<b>91</b>
<b>Referencias bibliográficas.....</b>	<b>93</b>
1. Libros y Revistas .....	93
2. Linkografía .....	95
3. Legislación de apoyo .....	99



## Introducción

El hombre, debido a su naturaleza imperfecta, tiene necesidades que atender, de las cuales, muchas de ellas son consecuencia básica de su propia naturaleza y otras, creaciones del ingenio humano. Ya sean unas u otras, el hombre se sirve de los recursos que tiene a la mano, y si no cuenta con ellos, los produce, para satisfacerlas.

En este contexto, el hombre, valiéndose del desarrollo de la ciencia y la tecnología, ha sido capaz de superar problemas que, hasta el siglo pasado, eran impensables. Tal es el caso de parejas, que padeciendo de infertilidad y/o esterilidad, llegan a tener hijos, biológicos o no, sin concebir ni acudir a la adopción, aunque ello implique romper el ideal de procreación; esto es, que sobre la misma mujer recaiga la concepción -es decir, aporte su material genético-gestación, nacimiento y crianza de un niño. Esto es gracias al uso de las emergentes técnicas de reproducción humana asistida, una de las cuales es la maternidad subrogada, tema sobre el cual gira la presente investigación.

El uso de esta técnica es un tema controversial, pues puede ser observado y valorado desde dos perspectivas: bien como un acto significativo de solidaridad hacia una persona; o bien como un acto degradante y lesivo en contra de la dignidad humana al que se puede someter a las mujeres y niños. Esto quiere decir que suscita una realidad compleja.

La peruana Julia Navarro, de 58 años, quien residía en Estados Unidos junto con su hija Lorena y su yerno, al ver que su hija tuvo trece abortos durante tres años, ofreció su útero para que en él se implantase el embrión procedente del matrimonio. Es así que, después de tres meses de tratamiento, en el año 2014, Julia llegó a concebir a su nieta, como muestra de amor hacia su hija, y dio a luz, luego de nueve meses, a Myla Juliet.

Realidad muy distinta es la vivida por la hindú Madu Parmar, de 32 años, madre de tres hijos, quien, como consecuencia del estado de necesidad en el que se encontraba junto con su familia, ha accedido a alquilar su vientre a parejas infértiles. Ya ha sido madre subrogada en dos oportunidades: de un niño y de un par de mellizos, por las cuales ha recibido 5500 y 7000 dólares, respectivamente. Ella, tras estos embarazos, manifestó sentirse feliz y satisfecha porque gracias al dinero cobrado ha puesto en marcha un negocio propio junto con su esposo y ha cubierto los gastos de la educación de sus hijos.

La materia bajo análisis ha sido escogida porque, a pesar de que Perú no cuenta con legislación que la regule, los problemas generados no son ajenos a la realidad jurídica nacional. Tal es así que, en los últimos años, los tribunales han llegado a conocer casos en los que, incluso, hasta cinco personas reclaman la maternidad y/o paternidad sobre un mismo individuo.

Esta situación es producto de la demanda por parte de parejas heterosexuales que adolecen de infertilidad o esterilidad, que representan el 16 a 20% del total; de mujeres que han postergado, en aras de alcanzar un desarrollo académico, laboral, o que se abstienen de afrontar el proceso de gestación, dar vida a nuevos seres humanos. Además, aunque sea discutible, también proviene por parte de parejas del mismo sexo, las cuales, apoyándose en esta técnica, han logrado dar efectiva solución a tales problemas.

El debate sobre el uso de la maternidad subrogada es apreciado desde múltiples enfoques, en función a la ciencia que lo estudia. Sin embargo, antes de proceder a analizar esta técnica desde alguna ciencia en particular, resulta conveniente tomar conocimiento de información relevante sobre la maternidad subrogada, la que será abordada en el primer capítulo del trabajo. En este, se revisará como es que el cambio en entender y valorar la maternidad ha redundado en la aparición y subsiguientes variaciones de la maternidad subrogada; qué se entiende por tal; cuáles son las causas que propician que las personas opten por su uso. En el último apartado de este capítulo, se presentará la ciencia desde la cual la maternidad subrogada será analizada a lo largo del trabajo, esto es, desde la óptica de la Ciencia del Derecho; claro está, que se hará referencia a los problemas jurídicos que trae consigo hablar de esta emergente técnica.

El problema jurídico, a grandes rasgos, consiste en dilucidar si los acuerdos, por los cuales se conviene practicar la maternidad subrogada son válidos o si, por el contrario, deben ser prohibidos por el ordenamiento jurídico. Para ello, serán analizados desde el campo de estudio de dos de las ramas de esta ciencia: desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional.

Habida cuenta que el Derecho Civil es derecho positivo, que regula las relaciones del hombre con sus semejantes; y el Derecho Constitucional, en particular su parte dogmática, atiende a la esencia misma de la persona, a su dignidad y a los derechos que brotan de ella, mediante su declaración en un instrumento supremo, que es la Constitución de un Estado, de lo que deriva, hoy, contar con derechos y principios constitucionales que pretenden garantizar la protección efectiva de la persona de una manera más completa; se ha pensado apropiado que, en el segundo capítulo, se desarrolle el análisis civil y, en el tercero, el constitucional; en este orden.

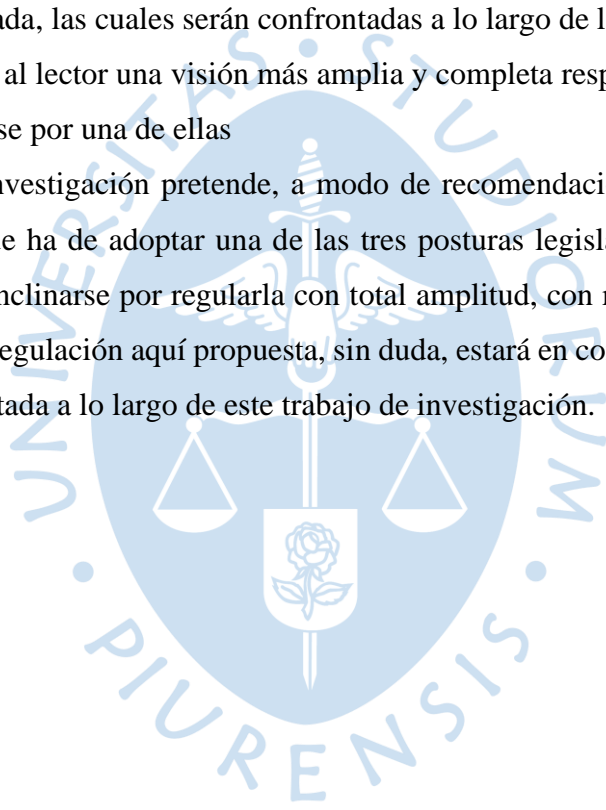
Es así, que, en el segundo capítulo, el acuerdo de maternidad subrogada será tratado bajo la cobertura de la teoría del acto jurídico. En ese sentido, se analizará si tal acuerdo reúne los elementos esenciales, predicados de todo acto jurídico para ser válido o si, más bien, carece de alguno, para afirmar, respecto de él, su nulidad jurídica. Se prestará atención a los requisitos de validez y, desde luego, a las causales de nulidad, previstos por el Código Civil peruano de 1984.

Estos, en particular, versarán sobre la manifestación de voluntad de los sujetos, el objeto del acto, su causa o fin y sobre su conformidad con el orden público y las buenas costumbres.

En el tercer y último capítulo, y a modo de reforzar la conclusión arribada en el capítulo anterior, se analizará si, por motivo de la celebración y ejecución de tales acuerdos, se contraviene derechos y/o principios constitucionales. Para tal efecto, y tomando en cuenta los sujetos involucrados en estos acuerdos -la o las personas deseadas de tener hijos, la mujer que accederá a gestar el hijo para otro y el mismo niño que nacerá por medio de esta técnica-, se estudiará el derecho a la igualdad, a la procreación, también, el principio del interés superior del menor y, sobre todo, la dignidad humana.

Tanto en el área civil como constitucional hay posturas a favor y en contra de los acuerdos de maternidad subrogada, las cuales serán confrontadas a lo largo de la investigación; ello, con la finalidad de ofrecer al lector una visión más amplia y completa respecto de estos, a partir de la cual podrá decantarse por una de ellas

Por último, esta investigación pretende, a modo de recomendación, la elaboración de un proyecto de ley, el que ha de adoptar una de las tres posturas legislativas apreciadas a nivel internacional. Puede inclinarse por regularla con total amplitud, con restricciones o prohibirla de pleno derecho. La regulación aquí propuesta, sin duda, estará en consonancia con la línea de argumentación presentada a lo largo de este trabajo de investigación.







# Capítulo 1

## Nociones generales

En el primer capítulo, se realizará una aproximación a este reciente fenómeno, denominado maternidad subrogada. Para ello, se hará un breve recorrido por su historia, a efectos de entender cuál es su panorama actual. Del mismo modo, se expondrán algunas definiciones de esta técnica, escenarios en los que se presenta, modalidades de la misma, así como, las razones que mueven a las personas deseosas de tener hijos a servirse de ella. Finalmente, se planteará el problema que conlleva su uso, respecto de los involucrados en ella. Para tal efecto, se hará referencia a un caso norteamericano, que hizo de conocimiento público la discusión sobre las consecuencias que traería consigo una posible regulación de esta. Asimismo, se presentará qué postura ha adoptado el legislador peruano y cuáles son sus efectos.

### 1. Breve historia

Desde siempre, el hombre ha tenido el anhelo de dejar su impronta en la historia. En la época clásica, las mujeres asumían el rol protagónico, pues ser madres formaba parte de su esencia femenina, es decir, eran valoradas según su capacidad de producir herederos. El hijo era visto como un regalo de la madre al padre.

En Roma, conforme a la expresión latina *pater est, quem nuptiae demonstrant*, recogida en el Digesto, la paternidad se presumía siempre que el hijo haya nacido dentro del matrimonio, salvo prueba en contrario. Distinto era el tratamiento a la maternidad, la cual se regía por el principio *mater semper certa est*, cuya traducción es «la madre es siempre conocida».

En este contexto, mediante las legislaciones, se promovía el ideal de la mujer romana, el cual consistía en que ella procuraba casarse una vez y tener numerosos hijos. En tal sentido, se afirmaba que si un matrimonio no llegaba a procrear era consecuencia de la esterilidad de la mujer. De modo que, si una mujer casada no llegaba a ser madre, su cónyuge estaba autorizado a anular el matrimonio<sup>1</sup>.

Esta realidad no varió en la Edad Media, la sociedad feudal les imponía a las mujeres la necesidad de tener hijos para poder ser reconocidas en ella, así como contrarrestar la alta tasa de mortalidad existente en dicha época. Asimismo, la mujer no solo era vista como productora

---

<sup>1</sup> MARRADES PUIG, A: *Luces y sombras del derecho a la maternidad: análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia, Valencia, 2002, pp.28 y ss.

de niños, sino que se les empezó a asociar con la crianza y educación de estos, siempre subordinada a la autoridad del esposo<sup>2</sup>.

En el siglo XVIII con la influencia del pensamiento ilustrado, las mujeres eran vistas como responsables de la educación de sus hijos, por su parte, los varones, como proveedores del sustento. En otras palabras, sobre la mujer recaía tanto la maternidad biológica como la maternidad afectiva. El amor maternal era promovido por la civilización como un código de buena conducta. Aunque, la mujer seguía siendo valorada por la fertilidad o no de su vientre. No obstante, en los siglos XIX y XX, la sobrevaloración de la maternidad biológica empezó a disminuir al mismo tiempo que surgieron tendencias feministas<sup>3</sup>. En este sentido, cuando no se pudiera alcanzar esta maternidad, ya sea por razones fisiológicas o ideológicas<sup>4</sup>, los hombres, haciendo uso de su conocimiento, crearon los medios necesarios, tales como las técnicas de reproducción asistida, para hacer frente a esta realidad.

En 1884 en Filadelfia, Estados Unidos, el médico William Pancoast vio en la imposibilidad para procrear de un comerciante la oportunidad para probar su nuevo procedimiento de inseminación artificial. Para ello, escogió a un estudiante de la clase de medicina como donante de semen, el cual fue inseminado en la esposa del comerciante. Esta mujer llegó a concebir, gestar y finalmente alumbrar a un niño. Sin embargo, fue a partir de la segunda mitad del siglo XX, que se inició el uso de nuevas técnicas de reproducción asistida, específicamente en 1973. Año en el que se realizó el primer embarazo conocido a través de la fecundación *in vitro*, llevada a cabo por el equipo de Monash, descrita en la Revista *The Lancet*, no obstante, la gestación solo duró unos días.

Después de nueve años de investigaciones y experimentos sin cesar, en Dearborn, Michigan, Estados Unidos, en 1976, se llevó a cabo el primer embarazo de un niño ajeno extrauterino, en cumplimiento del primer acuerdo de «maternidad subrogada». Dicho término fue atribuido por el abogado Noel Keane, intermediario de tal acuerdo, quien junto con el Dr. Warren Ringold, fundaron una agencia llamada *Surrogate Family Service Inc*<sup>5</sup>.

En el año 1978, los científicos ingleses Patrick Steptoe, médico gineco-obstetra, y Robert Edwards, embriólogo y genetista, consiguieron con éxito el primer nacimiento por fecundación

---

<sup>2</sup> PALOMAR VERA, C: «Maternidad: historia y cultura» en *Revista de estudios de género La ventana*, N°22, Vol.3, Guadalajara, 2005, pp. 40-41. (Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88402204>, consultado el 27 de febrero de 2019).

<sup>3</sup> MARRADES PUIG: *Luces y sombras del derecho a la maternidad...*, p. 36.

<sup>4</sup> Las mujeres, en el siglo XX, se van insertando en la esfera pública. Para ello, deben romper las ataduras que les impone la maternidad, decidiendo si desean llevar dentro de su cuerpo un nuevo ser.

<sup>5</sup> TAPIA GUTIERREZ I y TARASCO MICHEL M: *Maternidad subrogada: explotación de mujeres con fines reproductivos*, Caprichos Ediciones, Ciudad de México, 2014, p. 14.

*in vitro* de la primera niña en el mundo, Louise Brown, el 25 de julio en Reino Unido. Nació sana y sin presentar secuelas a lo largo de su vida. Después de unos años, en 1981, nace en Australia la segunda «bebé probeta», Amandine. Cabe destacar que, hasta este momento, las fecundaciones efectuadas se habían realizado con el material genético aportado por la madre subrogada, conocida como maternidad subrogada tradicional.

En 1984, en el estado de Texas, el equipo de Ricardo Acsh practicó la técnica conocida como transferencia intratubárica de gametos, en la cual se procede a la transferencia de uno o más ovocitos mezclados con espermatozoides lavados y capacitados directamente en la trompa de Falopio mediante laparoscopia, cuyo primer logro fue el nacimiento de mellizos en una pareja infértil<sup>6</sup>. Este nacimiento marcó un hito en la ciencia, pues a partir de él se empezó a practicar la maternidad subrogada gestacional, lo que significa que la madre aportante del útero no compartirá carga genética con el nuevo ser.

Dos años más tarde, en Estados Unidos, nació la niña Melisa Stern quien fue concebida y gestada por la madre subrogada Mary Beth Whitehead. Ella se negó a entregar a la recién nacida al matrimonio Stern con quienes había firmado un contrato de maternidad subrogada. Estos últimos judicializaron el caso, el que es conocido como «*Baby M*»<sup>7</sup>.

Hasta este momento, los acuerdos de subrogación gestacional se celebraban entre nacionales; su validez no era aceptada por los tribunales, lo que se evidenciaba en sus fallos. Aquello reflejaba la tendencia de desconfianza respecto de esta práctica por los potenciales problemas morales y jurídicos que conllevaba.

Aun cuando se presentaba este panorama, la práctica de esta técnica inició una gran proliferación, internacionalizándose su uso a inicios de este siglo, propiciado por la ausencia de norma legal en los diversos estados al respecto. Es así, que, en Tailandia, se dio a conocer el caso de *Baby Factory*. Mitsutoki Shigeta, japonés millonario de 24 años procreó 16 bebés gracias a la colaboración de mujeres tailandesas quienes alquilaron sus úteros<sup>8</sup>. Este y otros escándalos impulsaron a que los estados tomaran partido con referencia a la misma: prohibiéndola de pleno derecho, regulándola con una serie de restricciones o permitiéndola abiertamente; todo ello con el fin de evitar «abusos» del empleo de dicha técnica.

---

<sup>6</sup> AA. VV: «Esterilidad y Reproducción asistida: Una perspectiva histórica» en *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, v Lic. Ingrid Tapia Gutiérrez Dra. Martha Tarasco Michel, N°1, Vol. 22, 2005, p. 6.

<sup>7</sup> La Corte Suprema de New Jersey declaró a la niña como hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern. Fundándose en el interés superior de la menor, la Corte decidió que ella residiría normalmente con el matrimonio Stern, pero a la madre subrogada –que era la madre genética- le correspondía el derecho de visitas (ANDORNO, R: *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos Editorial, Madrid,1998).

<sup>8</sup> Interpol opens probe as Thai police ID ‘baby factory’ dad. (agosto de 2014). (Recuperado de <https://www.japantimes.co.jp/news/2014/08/23/national/interpol-opens-probe-as-thai-police-id-baby-factory-dad/#.XHqhR8BKjIU>, consultado el 03 de marzo de 2019).

Cabe señalar que, pese a estar prohibida en diversos países<sup>9</sup>, la jurisprudencia ha ido reconociendo progresivamente los efectos de los acuerdos de maternidad subrogada. Es decir, la tendencia actual es la flexibilización del tratamiento jurídico de la subrogación gestacional. No obstante, por un lado, ante la ausencia de uniformidad del tratamiento legislativo y jurisprudencial con relación a esta técnica y, por otro, los efectos negativos que recaen sobre los recién nacidos; es que a partir de 2011 se viene elaborando una convención internacional que regule a nivel mundial las consecuencias del uso de esta práctica. Ello es iniciativa de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado<sup>10</sup>.

## 2. Definición y supuestos

De la fusión de dos diminutas células sexuales o gametos: el óvulo y el espermatozoide, células complementarias, es que se forma el embrión humano; el cual se gesta en el vientre de la mujer aportante del óvulo, es decir, la madre biológica, quien debería coincidir con la madre socialmente reconocida. Esto es el ideal de la procreación humana, que sigue la línea del principio de derecho *mater semper certa est*, «la maternidad es siempre conocida», en contraposición de *pater semper incertus est*, que en español significa «el padre es siempre incierto». En otras palabras, se tiene la certeza de que el niño de una mujer embarazada es su hijo, en cambio, podría dudarse de la paternidad del padre socialmente reconocido. Duda que, en la actualidad, es superada mediante el empleo de exámenes genéticos como la prueba de paternidad de análisis de ácido desoxirribonucleico o prueba de ADN.

No obstante, tal identidad entre la madre gestante y madre biológica se ha visto escindida por la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, y en particular, de la técnica de maternidad subrogada, también denominada «gestación por sustitución», «alquiler de útero», «vientres de alquiler» o «madres suplentes». Todos ellos son sinónimos que describen una misma realidad.

La maternidad subrogada ha sido definida por distintos autores. Una de las primeras definiciones es la realizada por Phyllis Coleman, profesora de Derecho de la Universidad de Florida, para quien es «una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil»<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> España (artículo 10, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), Francia (artículo 16-7, Ley n°94-653, de 29 de julio de 1994, sobre reproducción asistida), entre otros.

<sup>10</sup> LAMM, E: «Gestación por sustitución» en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, N°3, 2012, pp. 28-29. (Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf), consultado el 21 de febrero de 2019).

<sup>11</sup> LAMM, E: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2012, p. 22. (Recuperado de <https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=uZyrBAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=ELEONORA+lamm>

La autora describía esta técnica como la consecuencia inmediata de la ejecución de un contrato celebrado por una parte por una mujer apta para llevar a cabo un embarazo de manera satisfactoria y por otra parte por un matrimonio en el que el varón sea el miembro fértil. La mujer gestante aporta su material genético, asimismo, se compromete a renunciar a los derechos de filiación respecto del menor y permitirle a la cónyuge del padre biológico que proceda con su adopción.

La definición así planteada resulta poco precisa y desactualizada, ya que Coleman concibe a la maternidad subrogada como una aplicación derivada de la inseminación artificial, no reconociéndole autonomía a esta nueva técnica. Sostiene que los matrimonios heterosexuales, ante la infertilidad de la mujer, son quienes de manera exclusiva recurren al empleo de esta técnica obviando que *de facto* parejas homosexuales o mujeres o varones solteros también celebren estos contratos. Asimismo, atribuye la incapacidad de procrear a la mujer, asumiendo que todos los varones son fértiles. Otra crítica a la definición de la autora es que solo ha previsto el supuesto en el que la mujer gestante aporta su material genético, olvidándose que existen contratos en virtud de los cuales ella solo se compromete a prestar o alquilar su vientre.

Como consecuencia de las imprecisiones de dicha definición, han aparecido diversos autores que han pretendido brindar una acepción más amplia de la maternidad subrogada. Tal es el caso de Margaret Brazier, profesora de la Universidad de Manchester y miembro de la Academia Británica en 2014, quien concibe a la técnica de la maternidad subrogada como «la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra persona o personas como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa o esas personas después de nacer». Definición que es recogida por Eleonora Lamm en su obra<sup>12</sup>. En esta concepción, la autora no ha previsto si mediará o no contraprestación a favor de la mujer gestante. Por su parte, el español Vela Sánchez ofrece una definición más amplia sobre la materia. Sostiene que «la gestación por sustitución es un fenómeno social-en pleno proceso de expansión- por el cual 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», definición recogida por Lamm<sup>13</sup>.

En esta misma línea, se encuentra Nuria González Martín quien afirma que es: «el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer – la cual puede ser madre

---

m+gestación+por+sustitucion&ots=gXIZ7qZp-b&sig=qGGziubC0EzeHINh45AELoEsttQ&redir\_esc=y#v=onepage&q=brazier&f=false, consultado el 20 de febrero de 2019).

<sup>12</sup> *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, p. 23.

<sup>13</sup> *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, p. 24.

sólo gestante y/o biológica -, sujeta a un acuerdo, contrato, pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer u hombre que figurará como madre o padre de este»<sup>14</sup>.

Forma distinta de concebirla es la propuesta por Gonzáles Pérez de Castro y Morán de Vicenzi, quienes la describen como un contrato a título oneroso o gratuito en virtud del cual una mujer -mediante el uso de una técnica de reproducción asistida- gesta, aportando o no su óvulo, un niño que entregará tras su nacimiento a una persona o pareja comitente<sup>15</sup>.

Dentro de este marco teórico, se aprecia que la maternidad subrogada es subsumida en diversos géneros: «aplicación novel», «práctica», «fenómeno social», «acto productor» y «contrato». Ello evidencia que no existe uniformidad de los autores respecto al enfoque que le asignan a la maternidad subrogada. Entonces, cabría preguntarse cuál es el género que contendría la especie maternidad subrogada.

Al respecto, la respuesta en la que habría consenso sería que es una técnica de reproducción asistida. En otras palabras, la gestación por sustitución es la especie y las técnicas de reproducción asistida es el género al que pertenece. Otro punto en el que hay acuerdo es que la mujer gestante renuncia a todos los derechos y deberes de patria potestad del menor en interés de una o dos personas que desean ser padres.

Sobre la base de las ideas expuestas, en este trabajo se osará definir a la maternidad subrogada como aquella técnica de reproducción asistida cuya aplicación es consecuencia inmediata de un acuerdo celebrado entre una o dos personas con la pretensión de ser padres, biológicos o no; y una mujer, que se compromete a gestar y dar a luz un hijo ajeno, con el que puede o no guardar vínculo biológico, y respecto al cual renunciará a todos los derechos de filiación a favor de los primeros.

Por medio de las técnicas reproductivas modernas, son seis las personas posibles que podrían reclamar derechos sobre el recién nacido: la madre genética, la madre gestacional, la madre social, el padre genético, el padre social y la pareja de la madre gestante. En detalle, se podrían presentar las siguientes situaciones, en función de la aportación de la madre subrogada:

---

<sup>14</sup> *Maternidad subrogada y Adopción Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2012, pp. 171-172. (Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/11.pdf>, consultado el 26 de mayo de 2017).

<sup>15</sup> «Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú. A propósito del primer caso de maternidad subrogada resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N°563-2011-Lima» en *Revista Jurídica Thomson Reuters*, año 1, N° 7, 2013, pp. 41-63.

1. Aporta exclusivamente su útero. Por su parte, la pareja comitente aporta el material genético. De modo que, se presentan una madre gestante, una madre genética e intencional y un padre genético e intencional.

2. Aporta tanto su útero como su gameto. Por otro lado, el comitente varón aporta el material genético. De este modo, se encuentran involucrados una madre genética y gestante a la vez, una madre intencional y un padre genético e intencional.

3. Aporta exclusivamente su útero, el óvulo procede de donante anónima y el espermatozoide, del padre comitente. En este supuesto, se ven implicados una madre genética, una madre gestante, una madre intencional y un padre genético e intencional.

4. Aporta su útero, la madre intencional aporta el óvulo y el espermatozoide es provisto por un donante anónimo. En este sentido, se estaría ante una madre gestante, una madre genética e intencional, un padre genético y un padre intencional.

5. Aporta su útero y óvulo, a su vez, el gameto espermatozoide es aportado por un donante anónimo, de forma que se ven comprometidos una madre genética y gestante a la vez, una madre intencional, un padre genético y un padre intencional.

6. Aporta exclusivamente su útero y los gametos proceden de donantes anónimos. Es así, que se está frente a una madre gestante, una madre genética, una madre intencional, un padre genético y un padre intencional.

Por tales razones, este fenómeno, al comprometer a un gran número de personas (padres y sobre todo al hijo) en el proceso de la procreación, es de difícil aceptación tanto por parte de la doctrina como por la legislación; ya que es alta la probabilidad que se vean vulnerados los derechos de alguno de estos intervinientes.

### **3. Clasificación de la maternidad subrogada**

De las definiciones presentadas en el apartado anterior, se aprecia que esta técnica puede ser de dos modalidades, en función de la intervención de una mujer en el proceso procreativo de otra; las cuales son:

1. La madre subrogada se limita a prestar o alquilar su útero para que en él se insemine el embrión que ha sido concebido mediante fecundación *in vitro*; respecto al cual ella no ha aportado material genético en su concepción. Con relación a la intervención de los padres intencionales, uno o ambos son los padres biológicos del menor. Esta primera modalidad es conocida como fecundación heteróloga respecto a la mujer o maternidad subrogada gestacional (locación o alquiler de útero).

2 La madre gestante guarda identidad con la madre biológica; es decir, presta o alquila su útero, así como aporta los óvulos. En este supuesto, uno o ninguno de los padres intencionales aporta sus gametos. Esta es la fecundación homóloga respecto a la mujer o maternidad subrogada tradicional<sup>16</sup>.

Independientemente de estar frente a una u otra, en ambas se desarrollan tres etapas. En la primera, se obtienen los gametos (espermatozoides y óvulos); en la segunda etapa, el embrión o el espermatozoide son introducidos en el cuerpo de la mujer que gestará al niño por nacer; y en la tercera y última etapa, la madre subrogada gesta y da a luz al bebé.

Asimismo, en estos acuerdos de maternidad subrogada pueden o no mediar el pago de una suma de dinero como compensación por la gestación del niño. Con base en este criterio se puede encontrar otra clasificación de la maternidad subrogada:

1. Maternidad subrogada altruista. En un primer momento, la maternidad subrogada se practicó con fines solidarios. Mujeres ofrecían sus vientres a parejas que no podían concebir con la única condición que ellos asumieran los gastos que implicaba el proceso procreativo<sup>17</sup>. Esta tendencia es la que hoy en día está siendo regulada por la mayoría de los países occidentales, permitiéndola bajo una serie de requisitos y condiciones.

Los legisladores, con la finalidad de reconocer sus efectos, han previsto dos formas de regulación. La primera prescribe un proceso de preaprobación, en virtud del cual la gestante, desde antes de la inseminación, acuerda renunciar a la filiación sobre el menor, cediéndola de manera absoluta a los padres intencionales. La segunda le ofrece a la madre gestante, tras el nacimiento, decidir si conserva o renuncia al menor y a los derechos de filiación sobre el mismo. En ambos casos, quienes han pretendido la gestación y nacimiento son responsables de costear los gastos del tratamiento médico del embarazo, el parto y postparto, así como una posible reparación civil de ser el caso de tratarse de una mujer trabajadora que por motivos del embarazo ha dejado de percibir ingresos.

2. Maternidad subrogada comercial. Más adelante, la forma de llevarse a cabo esta técnica varió, se dejaron atrás los fines solidarios para ser sustituidos por fines lucrativos. En otras palabras, la madre subrogada se compromete a llevar de manera satisfactoria la gestación y

---

<sup>16</sup>MORÁN DE VICENZI, C: *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, ARA editores, Lima, 2004, p. 196.

<sup>17</sup>En 1976, el abogado Noel Keane llevo a cabo el primer acuerdo de “subrogación altruista”. Keane, junto con el Dr. Warren Ringold, crearon una agencia llamada Surrogate Family Service, donde se realizaban inseminaciones artificiales. Su objetivo era ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a las gestantes y ayudándoles en los trámites jurídicos necesarios. Esto contribuyó a divulgar una percepción altruista de la práctica. No obstante, tal práctica empezó a perseguir diversos fines, en donde media un acuerdo económico. A ello, se le conoce coloquialmente como “vientres de alquiler”. (TAPIA GUTIERREZ y TARASCO MICHEL: *Maternidad subrogada...*, p. 14).



nacimiento de un bebé para ser entregado a quienes tienen la intención de ser padres y para ello, han convenido cubrir los gastos que conlleva el proceso procreativo y entregarle, además, a la mujer una suma de dinero como contraprestación de sus servicios. Tal acuerdo, tiene un carácter mercantil.

La suma de dinero entregada incluye los gastos de fecundación *in vitro*, técnicas adicionales, agencia de gestación subrogada, otros gastos (desplazamiento, imprevistos, abogados nacionales, seguro de salud, etc.) y la compensación a la gestante por sus servicios.

Esta clasificación es el eje en función del cual giran los constantes debates entre quienes están a favor y en contra de esta técnica. Como consecuencia de ello, distintos países han declarado expresamente la nulidad de pleno derecho de tales acuerdos, como es el caso del ordenamiento español; unos han legalizado únicamente aquella que persigue fines altruistas, como Canadá; y otros, ambas clases de maternidad subrogada, como Estados Unidos, particularmente el estado de California.

#### **4. Causas que originan el uso de la técnica de maternidad subrogada**

La maternidad subrogada es vista como el único recurso para materializar el deseo de ser padres para quienes no podrán llegar a serlo de manera natural, sin tener que acudir a las autoridades competentes para solicitar la adopción de un menor; proceso que, como ya es sabido, resulta denso, engorroso y con una prolongada extensión en el tiempo, a lo que se suma que, los posibles adoptantes no tienen garantizado que al término de este formen una familia con el menor. Sobre todo, ellos no tendrán un hijo con el que guarden vínculo biológico, deseo que es el resultado de la «sacralización de la genética»<sup>18</sup>.

Cabe señalar que las personas que se valen de la técnica de maternidad subrogada lo hacen por el deseo de tener descendencia con la que compartan material genético. No obstante, gran parte de ellas se sirven de donantes anónimos para la concepción del nuevo ser, no guardando de este modo más que un vínculo afectivo con el que llamarán su hijo.

Las razones por las que las personas acuden al uso de esta técnica se pueden sintetizar en tres:

---

<sup>18</sup> NUÑO GÓMEZ, L: «Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler» en *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, N°55, 2016, pp. 687-688. (Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/311957409\\_Una\\_nueva\\_clausula\\_del\\_Contrato\\_Sexual\\_vientres\\_de\\_alquiler/link/58ff3a29a6fdcc8ed50d989a/download](https://www.researchgate.net/publication/311957409_Una_nueva_clausula_del_Contrato_Sexual_vientres_de_alquiler/link/58ff3a29a6fdcc8ed50d989a/download), consultado el 05 de marzo de 2019).

**4.1. Por razones biológicas.** Las personas, desde su nacimiento o de manera adquirida, pueden presentar enfermedades que afectan su capacidad reproductiva, pese a que tengan la intención de ser padres; es decir, padecen de esterilidad o infertilidad<sup>19</sup>.

Aunque ambos términos son usados de manera indistinta, la literatura hispana los diferencia. La esterilidad es la incapacidad de lograr un embarazo, pese a mantener relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas dentro de un periodo de doce meses. Por su parte, la infertilidad es la imposibilidad de que el embarazo llegue a término con el nacimiento (conocida como aborto habitual o de repetición). En este sentido, se puede afirmar que los varones exclusivamente pueden presentar problemas de esterilidad, a diferencia de las mujeres, que pueden verse afectadas, tanto por problemas de esterilidad como de infertilidad.

La esterilidad femenina puede producirse cuando los ovarios tienen problemas para producir óvulos o cuando estos no pueden movilizarse desde el ovario hasta la matriz. Por su parte, la infertilidad femenina, se presenta cuando el óvulo fecundado no se fija al revestimiento del útero o cuando, ya fijado, no sobrevive.

Las causas de la esterilidad y la infertilidad femenina han sido desarrolladas por *Mayo Clinic Health System* (Sistema de Salud de Mayo Clinic), las cuales son<sup>20</sup>:

1. Trastornos ovulatorios, que afectan la liberación de óvulos de los ovarios. Estos incluyen trastornos hormonales tales como el síndrome de ovario poliquístico<sup>21</sup>, hiperprolactinemia<sup>22</sup>, el exceso o la escasez de hormona tiroidea. Otras causas ocultas pueden ser exceso de ejercicio, trastornos de la alimentación, lesiones o tumores.

2. Endometriosis, trastorno a menudo doloroso en el que el tejido que normalmente reviste el interior del útero (el endometrio) crece fuera del útero.

3. Por causa tubárica, es decir, daño u obstrucción de las trompas de Falopio, provocadas a menudo por la salpingitis<sup>23</sup>. Esto puede ser consecuencia de la enfermedad inflamatoria pélvica, que normalmente es producto de una infección de transmisión sexual, endometriosis o adherencias.

---

<sup>19</sup> AA. VV: «Definición y causas de la infertilidad» en *Revista colombiana de obstetricia y ginecología*, N°4, Vol. 54, 2003. (Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>, consultado el 07 de marzo de 2019).

<sup>20</sup> MAYO CLINIC: *Esterilidad*. (Recuperado de <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/infertility/symptoms-causes/syc-20354317>, consultado el 07 de marzo de 2019).

<sup>21</sup> Trastorno hormonal que ocasiona ovarios de mayor tamaño con pequeños quistes en los bordes externos.

<sup>22</sup> Es un trastorno por el cual la persona tiene un nivel anormalmente alto de la hormona prolactina (hormona que estimula la producción de leche materna) en la sangre, puede interferir en la ovulación.

<sup>23</sup> Inflamación aislada de las trompas de Falopio.

4. Anormalidades uterinas o cervicales, incluidas la abertura anormal del cuello del útero, los pólipos uterinos o la forma del útero. Más frecuentemente los fibromas<sup>24</sup> interfieren en la implantación del óvulo fecundado.

5. Insuficiencia ovárica primaria, cuando los ovarios dejan de funcionar y la menstruación se interrumpe antes de los 40 años.

6. Ciertos cánceres, particularmente los cánceres del aparato reproductor femenino afectan gravemente la fecundidad femenina.

Con respecto al caso de los varones, la esterilidad se produce cuando existe una disminución de la cantidad de espermatozoides (un bloqueo que impide que los espermatozoides sean liberados) o defectos en los espermatozoides. Esta tiene cinco causas:

1. Producción o función espermática anormal, ello es a causa de criptorquidia<sup>25</sup>, enfermedades como la diabetes o varicocele<sup>26</sup>, e infecciones tales como clamidia, gonorrea, paperas o VIH.

2. Dificultades para liberar el esperma a causa de problemas sexuales, como la eyaculación precoz; ciertas enfermedades genéticas, como la fibrosis quística; problemas estructurales, como la obstrucción de un testículo; o daño o lesión de los órganos reproductivos.

3. Exposición excesiva a ciertos factores ambientales, como los pesticidas y otras sustancias químicas, y la radiación. Consumir tabaco, alcohol, estupefacientes o la ingesta de ciertos medicamentos, como ciertos antibióticos, antihipertensivos, esteroides anabólicos, entre otros. La exposición frecuente al calor puede aumentar la temperatura corporal central y afectar la producción de esperma.

4. El tratamiento para el cáncer puede afectar la producción de esperma, a veces gravemente.

5. Disfunción eréctil<sup>27</sup> o impotencia.

**4.2 Por razones culturales.** En la actualidad, la esterilidad y la infertilidad no son las únicas causas determinantes para que las mujeres no lleguen a ser madres. Ellas cada vez más posponen de manera voluntaria su maternidad, pues ambicionan alcanzar el más alto desarrollo profesional, académico y socioeconómico; y para ello, se focalizan de manera exclusiva en ese

<sup>24</sup>Tumores benignos que aparecen en el útero.

<sup>25</sup> Ausencia de descenso de los testículos.

<sup>26</sup> Agrandamiento de las venas del escroto, que obstaculiza la vía seminal impidiendo la salida de los espermatozoides.

<sup>27</sup> Incapacidad persistente de lograr o mantener una erección suficiente para permitir una relación sexual satisfactoria.

objetivo. Esta realidad es consecuencia de que, a lo largo de la historia, se han visto subestimadas por la sociedad y sometidas al ámbito doméstico -siempre viéndolas vinculadas a la familia-. Por su parte, a los hombres se les identifica con la sociedad y el interés público.

Por tal motivo, ellas vienen pugnando por estar en igualdad de condiciones con relación a los varones. Ellas dejan en un segundo plano la posibilidad de ser madres de manera natural, por haber perdido su capacidad reproductiva<sup>28</sup>. Es ello lo que las motiva a hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, y en particular, la técnica de maternidad subrogada.

Se hace necesario y conveniente preguntarse, tal como lo ha hecho Ana Marrades Puig, si la maternidad es un instinto de la naturaleza de la mujer o es, por el contrario, una construcción cultural<sup>29</sup>. Gran número de feministas se decantan por la segunda alternativa. Al respecto, la psicoanalista Silvia Tubert sostiene que «el deseo del hijo no es natural sino histórico, generado en el marco de las relaciones intersubjetivas, resultado de una operación de simbolización, por la cual el futuro niño representa aquello que podría hacernos felices o completas»<sup>30</sup>.

En otro orden de ideas, Marrades Puig, interpretando la obra de Norma Ferro<sup>31</sup>, afirma que el deseo de tener un hijo es natural, pero su significado e inclinación serán marcados por la cultura<sup>32</sup>. A su vez, reafirma la distinción entre el deseo prematernal, que está relacionado con querer tener un hijo; y el posmaternal que está relacionado con el deseo de concebir, gestar, dar a luz y mantener su hijo a su lado. Una mujer podría presentar ninguno, uno o ambos deseos, ya que el primero no es presupuesto del segundo. Del mismo modo, señala que pese a que la mujer puede estar biológicamente apta para llevar a cabo un embarazo no significa que tenga o que podría llegar a tener la necesidad y el deseo pre y posmaternal. En tal sentido, la autora comenta que «la cultura toma un impulso, el sexual, y lo transforma en otro, el maternal».

En virtud de ello, se puede afirmar que existen mujeres en las que el deseo prematernal aparece en una edad en la que ha disminuido la capacidad reproductiva, pues han esperado crecer en todos los aspectos de su vida social y tras conseguirlo, es que deciden convertirse en madres. Por ello, es que recurren a la técnica de maternidad subrogada, la homóloga o heteróloga.

---

<sup>28</sup> La mujer, a cierta edad, experimenta la menopausia o cese permanente de la menstruación.

<sup>29</sup> *Luces y sombras del derecho a la maternidad...* pp. 23 y ss.

<sup>30</sup> *Figuras de la madre*, Editorial Cátedra, Madrid, 1996, p. 10.

<sup>31</sup> La obra a la que se hace referencia es *El instinto maternal o la necesidad de un mito*, Editorial Siglo XXI, 1991, p.134.

<sup>32</sup> *Luces y sombras del derecho a la maternidad...* pp. 24 y ss.

**4.3. Por razones que atienden a la naturaleza de las cosas.** Para llegar a tener un hijo, es necesaria la intervención de un varón y una mujer. Él coadyuva aportando el espermatozoide. Ella, por su lado, aporta el ovulo; así como, su útero, en el que crecerá y se desarrollará el nuevo ser hasta el momento de su nacimiento. La complementariedad así apreciada es descrita desde un enfoque biológico.

Es así, que la tercera causa del uso de la maternidad subrogada está relacionada con la realidad de las parejas homosexuales conformadas por varones; quienes, al igual que las parejas heterosexuales, tienen el deseo de formar familia y dejar descendencia. Sin embargo, ellos saben que de manera natural no podrán hacerlo; lo cual, los lleva a buscar otras alternativas.

Por tal motivo, ellos, invocando el derecho a no ser discriminados, así como a fundar una familia, recurren a la adopción de un menor o se sirven de una tercera mujer, que lleve a cabo el embarazo y nacimiento de un bebé, con el que, uno de los miembros de la pareja homosexual, podría o no compartir material genético, y al que llamarían su hijo.

## 5. Planteamiento del problema

La maternidad subrogada, cuya practica está muy extendida, es tema complejo, que viene modificando la realidad. Así, la procreación de un hijo ya no es el resultado de una relación íntima entre un varón y una mujer, sino que hoy es sustituida por un acto realizado «en soledad en la camilla de una clínica» y que responde a la frivolidad de los adultos<sup>33</sup>. Ello trae consigo que la propia problemática de las técnicas de reproducción asistida se agudice: disociación de la maternidad, de los cuerpos y del cuerpo y de la mente, dentro de un abanico de posibles filiaciones, la elección de una para atribuirle a aun recién nacido; la mercantilización del cuerpo de la mujer, o la cosificación de un nuevo ser<sup>34</sup>.

Por tal motivo, los diferentes ordenamientos jurídicos no le dan un tratamiento uniforme: unos la prohíben e incluso penalizan su práctica, otros la permiten estableciendo una serie de condiciones y requisitos. Mas allá de preguntarse cuál de las posturas adoptadas por los estados es la correcta, debería evaluarse si los acuerdos de maternidad subrogada *per se* están o no ajustados a derecho.

Desde un enfoque civilista, cabe preguntarse si tales acuerdos pueden ser considerados como negocios jurídicos válidos, o si por el contrario la invalidez y, por consecuencia, la

---

<sup>33</sup> LOPEZ GUZMÁN, J y APARISI MIRALLES, A: «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada» en *Revista Cuadernos de Bioética*, N°78, 2012, p. 255.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O: «Maternidades y paternidades escindidas: una nueva cultura de la reproducción» en TAMAYO HAYA, S (Ed.), *La maternidad y paternidad en el siglo XXI*, Editorial Comares, Granada, 2016, pp. 116-117.

ineficacia deriva de la naturaleza de los mismos. En el mismo sentido desde un enfoque constitucional, la interrogante es si estos acuerdos contravienen de manera manifiesta principios, valores o derechos superiores derivados de la naturaleza de las personas. Pues de la experiencia se aprecia que tanto los recién nacidos como la madre gestante son quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad a merced de los intereses individuales de quienes pretenden ser padres.

Bajo este contexto, cabría preguntarse si, dentro de las funciones del Derecho se encuentra la defensa de los deseos e intereses individuales de las personas.

**5.1. Casuística norteamericana que abre el debate.** Para iniciar el planteamiento del problema, es conveniente hacer mención del caso *Baby M*. A partir de la judicialización de este, los tribunales empiezan a pronunciarse respecto a la validez de los acuerdos de maternidad subrogada y, sobre todo, a decidir sobre la situación de los recién nacidos respecto a su filiación, nacionalidad y su desarrollo en un hogar.

Los esposos Stern no eran técnicamente infértiles, Elizabeth padecía esclerosis múltiple y un embarazo afectaría gravemente su salud. Ambos, William y Elizabeth, estaban deseosos por convertirse en padres así que contrataron a Mary Beth Whitehead, tras encontrar su nombre en un anuncio de periódico, con quien firmaron un acuerdo de subrogación gestacional en virtud del cual sería inseminada con el esperma de William, quedaría embarazada y tras dar a luz entregaría a la menor renunciando a sus derechos maternos en favor de Elizabeth.

El 27 de marzo de 1986, Mary Beth dio a luz a una niña quien fue reconocida por su esposo llamándola Sara Elizabeth Withehead. Tres días más tarde, Mary Beth entregó la bebé a William y Elizabeth quienes la rebautizaron como Melissa Elizabeth Stern.

Durante las 24 horas posteriores de transferida la custodia física al matrimonio Stern, Mary fue donde ellos y pidió que le devolvieran a su hija y tras la negativa del matrimonio, Mary huyó con la niña de New Jersey. Como consecuencia, los Stern la demandaron por incumplimiento contractual ante los Tribunales de New Jersey.

El órgano jurisdiccional se pronunció respecto a dos puntos. En primer lugar, reconoció como válido el contrato celebrado por las partes, por tratarse de un contrato ordinario, el cual, a nivel constitucional, se encuentra permitido y protegido. En segundo lugar, a fin de garantizar el interés superior del niño, el juez otorgó la custodia al matrimonio Stern prohibiéndole a Mary Beth que visite a su hija<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> YOUNGER, J: «What the Baby M Case Is Really All About» en *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 6, 1998, p. 78.

El 3 de febrero de 1988, la Corte Suprema de Nueva Jersey, presidida por Robert Wilentz, declaró nulos los contratos de subrogación gestacional, por considerar y afirmar, por un lado, que tales contratos son una ofensa a la política pública; por otro lado, que el pago es algo ilegal y potencialmente degradante para las mujeres. Asimismo, en su fallo, la Corte remitió el caso al Tribunal de la Familia, para que, finalmente, sea este el encargado de ejecutar su decisión. Es así, que el tribunal concedió la custodia de la niña a los Stern y derechos de visita a Whitehead reconociéndola como madre genética de la menor.<sup>36</sup>La decisión de la Corte es de gran importancia en la jurisprudencia norteamericana ya que hasta ese entonces no había pronunciamiento alguno respecto de esta novedosa técnica y los efectos que recaerían sobre los niños que nacerían por medio de esta.

Por lo tanto, es a partir de dicha jurisprudencia, que los tribunales declaran la invalidez de los acuerdos de maternidad subrogada. A pesar de ello, amparándose en el interés superior del menor reconocen de manera indirecta los efectos de tal acuerdo al asignar la custodia a los padres intencionales. Asimismo, los tribunales omiten pronunciarse respecto de una posible afectación a la dignidad humana y los derechos fundamentales que derivan de ella, tanto del menor como de la madre gestante.

**5.2. Realidad jurídica nacional.** Habiendo conocido la realidad norteamericana, a través del caso *Baby M*, es necesario trasladar a la realidad nacional el problema que trae consigo la práctica de la maternidad subrogada. Para tal efecto, se explorará de manera breve y precisa la legislación nacional al respecto; así como, se planteará la controversia surgida a partir de la Casación de la Corte Suprema N°563-2011 Lima.

Si bien, el ordenamiento peruano no contempla una ley que regule las técnicas de reproducción asistida, ni mucho menos una que regule la maternidad subrogada, existe una mención, que no es lo suficientemente clara sobre el tema, en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, Ley N° 26842, del 20 de julio de 1997, el cual a la letra 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. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos».

---

<sup>36</sup> TAPIA GUTIERREZ y TARASCO MICHEL: *Maternidad subrogada*...p. 15.

A partir de dicha disposición girará la discusión sobre si está permitida la fecundación homóloga o la fecundación heteróloga, ambas o ninguna. De igual forma, si tal disposición es acorde con los principios que irradian el ordenamiento jurídico peruano y con tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño del año 1989. Por lo que con base en ella se planteará el problema.

En primer lugar, el artículo 7 de la Ley mencionada sostiene que existe un «derecho a recurrir al tratamiento de la infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida». En otras palabras, les reconoce a las parejas heterosexuales, ya sean vinculadas por matrimonio o por unión de hecho, como derecho humano la facultad de tener hijos con ayuda de la tecnología. Por ello, el Estado tiene el deber de proteger y promover dicho derecho. No obstante, Gonzales Pérez de Castro y Morán de Vicenzi, al respecto, señalan que el niño nunca podrá ser objeto de derecho subjetivo. El hecho de contraer matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener prole, simplemente les atribuye el derecho-deber a realizar los actos sexuales propios de procrear. Del mismo modo debe entenderse aplicable lo dicho para las uniones de hecho<sup>37</sup>.

Dicho de otra manera, las personas tienen el derecho a procrear; sin embargo, su libertad no puede lesionar los derechos fundamentales de otro sujeto, como los de un recién nacido, quien desde su concepción ya es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, tal como proclama el artículo 2.1 de la Constitución Política de 1993 y el artículo 1 del Código Civil de 1984. Por lo tanto, cabría preguntarse si es mejor afirmar que un niño tiene derecho a nacer y desarrollarse en una familia o si las personas poseen el derecho a tener un niño.

En segundo lugar, con referencia a «siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona», tal frase es la que causa mayor controversia sobre si está o no permitida la gestación por sustitución. Puesto que, si se realiza una interpretación literal de dicho dispositivo, se desprenderían dos posturas:

La primera postura defiende que la disposición legal, solo permitiría que aquella mujer estéril, mediante la técnica de inseminación artificial, pueda procrear a partir de su material genético; de modo que, estaría prohibida la maternidad subrogada y la ovodonación.

La segunda postura, por el contrario, sostiene que el precepto legal permitiría la fecundación homóloga, es decir, que en la persona de la madre subrogada recaiga la figura tanto de la madre gestante como de la madre biológica del niño que luego será entregado a la madre intencional. Sin embargo, sobre la fecundación heteróloga la situación es distinta, pues el legislador no ha

---

<sup>37</sup> «Los acuerdos de maternidad subrogada...», p. 44.



dicho nada sobre ella. De ello, puede afirmarse que la maternidad subrogada propiamente dicha sí sería admisible; sin embargo, esta es la que causa mayor conflicto en el establecimiento de la identidad y filiación del futuro infante.

Con relación a la fecundación heteróloga -o la locación o alquiler de útero-, en donde la figura de la madre biológica y madre gestante recaen en distintas personas, no estaría contemplada por el dispositivo, como ya se había dicho *supra*; se podría entender que estaría aparentemente prohibida. Por todo lo expuesto, se entendería que la segunda postura estaría descartada.

Es así, que se puede señalar sobre la maternidad subrogada que el legislador no se ha pronunciado respecto a la materia. Frente a esta situación, han surgido dos sectores de la doctrina.<sup>38</sup> El primero defiende que, si el legislador la hubiese querido prohibir expresamente, hubiese procedido del mismo modo cuando estableció «está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos de la procreación, así como la clonación de seres humanos». Es decir, se podría entender aplicable a este supuesto lo que prescribe la Constitución Política en su artículo 2, inciso 24, literal a: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». De modo que, afirman se estaría ante una exhortación más no una prohibición.

Otro sector de la doctrina, al que se suscribe De La Fuente Hontañón, basándose en que el legislador emplea la locución conjuntiva o enlace subordinante «siempre que» como equiparable a «siempre y cuando»; defiende que no se trata de una mera exhortación, sino que, por el contrario, se está ante una prohibición de la técnica de la gestación por sustitución.

En todo caso, el legislador, al ejercer su función legislativa, debe observar el principio-derecho de dignidad humana, el principio del interés superior del niño, y todos los principios y derechos constitucionales que sirven de fundamento para el ordenamiento interno.

Por ello, se analizará si la técnica de la maternidad subrogada conlleva una posible cosificación del concebido como objeto de contrato, destinado a satisfacer intereses de adultos. Ello ha suscitado una serie de conflictos que han llegado a ser judicializados, en los que se podría encontrar en juego los derechos del bebé y de la madre gestante. En tal sentido, se hará referencia a la casación N°563 – 2011 Lima, en la que la Corte Suprema resuelve un conflicto sobre la materia.

Antes de abordar la casación aludida, es prudente mencionar otras dos jurisprudencias que versan sobre la legalidad o no de la fecundación heteróloga con base en el artículo 7 de la Ley

---

<sup>38</sup> DE LA FUENTE HONTAÑÓN, R: «La subrogación gestacional: ¿vientre o persona en alquiler? Implicancias jurídicas y éticas» en *Gaceta Civil Procesal y Registral* N°48, 2017, p. 42.

General de la Salud: la Casación N°5003-2007 de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema y del Expediente 183515-2006-00113, Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima. A partir de las cuales se ha esgrimido dos posturas contrapuestas sobre la cuestión mencionada.

Con respecto al primer recurso, este fue presentado por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas contra la resolución que confirmó la declaración de improcedencia de su demanda de impugnación de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, quien fue concebida mediante inseminación artificial con el óvulo de una mujer distinta y los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori.

La Corte Suprema, tras haberse realizado la prueba de ADN entre María Alicia y Alicia Beatriz, cuyo resultado salió incompatible; estableció que es ilegal la práctica de la fecundación heteróloga por estar proscrita implícitamente en el artículo 7 de la Ley General de la Salud. Asimismo, en observancia de que ha habido un interés legítimo para solicitar la impugnación y que se estaría afectando derechos fundamentales de la menor, como el derecho a la propia identidad, es retirado todo vínculo legal entre ambas, siendo entregada la niña al padre biológico y su esposa, promotora de la impugnación de la maternidad.

Respecto a la segunda jurisprudencia mencionada, la cual, al igual que la primera, versa sobre una demanda de impugnación de maternidad interpuesta por doña Carla Monique See Aurish contra doña Jenny Lucero Aurish De la Oliva y don Luis Eduardo Mendoza Barber, madre y cónyuge de la accionante respectivamente, efectuada en favor de la niña Daniela Mendoza Aurish, quien fue concebida por fecundación heteróloga y cuya gestación estuvo a cargo de la demandada, quien es su abuela; ya que la accionante, por padecer de insuficiencia renal, no podía concebir. Por tal motivo, solicita que se rectifiquen los apellidos que aparecen en la partida de nacimiento de la menor.

El juez resuelve declarar fundada la demanda, aduciendo que como no está prohibido expresamente la fecundación heteróloga en el ordenamiento nacional, así como, no ha mediado contraprestación alguna para que se lleve a cabo la subrogación gestacional, y tras haberse efectuado una prueba de ADN y cuyo resultado confirma la existencia de vínculo genético entre la accionante y la menor. En virtud de ello, el magistrado admite el uso de los convenios de maternidad subrogada heteróloga, siempre y cuando sean altruistas, reconociendo sus efectos, al romper la filiación de maternidad entre la abuela y su nieta.

A su vez, dispuso que, por existir tres embriones sobrantes, vivos y congelados en el laboratorio de la clínica pertenecientes a la accionante y su cónyuge, estos deben inseminarlos

ya sea en su útero o en el de otra mujer, sirviéndose de la maternidad subrogada, en el plazo de dos años.

Ahora bien, con relación a la Casación N°563-2011 Lima, que es la jurisprudencia que mayor resonancia ha tenido en nuestro ordenamiento. Fue un recurso interpuesto por doña Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia que declaró fundada la demanda de adopción por excepción incoada por el matrimonio conformado por don Giovanni Sansone y doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, respecto de la menor Vittoria Palomino Castro.

Los demandantes y la recurrente celebraron un acuerdo de maternidad subrogada, en virtud del cual, la mujer se obligaba a alquilar su útero para que en él se insemine el gameto de don Giovanni, asimismo, se comprometía a donar su óvulo; a cambio de que la pareja de esposos le pague una alta suma de dinero.

La menor nació el día 26 de diciembre de 2006, quien fue inscrita por la madre biológica, Isabel y su conviviente, Paúl Frank Palomino Cordero, sobrino-nieto de la codemandante. El realizó el reconocimiento de complacencia de la recién nacida.

No obstante, a los nueve días de nacida, los padres legales entregaron a la menor a la pareja comitente. Ellos iniciaron el proceso de adopción por excepción (cfr. artículo 128 Código de los Niños y Adolescentes), al que los mismos padres legales se allanaron. Sin embargo, estos se arrepintieron de ello.

En primera instancia, el órgano jurisdiccional declaró fundada la demanda pues la menor ya estaba viviendo con los demandantes, y el alejarla de su seno atentaría contra el interés superior del niño. Del mismo modo, el juez afirmó que la pareja comitente había acreditado debidamente su solvencia moral y física. La Corte Superior confirmó el fallo de primera instancia, mediante sentencia de fecha 30 de noviembre del año 2010.

Doña Isabel, no conforme con el fallo, interpuso recurso de casación ante la Corte Suprema de la República; recurso que fue declarado infundado por el colegiado, confirmando los argumentos expuestos en las resoluciones previas. Aunados a estos, la Corte explicó que la situación en la que se encontraban los demandantes se enmarcaría en uno de los supuestos de hecho previstos por la norma que regula el proceso de adopción por excepción, puesto que, quienes incoaron la demanda eran parientes de la menor hasta en el cuarto grado de consanguinidad (eran los tíos abuelos de ella<sup>39</sup>). Este hecho quedo demostrado con el acta de reconocimiento en la cual constaban como padres legales Isabel y su conviviente.

---

<sup>39</sup> Artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes: En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del

Doña Isabel aceptó la inseminación a cambio de recibir una contraprestación, situación que fue consentida por su conviviente, quienes tras el nacimiento entregaron a la menor a la pareja comitente, lo cual, según expuso la Corte, reveló que el fin perseguido por la pareja demandada no era el ejercicio pleno de su paternidad, sino que, todo lo contrario, era obtener una ventaja económica como consecuencia de la venta de un ser humano.

Asimismo, la Corte sostuvo que alejar a la menor del hogar en el que se hallaba, el que ya reconoce como suyo y en donde ha recibido protección, cariño y cuidados de los preadoptantes, a corto o largo plazo, podría generar un daño en ella. Es así, que privilegió el interés superior del niño sobre la voluntad de la recurrente de mantener la filiación en su favor.

La decisión dictada por la Corte, desde el día de su emisión hasta el día de hoy, viene siendo objeto de críticas. Para empezar, esta se pronuncia sobre un tema *per se* controversial, el convenio de maternidad subrogada, respecto del cual se objeta que su celebración y aplicación podría traer como consecuencia que se vean lesionados la dignidad de la persona y los derechos derivados de ella, tanto de la madre subrogada como la del niño por nacer; pudiendo desembocar en una eventual comercialización de ambos.

No obstante, la Corte resuelve desde un enfoque legalista la controversia, pronunciándose exclusivamente sobre la procedencia de la adopción por excepción; perdiendo, de esta manera, la oportunidad de manifestarse respecto a la validez y eficacia de estos acuerdos; es decir, si se encuentran o no amparados por el derecho <sup>40</sup>.

Como se puede apreciar en las tres jurisprudencias expuestas, no existe un criterio uniforme con respecto al tratamiento de esta técnica ni sobre los efectos jurídicos que se despliegan tras su práctica. Empero, el órgano jurisdiccional en virtud del principio *non liquet* no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. Es claro que en nuestro ordenamiento la disposición recogida en el artículo 7 de la LGS es ambigua; más aún, al resolver, deberá tener en observancia aquello que le resulte más favorable para el infante pues por la aplicación del interés superior del niño, el Estado, manifestado en sus tres poderes, velará por su protección y el resguardo de sus derechos.

---

adolescente, los peticionarios siguientes: a) [...] b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y c) [...]

<sup>40</sup> GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO y MORÁN DE VICENZI: «Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú...», pp. 46 y ss.

## Capítulo 2

### Un análisis de los acuerdos de maternidad subrogada desde el Derecho Civil

Entendida la maternidad subrogada como el contrato a título oneroso o gratuito en virtud del cual una mujer -gracias a una técnica de reproducción asistida- gesta, aportando o no su óvulo, un niño que entregará tras su nacimiento a una persona o pareja comitente<sup>41</sup>; o como la técnica de reproducción asistida cuya aplicación es consecuencia de la celebración de un acuerdo entre la madre subrogada y los padres intencionales; es de utilidad estudiarla desde el enfoque del acto o negocio jurídico, en general, y del contrato, en particular. Asimismo, por guardar relación con los contratos, se evaluará a qué categoría de estos podría pertenecer. Por último, al amparo del Código Civil peruano, se analizará si los acuerdos de maternidad subrogada son válidos o no por carecer de alguno de los requisitos previstos en la codificación.

#### 1. El acto jurídico como punto de partida

Los acuerdos de maternidad subrogada son contemplados por muchas legislaciones como contratos, ya sea típicos o atípicos. Por tal motivo, sabiendo que un contrato es un negocio jurídico, es conveniente hacer referencia a la teoría del acto jurídico<sup>42</sup>. El acto jurídico es definido como «la manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y tutela»<sup>43</sup>. A su vez, como toda institución del Derecho privado, tiene como centro la voluntad de los particulares, la cual realza la libertad y los derechos del individuo.

La voluntad de la gente debe versar, no solo, sobre el contenido del acto, sino que, además, sobre los efectos del mismo. De modo que, a través del acto jurídico los particulares regulan sus intereses. Así pues, los padres intencionales usan el contrato de maternidad subrogada como vehículo para efectivizar su deseo de ser padres, biológicos o no, de un recién nacido, cuya gestación y nacimiento encomiendan a una tercera persona -que es la madre subrogada-.

Esta línea de concebir el acto jurídico sigue a la propuesta por el Código Civil vigente, el cual define al acto jurídico, en su artículo 140, como:

«La manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

---

<sup>41</sup> GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO y MORÁN DE VICENZI: «Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú», pp. 46 y ss.

<sup>42</sup> El hecho jurídico es un acontecimiento que produce efectos jurídicos. Este comprende al acto jurídico, el cual consiste en un comportamiento humano voluntario. Cuando este procure los efectos y sea lícito, se está frente a un negocio jurídico, siendo el contrato el negocio jurídico por antonomasia. (TORRES VÁSQUEZ, A: *Acto jurídico*, Vol.1, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 85).

<sup>43</sup> TORRES VÁSQUEZ: *Acto jurídico*, Vol. 1, p. 80.

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

Descrito de esta forma, en realidad, el legislador está haciendo referencia al negocio jurídico, figura creada por la pandectística alemana del siglo XIX; no obstante, el Código Civil trata como sinónimos al acto y negocio jurídico<sup>44</sup>. Para los fines prácticos de este trabajo, se seguirá la línea del legislador peruano.

De la definición presentada, se desprende que el acto jurídico -o mejor dicho el negocio jurídico- tiene cuatro caracteres<sup>45</sup>. El primero es ser un hecho o acto humano. Como se ha dicho en líneas anteriores, los acuerdos de maternidad subrogada son vistos como actos jurídicos toda vez que son actos llevados a cabo por personas. Por un lado, los padres intencionales o comitentes encargan la gestación de un niño a una tercera persona y, por otro, la madre subrogada asume la gestación y nacimiento para luego entregarlo a los primeros. El segundo, ser un acto voluntario. A través de estos acuerdos, las partes de manera libre manifiestan su voluntad de querer contratar entre ellas. Para ello, establecerán el contenido, condiciones y alcances de su pacto.

En tercer lugar, ser un acto lícito. En los acuerdos de maternidad subrogada ello dependerá del ordenamiento jurídico del país en el que se celebren. Pues, como ya se había señalado, existen, por un lado, países cuya legislación los admite, por lo que, en ellos serían lícitos; distinto es el tratamiento en aquellos países cuyas normas los prohíben. Por otro lado, existen países que, a diferencia de los anteriores, no se inclinan por regularlos; es más, son los jueces los responsables de decir el derecho, a fin de suplir el vacío o deficiencia de la ley. Para ello, deben observar si estos acuerdos contravienen o no las normas que le interesan al orden público y a las buenas costumbres, para afirmar su licitud o ilicitud.

Por último, tener por fin inmediato producir efectos jurídicos. Los acuerdos son celebrados para ser cumplidos conforme al contenido convenido por las partes. Sin embargo, cabe preguntarse, en este punto, si ellas tienen el derecho para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de estos acuerdos: llevar a término el embarazo y entregar al recién nacido, costear los gastos de la gestación y nacimiento, entre otras.

---

<sup>44</sup> TORRES VASQUEZ: *Acto jurídico*, Vol. 1, pp. 85-86.

<sup>45</sup> TORRES VASQUEZ: *Acto jurídico*, Vol. 1, pp. 83-85.

El siguiente aspecto de tratar sobre el acto jurídico es su estructura. Torres Vásquez, al respecto, reconoce que un sector de la doctrina defiende que el acto jurídico está compuesto por elementos, presupuestos y requisitos. En primer lugar, los elementos son los componentes que existen al momento de la celebración del acto jurídico, como son la manifestación de voluntad y la causa. En cuanto a los presupuestos, su presencia es necesaria en un momento previo a la celebración del acto jurídico. Estos son el sujeto, el objeto y la causa. En tercer lugar, los requisitos que deben ser cumplidos por los elementos y presupuestos. Estos pueden ser la capacidad de discernimiento y ejercicio; licitud, posibilidad y determinación del objeto; y voluntad libre<sup>46</sup>.

Otro sector distingue entre los elementos esenciales, naturales y accidentales; al cual para fines prácticos se seguirá. Para empezar, los elementos esenciales son definidos como requisitos, cuya presencia es necesaria para la validez del acto o negocio jurídico. Al respecto, la manifestación de voluntad es reconocida por el ordenamiento jurídico peruano como el elemento esencial y básico de todo acto jurídico. A su vez, el artículo 140 del Código Civil vigente, citado, prevé cuatro requisitos de validez: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito, observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Los elementos naturales son considerados como consecuencias jurídicas que se desprenden de la propia naturaleza del acto o negocio jurídico. Estos elementos están previstos en las normas dispositivas, y cuya aplicación se produce cuando las partes guardan silencio. Por último, los elementos accidentales -o modalidades de los actos jurídicos- son cláusulas accesorias dispuestas por las partes; tales como la condición, el plazo y la carga<sup>47</sup>.

En suma, el acto o negocio jurídico es un acto humano, voluntario, lícito y dirigido a producir efectos jurídicos; cuyo elemento central es la voluntad de la agente exteriorizada. Asimismo, el contrato es la expresión por antonomasia de este. De ahí que, los acuerdos de maternidad subrogada son vistos como actos o negocios jurídicos, en general, y como contratos, en particular. Sin embargo, cabe preguntarse si efectivamente encajan en esta categoría.

## **2. Los acuerdos de maternidad subrogada como contratos**

Un número importante de autores tratan la categoría del contrato como marco jurídico que pudiese dar revestimiento a los acuerdos de maternidad subrogada, por ello, en el presente apartado se revisará qué señala la doctrina y ley sobre este negocio jurídico y cuál sería su posible relación de este con los acuerdos bajo análisis.

---

<sup>46</sup> *Acto jurídico*, Vol. 1, pp. 132-133.

<sup>47</sup> *Acto jurídico*, Vol. 1, pp. 133-135.

En primer lugar, Manuel de la Puente y Lavalle define al contrato como «el acto jurídico plurilateral y patrimonial»<sup>48</sup>. El autor indica que se está delante de una manifestación de voluntad dirigida a crear, modificar y extinguir un derecho que se puede traducir en bienes o intereses con naturaleza económica y que, a su vez, requiere de la convergencia de voluntades de una pluralidad de partes. Asimismo, Díez-Picazo, quien hace referencia a la obra de Domat, sostiene que, a través de los contratos, las personas y las cosas se relacionan<sup>49</sup>.

En la misma línea, el Código Civil regula, en su artículo 1351, el contrato como «el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial». Asimismo, proclama, en el artículo 1361, su obligatoriedad, pues presume que las partes han actuado de manera voluntaria, en igualdad de condiciones.

Este estilo de definir al contrato responde a la concepción moderna del mismo, que es el resultado de la confluencia de tres presupuestos ideológicos y sociológicos, tal como explica el autor Díez-Picazo.

El primero es el presupuesto económico de una economía liberal. Esta se erige sobre el enunciado de la *laissez faire* -que puede traducirse como dejar hacer, dejar pasar-. Es aquella doctrina económica que descansa en la proposición de que el funcionamiento de la economía debe dejarse al libre juego de la oferta y la demanda, evitando la intervención del Estado. Y como dice Adam Smith, es a través de ella que las naciones alcanzan la felicidad. El segundo se relaciona con la idea de la esencial igualdad de condiciones de las partes contratantes. En tal sentido, el contrato es la mejor vía para que ellos regulen sus intereses particulares. El tercer y último presupuesto recae sobre la idea de la libertad individual, la cual es promovida y enaltecida por la sociedad post moderna contemporánea<sup>50</sup>.

En cuanto a la obligatoriedad de los contratos predicada por el Código Civil, esta proviene de la naturaleza de la persona y el respeto de su dignidad que le es debida, en particular de su autonomía privada. Díez-Picazo explica que debe reconocerse a la persona un ámbito de autosoberanía para reglamentar sus propias situaciones jurídicas y a través de ella encaminar sus fines, intereses y aspiraciones<sup>51</sup>. En virtud de ello, precisa que los sujetos haciendo uso de su libertad, de su iniciativa y de su autonomía privada, establecen las reglas bajo las que quieren gobernarse. De modo que, el contrato es una previsión del futuro. Asimismo, añade que este negocio jurídico es el mecanismo a través del cual la persona se expresa en la vida social<sup>52</sup>. Para

---

<sup>48</sup> *El contrato en general*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 33.

<sup>49</sup> *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol.1, Civitas, Navarra, 2007, p. 149.

<sup>50</sup> *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1, p. 137.

<sup>51</sup> *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1, pp. 142 y ss.

<sup>52</sup> *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1, p. 144.



complementar lo dicho, Larenz, quien cita a J. Binder, señala que «el contrato es en todo caso la forma necesaria de la actuación jurídica privada de la voluntad, de manera que el negocio no se limita a la esfera personal de una persona en particular, sino que se propaga a la del otro sujeto de derecho»<sup>53</sup>.

Es por esta razón, que Díez-Picazo, citando la obra *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales* de Manuel Alonso Martínez, agrega que «no hay quien pueda prever todas las combinaciones que es capaz de crear el ingenio humano estimulado por el aguijón de la necesidad y del interés»<sup>54</sup>; bienes o intereses con naturaleza económica de lo cual resulta que existan en la actualidad un sinnúmero de nuevas formas contractuales. Un claro ejemplo de ello es el acuerdo de maternidad subrogada, que permite el acceso y el uso de los cuerpos de las mujeres, con el fin de satisfacer los deseos de quienes de manera natural no pueden llegar a ser padres<sup>55</sup>.

En este sentido, el acuerdo de maternidad subrogada, como ya se había dicho, es el contrato en virtud del cual una mujer -la madre subrogada- se compromete, a cambio de un precio o no, a llevar a cabo la gestación y nacimiento de un menor, respecto con el cual puede compartir material genético; así como, a entregarlo tras el parto y renunciar a sus derechos de filiación a favor de una persona o pareja comitente, quienes fueron los solicitantes. Estos últimos pueden ser o no los padres biológicos del recién nacido. De igual forma, es pertinente mencionar que en estos acuerdos existe la intervención de una tercera parte, que es la agencia médica que lleva a cabo la técnica, que también asume obligaciones y derechos como las otras partes.

De la definición se desprende que la madre subrogada dispone de su cuerpo, en específico, de su útero para que en él se desarrolle un hijo ajeno. La mujer gestante presta un servicio concreto, que es llevar a cabo el embarazo -gestación y nacimiento- y entrega de una persona que es el recién nacido, como si este fuese un producto final. Este contrato recae sobre elementos configuradores de la identidad femenina, que son el útero y la maternidad<sup>56</sup>; o sobre la misma persona, entendida como aquella unidad sustancial de cuerpo y alma, dotada de naturaleza racional. Del mismo modo, se puede señalar que dichos acuerdos han aparecido, en el siglo anterior, como una reacción a los tres presupuestos ideológicos y sociológicos, mencionados anteriormente. Los acuerdos de maternidad subrogada se desarrollan en un mundo gobernado por la ley de la oferta y la demanda, en el que las personas sin posibilidad de ser

---

<sup>53</sup> *Derecho Justo- Fundamentos de ética jurídica* (trad. española por Díez- Picazo), Madrid, 1985, p. 67.

<sup>54</sup> *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1, Pp. 143-144.

<sup>55</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ: «Maternidades y paternidades escindidas...», p. 121.

<sup>56</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ: «Maternidades y paternidades escindidas...», pp. 120 y 121.

padres biológicos y con capacidad económica recurren al mercado de la biotecnología con el fin de hacerse de un hijo, ofrecido por quienes pueden serlo de manera natural y, para ello, en ejercicio de su libertad individual y actuando en sustancial igualdad de condiciones, expresan su voluntad de contratar entre ellos.

En virtud del negocio jurídico celebrado, las partes asumen obligaciones de dar, hacer o no hacer. Es así, que, por un lado, la madre subrogada se compromete a recibir y conservar en su útero un hijo ajeno; a cuidarse durante el embarazo, a fin de evitar abortar, y culminar exitosamente el proceso de gestación; finalmente, a entregar al recién nacido a la persona o pareja comitente, renunciando a sus derechos de patria potestad a favor de la madre intencional. De igual forma, la mujer podría comprometerse a aportar su óvulo para la concepción del niño por nacer. Por otro lado, la persona o pareja comitente se obliga a cubrir los gastos surgidos por el tratamiento médico que genera el periodo de gestación y parto; así como, a costear los gastos de trámites administrativos y/o jurídicos para la inserción del recién nacido en su esfera familiar; a acoger al recién nacido como hijo suyo; y, de ser comercial, a pagar la compensación dineraria pactada.

Si bien, como ya se ha hecho mención, la agencia médica interviene en la relación, asumiendo derechos y obligaciones respecto de las otras partes, su participación es como un profesional en la materia, como un empresario. Asimismo, el contrato del que forma parte, en lugar de ser de naturaleza civil, es mercantil; por ello, en la presente investigación no se abordará este tópico por exceder los límites de la materia de esta. Es así, que, ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones mencionadas precedentemente por los contratantes, resulta conveniente plantear la interrogante si estos acuerdos son o no válidos. Ya que, de no serlo, la consecuencia inmediata sería la ineficacia de este. Por el contrario, de ser válidos, se podría exigir su cumplimiento o invocar la rescisión o resolución, de cumplirse los supuestos para ello. Ambas figuras son dos formas de ineficacia funcional del contrato.

Sobre la rescisión, Torres Vásquez explica que es el remedio legalmente previsto para defender la libertad contractual, de existir por parte de uno de los contratantes un aprovechamiento en desmedro de la otra parte. Dicho en otras palabras, la rescisión se invoca con el fin de obtener la ineficacia del contrato, ante causal existente al momento de la celebración del acuerdo; pues las partes no se encontraron en igualdad de condiciones de negociar sus obligaciones<sup>57</sup>. Los casos de rescisión según el Código Civil vigente son la lesión

---

<sup>57</sup> *Acto jurídico*, Vol. 2, edición quinta Instituto Pacífico SA, Lima, 2015, p. 1171.

(artículos 1447 y 1448), la venta de bien ajeno (artículos 1539 a 1541) y la compraventa por extensión o cabida (artículo 1575).

Para los fines de este trabajo, se preferirá analizar la rescisión por lesión; la cual procede por existir una excesiva desproporción entre las pretensiones, en el momento de la celebración del contrato, que resulta del aprovechamiento de una de las partes del estado de necesidad apremiante de la otra. Con base en lo dicho anteriormente, el contrato de maternidad subrogada, evidentemente la comercial podría ser susceptible de ser rescindido por el posible aprovechamiento de la persona o pareja comitente que contrata con la madre subrogada, a sabiendas de que ella se encuentra en estado de necesidad, por razones económicas, y vulnerable a cualquier abuso. Esta realidad se viene presentando durante décadas en los países de la India, Tailandia, Singapur, entre otros países orientales, en los que notablemente existe explotación de las mujeres en estado de precariedad por aquellos que ostentan un alto poder adquisitivo.<sup>58</sup>

Con relación a la resolución, el mismo autor expone que esta procede por causal sobreviniente a la celebración del contrato que impida que este cumpla con su finalidad económica<sup>59</sup>. El ordenamiento civil prevé, de manera general, tres casos en los que el acreedor de la prestación no ejecutada -y sus herederos- puede invocar la resolución: por incumplimiento, por imposibilidad sobrevinida y por sobrevinida excesiva onerosidad. Aunque, existe otros casos especiales de resolución dispuestos por ley o por pacto.

La resolución por incumplimiento se presenta en los contratos de prestaciones recíprocas. Cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede a su elección solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, y, en cada caso, solicitar una indemnización por los daños.

Trasladada esta forma de ineficacia a los acuerdos de maternidad subrogada, esta puede producirse, por un lado, cuando la madre subrogada de manera voluntaria decide interrumpir el embarazo, conservar consigo el hijo ajeno gestado por ella o incumple alguna de las prestaciones accesorias a la que estaba obligada. Por otro lado, cuando la persona o pareja comitente se rehúsa a cubrir los gastos del tratamiento médico del embarazo, a abonar la contraprestación pactada o a acoger al hijo gestado para ellos.

---

<sup>58</sup> Un claro ejemplo de ello es la «multimillonaria fábrica de bebés» dirigida por la doctora Patel. WALLIS, L: «multimillonaria y polémica fábrica de bebés en India» en BBC, 2013. (Recuperado de [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726\\_sociedad\\_india\\_fabrica\\_bebes\\_jp](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726_sociedad_india_fabrica_bebes_jp), consultado el 20 de febrero de 2019).

<sup>59</sup> *Acto jurídico*, Vol. 2, p. 1175.

La resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación se invoca cuando ha acaecido un hecho generado por culpa de los contratantes o por ausencia de esta en caso fortuito o fuerza mayor, que impide la ejecución de las prestaciones convenidas en un contrato. La prestación se puede tornar imposible porque se pierde o destruye el bien que es objeto de ella, o porque una de las partes enferma o muere, o porque deviene en necesaria la abstención de la pretensión a la que se obligó.

Tal imposibilidad puede presentarse en los acuerdos de maternidad subrogada, por ejemplo, si la madre subrogada llega a perder el niño de manera involuntaria, ya sea por enfermedad o accidente, o muere en el proceso de embarazo. Evidentemente, no podrá ejecutar la prestación a la que estaba comprometida. De igual forma, si la persona o pareja comitente fallecen -o al menos uno de ellos-, o se separan, o pierden su nivel adquisitivo; ellos podrían invocar la imposibilidad de la prestación sobrevenida para resolver el contrato. Asimismo, si la madre subrogada, alegando que el embarazo está perjudicando gravemente su salud, ella lo interrumpe; ello también sería causal para proceder de la misma forma.

En virtud de la resolución, las partes han de restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento en el que se produce la causal que la motiva, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenía en dicho momento<sup>60</sup>. Ergo, en caso de existir aprovechamiento de una de las partes del estado de necesidad de la otra, de surgir incumplimiento por una de las partes de su prestación debida, o de sobrevenir la imposibilidad de la prestación; ¿los intervinientes de un acuerdo de maternidad subrogada podrían o no invocar la rescisión o resolución de este? y ¿cómo ello afectaría al niño que está por nacer? Es esta última interrogante la que causa mayor conflicto, pues si los interesados se rehúsan a acoger al menor ¿este debería ser internado en un albergue? O ¿ser dejado a su suerte? Cualquiera de estas dos alternativas le es perjudicial.

### **3. Contratos en los que se subsumiría el acuerdo**

Cabe señalar que los contratos pueden clasificarse en contratos típicos o atípicos. Los primeros se encuentran regulados por algún dispositivo legal. Por el contrario, los segundos

---

<sup>60</sup> Artículo 1372 Código Civil: La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.

carecen de ella. Los contratos atípicos surgen como consecuencia de que las partes pueden convenir una reglamentación diversa de la prevista en la ley; lo que responde a lo prescrito por el principio de la autonomía privada, principio que rige el Derecho Civil. Sobre estos, Díez-Picazo en su obra explica que lo que sucede es que se aprovechan al máximo los esquemas legales o existentes introduciendo en ellas nuevas prestaciones o cláusulas que los desnaturalizan para servir a fines nuevos o distintos total o parcialmente previstos por el legislador, o combinan dos o más tipos de los conocidos con ese mismo objetivo<sup>61</sup>.

En este escenario se desarrollan los acuerdos de maternidad subrogada. Estos pueden ser observados bajo múltiples ópticas. En otras palabras, tales acuerdos podrán recibir diferente tratamiento jurídico según el contrato que las partes quisieran celebrar: un contrato típico -como es la compraventa, arrendamiento, de prestación de servicios, donación o de comodato- o un contrato arreglado a sus intereses. Sin embargo, ya sea unos u otros, la actuación de los particulares no puede sobrepasar los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

**3.1. En el contrato de compraventa.** En primer lugar, se podría sostener que los acuerdos de maternidad subrogada son contratos de compraventa. Toda vez que, en virtud de este negocio jurídico, «el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero», tal como prevé el artículo 1529 del Código Civil.

Sobre este, el profesor Gustavo Palacio Pimentel señala que es tanto un título de propiedad como un modo de adquirir este derecho real. Al mismo tiempo, sostiene que se trata de un negocio jurídico de disposición de una cosa mueble e inmueble que se encuentra dentro del comercio de los hombres<sup>62</sup>. En este sentido, la obligación esencial del vendedor sería perfeccionar la transferencia de la propiedad, la que variará dependiendo si se está frente a un bien mueble o inmueble. De ser un bien mueble, el artículo 947 del mismo cuerpo legal prevé que el perfeccionamiento se efectúa con la tradición de la cosa al comprador. De tratarse de un bien inmueble, el artículo 949 regula que la sola obligación de enajenarlo hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

De este modo, el acuerdo de maternidad subrogada comercial podría ser definido como aquel negocio en virtud del cual una mujer conviene con otros entregar a su hijo recién nacido, a cambio de que estos le paguen una retribución en dinero. En otras palabras, las partes estarían materializando un contrato de compra y venta de una persona natural, pues la madre subrogada

---

<sup>61</sup> *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos (Grupo Anaya S.A) Madrid, 2016, p. 27.

<sup>62</sup> *Elementos de Derecho Civil Peruano*, Tomo 2, Edición 3a, Tipografía Sesator, Lima, 1982, p. 66.

se estaría obligando, tras dar a luz, a transferir la propiedad de un recién nacido a los comitentes, según encargo personalizado. Del mismo modo, los contratantes asumirían obligaciones accesorias, las cuales -al igual que la obligación principal- serían exigibles.

La doctrina sostiene que el contrato de compraventa -género en el que se encontraría incluido los acuerdos objeto de análisis del presente trabajo- se caracteriza por ser, en primer lugar, consensual, porque el contrato se perfecciona con el consenso de las partes. Sin embargo, en los acuerdos de maternidad subrogada, las partes suscriben un documento para dar mayor seguridad al convenio que han celebrado. Tal es el caso del Estado de California que, aunado al documento, exige que las partes cuenten con abogados distintos y que la suscripción se dé ante notario, conforme lo revela la Revista El País<sup>63</sup>.

En segundo lugar, es bilateral o sinalagmático, porque en virtud de él surgen prestaciones para ambas partes. En concreto para las partes implicadas en el acuerdo de maternidad subrogada, la madre subrogada se obliga a entregar el hijo que gestó para otros; y la persona o pareja comitente, a pagar el precio en dinero. En tercer lugar, es oneroso pues, este contrato implica un sacrificio patrimonial para ambas partes: una, a pagar la retribución convenida y la otra, a entregar un objeto. Aunque existen acuerdos de maternidad subrogada altruistas, los cuales no requieren que la persona o pareja comitente pague un precio por el sacrificio de la madre gestante; en tal caso, no se estaría ante un contrato de compra venta, sino ante un contrato de donación.

Por último, es conmutativo, pues la existencia de las prestaciones es conocida desde el inicio por los contratantes. Incluso los padres intencionales convienen con la otra parte la cuantía, modo, tiempo y lugar de pago de su sacrificio patrimonial.<sup>64</sup> Aunque, el cumplimiento de la prestación de la madre gestante está subordinada a que el niño llegue a nacer vivo.

Con relación al bien objeto de la compraventa, la doctrina, en concordancia con lo prescrito por el Código Civil en el artículo 1532, ha determinado que este debe existir, ser cierto y lícito.

En cuanto al primer requisito del bien, los acuerdos de maternidad subrogada tienen como objeto una persona que está por nacer, es decir, hay posibilidad de su existencia. De acuerdo con este, los contratos de compraventa pueden clasificarse, según exista o tenga posibilidad de existir el bien materia de la venta, en: compraventa simple y compraventa de bien futuro. En concreto, los acuerdos de maternidad subrogada podrían subsumirse en la segunda categoría.

---

<sup>63</sup> XIMÉNEZ DE SANDOVAL, P: «¿Por qué California es la meca de la gestación subrogada?» en *El País*, Los Ángeles, 2017. (Recuperado de: [https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048\\_748059.html](https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html), consultado el 27 de febrero de 2019).

<sup>64</sup> PALACIO PIMENTEL: *Elementos de Derecho Civil Peruano*, pp. 67-68.

Toda vez que el *neonato* sería visto como un bien futuro. Ya que, como es de conocimiento, este bien -que comprende tanto cosas como derechos- se caracteriza porque al momento que los contratantes consienten celebrar el contrato que recae sobre ellos, no tiene existencia real ni positiva. Sin embargo, se tiene la probabilidad de que el comprador lo adquiriera en un momento posterior.

En cuanto al segundo requisito, exige que el objeto sea determinado o determinable. En el caso objeto de análisis, el bien sería una persona perfectamente determinable, individualizable de la madre gestante.

Respecto al último requisito, que sea un bien susceptible del tráfico jurídico, estos acuerdos, en palabras de Nuño Gómez, son: «un procedimiento que, en la medida que se intercambian personas por dinero, no parece muy lejano al denostado modo de producción esclavista»<sup>65</sup>; el cual claramente está prohibido.

Por lo tanto, no se comparte ni defiende la postura que sostiene que los acuerdos de maternidad subrogada sean vistos como contratos de compraventa. Su objeto no es lícito, dado que, el ser humano, atendiendo a su naturaleza, no es una cosa: un bien respecto del cual se pueda afirmar que está dentro o fuera del comercio de los hombres; por ello, no es susceptible de apropiación ni de valoración económica. De obviar esto se estaría vulnerando de manera manifiesta la dignidad humana y los derechos que derivan de ella -lo cual sería de suyo injusto-. Más aún, el Código Civil proclama en su artículo 1 que tanto el concebido como la persona humana son sujetos de derecho, prohibiendo toda posibilidad de que sean tratados como bienes objeto de contrato.

**3.2. En el contrato de arrendamiento.** Como segundo contrato en el que podría subsumirse el acuerdo de maternidad subrogada se encuentra el contrato de arrendamiento o alquiler; en virtud del cual, conforme lo establece el artículo 1666 del Código Civil, «el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida». De esta definición, se advierte dos efectos de este contrato. El primero, el arrendatario posee, usa y disfruta un bien -mueble o inmueble- sin estar obligado a hacerse de su propiedad. El segundo, el arrendador obtiene una ventaja económica sin necesidad de esforzarse por ello, pues cuenta con un bien del que puede conseguir ingresos.

En este sentido, respecto al bien sobre el cual recae el acuerdo de maternidad subrogada, existe cierta inexactitud al señalarlo. Unos afirman que el órgano objeto de este contrato es el

---

<sup>65</sup> «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 688.

vientre y otros, el útero de la mujer que gestará al niño. Por lo que, en atención a la noción de cada uno de ellos: por un lado, el vientre -entendido como equiparable con el abdomen- es la región del cuerpo humano delimitado por el tórax y la pelvis, que comprende los órganos del aparato digestivo, genital y urinario<sup>66</sup>. Por otro, el útero es el órgano interno reproductor femenino en el que se produce la gestación de los mamíferos<sup>67</sup>. Lo sintácticamente correcto es considerar a la maternidad subrogada como sinónimo de útero de alquiler, locación de útero o arrendamiento de útero; más que vientre de alquiler.

De modo que, el acuerdo de maternidad subrogada, evidentemente la comercial, definido en términos de contrato de arrendamiento, implicaría que la madre gestante, quien sería la parte arrendadora, se obligue a ceder el uso temporal de su útero, por el periodo comprendido entre la inseminación del espermatozoide o implantación del embrión y el nacimiento del *neonato*, a la persona o pareja comitente, quien o quienes serían los arrendatarios, por una renta pactada antes de que se inicie el procedimiento médico para llevar a cabo el embarazo.

La cesión del uso de un bien es temporal -característica propia de este contrato-, el acuerdo de maternidad subrogada se ajustaría a esta fórmula contractual<sup>68</sup>. Pues, como ya se había expuesto, el plazo de duración de la cesión del útero es determinado, en virtud de que esta se extiende exclusivamente hasta el nacimiento, el cual por máximas de la experiencia no se prolonga más de 40 semanas. Asimismo, el contrato de arrendamiento requiere que el arrendatario posea el bien objeto del contrato y que posteriormente lo devuelva. No obstante, en el caso concreto no se cumple con este carácter. Ello es a causa de que, la persona o pareja comitente ejerce de lejos la posesión del útero de la mujer gestante; es decir, este órgano no es extraído para luego ser entregado a los primeros y que, tras ejercer el uso y disfrute del mismo, lo devuelvan; sino que, por el contrario, ella lo conserva durante todo el embarazo.

Al igual que el contrato de compraventa, la doctrina señala que el contrato de arrendamiento posee las siguientes características: para empezar, es consensual, ya que basta para su perfeccionamiento el acuerdo entre las partes sobre la cosa y la renta. De igual forma a lo señalado en el apartado anterior, las partes deben dar cierto revestimiento formal a su consentimiento para dar mayor seguridad en cuanto a sus efectos.

---

<sup>66</sup> DICCIONARIO MÉDICO.NET. (Recuperado de <https://www.diccionariomedico.net/buscar?searchword=abdomen&searchphrase=all>, consultado el 29 de abril de 2019).

<sup>67</sup> CUÍDATE PLUS (Recuperado de <https://cuidateplus.marca.com/sexualidad/diccionario/utero.html>, consultado el 29 de abril de 2019).

<sup>68</sup> Esta característica se desprende de la definición propuesta por el Código Civil de este contrato.



En segundo lugar, es sinalagmático, dado que, tanto la madre subrogada como la persona o pareja comitente asumen obligaciones y derechos recíprocamente. La primera cede su útero para gestar un hijo ajeno, para que la persona o pareja comitente pague una renta por ello.

En tercer lugar, es oneroso, pues, lo que la madre subrogada se obliga a ceder se aprecia como equiparable de la contraprestación de la persona o pareja comitente a pagar una renta.

En último lugar, es de trato sucesivo para los comitentes y de ejecución continua para la madre gestante, porque la última, que es la parte arrendadora, debe garantizar durante todo el proceso de embarazo a la persona o pareja comitente, que son los arrendatarios, el uso de la cosa, que es el útero y estos deben pagar la renta<sup>69</sup>.

Con relación al bien objeto del contrato de arrendamiento, este evidentemente puede ser mueble o inmueble. A su vez, se exige que cumpla con los siguientes requisitos: existencia, posibilidad y licitud. Respecto al primero, la cosa debe tener existencia en el momento de celebrarse el contrato y al momento de entregarse. En este sentido, la madre subrogada cuenta y dispone de su útero desde antes de la celebración del contrato, durante la ejecución del mismo y de manera posterior a la ejecución. Con relación al segundo, el goce de la cosa debe ser posible. De *facto* la madre subrogada, ofrece su útero para que los padres intencionales obtengan de él un provecho, que será el sustituir el útero no apto de la madre intencional por el de la arrendadora, que se encuentra sano, para que en él crezca y se desarrolle su hijo. Por último, la cosa debe ser lícita. En este punto, las partes del cuerpo humano no son bienes de los que una persona pueda disponer y obtener por ello un precio; esto es, porque se encuentran fuera del comercio de los hombres<sup>70</sup>.

Del análisis realizado hasta este punto, se puede advertir que el acuerdo de maternidad subrogada no puede configurarse como un contrato de arrendamiento. Dado que, en primer lugar, los padres intencionales no llegan a ser poseedores de alguna parte del cuerpo de la madre subrogada. Por el contrario, es ella quien conserva la posesión de su útero y respecto del cual obtiene una ventaja económica por ofrecer el «servicio de gestar un hijo ajeno». En segundo lugar y, principalmente, las personas tienen prohibido llevar a cabo cualquier acto de disposición del cuerpo humano, ya sea de sus órganos o tejidos, con la finalidad de obtener un lucro por ello, conforme lo establece el artículo 6 del Código Civil, por ser estos bienes *extra commercium*. Pues, de contravenir esta disposición, se estaría lesionando de manera grave la integridad física y, evidentemente, la dignidad humana de las personas.

---

<sup>69</sup> PALACIO PIMENTEL: *Elementos de Derecho Civil Peruano*, p. 124.

<sup>70</sup> PALACIO PIMENTEL: *Elementos de Derecho Civil Peruano*, p. 126.

**3.3. En la prestación de servicios.** El acuerdo de maternidad subrogada también se relaciona con el contrato de prestación de servicios, por el cual se conviene que el prestador facilite un servicio o proporcione los resultados de este al comitente, conforme prevé el artículo 1755 del Código Civil. Asimismo, la legislación regula cinco modalidades de este negocio jurídico: locación de servicios, contrato de obra, mandato, depósito y secuestro. Para los fines de esta investigación, se prestará atención a las dos primeras modalidades. Estas tienen de común, y Palacio Pimentel bien lo dice, «que conciernen a la actividad humana que se traduce en hacer o producir algo en favor de otra persona y a cambio de una remuneración convenida»<sup>71</sup>; es decir, su común denominador es la fuerza del trabajo.

La prestación de servicios ya sea locación de servicios o contrato de obra, se caracteriza, al igual que los contratos anteriores, por ser consensual, oneroso y conmutativo. Asimismo, tiene como característica particular que las prestaciones objeto de él recaen en obligaciones de dar y hacer, nunca de no hacer; así como, que se trata de un negocio jurídico obligacional y no traslativo de dominio, ya que el trabajo no constituye mercancía.

En efecto, el artículo 1764 del Código Civil describe el contrato de locación de servicios como aquel negocio jurídico, en virtud del cual, «el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución». El servicio prestado puede ser material e intelectual. En tal sentido, el acuerdo de maternidad subrogada puede ser definido como aquel contrato, por el cual la madre subrogada se obliga a prestar el servicio de gestación y nacimiento de un hijo ajeno, que luego será entregado, a favor de una persona o pareja comitente, sin que ella se halle subordinada a ellos. Las partes estarán vinculadas por el periodo que dure el procedimiento médico para que la madre subrogada logre estar embarazada y dé a luz exitosamente. Por su parte, la persona o pareja comitente se obliga a pagarle, no solo, los gastos que implica el tratamiento médico y otros gastos accesorios, sino que también, una retribución por sus servicios.

De ello se advierte que la madre subrogada presta un servicio material, el cual consiste en poner su capacidad reproductiva a disposición de los sujetos en el mercado. La mujer se compromete a prestar el servicio de manera personal. No puede valerse de otra persona para que lleve a término el embarazo, ello por ser incompatible con la naturaleza de la prestación.

Contemplado el acuerdo de maternidad subrogada como contrato de locación de servicios, la obligación creada sería de medios -o de mera actividad-. En virtud de ella, «el deudor se

---

<sup>71</sup> *Elementos de Derecho Civil Peruano*, p. 170.

compromete a realizar a favor del acreedor un esfuerzo o actividad que se agota cuando lo realiza»<sup>72</sup>. Es decir, la madre subrogada se esforzará porque el embarazo llegue a término. No obstante, si el niño no llegase a nacer, ella se eximiría de responsabilidad si llega a probar que no ha actuado con culpa. Por ello, la figura contractual que mejor satisface el interés de los comitentes es el contrato de obra, puesto que ellos, más que perseguir la gestación de un niño, pretenden obtener uno al término del embarazo. Dicho en otras palabras, no es suficiente el esfuerzo de la madre subrogada para llegar a estar embarazada, sino que, tras los nueve meses de embarazo, alumbrar a un niño saludable para entregar.

En vista de ello, el mismo Código Civil, en su artículo 1771, hace referencia a esta figura contractual; por la cual, «el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución».

Cabe señalar que, la obligación generada por el contrato de obra es de resultados. Ello implica que el contratista se compromete, no solo, a realizar la actividad, sino que, sobre todo, a alcanzar y entregar el resultado o la obra querida al comitente. El resultado puede ser material, artístico, científico, literario, etc. De modo que, si el contratista no llega a entregarlo, no queda liberado porque habría incumplimiento del contrato<sup>73</sup>.

A la luz de esta modalidad, el acuerdo de maternidad subrogada podría ser visto como aquel negocio jurídico, por el cual, la madre subrogada se compromete a realizar la actividad de gestar y dar a luz a un *neonato*, el cual entregará a la persona o pareja comitente, quienes asumen la obligación de pagar una retribución. En tal sentido, la obligación generada por este acuerdo es de resultados, por ello, si la madre subrogada no llega a dar a luz al niño, estaría incumpliendo con el contrato.

Dicho de otro modo, la mujer contratista se obliga a hacer, entendido como sinónimo de producir, fabricar, construir, formar o arreglar, a una persona, como si esta fuese una prenda de vestir, una casa o una escultura, que debe estar al gusto del cliente, quien ha desembolsado una alta suma de dinero para obtener el resultado, un bebé al que llamará y tratará como su hijo.

Por ello, la persona o pareja comitente ostenta el derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra, según lo prevé el artículo 1777 del Código Civil. Esto es que tiene el derecho a supervisar cómo está llevando a cabo el embarazo la madre subrogada. Por tal motivo, cuando en el curso de ello se compruebe que no se ejecuta conforme a lo convenido por las partes, el o los comitentes pueden fijar un plazo adecuado para que la madre subrogada se ajuste

---

<sup>72</sup> SERRANO ALONSO, E y SERRANO GÓMEZ, E: *Manual de derecho de obligaciones y contratos*, Tomo 1, Edisofer S.L, Madrid, 2007, p. 81.

<sup>73</sup> SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ: *Manual de derecho de obligaciones y contratos*, Tomo 1 p. 81.

a lo pactado y cumpla con las instrucciones dadas por el profesional encargado de efectuar la técnica de subrogación gestacional, de la cual se obtendrá un recién nacido. Transcurrido el plazo establecido, y la madre subrogada incumple, el o los comitentes pueden solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Otro derecho que tienen el o los comitentes es el derecho a comprobar la obra antes de su recepción, conforme lo establece el artículo 1778 del mismo cuerpo legal. Es decir, los padres intencionales gozan del derecho de cerciorarse si el recién nacido se ciñe a las características pactadas por las partes, antes de aceptarlo como miembro de su familia. De modo que, existe una clara cosificación de un ser humano. Un claro ejemplo de ello aconteció en Tailandia. Una pareja australiana celebró un acuerdo de maternidad subrogada con Pattaramon Chanbua, de 21 años. Ella gestó y dio a luz mellizos -niño y niña- uno de ellos -el niño- Gammy, nació con síndrome de down y deficiencias cardíacas; enfermedades que fueron advertidas desde los cuatro meses de embarazo. Por ello, los comitentes le solicitaron a la madre gestante lo abortase; sin embargo, ella se rehusó a hacerlo de modo que, la pareja huyó del país con la niña sana, abandonando, así, a Gammy<sup>74</sup>.

Por todo lo expuesto, el contrato de obra no es la fórmula contractual con la que se relacionaría el acuerdo de maternidad subrogada. Puesto que, como ya se viene reiterando en apartados anteriores, la persona no es un bien sobre el que pueda recaer derecho real alguno, como puede ser el derecho de propiedad -y los poderes que este implica-. Por el contrario, el ser humano es titular de derechos subjetivos y no el objeto de uno de ellos.

**3.4. En el contrato de donación.** Otro contrato con el que se encuentra relacionado el acuerdo de maternidad subrogada es el contrato de donación. Al respecto, el Código Civil, en su artículo 1621, dispone que, por este contrato, «el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien». La doctrina sostiene que se trata de un contrato unilateral que implica un acto de liberalidad de transferencia de un derecho patrimonial, el cual debe ser aceptado por el donatario para que el contrato sea eficaz<sup>75</sup>.

De acuerdo con ello, el acuerdo de maternidad subrogada exclusivamente el altruista -y no el comercial, por obvias razones- podría ser descrito como aquel contrato, en virtud del cual, la madre subrogada se obliga a transferir la propiedad -con todos los poderes que esta implica- de

---

<sup>74</sup> BBC: «Pareja australiana abandona a bebé con síndrome de down de madre subrogada», 2014. (Recuperado de [https://www.bbc.com/mundo/ultimas\\_noticias/2014/08/140802\\_ultnot\\_australia\\_bebe\\_down\\_wbm](https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm), consultado el 09 de setiembre de 2019).

<sup>75</sup> PALACIO PIMENTEL: *Elementos de Derecho Civil Peruano*, p. 114.

un *neonato* a la persona o pareja comitente, sin que de ello surja la obligación por parte de ellos de pagar una contraprestación. De lo contrario, se estaría ante la presencia de un contrato de compraventa.

Asimismo, de afirmar que el acuerdo de maternidad subrogada se trataría de un acto de liberalidad de la madre subrogada a favor del o los comitentes, requiere que los donatarios acepten al *neonato* para que el contrato surta efectos; hasta antes de ese momento, la madre subrogada podría revocar su oferta. No obstante, países como Estados Unidos, en particular el Estado de California, prohíben ello con la finalidad de dar seguridad jurídica a las partes intervinientes, sobre todo, a los comitentes. Por el contrario, Reino Unido establece en su normativa que la madre subrogada es la madre legal del recién nacido. Por ello, tiene derecho a decidir, tras el parto, quedarse con él si así lo desea. De renunciar a ello, quienes recurrieron a sus servicios, para conseguir su patria potestad, deberán solicitar la *parental order* o adopción a los tribunales<sup>76</sup>.

Por otro lado, los elementos fundamentales del contrato de donación son el elemento intencional o *animus donandi* y el elemento objetivo<sup>77</sup>. Este último puede ser bienes materiales, inmateriales, corporales e incorporeales y, sobre todo, susceptibles de transmisión patrimonial. En este punto se cuestiona la validez o no de los acuerdos de maternidad subrogada. Por ello, pese a que no exista lucro por la entrega del menor, no exime a las partes de estar actuando ilícitamente. Dado que, está prohibido que, sobre el ser humano, ya sea como concebido o como persona natural, recaiga el ejercicio de algún derecho real por parte de otro individuo, como es la propiedad, por el cual su titular puede disponer de la cosa. Ello porque, como se ha hecho mención *supra*, el ser humano, desde su concepción, es sujeto de derecho, titular de derechos y obligaciones, a quien se le debe tratar de acuerdo con su dignidad, nunca como objeto de derecho, pues no lo es.

Cabe señalar que, la donación con la que los acuerdos de maternidad subrogada son relacionados, podría confundirse con la donación de órganos. Sin embargo, estas no son equiparables. Por virtud de la primera, un ser humano es entregado y por la segunda, órganos y tejidos del cuerpo humano. El concebido, ni anatómicamente ni jurídicamente, es parte del cuerpo de la madre. Por ello la validez de la segunda es aceptada, siempre que cumpla con los requisitos legalmente establecidos, a diferencia de la primera. Asimismo, la extracción y donación de

---

<sup>76</sup> TUBELLA, P: «En el Reino Unido todo empezó con Bay Cotton» en *El País*, Londres, 2019. (Recuperado de [https://elpais.com/sociedad/2019/04/17/actualidad/1555506649\\_845481.html](https://elpais.com/sociedad/2019/04/17/actualidad/1555506649_845481.html), consultado el 22 de mayo de 2019).

<sup>77</sup> PALACIO PIMENTEL: *Elementos de Derecho Civil Peruano*, p. 117.

órganos y tejidos se realizan con la finalidad de favorecer o mejorar la salud, expectativa o condiciones de vida de una persona<sup>78</sup>. Por el contrario, la donación a la que se hace referencia en este apartado se lleva a cabo a fin de materializar el deseo de ser padres de quienes, de manera natural, no pueden, y no de curar una enfermedad. La donación de órganos y tejidos ha de hacerse en defensa de la persona y con respeto de su dignidad, en cambio, los acuerdos de maternidad subrogada reducen a la persona a un objeto, lo cual lesiona gravemente su dignidad.

**3.5. En el contrato de comodato.** Un último contrato con el que podría relacionarse el acuerdo de maternidad subrogada es el comodato; el cual, tal como señala el Código Civil, en el artículo 1728, es descrito como aquel negocio jurídico, en virtud del cual, «el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para el fin y luego lo devuelva». Mediante este, se trasfiere exclusivamente el uso y disfrute del bien.

La esencia contractual de esta figura radica en la entrega, uso y posterior restitución de la misma cosa entregada. Entrega y restitución son obligaciones interdependientes. Al respecto Serrano Alonso y Serrano Gómez explican que «la primera se realiza en vistas a una posterior restitución, tras el uso de la cosa, y la segunda, lógicamente, solo es posible si la entrega ha tenido lugar con carácter previo»<sup>79</sup>.

El acuerdo de maternidad subrogada, entonces, podría ser definido como el contrato por el cual la madre subrogada se obliga a entregar, sin que por ello reciba pago, su útero a la persona o pareja comitente para que ellos lo usen por el periodo que demore el embarazo y luego lo devuelvan. A la modalidad de la técnica a la que se hace referencia es a la maternidad subrogada altruista.

El fundamento de este préstamo se podría encontrar en consideraciones altruistas, sentimientos o relaciones sociales, que mueven a las mujeres a ceder gratuitamente el uso de su útero. Un claro ejemplo de esto es el que se presentó en Perú, en la ciudad de Lima. En este, la abuela, en un acto de amor hacia su hija, gestó y dio a luz a su nieta, mediante la técnica de maternidad subrogada<sup>80</sup>. En tal sentido, se advierte que se estaría ante un acto de liberalidad por parte de la madre subrogada, quien se desprende solidariamente de su útero, con el único fin de que los comitentes, mediante su uso lleguen a cumplir el sueño de ser padres de un recién

---

<sup>78</sup> Artículo 5 de la ley General de donación y transplante de órganos y/o tejidos humanos, Ley N°28189, de 16 marzo del 2004.

<sup>79</sup> *Manual de derecho de obligaciones y contratos*, Tomo 2, Edisofer S.L, Madrid, 2009, p. 227.

<sup>80</sup> Caso desarrollado en el capítulo anterior, que recayó sobre el expediente 183515-2006-00113, Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima.

nacido, y que luego lo devuelvan, tras alcanzado su beneficio. Sin embargo, de *facto*, la madre subrogada no se desprende de su útero y el o los comitentes. Por lo tanto, no lo devuelven, pues el órgano permanece siempre dentro del cuerpo de la mujer para poder cumplir con su función -que es albergar al niño por nacer-. Como consecuencia de ello el acuerdo de maternidad subrogada no podría ser subsumido en el contrato de comodato.

Con base en todo lo expuesto, se aprecia que el acuerdo de maternidad subrogada no llega a subsumirse en un contrato típico previsto por ley sino, por el contrario, configura un contrato creado con el fin de satisfacer los intereses de quienes de manera natural no pueden llegar a ser padres. No obstante, a partir de este análisis, queda en evidencia que la validez de estos acuerdos está en duda. Razón por la cual, en el siguiente apartado, se intentará profundizar sobre este punto.

#### 4. Análisis de la validez del acuerdo, al amparo del Código Civil peruano de 1984

Para que un acto jurídico llegue a ser válido, ha de cumplir, como ya se había explicado *supra*, con los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil, así como no contravenir el orden público ni las buenas costumbres. El acto jurídico válido produce todos los efectos queridos por las partes.

Si el acto no cumple con los requisitos legales, es sancionado con nulidad. Dicho carácter de sanción surge de las disposiciones recogidas por el Código Civil<sup>81</sup>. De igual forma, la legislación distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa. La primera se fundamenta en consideraciones de orden público y la segunda, en la protección de intereses privados<sup>82</sup>.

Por un lado, el acto nulo se relaciona con la nulidad absoluta. En tal sentido, el acto nulo podría definirse como aquel que «se ha pretendido celebrar con violación u omisión de un precepto de orden público»<sup>83</sup>. Por ello, al ser el artículo 140 del Código Civil una norma de orden público, el acto jurídico que no cumpla con los requisitos recogidos en él será sancionado con nulidad. Ello significa que dicho acto se entiende por no celebrado, que no produce efectos ni favorables ni perjudiciales, para los interesados ni para los terceros<sup>84</sup>.

Asimismo, este acto se caracteriza, como señala Vidal Ramírez por ser nulo de pleno derecho<sup>85</sup>. La nulidad puede ser alegada por cualquiera que tenga interés o por el Ministerio Público, así como de oficio por el juez. Esta no puede ser subsanada.

<sup>81</sup> Artículo V del título preliminar, artículo 219 entre otros.

<sup>82</sup> VIDAL RAMÍREZ, F: *El acto jurídico*, edición décima, Instituto Pacífico SA, Lima, 2016, p. 620.

<sup>83</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, p. 620.

<sup>84</sup> STOLFI, G: *Teoría del negocio jurídico*, Revista Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 83.

<sup>85</sup> *El acto jurídico*, p. 630.

Las causales de nulidad absoluta se encuentran recogidas en el artículo 219 del Código Civil:

«El acto jurídico es nulo

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- (\*) Derogado.
- 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminada.
- 4.- Cuando su fin sea ilícito.
- 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
- 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- 7.- Cuando la ley lo declara nula.
- 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa».

Por otro lado, el acto anulable adolece de nulidad relativa. Este «es aquel que reúne los elementos esenciales o requisitos de validez y, por tanto, es eficaz; pero, por adolecer de un vicio, a pedido de las partes, puede devenir en nulo»<sup>86</sup>. Este acto en principio produce los efectos queridos por las partes; sin embargo, por presentar vicios en algunos de sus elementos constitutivos, puede ser impugnado. De no serlo dentro del plazo previsto por ley, este se entiende válido<sup>87</sup>.

Las causales de la nulidad relativa o anulabilidad están previstas en el artículo 221 del Código Civil, las cuales son:

- «1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.
- 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
- 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
- 4.- Cuando la ley lo declare anulable».

El acto anulable se caracteriza por ser válido y eficaz; requiere de sentencia que lo declare nulo con efecto retroactivo a la fecha de su celebración. La anulabilidad solo puede ser invocada por quienes están legitimados especialmente para accionar y que son beneficiarios; asimismo, puede ser subsanado por la confirmación<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, p. 646.

<sup>87</sup> PUIG PEÑA, F: *Tratado de derecho civil español*, Vol. 1 y 2, Tomo 2, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 695.

<sup>88</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, p. 650.



Descrita tanto la validez como la nulidad del acto jurídico, resulta pertinente cuestionarse nuevamente sobre la validez o no de los acuerdos de maternidad subrogada; y si es realmente viable la discusión que gira sobre este tópico o si, por el contrario, es producto de prejuicios éticos, morales o religiosos hacia esta técnica. Por tal motivo, en el presente apartado se pretenderá dar luces sobre esos puntos; respecto a, si tales acuerdos son nulos, anulables o válidos. Por lo que, se tendrá en cuenta lo prescrito por la codificación peruana. Sin embargo, solo se analizará algunas causales recogidas por la legislación, por encontrarse relacionadas con la materia sobre la que se investiga. De ser nulos, cabe preguntarse si dicha nulidad se predicaría de los acuerdos de maternidad subrogada comercial, del altruista o de ambos; como si se trataría de una nulidad total del acuerdo o de alguna de las cláusulas de este. Ya que, de ello depende que se entienda por celebrado -o no- y que surta -o no- efectos; y, que las partes puedan exigirse una a la otra el cumplimiento de sus obligaciones, cuando se rehúsen a hacerlo voluntariamente. De igual forma, se analizará de no ser nulos, si son anulables o válidos.

**41. La manifestación de voluntad del agente.** Fernando Vidal Ramírez señala sobre este punto que la voluntad es la esencia misma del acto jurídico -o negocio jurídico-, que es exteriorizada por el sujeto. Asimismo, agrega que «la conjunción de la voluntad y su manifestación es el resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo, esto es, a la manifestación de la voluntad que viene a ser, propiamente la voluntad jurídica»<sup>89</sup>. Por lo tanto, se advierte que existe una imprescindible correlación entre ambas.

La manifestación de voluntad es prevista por la legislación como el elemento esencial y básico de todo acto jurídico, como ya se ha manifestado en un apartado anterior. Sin embargo, un sector de la doctrina afirma que la manifestación de voluntad «es el acto jurídico mismo»<sup>90</sup>. No obstante, se seguirá la postura adoptada por el legislador nacional.

El artículo 140 del Código Civil prevé la manifestación de voluntad como un concepto amplio que comprende toda forma de dar a conocer la voluntad interna, a través de la declaración, cualquiera que sea la manera de exteriorizarla -ya sea de manera oral o escrita o valiéndose de cualquier otro medio expresivo-, pero siempre que reúna los requisitos necesarios para darle validez al acto jurídico. La manifestación de voluntad debe responder a la voluntad interna, formada como consecuencia del discernimiento, la intención y la libertad, sin la

---

<sup>89</sup> *El acto jurídico*, p. 130.

<sup>90</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, p. 134.

presencia de factores perturbadores que la distorsionen. Asimismo, requiere seriedad al ser exteriorizada<sup>91</sup>.

Ante la ausencia de manifestación de voluntad, el acto jurídico no existe o es nulo. De encontrarse viciada, el acto es anulable. Los vicios de los que puede adolecer la manifestación de voluntad son el error, dolo, violencia e intimidación.

El primer vicio puede ser definido como un factor inconsciente y espontáneo que distorsiona el proceso formativo de la voluntad jurídica<sup>92</sup>. Si el error aparece en la formación de la voluntad, se está ante el error vicio; por el contrario, si se presenta al momento de exteriorizarla, ante el error en la declaración. En tal sentido, De Cossio Corral señala que el error-vicio «es una representación subjetiva contraria a la verdadera realidad objetiva»<sup>93</sup>. De igual forma, se entiende por error a la ausencia de conocimiento, que es la ignorancia. Por lo tanto, ambos fenómenos son equiparables, postura defendida por la mayoría de la doctrina<sup>94</sup>.

El error en la declaración se produce cuando existe una divergencia entre la voluntad interna del sujeto y la voluntad exteriorizada, ya sea por alguna distracción al momento de hablar o escribir<sup>95</sup>. El Código Civil peruano, en sus artículos 201, 202 y 203, prevé que el error para ser considerado como causa de anulabilidad tiene que ser determinante para la celebración del acto jurídico -esencialidad-, que una de las partes conozca que la otra está actuando movida por el error, así como, que ello cause un perjuicio al errante<sup>96</sup>.

El segundo vicio de la voluntad es el dolo; el cual es definido por la doctrina de manera unánime como «toda maniobra dirigida a provocar un engaño e inducir a error que es determinante para que una persona celebre voluntariamente un acto jurídico que le cause perjuicio y que sin el engaño no hubiera celebrado»<sup>97</sup>. Uno de los caracteres de este vicio es ser contrario a las reglas de la buena fe, así como, ser «causa suficiente para la anulación del acto jurídico»<sup>98</sup>.

La violencia y la intimidación son diferenciados por el legislador peruano, pero producen los mismos efectos, que es la anulación del acto jurídico. Sobre la violencia, León Barandiarán, quien hace referencia a Scaveola, señala que se trata de «una coacción natural, un acto físico,

---

<sup>91</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, pp. 135-136.

<sup>92</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, p. 209.

<sup>93</sup> *Instituciones de derecho civil. Parte general, obligaciones y contratos*, Instituto Pacífico, Alianza, Madrid, 1977, p. 157.

<sup>94</sup> MESSINEO, F: *Manual de derecho civil y comercial* (trad. española por Sentís Melendo), Ejea, Buenos Aires, 1979, p. 434.

<sup>95</sup> COVIELLO, N: *Doctrina general de derecho civil*, Uteha, Ciudad de México, 1949, p.422.

<sup>96</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, p. 244.

<sup>97</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, pp. 286-288.

<sup>98</sup> STOLFI: *Teoría del negocio jurídico*, pp. 189-190.

por virtud del cual se obliga a una persona a hacer lo que no se quiere o se le impide hacer lo que quiere: verdadera fuerza mayor, que no se le puede contrarrestar»<sup>99</sup>. Tal como sería el caso de tomar la mano de una persona por la fuerza y hacerla suscribir un acto jurídico. No es un acto volitivo, pues la persona no tiene posibilidad de decidir, como sucede en los casos en los que se hipnotiza, droga o embriaga. Por lo tanto, Vidal Ramírez afirma que la violencia no es un vicio de la voluntad, sino que es ausencia de ella; y que debería ser tratada como causa de nulidad absoluta-o nulidad- y no como de anulabilidad<sup>100</sup>.

Sobre la intimidación, el mismo autor sostiene que es un genuino vicio, que consiste «en infundir temor a un sujeto para que manifieste una voluntad que no desea manifestar»<sup>101</sup>. Esta noción es compartida por el codificador peruano en el artículo 215 del Código Civil<sup>102</sup>. Por lo tanto, Stolfi dice que, por la intimidación, la voluntad no es excluida, sino que es influenciada<sup>103</sup>.

Ahora bien, respecto a los acuerdos de maternidad subrogada, se cuestiona si las mujeres que se ofrecen como portadoras de un hijo ajeno actúan de manera voluntaria; o si, por el contrario, su voluntad interna ha sido perturbada, o si esta no concuerda con la voluntad exteriorizada.

Quienes defienden la validez de estos acuerdos alegan que las mujeres que aceptan gestar a un hijo ajeno lo hacen de manera voluntaria y libre. Ellas acceden a usar su cuerpo de la forma que consideran adecuada y correcta<sup>104</sup>. Puesto que, a través de su decisión, pueden ayudar de manera solidaria a quienes están impedidos de ser padres, adquirir con la compensación recibida servicios y bienes que les permitan alcanzar un mejor nivel de vida, o llegar a satisfacer el placer que sienten al estar embarazadas o dar a luz<sup>105</sup>. Por tal motivo, asumen responsablemente las consecuencias de sus actos. Por lo tanto, ellos afirman que la maternidad subrogada es una práctica que se erige sobre la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas,

<sup>99</sup> *Manual del acto jurídico*, UNMSM, Lima, 1961, p. 140.

<sup>100</sup> *El acto jurídico*, pp. 259-263.

<sup>101</sup> *El acto jurídico*, p. 291.

<sup>102</sup> Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros. Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.

<sup>103</sup> *Teoría del negocio jurídico*, p. 195.

<sup>104</sup> MARTÍN CAMACHO, J: «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores» en *Revista de Ciencias biomédicas*, N°2(1), 2009, pp. 7-8 (Recuperado de <https://www.fundacionforo.com/uploads/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> Consultado el 04 de marzo de 2019).

<sup>105</sup> MARTÍN CAMACHO: «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable...», p. 11.

sin causar perjuicios a sí mismos ni a terceros, razón por la cual no puede cuestionarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma<sup>106</sup>.

Sin embargo, quienes condenan esta práctica afirman que la maternidad subrogada comercial lesiona de manera manifiesta la libertad y autonomía de las mujeres. Dado que, «es discutible si las mujeres están eligiendo libremente, o si su voluntad está social y económicamente influenciada»<sup>107</sup>. En particular, Donchin señala que la maternidad subrogada suele ser más una preferencia adaptativa que una decisión autónoma plenamente libre<sup>108</sup>. Nuño Gómez alega que el consentimiento no es libre ni informado; puesto que, las mujeres actúan movidas por razones de supervivencia o subordinación<sup>109</sup>. Asimismo, agrega que dicho consentimiento se encuentra viciado; dado que, no cumple con los «requisitos éticos que garanticen la autonomía exigible a un contrato libre entre iguales»<sup>110</sup>.

Respecto a lo dicho por la autora, podría sostenerse que la voluntad de las mujeres que acceden a ser parte de estos acuerdos podría encontrarse viciada por algunos de los factores perturbadores mencionados en párrafos *supra*. Como puede ser el caso de aquellas mujeres que, ignorando algunas de las cláusulas contenidas en estos acuerdos, así como, la licitud o ilicitud y los riesgos que implica la práctica, suscriben el contrato<sup>111</sup>. En este supuesto, sus voluntades adolecerían del vicio del error. Sin embargo, es menos probable que las mujeres sean engañadas, violentadas o intimidadas para que accedan a gestar un hijo ajeno. Por esta razón, se piensa que la autora arriba a esta conclusión con base en la realidad que ha analizado. Muchas de las mujeres que son explotadas se encuentran en extrema pobreza, a cargo de un gran número de hijos e inmersas en un contexto de vulnerabilidad. Por lo que, las agencias y los comitentes se aprovecharían de esta situación.

Lo cierto es que las madres subrogadas, efectivamente, manifiestan su voluntad de celebrar estos acuerdos, por lo que, no habría razón para invocar su nulidad. Sin embargo, dicha voluntad podría adolecer de algún vicio, lo que es causal de anulabilidad, por ello, la parte afectada, si

---

<sup>106</sup> MARTÍN CAMACHO: «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable...», p. 15.

<sup>107</sup> LAMM: «Gestación por sustitución», p. 6.

<sup>108</sup> «Reproductive tourism and the quest for global gender justice» en *Bioethics*, V.24, N°7. 2010, p.323-332.

<sup>109</sup> En muchos países -como Nepal, India, Tailandia o Camboya-, el contrato de maternidad subrogada es muy extenso, usa términos jurídicos en su redacción y está en lengua inglesa. Las gestantes ni hablan inglés ni saben leer, por lo que no pueden acreditar haber sido informadas de las implicaciones, aunque, impriman su huella digital en el documento.

<sup>110</sup> «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 690.

<sup>111</sup> Tal es el caso de Thida joven casada de 25 años de Camboya, quien acepto ser madre subrogada de una pareja china. Elle manifestó que, si esa práctica era ilegal, nunca hubiese aceptado realizarla. (recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-47163710>, consultado el 20 de febrero del 2019).

desea, puede invocarla o convalidarla. Por lo tanto, sobre este punto no podría basarse la invalidez de estos acuerdos.

**42 Un objeto físico o jurídicamente posible.** Para el desarrollo de este punto, resulta conveniente señalar que la doctrina sostiene que «todo lo que no es sujeto es objeto»<sup>112</sup>; por lo tanto, la persona nunca puede ser objeto. Asimismo, se precisa que las conductas sociales son normadas por el Derecho. Cabe señalar que no es lo mismo hablar de Derecho objetivo y Derecho subjetivo. Torres Vásquez, al respecto, señala que, por un lado, el Derecho objetivo es la regulación de la conducta humana social, es la disposición prevista; por otro lado, el derecho subjetivo es la conducta humana social regulada, es la facultad o poder de hacer, poseer o exigir algo conforme a la norma jurídica<sup>113</sup>.

El objeto del acto o negocio jurídico es la relación jurídica por él creada, modificada, regulada o extinguida, conforme el artículo 140 del código civil. La relación jurídica, según el mismo autor, es «la relación social, captada por el derecho objetivo»<sup>114</sup>. Por virtud de ella, se vinculan dos partes, que pueden estar constituidas por más de dos sujetos: una a quien se le atribuye derechos o facultades, y otra, deberes u obligaciones. De igual forma, puede clasificarse en patrimonial -también denominada obligación- o extrapatrimonial, en función de que su objeto sea susceptible o no de valoración económica, sin que ello niegue que sea digno de protección. A su vez, el objeto de la relación jurídica es la prestación, la cual es «la conducta que tiene que desarrollar el sujeto del deber para satisfacer el interés del sujeto del derecho de la relación»<sup>115</sup>. Esta puede consistir en dar, hacer o no hacer; clasificación recogida por el Código Civil en su artículo 1132 y siguientes. En tal sentido, el objeto de la prestación son los bienes, derechos, servicios materiales o intelectuales y las abstenciones.

En materia de obligaciones la prestación de dar recae sobre bienes o derechos. Los bienes pueden ser materiales o inmateriales, consumibles o no consumibles, fungibles o no fungibles, que existan actualmente o que tengan posibilidad de existir, determinado o determinable. El bien tiene un valor económico para el deudor y es apto para satisfacer el interés del acreedor. Las prestaciones de hacer, por su parte, recaen sobre servicios susceptibles de valoración económica, que deriva de un hecho realizado por el deudor. La prestación de no hacer, por último, incide en la utilidad o provecho que se obtiene de la conducta omisiva<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, p. 166.

<sup>113</sup> *Acto jurídico*, Vol. 1, p. 259.

<sup>114</sup> *Acto jurídico*, Vol. 1, p. 260.

<sup>115</sup> TORRES VÁSQUEZ: *Acto jurídico*, Vol. 1, p. 262.

<sup>116</sup> TORRES VÁSQUEZ: *Acto jurídico*, Vol. 1, pp. 282-283.

La prestación, por ser un comportamiento humano consistente en dar, hacer o no hacer, puede ser lícita o ilícita, según esté ajustada o no a derecho. Del mismo modo puede ser posible o imposible física e intelectualmente. De allí que el artículo 140 del código civil prevea en su inciso 2 como requisito de validez del acto jurídico que su objeto sea física y jurídicamente posible. Por ello se afirma que los requisitos del objeto del acto jurídico son la posibilidad física, la determinabilidad, así como, la licitud.

Con respecto a la posibilidad física, la prestación debe ser compatible con las leyes de la naturaleza, además, estar dentro de las posibilidades naturales e intelectuales de la persona humana<sup>117</sup>. Por otro lado, respecto a la determinabilidad, la prestación tiene que ser determinada o individualizada, o perfectamente determinable o individualizable.

Para los fines que interesa a esta investigación, se abordará el requisito de licitud del objeto del acto jurídico. Dado que, en cuanto a la posibilidad física del objeto de los acuerdos de maternidad subrogada, este es posible, ya que, las mujeres de *facto* quedan embarazadas y dan a luz, pues ello forma parte de su esencia femenina. De igual manera, en cuanto a la determinabilidad, tampoco existe problema alguno. No obstante, respecto a la licitud del objeto en estos acuerdos, la situación es distinta.

Cabe precisar al respecto que, el ordenamiento jurídico promueve y estimula la iniciativa privada, lo que se evidencia en el principio constitucional «todo lo que no está prohibido está permitido» artículo 2, inciso 24, literal b de la Constitución Política del Perú; por ello, la persona goza de la libertad para celebrar los actos jurídicos que mejor satisfagan sus intereses. Sin embargo, para que sea posible la vida en sociedad, al mismo tiempo, se fija ciertos límites y prohibiciones a la libertad individual. Por tal motivo, el hombre no puede hacer aquello que quiere, cuando quiere y como quiere, ya que con su conducta no puede violar el orden establecido por el Derecho, ni hacer peligrar la estabilidad social y derechos de los demás individuos.

En este contexto, se aprecia el requisito de licitud, en virtud del cual, la pretensión debe encontrarse ajustada al ordenamiento jurídico, y no transgredir normas imperativas o las buenas costumbres. Torres Vásquez dice al respecto que «una prestación lícita se conforma con la norma jurídica, es reconocida por ella, protegida y amparada»<sup>118</sup>.

Por lo tanto, la cosa u objeto de un contrato debe encontrarse dentro del comercio de los hombres, es decir, ser susceptible de negociación, como los bienes que no son de uso público o

---

<sup>117</sup> TORRES VÁSQUEZ: *Acto jurídico*, Vol. 1, p. 292.

<sup>118</sup> *Acto jurídico*, Vol. 1, p. 296.

las partes del cuerpo humano que se regeneran. Sobre este último punto, existe consenso en admitir como principio general, que la corporeidad del ser humano es indisponible. Sin embargo, el artículo 6 del Código Civil prevé ciertos supuestos en los que es posible: solo será lícito intervenir sobre un cuerpo si es que median motivos de orden terapéutico, altruistas o estado de necesidad<sup>119</sup>.

En virtud de lo anterior, existe un sector de la doctrina que defiende la nulidad del acuerdo de maternidad subrogada. Ellos alegan la ilicitud de su objeto, puesto que, este recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, en particular sobre su útero, el cual es un bien *extra commercium* -fuera del comercio de los hombres-<sup>120</sup>. También, afirman que el objeto de este acuerdo recae sobre «una criatura según encargo personalizado»<sup>121</sup>.

En particular, Nuño Gómez expone que en los acuerdos de gestación subrogada comercial se lleva a cabo un control de calidad del servicio prestado y del producto a entregar. Este consiste en «garantizar que la salud, la carga epigenética, el plazo de entrega o el sexo de las criaturas se ajuste a la solicitud; con posibilidad de interrupción del embarazo solo cuando la clientela cambia de opinión (opción que se niega a las gestantes) y de devolución en caso de desviación respecto a lo contratado»<sup>122</sup>.

Por otro lado, quienes están a favor de la maternidad subrogada comercial defienden que la contraprestación que recibe la madre gestante no es producto de la mercantilización del cuerpo de un ser humano, del *neonato* o de la madre subrogada, sino que, por el contrario, se trata de reconocer «costos en todos los sentidos que los interesados deben retribuir de alguna manera a la madre sustituta»<sup>123</sup>. Puesto que ella, durante meses o incluso años, estará sometida a un proceso previo de entrevista, acuerdos, controles médicos, preparación, intentos de fertilización, posteriormente la gestación y el embarazo con los consiguientes cambios físicos, hormonales y psicológicos, después llegará el parto y el puerperio<sup>124</sup>; así como, cuidados especiales, un posible periodo de lucro cesante y la posibilidad de complicaciones incluso con riesgo de vida.

Nuño Gómez sobre el tema apunta que «un ser humano no puede considerarse una mercancía, ni los cuerpos de las mujeres nichos de un mercado deslocalizado que compra el

---

<sup>119</sup> GOLDEMBERG, I: *La disposición corporal: sus límites. Derecho de daños*, Vol. 2, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 118.

<sup>120</sup> GONZALES PÉREZ DE CASTRO y MORÁN DE VICENZI: «Los acuerdos de maternidad subrogada...», p. 49.

<sup>121</sup> NUÑO GÓMEZ: «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 687.

<sup>122</sup> «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 687.

<sup>123</sup> MARTÍN CAMACHO: «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable...», p. 10.

<sup>124</sup> Período de tiempo que dura la recuperación completa del aparato reproductor después del alumbramiento, que puede prolongarse hasta seis semanas.

óvulo en un país, en otro la gestación y en un tercero vende el “producto” resultante»<sup>125</sup>. Por lo que, se advierte que ella se opone a la validez de estos acuerdos por ser ilícito el objeto de este, aunque las partes hubiesen prestado su consentimiento libremente.

Sobre la ilicitud del objeto del acuerdo de maternidad subrogada comercial, por lo tanto, no habría controversia en afirmarlo. Sin embargo, sobre la maternidad subrogada altruista, la situación es distinta. Muchos defienden la validez de su objeto sin dar razones contundentes y suficientes de ello.

En este trabajo, al intentar relacionar el acuerdo de maternidad subrogada con algunos de los contratos típicos, se ha advertido que, aunque medie o no retribución, el objeto de dicho acuerdo no está ajustado al ordenamiento jurídico, puesto que, recae sobre órganos y funciones humanas, así como, sobre seres humanos, con los cuales evidentemente no se puede negociar. De igual forma, a través de estos acuerdos a la persona se le trata como una cosa objeto de derecho -lo cual no es-, atentando contra su dignidad humana, considerándola como un medio para satisfacer intereses de personas queriendo ser padres a toda costa. De este modo, se le niega al concebido su condición de sujeto de derechos, reconocida por el artículo 1 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1 de la Constitución Política. Por tal motivo, se comparte la postura de Gonzáles Pérez de Castro, Morán de Vicenzi y Nuño Gómez.

**43. La causa o fin lícito.** Jurídicamente la palabra causa no tiene una sola acepción. Por un lado, causa- fuente, entendida como el hecho generador de la obligación. Por otro, causa fin -o final-, referida a la finalidad abstracta, concreta, típica que induce al agente a actuar. Esta, a su vez, tiene una doble dimensión: causa fin objetivo para indicar la finalidad abstracta, común a todos los actos de la misma categoría; y la causa fin subjetiva entendida como los motivos personales que impulsan a celebrar el acto<sup>126</sup>.

El código civil es causalista, acoge la causa fin; asimismo, extiende su aplicación respecto de todos los actos o negocios jurídicos. En tal sentido, prevé como requisito de validez en su artículo 140, inciso 3 «fin lícito».

La doctrina señala que por causa o fin ha de entenderse la razón que justifica el acto jurídico, en su *ratio*; esto es, la causa explica el fundamento, licitud o moralidad del acto jurídico<sup>127</sup>. Asimismo, agrega que se constituye como «la orientación que se le da a la manifestación de voluntad para que esta, partiendo del motivo de los celebrantes, se dirija, directa,

<sup>125</sup> «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 690.

<sup>126</sup> TORRES VÁSQUEZ: *Acto jurídico*, Vol. 1, pp. 318-319.

<sup>127</sup> TORRES VÁSQUEZ: *Acto jurídico*, Vol. 1, p. 317.



reflexivamente, a la producción de efectos jurídicos»<sup>128</sup>. Por consiguiente, existe una identificación entre la finalidad y los efectos y una vinculación con la manifestación de voluntad; por virtud de ello, la causa, al igual que la voluntad, ha de ser exteriorizada<sup>129</sup>.

Al respecto, Torres Vásquez señala que la causa fin permite establecer si la obligación contraída es o no justa y moral, no pudiéndose exigir su cumplimiento independientemente de su origen y contenido. De ahí, el artículo 219 del Código Civil recoja la ilicitud de la finalidad como causal de nulidad del acto jurídico. La ilicitud se produce cuando la manifestación de voluntad está dirigida a generar efectos no amparados por el derecho<sup>130</sup>.

Habiéndose descrito la figura de la causa o fin, se analizará si los acuerdos de maternidad subrogada incumplen con dicho requisito. En tal sentido, se defiende la nulidad de estos por ser ilícita su causa. Nuño Gómez explica que a través de estos se comercializa con el cuerpo, la capacidad reproductiva y la salud de las mujeres<sup>131</sup>. Asimismo, se sostiene que el uso de esta técnica implica el abuso y explotación de mujeres pobres del tercer mundo o países periféricos por mujeres adineradas del primer mundo o por quienes están deseosos de ser padres<sup>132</sup>.

Esta realidad trae consigo el *baby business*<sup>133</sup>. Esto consiste en la explotación y apropiación del cuerpo de la mujer con el fin de que gesté y dé a luz un hijo ajeno, tratadas como si fuesen recipientes u «hornos donde incubar lo que otros crean»<sup>134</sup>. Por tal motivo, existe un sin número de agencias mediadoras que ofrecen todo tipo de servicios con una cartera variable de precios y prestaciones<sup>135</sup>. Se transporta, trata o trafica con mujeres en situación de vulnerabilidad con la intención de «diversificar la oferta y abaratar costes»<sup>136</sup>.

La subrogación gestacional comercial promueve, ya sea de manera directa o indirecta, que las redes criminales o mafias dedicadas a trata de personas con fines de explotación sexual amplíen su negocio incorporando los beneficios que conlleva la explotación reproductiva, tal como señala Nuño Gómez<sup>137</sup>. Esto es consecuencia de la cultura neoliberal y del «mercado de

<sup>128</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, p. 177.

<sup>129</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, p. 177.

<sup>130</sup> *Acto jurídico*, Vol. 1, p. 322.

<sup>131</sup> «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», pp. 684-685.

<sup>132</sup> LAMM: «Gestación por sustitución», p. 5.

<sup>133</sup> NUÑO GÓMEZ: «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 684.

<sup>134</sup> FILMER, R: *Patriarca o el poder natural de los reyes*, Alianza, Madrid, 2010, pp. 109-161 y 287-299.

<sup>135</sup> Que pueden consistir en: la organización del traslado del cliente al país de compra, servicios médicos y jurídicos, posibilidad de reemplazar la lotería genética por la selección genética, elección de las características de la gestante y, si se precisa, ovocitos de «donantes bellas, sanas e inteligentes».

<sup>136</sup> Según Michael Sandel, en el año 2012, la retribución que recibía una gestante californiana rondaba los 25.000 euros mientras una hindú percibía un promedio de 6.000 dólares, lo cual refleja que existe un mayor abuso de aquellas mujeres que se encuentran en estado de necesidad (*Lo que el dinero no puede comprar*, Debate, Madrid, 2013, p. 118).

<sup>137</sup> «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 690.

los deseos» cuyo ideal de proyecto de vida es que los deseos deben ser satisfechos, «deseos que el mercado convierte en derechos», que solo se encuentran limitados por la capacidad económica del titular de dicho deseo.

Nuño Gómez, quien no está de acuerdo con esta práctica, coincide y ratifica lo dicho por Stuart Mill sobre que los pactos que anulan la libertad no son válidos. En vista de que, la madre sustituta renuncia a la capacidad para interrumpir el embarazo o cambiar de opinión y pierde la libertad deambulatoria o sexual y el control sobre su cuerpo. En última instancia, renuncian a la libertad de decidir<sup>138</sup>. La maternidad subrogada comercial considera a «las mujeres como máquinas reproductivas, las hijas e hijos como mercancía y la gestación un trabajo como otro cualquiera»<sup>139</sup>. Lo relevante de este negocio, no solo es la comercialización del cuerpo femenino, sino que, también importa la mercantilización de un ser humano por el que se paga. Un evidente ejemplo de ello es el caso ocurrido en Tailandia a partir del 2010 en el que Mitsutoki Shigeta concibió 16 niños mediante la maternidad subrogada. Él afirmaba que procedió de esa manera por su anhelo de una familia numerosa, que incluso quería tener 10 a 15 niños por año y congelar su esperma para continuar con esta práctica y crianza de los mismos. Su respuesta resultó cuestionable e inverosímil, pues apuntaría a un intento de crear una red de niños destinada a explotarlos y comercializarlos<sup>140</sup>.

Por otro lado, los defensores de estos acuerdos exponen que, desde un enfoque utilitarista, se puede sostener la validez de estos. A partir de ellos, se incrementa el bienestar de todas las partes que intervienen en él -gestante, clientes, criaturas, empresas y hasta los países en los que la práctica es legal ya que ven su PBI incrementado- y que no genera consecuencias negativas sobre terceras personas<sup>141</sup>.

Los opositores de estos acuerdos, sobre esto último, alegan que son más los perjuicios que beneficios que traen consigo. Para la madre subrogada son los riesgos que conlleva un embarazo, un parto y postparto, que afecta su integridad física y moral y que puede tener efectos negativos no solo en su calidad de vida sino en la de su familia. Para el niño por nacer, ve impedida la posibilidad de conocer su origen e identidad, derechos reconocidos en el artículo 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 691.

<sup>139</sup> NUÑO GÓMEZ: «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 686.

<sup>140</sup> Caso mencionado en el primer capítulo. Interpol opens probe as Thai police ID 'baby factory' dad. (agosto de 2014).

<sup>141</sup> ZAMORA BONILLA, J: «Úteros de alquiler» en Isegoría, N° 18, 1998, pp. 205-212. (Recuperado de <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/download/152/152>, consultado el 04 de abril de 2019).

<sup>142</sup> NUÑO GÓMEZ: «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 689.

Quienes son pro-vientres de alquiler, y son conscientes de las debilidades que tiene la maternidad subrogada comercial, Nuño Gómez expone que, ellos pretenden defender la validez de los acuerdos de carácter altruista puesto que en estos no habría explotación de mujeres. Para ello, señalan que, al no haber contraprestación a favor de la madre subrogada, ella no accedería movida por su estado de necesidad, evitándose, de este modo, una posible explotación de ella<sup>143</sup>.

Asimismo, explica que resulta erróneo este razonamiento dado que el valor de la contraprestación no es determinante para afirmar que hay mayor o menor explotación: a mayor retribución, mayor explotación; a nula retribución, nula explotación. Sino que, incluso, *de facto* la relación de estas variables no es proporcional. Ella defiende que la explotación de las mujeres depende de las condiciones en las que se encuentra más que de la posible retribución.

En conclusión, en este trabajo, se defiende la nulidad de estos acuerdos, en virtud de la ilicitud de su causa; ya que de todos modos existe una mercantilización del ser humano, hecho que no se encuentra conforme al ordenamiento jurídico.

**44. Con relación al orden público y las buenas costumbres.** El artículo V del Título Preliminar del Código Civil prescribe que «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

Al respecto Vidal Ramírez sostiene que la autonomía de la voluntad será eficaz, en tanto, no colisione con las normas que le interesan al orden público, destinadas a preservar la coexistencia social pacífica. Asimismo, el orden público se caracteriza por ser mutable, en cuanto es determinado por los fenómenos sociales, políticos y económicos que producen cambios en el ordenamiento legal<sup>144</sup>.

Es así que el orden público es definido como un conjunto de disposiciones imperativas, caracterizadas por ser ineludibles e insustituibles por los particulares<sup>145</sup>; así como el conjunto de principios fundamentales y de interés general<sup>146</sup>.

Las buenas costumbres son definidas como los principios morales, corrientes, en un determinado lugar y momento, que son considerados y practicados por la opinión pública

---

<sup>143</sup> «Una nueva cláusula del Contrato Sexual...», p. 692.

<sup>144</sup> *El acto jurídico*, pp. 97-98.

<sup>145</sup> RUBIO CORREA, M: *Título Preliminar*, Vol. 3, Biblioteca para leer el Código Civil, PUCP, Lima, 1993, p. 100.

<sup>146</sup> ESPINOZA ESPINOZA, J: «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional» en *Ius et veritas*, PUCP, N°24, LIMA, 2002, p. 303. (Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16188/16605>, consultado el 04 de junio de 2019).

vigente<sup>147</sup>. Del mismo modo, se entienden como la «adecuación de la conducta a las reglas de la moral»<sup>148</sup>.

Entre estas últimas y el orden público existe cierta relación, por lo que, incluso, están regulados en el mismo dispositivo legal. Sin embargo, el orden público tiene un contenido estrictamente jurídico; por su lado las buenas costumbres tienen un contenido moral, entendida como moral objetiva que comprende las costumbres que la sociedad acepta abiertamente<sup>149</sup>. A pesar de ello, existe otro sector de la doctrina nacional que defiende que entre estas dos figuras existe una relación de género-especie, en la que las buenas costumbres se encuentran subsumidas en el orden público. Este sector de la doctrina llega incluso a afirmar que la redacción del artículo V del Título Preliminar es incorrecta, ya que solo bastaría con hacer mención del orden público<sup>150</sup>.

Con base en todo lo expuesto, existe un sector de la doctrina que afirma que el acuerdo de maternidad subrogada es nulo por vulnerar el principio de indisponibilidad del cuerpo, así como por transgredir la indisponibilidad del estado civil de la persona, ya que las normas de la Constitución que versan sobre la relación jurídico paterno-filial, normas que revisten carácter imperativo y de orden público, se modifican ante la renuncia a la filiación por parte de la madre subrogada<sup>151</sup>.

De igual forma, los opositores a la validez de estos acuerdos sobre la maternidad subrogada comercial señalan que son inmorales; ya que, a través de ellos, se promueve una sociedad de consumo, en la que se cosifica al ser humano, a quien no se le estaría dando el trato debido según su dignidad de la que goza; sino que, por el contrario, se le estaría reduciendo a un bien susceptible de ser comercializado<sup>152</sup>. Esta realidad se vivió abiertamente en la India hasta el año 2016, en el que se dictó la Ley de Subrogación<sup>153</sup> en dicho país<sup>154</sup>.

---

<sup>147</sup> MESSINEO: *Manual de derecho civil y comercial*, p. 481.

<sup>148</sup> ESPINOZA ESPINOZA: «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional», p.312.

<sup>149</sup> VIDAL RAMÍREZ: *El acto jurídico*, p. 98.

<sup>150</sup> ESPINOZA ESPINOZA: «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional», pp. 312-313.

<sup>151</sup> GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO y MORÁN DE VICENZI: «Los acuerdos de maternidad subrogada...», p. 49

<sup>152</sup> LAMM: «Gestación por sustitución», p. 5.

<sup>153</sup> Bill N°257 of 2016: a través de esta, se prohibió la maternidad subrogada comercial y se reguló de manera exhaustiva la maternidad subrogada altruista, con el fin de disminuir los abusos y explotación que recibían las mujeres por parte de las agencias médicas y de los padres comitentes.

<sup>154</sup> EUROPEAN & INTERNATIONAL NEWS: «All India Women's Conference on surrogacy: a violation of women's human rights», Bruselas, 2015. (Recuperado de <https://www.womenlobby.org/All-India-Women-s-Conference-AIWC-on-surrogacy-a-violation-of-women-s-human?lang=en>, consultado el 05 de mayo de 2019).

Asimismo, resulta moralmente cuestionable que la madre gestante se desprenda de su hijo y las responsabilidades que este implica. No obstante, los defensores de la validez de estos acuerdos sostienen que la madre subrogada en ningún momento se desprende de las responsabilidades como madre hacia el niño; ya que, a lo único que se obligaba es a tener los cuidados necesarios durante el periodo de gestación. Por lo demás, ella no asume más obligaciones hacia el niño por nacer, como puede ser la crianza y velar por el futuro y bienestar del mismo, por lo tanto, no se desentiende de dichas obligaciones. Es más, sostienen que la madre subrogada no abandona a su hijo, a diferencia de aquella mujer que quedó embarazada y que da a su hijo en adopción por no poder o querer hacerse cargo de él; sino que, por el contrario, cede su cuidado y crianza a personas, que puede o no conocer, deseosas y que tienen la voluntad de ser padres y quienes le darán un ambiente apto para el menor<sup>155</sup>.

Por tal motivo, defienden que estos acuerdos no tienen nada de objetable, al no contravenir las buenas costumbres; dado que, todos los intervinientes en él alcanzan, por medio de este, un mayor bienestar: los comitentes llegan a ser padres, la madre gestante realiza un acto solidario que le causa satisfacción u obtiene los medios económicos para lograr un mejor nivel de vida para ella y su familia, y el recién nacido nace en una familia que lo deseó intensamente<sup>156</sup>.

Como consecuencia de la ausencia de consenso sobre la materia, los países regulan de diversa forma esta técnica. Tal es el caso de España, en el que se predica la nulidad de estos acuerdos mediante la Ley 14-2006, de 26 de mayo 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida. El artículo 10 prescribe al respecto que: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». Similar redacción tiene las legislaciones de Francia y Alemania, países que abiertamente manifiestan su oposición a dicha práctica.

En Australia, en Nueva Gales del Sur, la Ley de Subrogación, N°102, de fecha 16 de noviembre de 2010 y su Reglamento N°464, de fecha 26 de julio de 2016 admiten y regulan los acuerdos de subrogación gestacional altruista, estableciendo ciertas condiciones que deben cumplir las partes intervinientes, para que el tribunal emita la orden parental con la que se atribuye la paternidad a los padres de intención. En el mismo texto, se prohíbe los acuerdos de

---

<sup>155</sup> MARTÍN CAMACHO: «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable...», pp. 11-12.

<sup>156</sup> MARTÍN CAMACHO: «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable...», p. 11.

maternidad subrogada comercial, así como, la publicidad de estos<sup>157</sup>. Reino Unido cuenta con normas que siguen esa misma línea de regulación.

En México, en específico en Tabasco y Sinaloa, están permitidas y reglamentadas las técnicas de reproducción asistida, en particular la Maternidad Subrogada comercial y altruista, en el Código Civil y Código de Familia respectivamente. Distinto es el caso del estado de Querétaro, cuyo Código Civil desconoce la maternidad subrogada<sup>158</sup>. En abril de 2016, se reformó la Ley General de Salud, por medio de la cual se reconoce a nivel nacional la técnica de maternidad subrogada altruista, mediante la celebración de un acuerdo entre mexicanos en la que la pareja comitente sea hombre y mujer heterosexual, y solo se acuda a ella por indicación médica; de lo contrario se declarará nulo de pleno derecho los acuerdos que no se ajusten a lo prescrito por tal ley.

El panorama legislativo de Estados Unidos sobre la materia es heterogéneo. Este varía dependiendo del Estado en el que se celebre el contrato y se lleve a cabo el proceso de gestación. En efecto, se aprecia tres marcadas posiciones frente a esta práctica, las cuales son:

En primer lugar, están aquellos Estados cuya ley prohíbe expresamente esta técnica. Tal es el caso de los Estados de Arizona, Michigan y Nueva York, en donde esta es calificada como un delito penal. De otro lado, en Indiana, Luisiana y Nebraska, el contrato de subrogación es nulo, por ello, la madre gestante es considerada como la madre legal. En segundo lugar, se hallan aquellos Estados catalogados como *surrogacy-friendly*, en los que no existe legislación alguna que la regule, siendo los tribunales los responsables de atribuir favorablemente la paternidad a los padres comitentes. Tales Estados son Alaska, Georgia, Colorado, Connecticut, Idaho, Carolina del Norte, Minnesota, Maryland, Montana, Nuevo México, Dakota del Norte, Oregón, Rhode Island, Wyoming y Nueva Jersey.

Finalmente existen Estados cuya ley permiten la aplicación de esta técnica. Sin embargo, no la contemplan de manera homogénea. Es por ello, que existen dos posturas. Por un lado, aquellos en los que está permitida por la ley, pero con restricciones. Entre ellos destacan Tennessee, Vermont y Utah, Estados que solo permiten la subrogación en caso de que uno de los padres comitentes sea el aportante del gameto; Texas y Virginia, cuya ley es difusa o compleja; Washington en donde la maternidad comercial es considerada como delito menor.

---

<sup>157</sup>LEGISLACIÓN DE NUEVA GALES DEL SUR. (Recuperado de <https://www.legislation.nsw.gov.au/>, consultado el 05 de junio de 2019).

<sup>158</sup>MARTÍNEZ MARTÍNEZ, V: «Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México» en *DIKAION*, N°2, Vol. 24, 2015, p. 362. (Recuperado de [www.redalyc.org/pdf/720/72045844007.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/720/72045844007.pdf), consultado 04 de junio de 2017).

Por otro lado, aquellos en los que pueden acceder a esta técnica todo tipo de familias, aportando o no material genético. Tales como Arkansas, Delaware, Florida, Illinois, Nevada, New Hampshire y California.

Estos ejemplos son presentados con la finalidad de apreciar que la nulidad de estos acuerdos puede predicarse o negarse, dependiendo de la existencia o ausencia de norma legal que los regule.

Cabe precisar que, en Perú, la única referencia a las técnicas de reproducción asistida humana es la hecha en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y no existe mención en particular sobre la maternidad subrogada, ya sea permitiéndola o prohibiéndola. Por ello, se entiende que no habría violación expresa de dispositivo legal. No obstante, de la lectura conjunta del artículo 1 de la Constitución Política y los artículos 1 y 6 del Código Civil, se interpreta que el ordenamiento jurídico prohíbe dicha práctica. En tal sentido, la Constitución proclama «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Para tal efecto el legislador peruano ha visto necesario reconocer en el artículo 1 del Código Civil, que el ser humano, ya sea como concebido o persona natural es sujeto de derecho.

Ello va de la mano con la prohibición de los actos de disposición del cuerpo humano, establecida en el artículo 6 del Código Civil, cuando ocasionen la disminución permanente de la integridad física o de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Puesto que, de estar permitidos no se cumpliría, he incluso se contravendría, con el fin prescrito en la Constitución.

Respecto a la última prohibición legal mencionada, el mismo artículo admite su validez cuando correspondan a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o inspirados por motivos humanitarios. Es en este último punto en el que los defensores de la maternidad subrogada pretenden apoyarse, afirmando que las mujeres que van a llevar a cabo la gestación subrogada proceden movidas por un acto de amor hacia otra persona. Ellos reconocen que la maternidad subrogada comercial es nula de pleno derecho, respecto a la altruista ponen en duda su invalidez. Sin embargo, ya sea altruista, estos acuerdos no pueden lesionar la dignidad humana de la que gozan todas las personas.

Con base en todo lo expuesto, se concluye que, aunque se ha pretendido dar revestimiento de contrato a los acuerdos de maternidad subrogada, ello jurídicamente no es posible. Dado que, estos no cumplen con los requisitos exigidos para su validez. Puede afirmarse que las partes intervinientes prestan su consentimiento de manera libre e informado, sin presentar factor perturbador que distorsione su voluntad, aunque en todos los casos no sucede así. Pero, respecto

al objeto y causa, estos convenios son ilícitos; asimismo, son contrarios al orden público y las buenas costumbres.





### Capítulo 3

## Un análisis de los acuerdos de maternidad subrogada desde el Derecho Constitucional

Para analizar la constitucionalidad de los acuerdos de maternidad subrogada, se ha seleccionado determinados derechos fundamentales y principios constitucionales, que son observados, ya sea para defender la constitucionalidad o inconstitucionalidad de estos. Para tal efecto, se dispondrán los derechos y principios de forma tal que se aprecie la distinción de dos momentos en el proceso de formación, celebración y ejecución de estos acuerdos<sup>159</sup>.

El primer momento inicia con las negociaciones entre las partes y concluye con el nacimiento del *neonato*. En esta etapa, los padres intensionales invocan y alegan los derechos a la no discriminación y a la procreación, para dar cauce a su derecho de tener hijos. El segundo empieza con el nacimiento. Tras este, puede suscitarse una serie de conflictos entre las partes: la madre subrogada podría negarse a entregar al menor a los comitentes o estos últimos, a recibirlo; conflictos que, luego, son judicializados. Esta etapa concluye con el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, ya sea fallando a favor de los comitentes o de la madre subrogada. Aquí, el principio del interés superior del niño es el argumento empleado por las partes y el juez para dar solución a la controversia.

De todos modos, antes o después del nacimiento, todos ellos omiten, ya sea de manera voluntaria o no, observar el principio base de todo el Derecho, el principio de la dignidad humana, cuya vulneración se afirmará en este capítulo para reforzar la postura aquí desarrollada.

Sin embargo, antes de realizar este análisis, resulta necesario saber qué se entiende por derecho fundamental o derecho humano constitucionalizado. Para ello se atenderá a las nociones de Derecho y de persona humana, y su vinculación entre ambas realidades.

Castillo Córdova asume una definición básica de los derechos humanos: «derechos del hombre por ser hombre». Estos derechos no han de formularse de espaldas a la persona humana sino de cara a ella. Puesto que, la finalidad última de estos es la persona humana, en la medida que ella es un fin en sí misma. Esto significa que su finalidad es favorecer lo más posible su pleno desarrollo, que alcance su felicidad.

---

<sup>159</sup> Desde las negociaciones entre las partes, el tratamiento médico de preparación del útero de la madre subrogada y de los gametos sexuales, pasando por la inseminación del gameto o implantación del embrión en el útero ya apto, hasta el embarazo, nacimiento y posterior entrega del recién nacido a la persona o pareja comitente, renunciando a los derechos de filiación a favor de estos últimos

La persona humana, según el autor, puede ser definida como una realidad compleja e imperfecta que tiende a la perfección, la cual consigue a partir de la satisfacción de sus necesidades que derivan de su naturaleza humana. Dichas necesidades serán satisfechas y, al mismo tiempo, la persona irá alcanzando un mayor grado de perfeccionamiento, a través de los bienes humanos. Por lo tanto, el bien humano es concebido como «aquello que perfecciona el ser».

La realidad compleja predicada de la persona humana es en virtud de que esta posee una dimensión material, espiritual, individual y social. A su vez, esta realidad compleja no es óbice para que se niegue la unidad de su esencia, de su ser y de su naturaleza, lo cual trae consigo dos consecuencias: la primera es que el concepto de persona del cual parte el Derecho deberá ser siempre un concepto completo, que abarque todas las dimensiones en las que puede manifestarse la naturaleza humana. La segunda es que, a pesar de esta compleja fisonomía de la naturaleza humana, los distintos ámbitos de realización se encuentran siempre en una situación de armonioso complemento y, como consecuencia de esa armonía, no pueden surgir necesidades que sean contradictorias entre sí: una necesidad exigida y a la vez rechazada por la naturaleza humana<sup>160</sup>.

Por lo tanto, respecto a la relación que existe entre el derecho y la persona, se puede decir que el primero es una herramienta obvia para que la persona alcance ese perfeccionamiento, propio de su naturaleza. De modo que lo justo con la persona humana es la procura de esos bienes humanos; y lo injusto con ella es la negación o el impedimento de adquirirlos<sup>161</sup>.

De acuerdo con lo dicho hasta este momento, los Derechos humanos son definidos como «el conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas<sup>162</sup>». Y estos derechos humanos, para garantizar su protección, son reconocidos y declarados en la constitución, siendo conocidos como Derechos Fundamentales.

En este apartado, se observará así mismo, si los derechos invocados realmente tienen como finalidad satisfacer una necesidad derivada de la naturaleza de la persona y que no sea a su vez rechazada por la misma. En tal sentido, se evaluará si tener un hijo es una necesidad, cómo defienden los padres intencionales, o si, por el contrario, dicha «necesidad» es aparente.

---

<sup>160</sup> «La interpretación *iusfundamental* en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°16, 2012, pp. 810-814. (Recuperado de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1912>, consultado el 20 de febrero de 2019).

<sup>161</sup> CASTILLO CÓRDOVA: «La interpretación *iusfundamental*...», p.815.

<sup>162</sup> CASTILLO CÓRDOVA: «La interpretación *iusfundamental*...», p.815.

## 1. Los padres intensionales y su derecho a la no discriminación

En primer lugar, quienes están a favor de los acuerdos de maternidad subrogada, por alegar que se tratan de vehículos para cumplir el sueño de tener hijos, para defender su uso, argumentan que el no reconocimiento del derecho a procrear mediante la reproducción artificial es una forma de discriminación, la cual se erigiría sobre razones de esterilidad y homosexualidad.

Robertson señala que a las personas que tienen disminuida su capacidad natural de procrear no se les puede negar el derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida -derecho, cuya existencia es defendida por el autor-, del que son también titulares al igual que las personas que sí pueden. Para ello, equipara la situación de las personas estériles con la de las personas invidentes, porque estas últimas, al igual que una persona con buena visión, tienen los mismos derechos, como es el acceso a la información. Razón por la cual, ellos cuentan con las herramientas que le facilitan y suplen su discapacidad como el método braille, grabaciones o acudir a una persona capaz de adquirir la información contenida en el libro<sup>163</sup>.

Sin embargo, el autor olvida que, si bien, tanto la persona invidente como la estéril tienen una limitación física ya sea de ver o de procrear, respectivamente, las herramientas o los mecanismos para atenuar las consecuencias de dichas limitaciones no comportan lo mismo. Por un lado, los instrumentos utilizados por las personas invidentes para acceder a la información no son invasivos ni vulneran derechos de terceros. Situación muy distinta es la producida por el recurso a las técnicas de fecundación artificial, en concreto de la maternidad subrogada, pues esta, *per se*, implica la utilización de una mujer para que en su útero incube un embrión que tras nueve meses dará a luz y entregará a quienes lo solicitaron; lo cual lesiona la dignidad y derechos inherentes, tanto de la madre sustituta como la del recién nacido. De modo que, no todo aquello que tenga apariencia de derecho, lo es.

Otra manifestación de discriminación es la alegada por las parejas homosexuales - conformadas por dos varones- o por varones solteros. La Ley N°025, del 26 de agosto de 2016, de Portugal, regula los convenios de gestación subrogada, admitiéndolos en los casos de ausencia de útero, de lesión o de enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer beneficiaria o en situaciones clínicas que lo justifiquen. Al respecto, Lamm afirma que la redacción de esta da pie a un trato discriminatorio hacia los varones, que no pueden ser beneficiarios de la técnica de maternidad subrogada<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> *Children of choice*, Princeton University Press, New Jersey, 1994, pp. 86 y ss.

<sup>164</sup> *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, p. 67.

Así mismo Aitziber Emaldi Cirión dice, apoyándose en las normas que conforman el ordenamiento jurídico español, que permitir solo a mujeres, ya sea solteras o vinculadas sentimentalmente con otra mujer, el acceso a las técnicas de fecundación artificial es tratar de manera desigual a los varones. Puesto que, pese a estar consentidos los matrimonios homosexuales, así como la adopción de niños por parte de ellos, se les impide ser beneficiarios de estas técnicas<sup>165</sup>.

De las posturas de estos autores, se advierte que ambos defienden la existencia del derecho a la igualdad entre varones y mujeres, en cuanto al acceso a las técnicas de reproducción asistida, el cual se erige sobre el libre desarrollo de la personalidad.

En el mismo sentido, la norma titulada *Surrogacy (Regulation) Bill 2016*, de la India, es acusada de discriminatoria, pues permite la subrogación gestacional altruista, siempre y cuando, no sea practicada por personas homosexuales, padres solteros y parejas no casadas. De modo que, este grupo de personas manifiestan que, así como se les permite a las parejas heterosexuales casadas servirse de esta técnica para tener hijos, a ellas también se les debería dar la misma oportunidad.

Si bien, tal como señalan estos autores, existe un trato diferenciado entre estas personas, ellos olvidan que el derecho a la igualdad no implica tratar a todos por igual, sino que, por el contrario, consiste en tratar de igual forma a cuantos se encuentren en similares situaciones<sup>166</sup>. Marrades Puig sostiene que el derecho no tiene como finalidad lograr lo imposible, sino dar solución a problemas reales. De hecho, los varones anatómicamente por carecer de útero y las mujeres, cuyos úteros son disfuncionales, ya sea por esterilidad o infertilidad, no pueden ni podrán gestar, aun cuando se pretenda esto mediante la ciencia. Por lo tanto, «no todo lo científicamente posible es jurídicamente lícito»<sup>167</sup>. Mas aún, más allá de existir trato discriminatorio hacia un grupo determinado de personas, los convenios que dan lugar a esta práctica son nulos y, por lo tanto, prohibidos legalmente, pues comportan la vulneración de otros derechos de las personas implicadas en este negocio jurídico<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> «ESPINOZA\*» en *Revista internacional de Ética Aplicadas, Dilemata*, N°28, 2018, pp. 126-127. (Recuperado de <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000252>, consultado el 09 de julio de 2019).

<sup>166</sup> MARRADES PUIG: *Luces y sombras del derecho a la maternidad...*, p. 99.

<sup>167</sup> BALAGUER, M: *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un estado social*, Cátedra, Madrid, 2017, p. 43.

<sup>168</sup> «El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos» en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2017, p. 161. (recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6823812>, consultado el 21 de mayo de 2019).

Por tales motivos, este argumento es fácil de desarmar, pues el libre desarrollo de la personalidad, que es su basamento, no puede servir como justificación para actuar irracionalmente, sin límites, lesionando de este modo los derechos humanos de otra persona.

## **2. La maternidad subrogada como manifestación del derecho a la procreación**

Para empezar, la procreación es un hecho natural y humano, que permite la preservación de la especie, y que responde al deseo de las personas de tener hijos a quienes trasfieran su carga genética. Sin embargo, ya sea el varón o la mujer, pueden carecer de la capacidad natural de procrear; lo cual, para muchos, frustra sus proyectos de vida.

El desarrollo de las técnicas de reproducción asistida ha permitido que estas personas puedan llegar a ser padres, biológicos o no. Al mismo tiempo, estas generan una realidad, en la que se ven escindidas la procreación y la unión sexual entre el varón y la mujer, así como, la procreación puede llevarse a cabo sin la participación biológica y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja<sup>169</sup>.

Asimismo, estas técnicas, en particular la maternidad subrogada comporta el desconocimiento del principio romano de *mater semper certa est*. Principio que proclama que la maternidad es siempre indubitable y cuya prueba es sencilla, directa respecto de un hecho común, pues, este fenómeno ha dado lugar a la aparición de diversas formas de maternidad compartida las cuales son, con relación al grado de intervención de las mujeres en la procreación: maternidad plena, maternidad genética, maternidad gestativa y maternidad legal. Por tal motivo, surge la interrogante de quién es la madre y si tienen o no derechos todas ellas sobre la vida del nacido<sup>170</sup>.

Estas preguntas son resueltas de dos formas. Existe una corriente doctrinaria que, para designar legalmente a la madre, establece como criterio fundamental el presupuesto o elemento biológico de la gestación y el parto, por lo que se obvia los acuerdos celebrados con terceros. Otro sector, el mayoritario, defiende que el criterio a tenerse en cuenta es la libertad y responsabilidad por la procreación de la mujer que deseó tener para sí el niño. Este criterio, según este grupo, resulta el más favorable para los intereses del menor, además coincide con la voluntad de la pareja comitente, siempre y cuando uno de sus miembros sea la mujer que deseó el niño, de lo contrario, de ser una pareja conformada por varones, la maternidad no se le atribuiría a ninguno de ellos. Por ello, en virtud de este criterio, la filiación biológica viene

---

<sup>169</sup> MORAN DE VICENZI: *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, pp. 161-162.

<sup>170</sup> GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO y MORÁN DE VICENZI: «Los acuerdos de maternidad subrogada...», p. 55-57.

perdiendo su fuerza frente a la voluntad y el afecto. La paternidad y maternidad corresponde a aquellos que la anhelaron<sup>171</sup>. Esto conlleva que el principio de la verdad biológica de la filiación y el Derecho a la Identidad del menor sean afectados. Sin embargo, esta postura no evita ni da solución a las controversias presentadas.

Ante esta realidad, el anhelo de toda persona de ser padre y las posibilidades ofrecidas por las novedosas técnicas de reproducción asistida, tal como manifiesta Moran De Vicenzi, han llevado a defender la existencia del «derecho a procrear»<sup>172</sup>. Frente al cual surge la interrogante si ¿efectivamente lo es?

El sector de la doctrina que se muestra a favor de la existencia del derecho a la procreación señala que, pese a no estar previsto ni protegido por norma expresa, en el ámbito internacional<sup>173</sup> ni nacional, este encuentra su fundamento y alcance en normas de tratados internacionales o legislación nacional vigente.

Asimismo, afirman que este derecho tiene un doble contenido: un positivo, relacionado con la decisión de procrear, con quién y cuándo; un negativo, que protege la decisión del particular de abstenerse de procrear, así como, de cualquier interferencia estatal o de terceros en el ejercicio de la capacidad de procrear<sup>174</sup>. Cabe mencionar que, sobre el contenido positivo, existe discusión si comprende o no «el derecho a exigir que se proporcionen los medios necesarios para procrear o mantener a la prole, entre ellos, el recurso a las técnicas de fecundación artificial», es decir, si incluye el aspecto de cómo procrear.

Quienes están a favor de la existencia del derecho a procrear y de que comprende el aspecto de cómo hacerlo sostienen que este derecho descansa sobre valores superiores, como lo son la libertad personal, la autonomía y la intimidad en el ámbito familiar. De igual forma, defienden que no existe diferencia sustancial entre la fecundación natural y la reproducción artificial, ya que ambas comportan la procreación de hijos, el establecimiento y mantenimiento de una familia.

En tal sentido, este derecho comprende, a su vez, el derecho a fundar una familia, el derecho a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento temporal entre sus hijos, el

---

<sup>171</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, E: «Tratado de Derecho de Familia. Derecho de filiación» en *Gaceta Jurídica*, Tomo 4, Universidad de Lima, Lima, 2013, p. 586. (Recuperado de [https://legis.pe/wp-content/uploads/2018/01/Tratado-de-derecho-de-familia.-Derecho-de-filiaci%C3%B3n-Enrique-Varsi-Legis.pe\\_.pdf](https://legis.pe/wp-content/uploads/2018/01/Tratado-de-derecho-de-familia.-Derecho-de-filiaci%C3%B3n-Enrique-Varsi-Legis.pe_.pdf). Consultado el 15 de mayo de 2019).

<sup>172</sup> Se suele entender como sinónimo de «derecho a ser padres», «derecho a reproducirse» o «derecho a tener hijos». (*El concepto de filiación en la fecundación artificial*, p. 163.)

<sup>173</sup> Las constituciones, tales como la de Portugal, Colombia, Ecuador; México y Paraguay, y leyes fundamentales extranjeras solo reconocen el derecho de los padres a decidir el número de hijos y la oportunidad de procrear, y el derecho a fundar una familia.

<sup>174</sup> MORAN DE VICENZI: *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, pp. 166-167.

derecho de acceder a la información y educación sobre planificación familiar y, por último, el derecho de acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, incluida la fecundación artificial<sup>175</sup>.

Sin embargo, existe un sector de la doctrina que está a favor de la existencia de este derecho, pero no consiente como parte de su contenido la posibilidad de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, argumenta que el derecho en cuestión protege exclusivamente la capacidad natural del sujeto de concebir un hijo con su material genético por medio de la unión sexual<sup>176</sup>. De modo que, no tolera la intervención de un tercero ajeno a la pareja en este acto; es decir, rechaza la posibilidad de procrear mediante técnicas de reproducción asistida. Por consiguiente, el hijo concebido con material genético de un tercero interviniente será su hijo y no de quien lo procuró.

A la razón anterior se suma que la igualdad sustancial entre la fecundación natural y la reproducción artificial, defendida por un sector doctrinal, no es real, puesto que, la segunda implica la manipulación del proceso natural de fecundación. Asimismo, pese a que permite superar una limitación física no lo convierte en parte del contenido de un derecho fundamental<sup>177</sup>.

Respecto a la fundamentación de este derecho existen dos posibilidades:

«Considerarlo un derecho autónomo derivado de la propia dignidad de la persona, con un contenido específico y sujeto a sus propios límites, o entender que se encuentra reconocido de manera implícita en otras normas jurídicas y, consiguientemente que está sujeto a las mismas limitaciones de los derechos de los que deriva»<sup>178</sup>.

En Estados Unidos, el derecho a procrear ha alcanzado un gran desarrollo en los últimos años en la jurisprudencia y la doctrina. Los tribunales norteamericanos no han reconocido de manera manifiesta la existencia del contenido positivo del derecho a procrear -el derecho a tener hijos-, pero si, su contenido negativo, como se aprecia en el caso *Skinner vs. Oklahoma*<sup>179</sup>, y

<sup>175</sup> PACKER, C: *the right to reproductive choice*, A study International Law, Turku, 1996, p. 18.

<sup>176</sup> VEGA GUTIÉRREZ, A: «Los “derechos reproductivos” en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?», en “*Evangelium Vitae*” e *Diritto*, Ciudad del Vaticano, 1997, pp. 446 y ss.; VIDAL GARCIA, M, *Bioética. Estudios de Biótica racional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 91.

<sup>177</sup> MORAN DE VICENZI: *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, p. 169.

<sup>178</sup> MORAN DE VICENZI: *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, p. 170.

<sup>179</sup> En 1942, se discutía sobre la licitud de la ley de esterilización criminal, dictada en Oklahoma. El tribunal reconoció la existencia del derecho a la reproducción, como derecho fundamental del hombre y, por lo tanto, el estado no puede interferir en la capacidad reproductiva de las personas, de igual forma, la esterilización legalmente prevista vulneraba la libertad personal. (FARNÓS AMORÓS, E: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 50. Recuperado de <https://books.google.com.pe/books?id=OzVcLsCl8pYC&pg=PA50&lpg=PA50&dq=skinner+vs.+oklahoma+der echo+a+la+reproducci%C3%B3n&source=bl&ots=r7ZK9yBbrw&sig=ACfU3U28MNWeOtm1v8q2M9fCmK5fOunrHQ&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiJ0u6ap->

algunos aspectos relacionados con la procreación, como se advierte en el caso en *Roe vs. Wade*. En este último, el tribunal asoció el derecho a la intimidad con la decisión de una mujer a abortar<sup>180</sup>. En el caso *Planned Parenthood vs. Casey*, caso relacionado con el anterior, la corte sostuvo que el derecho a la reproducción, en términos del derecho de una mujer a obtener un aborto, se fundamenta en el derecho a la intimidad y en la libertad personal<sup>181</sup>.

Resulta particularmente interesante el caso *Baby M* -caso mencionado en el primer capítulo-. En este, Moran de Vicenzi expone que la Corte Superior de Nueva Jersey señaló que el ámbito de *right to reproduce* no solo comprendía la protección de la decisión de cuándo procrear, sino que también se extendía a la decisión sobre cómo hacerlo. Es así, que el juez Harvey Sorkow entendió que el derecho a procrear incluía la fecundación natural, así como, el recurso a las técnicas de reproducción artificial<sup>182</sup>.

De acuerdo con esto, la misma autora advierte que la jurisprudencia norteamericana viene reconociendo de manera indirecta el derecho a procrear como derecho fundamental, pues lo relaciona con el derecho a la intimidad y a la libertad personal; no como derecho autónomo; sin embargo, no precisa su contenido ni sobre quien recae su titularidad. Al respecto, la doctrina defiende que este se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a las parejas o personas solteras, estériles o no. Asimismo, precisa que este derecho incluye la fecundación natural y la reproducción artificial, tal como ya se había admitido en el entorno jurisprudencial<sup>183</sup>.

Realidad muy distinta es la derivada del sistema jurídico español. La doctrina rechaza la existencia de un derecho a procrear, y aun cuando lo reconozca, las posturas sobre cuál es el fundamento de este derecho suelen ser diversas. Pese a ello, el legislador ha dictado desde el año 1988 leyes destinadas a regular las técnicas de reproducción asistida, las cuales van dirigidas, de manera indirecta, a reconocer el derecho a la procreación.

---

TiAhUmqlkKHQj9B3AQ6AEwA3oECACQAQ#v=onepage&q=skinner&f=false, consultado el 10 de junio de 2019).

<sup>180</sup> En 1973, se discutía si lo dispuesto en Texas statues vulneraba los derechos de la mujer a decidir sobre su propio aborto. La corte extendió el concepto del derecho a la intimidad, a la protección de ciertos aspectos relacionados con la vida marital, la familia y la procreación, motivo por el cual toda intervención estatal debía estar plenamente justificada en un interés superior. En tal sentido, concluyó que la legislación estatal vulneraba los derechos protegidos en la XIV Enmienda. (FARNÓS AMORÓS: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, pp. 52-53.)

<sup>181</sup> En 1992, se discutía sobre la constitucionalidad de los estatutos en materia de aborto, dictados en Pennsylvania por el gobernador Robert Casey, en 1988 a 1989. El tribunal reconoció el derecho a la mujer al aborto aun contra la voluntad del marido, entendiendo que la decisión de interrumpir el embarazo forma parte de la esfera de decisión de la persona sobre su propio cuerpo. Esta resolución es importante, pues la consideración que se tenía del derecho al aborto como límite al poder estatal se traslada al concepto de libertad individual. (ENCICLOPEDIA BRITÁNICA. Recuperado de <https://www.britannica.com/event/Planned-Parenthood-of-Southeastern-Pennsylvania-v-Casey>, consultado el 10 de junio de 2019).

<sup>182</sup> *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, pp. 173-174.

<sup>183</sup> ROBERTSON: *children of choice*, p. 38.



Sobre el primer punto, Vidal García considera que la reproducción, por ser un proceso natural de todo hombre, no puede ser objeto directo de un derecho humano por estar fuera del campo de la libre determinación de la persona. Asimismo, tomando en cuenta la función filosófica-ético-jurídico del concepto de derecho humano, explica que esta consiste en descubrir, tutelar y encaminar los bienes exigidos por la naturaleza humana. A pesar de que, la reproducción pueda ser apreciada como un bien, su contenido no es el acto considerado aisladamente, sino en tanto que se encauza dentro de determinadas circunstancias que lo humanizan. Por ello, rechaza la existencia del derecho humano a la procreación<sup>184</sup>.

Sobre el segundo punto -la divergencia de opiniones sobre el fundamento de este derecho-, otros, pese a reconocer su autonomía y ante la ausencia de una norma que lo prevea expresamente, defienden que este encuentra su fundamento en diversos elementos que hacen posible su existencia, le dan forma y contenido. Estos elementos no son otra cosa que otros derechos humanos.

El primer elemento sobre el cual se puede fundamentar este derecho es el derecho a la salud. Ello en tanto que, la esterilidad y la ausencia de hijos, y la posibilidad de transmitir enfermedades genéticas constituyan patologías físicas o psicológicas y las técnicas de reproducción asistida, el tratamiento para su cura<sup>185</sup>. Por tal motivo, el ordenamiento jurídico debería proporcionar los medios para que las personas puedan tener hijos<sup>186</sup>. Sin embargo, Morán de Vicenzi critica esta postura, pues considera que la imposibilidad de tener hijos no es una enfermedad, y las técnicas de fecundación artificial no tienen fines terapéuticos, sino que son un modo alternativo de procreación<sup>187</sup>.

El segundo elemento a través del cual se manifiesta este derecho es el derecho a la libertad o a la autodeterminación personal. Gómez Sánchez y Robertson, quienes son pioneros en España y en Norteamérica (Estados Unidos y Canadá), respectivamente, al acuñar el «derecho a la reproducción humana», buscando su fundamentación en la dignidad, sus derechos inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, pero también en la libertad personal. Explican que este nuevo derecho se puede traducir como un derecho de autodeterminación física, el cual se infiere de haber extendido la protección de la libertad personal, entendida como libertad

---

<sup>184</sup> *Bioética...*, p.91

<sup>185</sup> ROCA I TRÍAS, E: «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional» en *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1998, p. 28.

<sup>186</sup> EMALDI CIRION: «La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica...», p.127.

<sup>187</sup> *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, p. 178; GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO y MORÁN DE VICENZI: «Los acuerdos de maternidad subrogada...», p. 44.3

física. De modo que, el derecho a la reproducción se encuentra amparado por la Constitución. En virtud de este derecho, se garantiza la libre decisión del sujeto de procrear o no, en la que se incluyen otros aspectos relacionados con la procreación, tales como el acceso a tratamientos contra la infertilidad, el control de la calidad de la descendencia, la planificación familiar, entre otros<sup>188</sup>.

Lo criticable de esta postura es que la procreación es reducida a una mera manifestación de la autodeterminación del sujeto de decidir si ejerce su capacidad natural de procrear. Olvidan que a este proceso físico le es inherente el principio de responsabilidad que tienen los padres hacia sus hijos, en virtud del cual deben cumplir con una serie de deberes y obligaciones a favor del respeto de sus dignidades y sus derechos fundamentales<sup>189</sup>.

De igual forma, considerar tener descendencia, como derecho subjetivo, no es jurídicamente correcto, ya que el sujeto no puede invocar este derecho para exigir la intervención del Estado para tener garantizado su ejercicio, sino que, solo puede reclamar del Estado abstención en las decisiones individuales que involucren su libertad de procrear.

El derecho a procrear también se puede entender como manifestación del derecho a fundar una familia, el cual no se encuentra previsto de manera expresa en la Constitución española, ni en la peruana<sup>190</sup>. Aunque, a nivel internacional, sí existen normas que lo regulan<sup>191</sup>. En virtud de esta relación, se llega a afirmar que el derecho a tener y educar hijos formaría parte de los intereses de las personas en su esfera familiar que han de ser protegidos, así como, que se debería permitir el acceso a la procreación natural y/o artificial a todo tipo de forma familiar<sup>192</sup>.

Por último, también se sostiene que el derecho a procrear se basa en un grupo de derechos fundamentales, los cuales se encuentran estrechamente relacionados entre sí, que son los siguientes: a) el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, ya que, para algunos, tener descendencia supone un desarrollo y crecimiento personal; b) el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, pues una limitación física o anatómica no debe suponer

---

<sup>188</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y: *El derecho a la reproducción humana*, Marcia Pons, U. Complutense, Madrid, 1994, pp. 41 y ss; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y: «Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida» en *Revista de Derecho Político*, N°26, Madrid, 1998, pp. 48 y ss; ROBERTSON: *children of choice*, pp. 22-23.

<sup>189</sup> MORAN DE VICENZI: *El concepto de filiación en la fecundación artificial*, pp. 180-181.

<sup>190</sup> Sin embargo, de manera implícita se encuentra recogido en el artículo 3 de la Constitución, puesto que prevé que los derechos enunciados en ella no son los únicos, sino que también reconoce y protege aquellos derechos de naturaleza análoga y que se fundan en la dignidad de la persona.

<sup>191</sup> Se encuentra enunciado en el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como, en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

<sup>192</sup> CHARLESWORTH, M: *La Bioética en una sociedad liberal* (trad. española por Mercedes González), Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 77 y ss.

una limitación legal; c) el derecho a la integridad física y moral y, el derecho a la libertad<sup>193</sup>. Sin embargo, estos derechos tampoco deben servir de fundamento para lesionar derechos de otras personas.

El legislador español, desde la publicación de la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida N°035-1988, pasando por la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida N°014-2006, hasta la actualidad, reconoce un derecho general a la procreación que descansa sobre el derecho a fundar una familia -entendido como derecho a tener y a educar hijos-, el derecho a la autodeterminación y a la libertad personal.

De otro lado, la Constitución Peruana, en su artículo 3 -cláusula de derechos innominados-, la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrado en el Cairo en 1994, seguida de la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing en 1995, reconocen la existencia del derecho a la reproducción como derecho fundamental, cuyo contenido constitucionalmente protegido es la libertad del sujeto de decidir procrear o no, a decidir cuántos hijos y cada cuanto quiere tenerlos, así como, la protección de su decisión, rechazando toda injerencia estatal o de algún particular. Una concreción de este derecho se aprecia en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, la cual permite que las personas, para procrear, puedan recurrir al tratamiento de su infertilidad o a las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, como ya se ha manifestado en el primer capítulo su redacción más que resultar apropiada, trae muchos conflictos en su aplicación. Por ello, se defiende que es una mala concreción del derecho a procrear.

De igual forma, se entiende que este derecho no tutela la decisión de una mujer de prestar o alquilar su útero para gestar un embrión ajeno, que luego entregará tan pronto nazca, ya que ello excede el ámbito del mismo. Asimismo, no es un derecho absoluto, al igual que todos los derechos. Su ejercicio ha de hacerse razonablemente, respetando la dignidad humana de los sujetos involucrados, tanto de la madre subrogada como la del concebido; deber que recae sobre las personas que recurren a las técnicas de reproducción artificial y sobre la sociedad en general. Aunque existe un grupo de doctrinarios que argumentan que, al igual que la dignidad humana, se debe salvaguardar la protección del matrimonio y de la familia particularmente en su tradicional función procreadora; lo cual no es totalmente cierto.

---

<sup>193</sup> EMALDI CIRION: «La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica...», p.126.

En realidad, el derecho a procrear no se trata de un derecho a tener al hijo como un bien útil<sup>194</sup>; pues el ser humano siempre es sujeto de derecho y no puede ser apreciado como objeto. Por lo tanto, tal como postula Marrades Puig, «no se trata de un derecho a procrear a toda costa»<sup>195</sup>: las personas no pueden utilizar como instrumentos a otras personas para satisfacer deseos que pretenden convertir en derechos. Esto es, el contenido de este derecho no comprende el recurso a las técnicas de reproducción artificial.

### 3. El principio del interés superior del niño ¿es la solución o el problema?

Tras el nacimiento del niño, cuyo embarazo fue encomendado a una tercera mujer, se suscitan varios problemas: la negativa de la madre subrogada o de los comitentes a cumplir con el acuerdo de subrogación gestacional; o los obstáculos de un ordenamiento que prohíbe o no regula esta técnica, para aceptar la filiación determinada del niño a favor de los comitentes, en un ordenamiento, en el que sí está permitido. En este momento, el principio de interés superior del niño es invocado para resolver dichas controversias.

El primer problema, por ejemplo, se pudo apreciar en el caso *Baby M*, en el que, el tribunal de Nueva Jersey, pese a declarar la nulidad del contrato de subrogación gestacional celebrado entre el matrimonio Stern y Mary Beth Whitehead, decidió reconocer a la última como madre legal de la niña. Sin embargo, concedió la custodia total al esposo comitente; y a la madre subrogada, únicamente un derecho de visitas, aunque de *facto*, la madre intencional fue con quien permaneció la menor. Esta decisión fue adoptada por el tribunal amparándose en el principio que es objeto de análisis del presente apartado<sup>196</sup>.

El Perú, como ya se ha expresado en el primer capítulo, no es ajeno a esta realidad. La Corte Suprema resolvió la Casación N°563-2011- Lima. El litigio se originó como consecuencia de que un matrimonio comitente, tras haber celebrado un contrato de subrogación gestacional, pretendió hacerlo efectivo mediante la interposición de la demanda de adopción por excepción, para reclamar la filiación del menor objeto del acuerdo. El recurso extraordinario fue presentado

<sup>194</sup> LAMM: «Gestación por sustitución», p.7.

<sup>195</sup> MARRADES PUIG, A: «La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos» en *Revista estudios Deusto*, vol. 65/1, 2017, p. 230. (recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5623901.pdf>, consultado el 03 de marzo de 2019); «el debate sobre la gestación subrogada en España...», p. 160.

<sup>196</sup> Misma línea de argumentación se aprecia en el caso *Robinson v. Hollingsworth*. En este, una pareja de esposos homosexuales - Donald Robinson y Sean Hollingsworth- celebraron un contrato de maternidad subrogada con la hermana de uno de ellos - Angela Robinson-. Tras un año de dar a luz a gemelas, la madre sustituta acudió al tribunal de Nueva Jersey para reclamar derechos sobre ellas, alegando que el contrato en cuestión, al ser inválido, no era exigible. Si bien es cierto el tribunal le dio la razón, reconociéndola como madre legal de las gemelas, fue al padre legal y biológico a quien le otorgó la custodia completa y de *facto* a su esposo.

por los demandados, la madre subrogada y su conviviente, el cual fue declarado infundado, alegando el principio del interés superior del niño.

La Corte Suprema defendió, en el fundamento Séptimo de la Casación, que el interés superior del niño debe prevalecer sobre cualquier otro interés, y que impone a las instituciones públicas y privadas, y a toda la comunidad, el deber de velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses. Por tal motivo, entendió que una forma de hacer prevalecer el interés superior de la menor es la determinación de la filiación a favor de los padres intencionales, pues la niña venía viviendo con ellos desde los 9 días de nacida, en un adecuado ambiente familiar que le había proporcionado todo lo necesario para su desarrollo integral.

**3.1. Alcances generales del principio del interés superior del niño .** Ante esto, surge la pregunta ¿qué es el interés superior del niño? y ¿qué protege? La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre este principio regulador, señaló que: «se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño»<sup>197</sup>. De hecho, esta convención recoge el principio del interés superior del niño en su artículo 3; el protocolo de San Salvador, en su artículo 16. Perú, de manera implícita, en el artículo 4 de su constitución política y, de manera expresa, en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

El Tribunal Constitucional Peruano, al respecto refiere que: «en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social»<sup>198</sup>. Por tal motivo, afirmó que el interés superior del niño es un principio «Pro-infante»<sup>199</sup>.

Este principio se constituye como una cláusula general y un concepto abstracto, introducido por el legislador, susceptible de ser interpretado por el juez en cada caso concreto tomando en

<sup>197</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Opinión Consultiva. OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, sobre la *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Serie A, N°17, párr. 56. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), consultado el 20 de febrero de 2019).

<sup>198</sup> Expediente N°02151-N.O OI817-2009-PHC/TC, Lima, J.A.R.R.A. Y V.R.R.A, fundamento 11 (Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf> consultado el 20 de febrero del 2019).

<sup>199</sup> Expediente N°01665 2014 PI-1E/TC ICA fundamento 18 (Recuperado: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/01665-2014-HC.pdf>, consultado el 20 de febrero de 2019).

cuenta las circunstancias en las que se desarrolla el niño<sup>200</sup>. En el mismo sentido, ha de interpretarse en armonía con los demás derechos fundamentales de los que goza el menor, como ser humano. Por lo tanto, el juez, al resolver un conflicto en el que esté de por medio un menor, debe actuar, salvaguardando su bienestar, dentro del marco de lo razonable. Asimismo, el Tribunal Supremo de España, señaló, en su sentencia 247-2014, que se está delante de un concepto jurídico indeterminado que, al mismo tiempo, en ocasiones es denominado como «concepto esencialmente controvertido», ya que sobre este no existe unanimidad sobre su contenido.

**3.2. Sobre el carácter controversial de la aplicación del principio del interés superior del niño en la maternidad subrogada.** Cabe mencionar y detallar la ya referida sentencia, 247-2014, del Tribunal Supremo de España, de fecha 6 de febrero, y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (Nº 65192/11) y caso *Labassee c. France* (Nº 65941/11), de 26 de junio del 2014. Estos pronunciamientos resultan de importancia, para los fines de este análisis.

El 24 de octubre del 2008 nacieron dos menores en California, como resultado de la celebración de un contrato de gestación por sustitución entre un matrimonio conformado por dos varones españoles, D. Estanislao y D. Guinness, y una mujer norteamericana. Los padres intencionales pretendieron inscribir a los recién nacidos como sus hijos en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, sin embargo, esta fue denegada. Como consecuencia de ello, interpusieron recurso ante La Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual mediante resolución de fecha 18 de febrero del 2009, ordenó practicar la inscripción registral de la certificación californiana, pues alegó que el orden público internacional español no impedía que la filiación ya determinada produjera sus efectos jurídicos en España, y que negar la inscripción lesionaría el interés superior de los menores.

Sin embargo, El Ministerio Fiscal presentó, el 28 de enero del 2010, demanda contra la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la que solicitaba la cancelación de la inscripción en el Registro Civil, por haber infringido un precepto incluido en la Ley Española - Ley 14-2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, artículo 10-, es decir, por contravenir el orden público. La demanda fue estimada en su totalidad por el Juez de Primera Instancia Nº15 de Valencia, mediante sentencia Nº193-2010, del 15 de septiembre,

---

<sup>200</sup> GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO y MORÁN DE VICENZI: «Los acuerdos de maternidad subrogada...», p. 62.

de modo que, ordenó dejar sin efecto la inscripción realizada, y con ella la filiación entre los menores y el matrimonio.

Este último, no conforme con el fallo, presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto por la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, a través de sentencia N°826-2011, de 23 de noviembre. El tribunal desestimó el recurso. Los demandados, por tal motivo, presentaron recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

Su pedido se basó en el siguiente motivo: la resolución judicial vulneró el principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los mismos. En consecuencia, alegaron que privar de su filiación a los bebés vulnera el principio del interés superior del niño, pues ello perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos. En el mismo sentido, expusieron que todo menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales. Asimismo, argumentaron ser los mejores padres por naturaleza que los menores pudieran tener, por ser ellos quienes, desde el principio, manifestaron su voluntad de querer serlo, mediante la suscripción del contrato de maternidad subrogada, frente a la mujer que accedió llevar a término el embarazo movida por la retribución recibida.

El Tribunal supremo sostuvo que aceptar la tesis de los recurrentes conducía a asumir como desacertado lo previsto por la ley española. Esto es, proclamar el contrato de maternidad subrogada nulo de pleno derecho, atribuir la condición de madre a la mujer que da luz al niño y no reconocer la relación de filiación respecto de los padres de intención. Puesto que, con ello, el legislador habría vulnerado el interés superior del menor. De igual forma, el tribunal señaló que sus razonamientos llevarían a admitir que la invocación de este principio justificaría la incorporación de un menor en una familia que lo procuró y que, sobre todo, tienen una buena posición económica, desvinculándolo de este modo de una familia disfuncional, de un entorno problemático y de una condición social de extrema pobreza, cualquiera que hubiera sido el medio para conseguirla.

Por tal motivo, el tribunal señaló, en el Fundamento de Derecho Quinto, punto 5, tercer párrafo, que «La invocación indiscriminada del interés del menor serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional». Por ello, el tribunal, siguiendo esta línea, acotó que tal principio no es el único que ha de tomarse en cuenta, ya que existen otros bienes jurídicos que pueden concurrir, tales como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que

pueden encontrarse mujeres jóvenes pobres, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación, y que, al igual que el principio, han de ser salvaguardados.

A su vez, el tribunal, sin contradecir lo anterior, reconoció que, al desconocerse la filiación establecida en Estados Unidos, hay una posible afectación de la posición jurídica de los menores. Sin embargo, recalcó que la filiación determinada de un niño, como resultado de un contrato de gestación por sustitución, a favor de los padres intencionales comporta convertirlo en un objeto del tráfico mercantil, lo cual atenta contra su dignidad.

Asimismo, precisó que la identidad única de los menores no se vió vulnerada y que tampoco la vida privada y familiar. Esto es porque se ha cumplido con los tres criterios que justifican la injerencia en este tipo de situaciones, referidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con base en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el primero, estar prevista en la Ley, pues se exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; el segundo, que persiga fines legítimos; y el último es que la injerencia sea necesaria en una sociedad democrática puesto que está dirigida a proteger el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Supremo destacó que la protección de los niños no puede alcanzarse aceptando acríticamente las consecuencias del convenio de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes; por lo que propuso la realización de una ponderación, por medio de la que se obtenga la solución más beneficiosa para los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico. De modo que, desestimó el recurso de casación y rechazó la inscripción de la filiación de los menores a favor de los comitentes. Solicitó que el Ministerio Fiscal inicie las medidas pertinentes para la determinación de la filiación en la medida de lo permitido, tomando cuenta la efectiva integración de estos en un núcleo familiar de *facto*. Al mismo tiempo, instó a los recurrentes, en el caso de que alguno de ellos fuera el aportante del material genético, que reclamara la determinación de la filiación a su favor. Por último, si ninguno era el padre biológico, reconoció al acogimiento familiar y la adopción como los mecanismos idóneos para lograr la integración de los menores en la familia formada por ellos.

Fernández Echegaray criticó el fallo del Tribunal, pues la decisión propició que la determinación de la nacionalidad y los apellidos de los menores se viese afectada por un problema burocrático, lo cual, les perjudicaba notablemente. Del mismo modo, consideró que los niños también podían quedar en desamparo, si, entre tanto estaban en trámite los procesos judiciales que los padres de intención han debido iniciar para la integración real de los menores



en su familia, acontecían situaciones que, aunque muy normales -como lo son el divorcio o la muerte del padre biológico-, perturben su estabilidad. Por último, señaló que la aplicación del artículo 10 de la Ley 014-2006, inciso 2, traería consigo que la madre subrogada norteamericana fuese reconocida como la madre legal de los menores, lo que vulneraría su voluntad e intimidad<sup>201</sup>.

De otro lado, los casos *Menesson* y *Labassee*, resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son pertinentes. Ambos parten de hechos similares al caso español. Dos matrimonios heterosexuales viajaron a Estados Unidos para servirse de la técnica de gestación por sustitución, mediante la cual tuvieron un par de gemelas, quienes nacieron el 25 de octubre del 2000, y una niña, quien nació el 27 de octubre del 2011, respectivamente. Sin embargo, Francia no permitió la inscripción del nacimiento en el registro civil francés de las recién nacidas.

Como consecuencia de tal negativa, los comitentes llevaron sus pretensiones hasta la última instancia nacional. Es así, que el Tribunal de Casación, mediante sentencias de fecha 6 de abril de 2011, para ambos casos, confirmó la denegatoria y ordenó anular la transcripción de las actas de nacimiento, así como transcribir la sentencia en el marginal.

Su decisión se basó en que la inscripción vulneraba el orden público internacional francés, pues la gestación por sustitución se encuentra prohibida por el ordenamiento<sup>202</sup> y contraviene el principio de no disponibilidad del cuerpo humano y de la condición de las personas. Dichas contravenciones, manifestó el Tribunal, no pueden ser convalidadas por la invocación del interés superior del niño, ni por el derecho a la vida privada y familiar. Asimismo, sostuvo que el contrato sobre el que descansa esta técnica impide «absolutamente el establecimiento de cualquier relación de filiación entre los menores y los comitentes, ya sea mediante la inscripción de las certificaciones registrales expedidas en el extranjero, mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, mediante la determinación de la filiación biológica paterna, o mediante adopción.»<sup>203</sup>.

El Tribunal resaltó que la anulación de las inscripciones no comporta una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar, pues esto no privó a las niñas de los derechos

---

<sup>201</sup> «Gestación por sustitución» en TAMAYO HAYA, S (Ed.), *La maternidad y paternidad en el siglo XXI*, Editorial Comares, Granada, 2016, pp. 150-151.

<sup>202</sup> El artículo 16.7 del código civil francés prescribe que «Cualquier acuerdo relacionado con la gestación en nombre de otros es nulo», así como el artículo 16.9, «Las disposiciones del presente capítulo son de orden público».

<sup>203</sup> SOSPEDRA FONTANA, A: «La gestación subrogada en España» en *Cuestiones de Interés Jurídico*, Universidad de Valencia, Valencia, 2018, pp.29 (Recuperado de <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/07/CIJ-1.pdf>, consultado el 05 de junio de 2019).

legales maternos y paternos, relación reconocida por las leyes norteamericanas y no les había impedido vivir con los comitentes. En el mismo sentido, afirmó que el interés superior de las menores tampoco se ha visto vulnerado.

Por tal motivo, los matrimonios, no conformes con los fallos, presentaron sus demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ellos fundamentaron su queja en la vulneración del principio del interés superior del niño y en la afectación al respeto por su vida privada y familiar, su hogar y su correspondencia, derechos reconocidos en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo afirmó que la vida familiar entre los comitentes y sus hijos no se había visto vulnerada por la decisión de los tribunales estatales, ya que por más de 10 años habían estado viviendo como una familia, es decir en el contexto de una unidad familiar *de facto*.

Respecto a la vida privada de las niñas, sostuvo que esta les permite a los sujetos poder establecer los detalles de su propia identidad como ser humano, en el que la filiación es uno de ellos. De igual forma, alegó que los tribunales estatales han de buscar un equilibrio entre los intereses de esos Estados y el de los individuos implicados y que, de existir menores involucrados, el principio del interés superior de ellos debe prevalecer<sup>204</sup>.

Por lo tanto, la Corte, coherente con su fundamentación, concluyó que la decisión del estado francés, al impedir la inscripción de la filiación, alegando el orden público internacional, se extralimitó y vulneró este derecho, al igual que el principio del interés superior de los menores; por lo que, condenó a Francia a cumplir con el mandato de inscripción de nacimiento y filiación de los hijos nacidos de maternidad subrogada en países extranjeros; y por ser esta una decisión vinculante para todos los países miembros de la Comunidad Europea, le ordenó implícitamente a España que dé cumplimiento a esta sentencia. Por consiguiente, el Ministerio de Justicia Español tuvo que dictar una Circular, de fecha 11 de julio de 2014 en la que hizo de conocimiento a los Registros Consulares, la obligación de inscribir estos nacimientos, con la consecuente filiación<sup>205</sup>.

Esta discrepancia apreciada a nivel jurisprudencial también es advertida en el ámbito doctrinario, pues es diverso el enfoque que le otorgan a este principio dependiendo de los intereses que se desean resguardar. Tal es así que, quienes defienden esta técnica, amparándose en el interés superior del niño, alegan que este nace en una familia que lo deseó y no hubiese existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución, y en virtud de ese deseo se

---

<sup>204</sup> FERNÁNDEZ ECHEGARAY: «Gestación por sustitución», pp. 157-158.

<sup>205</sup> FERNÁNDEZ ECHEGARAY: «Gestación por sustitución», pp. 158.

constituye como la mejor familia para acogerlo<sup>206</sup>. Asimismo, en pro de este principio, se hace necesario el reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes, ya que estos serían vistos como los mejores padres a comparación de los padres biológicos, que en muchas ocasiones resultan ser desconocidos para los niños. Por ello, en estas circunstancias, la verdad arrojada por una prueba de ADN deberá ser obviada, para no dejar desprotegidos a los niños y permitirles desarrollarse en un ambiente armonioso y de calidad con una familia que lo acoge como hijo<sup>207</sup>. Razones por las cuales, defienden que esta práctica debería legalizarse con el fin de tutelar los intereses y derechos de los niños.

En cambio, quienes están en contra de la maternidad subrogada, ya sea altruista o comercial, argumentan que el deseo de ser padres no garantiza que ellos en efecto sean buenos padres, mejores educadores, más afectivos o menos negligentes que un padre o una madre biológicos<sup>208</sup>. Asimismo, señalan que esta técnica da pie al reconocimiento de un posible derecho de la madre gestante a abandonar al niño por nacer, renunciando a sus deberes y responsabilidades con respecto al mismo<sup>209</sup>.

De manera contundente, ellos también sostienen que ésta puede provocar perjuicios al niño por el quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación; por las dificultades de aceptación social; por los inconvenientes que puede generar el tener que hacer frente a varias figuras maternas, ya que, al momento de nacer, encuentra su filiación fragmentada<sup>210</sup>; por los riesgos de patología y sufrimientos de los que puede adolecer el menor, dado que su identidad más profunda se ha visto alterada<sup>211</sup>.

Los menores también ven menoscabado su derecho a conocer quiénes son sus progenitores, el cual es una concreción del principio del interés superior del niño. Perú, de manera particular recoge este derecho en el artículo 6 inciso 1 del Código de Niños y Adolescentes, el cual es reconocido, incluso, para aquellos niños que son adoptados. Sin embargo, para aquellos que nacen de una madre subrogada, este derecho se les niega, ya que los donantes, por lo general

---

<sup>206</sup> LAMM: «Gestación por sustitución», p. 10.

<sup>207</sup> SANCHEZ MAGALLANES, R: «La negativa de ser padres por contrato de vientre de alquiler en el Perú: ¿Un impedimento social o moral?» en *Polemos*, 2017. (Recuperado de <http://polemos.pe/la-negativa-padres-contrato-vientre-alquiler-peru-impedimento-social-moral/> consultado el 08 de marzo de 2019).

<sup>208</sup> BALAGUER: *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un estado social*, pp. 119-120.

<sup>209</sup> LÓPEZ GUZMÁN y APARISI MIRALLES: «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», p.261.

<sup>210</sup> LAMM: «Gestación por sustitución», p. 6.

<sup>211</sup> LÓPEZ GUZMÁN y APARISI MIRALLES: «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», p.263.

son anónimos, y los padres intencionales pretenden desvincular totalmente al niño de la madre que lo gestó, por virtud de las cláusulas del contrato suscrito<sup>212</sup>.

Otra afectación de la que puede ser víctima el niño, ya sea como concebido o recién nacido, es ser tratado como «objeto de litigio»<sup>213</sup>. Esto es porque a los tribunales llegan discusiones en las que de por medio menores están involucrados, y cuyas decisiones directamente les afectará. Las circunstancias que causan el inicio de estos procesos pueden consistir en la negativa o actitud obstruccionista de la madre gestante a entregar al recién nacido a los solicitantes, entrega a quien se había comprometido; en la actitud de rechazo de los padres de intención frente al niño, por presentar alguna malformación o por un simple cambio de opinión, por la cual se rehúsan a recibirlo; o, quizá, en la obligación de abortar de la madre gestante, quien se opone a cumplir, impuesta por los comitentes. Todo ello evidencia que los niños son los menos favorecidos, en un contexto en el que la ciencia, movida por los deseos de los hombres, quiere hacer todo y lo hace.

Un ejemplo de esto último se puede encontrar en el caso Cook vs Moore en California. Melissa Cook y Chester Moore celebraron un convenio de subrogación gestacional, por virtud del cual ella concibió a tres niños. A pesar de que el padre comitente le ordenó a la madre subrogada que abortara uno de ellos, pues no contaba con los recursos económicos para hacerse cargo de los tres; la madre subrogada se rehusó y dio a luz a los tres menores. Al mismo tiempo, ella presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra de la ley de subrogación gestacional de California, con el fin de que se le declarase madre legal de los recién nacidos e impedir, de este modo, que el padre biológico e intencional los tuviese bajo su custodia. No obstante, la Corte Suprema hizo caso omiso al pedido de Cook y le prohibió cualquier tipo de contacto con ellos, reconociendo como único padre legal a Moore<sup>214</sup>.

Respecto a la legalización de la técnica propuesta por los defensores de la misma, Balaguer refiere que no parece una razón muy válida, porque de ser esto así, debería poder legalizarse toda acción que genere situaciones de ilegalidad necesitadas de protección, lo que el derecho no puede permitir en ningún caso<sup>215</sup>.

\*\*\*

---

<sup>212</sup> LÓPEZ GUZMÁN y APARISI MIRALLES: «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», p.264.

<sup>213</sup> LÓPEZ GUZMÁN y APARISI MIRALLES: «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada» p. 261.

<sup>214</sup> Recuperado de <https://www.noalquilesvientres.com/2017/10/11/el-escandalo-que-envuelve-a-la-industria-de-la-maternidad-subrogada-en-usa-el-caso-de-melissa-cook/> consultado el 09 de julio de 2019.

<sup>215</sup> *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un estado social*, p. 121.

Por todo lo expuesto, se advierte que la vulneración del interés superior del niño por el rechazo de los convenios de maternidad subrogada, y la consiguiente denegatoria del establecimiento de la filiación del menor a favor de los padres comitentes por los Estados, es cierta. Sin embargo, esta situación de vulneración de los menores, desde un primer momento, es creada por quienes pretenden ser padres. Dado que ellos, movidos por su deseo de tener familia -deseo que en principio es legítimo- tratan a quien llamarán su hijo de una manera no acorde a su dignidad que le es debida. Esto es porque, al momento de suscribir un contrato que procura la gestación y nacimiento de un niño, desconocen y, por ello, lesionan su dignidad humana.

En otras palabras, los comitentes le dan un trato al niño de dos formas, en función a dos momentos: como un objeto, desde la suscripción del convenio con la madre subrogada hasta su nacimiento; y como una persona, a partir de su nacimiento. En función de esta distinción, los comitentes omiten tratar como persona al concebido, lesionando, así, su interés superior y su dignidad humana, pues ellos olvidan que desde su concepción es ser humano<sup>216</sup>: el hombre no es otra realidad que no sea hombre, antes y después de su nacimiento. Al mismo tiempo, pretenden dar solución a la situación de vulneración, cuando el niño nace, alegando el interés superior del niño que ellos mismos lesionaron; aunque ello signifique la defraudación de la Ley.

Sin embargo, los tribunales no pueden obviar esta situación de vulnerabilidad a la que han sido sometidos los niños nacidos mediante la subrogación gestacional, por lo que se ven en la imperiosa necesidad de buscar la mejor solución que tutele sus derechos, más que los intereses de los adultos. Por tal motivo, se considera acertada el fallo del tribunal supremo español pues, pese a condenar los acuerdos de maternidad subrogada y no reconocerle efectos, brindó soluciones favorables a los menores nacidos, con el fin de no dejarles desprotegidos, como son el establecimiento de la filiación a favor del padre biológico, la posibilidad de adopción o de acogimiento familiar.

En el mismo sentido, se comparte lo dicho por el Tribunal Supremo español en su fundamento jurídico quinto, punto 5, tercer párrafo, en tanto a la prohibición de la invocación indiscriminada de tal principio; pues, este no puede servir como fundamento para desconocer derechos de los que también son titulares los niños. Mas bien, a lo que se debería apuntar es a una actitud más reflexiva por parte de las personas, con la que se evite someter a quienes menos pueden defenderse a tratos inhumanos, como lo es la maternidad subrogada, al convertir a una persona en un objeto. De manera que, disminuyan los casos, conocidos o no por los jueces, en

---

<sup>216</sup> La legislación peruana, mediante el Código de los Niños y Adolescentes, considera niño al concebido hasta los 12 años y, mediante El Código Civil, al concebido como sujeto de derechos.

los que los niños sigan naciendo como consecuencia de la celebración de acuerdos de subrogación gestacional.

Con relación a los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien pretenden salvaguardar el interés superior de los niños, al reconocerle efectos a estos acuerdos, están vulnerando este principio, al igual que su dignidad humana; ya que, de manera implícita, están aceptando y permitiendo que a una persona se le trate como un objeto sobre el cual se puede tranzar.

Finalmente, respecto a la Casación N°563-2011- Lima, al igual que Gonzales Pérez De Castro y Morán de Vicenzi, se está de acuerdo con la decisión de la Corte, ya que se veló por el interés superior de la niña; sin embargo, no se deja de criticar la práctica de la maternidad subrogada pues origina problemas de difícil solución y, sobre todo, lesiona la dignidad humana de los infantes<sup>217</sup>.

#### **4. La dignidad humana como punto clave**

El ser humano, desde su concepción hasta su muerte, es el mismo, cuya naturaleza o esencia específica lo ubica en una posición distinta y superior de otras realidades. Castillo Córdova, al respecto sostiene que la persona, en virtud de su naturaleza, tiene un valor, una dignidad, que consiste en ser un fin en sí misma. Es decir, su valor no es formulado por consideración que no sea ella misma; por lo que nunca debe ser tratada como medio u objeto<sup>218</sup>. En el mismo sentido, Spaemann agrega que la persona no solo es un «fin en sí para ella misma», sino «fin en sí absolutamente». Esto quiere decir, según el autor, que el hombre, en su condición de fin en sí mismo, no ha de ser contemplado como un fin supremo aislado de los demás, sino que, el hombre entendido como humanidad, es el fin supremo y, por eso, no ha de ser tratado como medio. De modo que, «la dignidad tiene que ver con poderío de ser; es su manifestación»<sup>219</sup>.

Por virtud de la dignidad, el ser humano no es un bien, ni dentro ni fuera del comercio de los hombres, como lo son un predio, un vehículo, una letra de cambio, etc., o lo son la luna, el sol, el mar, entre otros, respectivamente. Es más, en virtud de su naturaleza, el hombre trasciende la calificación realizada por la ciencia jurídica de los bienes y es puesto por encima de ellos, como el ser capaz de dominar su entorno y, sobre todo, de poseerse a sí mismo. Por consiguiente, este reconocimiento del valor particular del hombre -de fin y no medio- trae

<sup>217</sup> «Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú», p. 63.

<sup>218</sup> «La interpretación *iusfundamental*...» p.825.

<sup>219</sup> *Limites Acerca de la dimensión ética del actuar* (trad. española por Javier Fernández y José Mardomingo), EIUNSA, Navarra, 2003, pp.108-110.

consigo, a su vez, el reconocimiento positivo de la dignidad humana en los diferentes países y en el ámbito supranacional -el cual es el resultado de la influencia de las distintas corrientes filosóficas y religiosas-, en virtud del cual, se exige respeto de los elementos constitutivos del ser humano, como su realidad física, psicológica y moral, al ser tratado.

En el ordenamiento nacional, al igual que en muchos otros, la dignidad humana de la persona es proclamada como fundamento de los derechos previstos expresamente en la constitución, así como, de aquellos innominados, no recogidos en el mismo documento. En el mismo sentido, el tribunal constitucional español, en su sentencia N°53 de fecha 11 de abril de 1985, en su fundamento jurídico octavo, ha precisado el significado constitucional de la dignidad humana en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona que se proyecta sobre los derechos individuales». Esto quiere decir, conforme lo manifiesta Spaemann, que el concepto de dignidad es trascendental: no designa un derecho en particular sino, funge como fundamento de todos en general<sup>220</sup>.

Por virtud de esto, Castillo Córdova señala que la obligatoriedad predicada de los derechos humanos es consecuencia de que la dignidad humana sea su fundamento, independientemente de que esta sea considerada como un derecho, como un principio o como un valor<sup>221</sup>. Gómez Sánchez, en el mismo sentido, señala que la dignidad humana es un elemento constitutivo de los derechos humanos, sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico, el cual debe interpretarse y aplicarse respetando el valor de la dignidad. Por lo tanto, resulta acertado lo señalado por ella en cuanto que la dignidad humana es entendida como un concepto transversal a todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional<sup>222</sup>.

Por tal motivo, la dignidad humana es considerada -al igual que sucede en el ordenamiento español- como principio o valor, cuya función es servir como criterio interpretativo de todo el ordenamiento jurídico. Es así, que la Constitución Política peruana, en su artículo 1, dispone como fin supremo de la sociedad y del estado, la defensa de la persona y el respeto de su dignidad. Por lo que, el Estado y la sociedad tienen prohibido disponer del ser humano, ni lesionar los derechos que se predicán de este, al momento de actuar<sup>223</sup>. De acuerdo con ello,

---

<sup>220</sup> *Limites Acerca de la dimensión ética del actuar*, p.106.

<sup>221</sup> «La interpretación *iusfundamental*...» p.826.

<sup>222</sup> «Dignidad y ordenamiento comunitario» en *Revista de Derecho constitucional Europeo*, N°4, 2005, p. 226. (Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/28109002\\_Dignidad\\_y\\_ordenamiento\\_comunitario](https://www.researchgate.net/publication/28109002_Dignidad_y_ordenamiento_comunitario), consultado el 19 de mayo de 2019).

<sup>223</sup> GOMEZ SANCHEZ: «Dignidad y ordenamiento comunitario», pp. 220-221.

Alegre Martínez le reconoce un triple carácter a este principio: como base de los derechos inviolables e inherentes a la persona, como fin y como límite de los derechos propios<sup>224</sup>.

En este orden de ideas, en la relación entre la práctica de la gestación por sustitución y el principio bajo análisis, tal como señala Marrades Puig, existen dos criterios a tenerse en cuenta: el primero, la instrumentalización de la persona, en concreto de una mujer y un recién nacido, quienes son utilizados como medios, cuyas dignidades se están lesionando; el segundo, al ser la dignidad el fundamento de todos los derechos, y, si los derechos se ven afectados, ergo la dignidad también lo está<sup>225</sup>.

Es así, que, atendiendo al primer criterio, esta práctica afecta notablemente las dignidades de las mujeres que ofrecen y aceptan ser tratadas como «incubadoras humanas de hijos ajenos» o «recipientes reproductores»<sup>226</sup>, Esto significa la cosificación o instrumentalización de ellas<sup>227</sup>. En tal sentido, estas mujeres utilizan su cuerpo para satisfacer los deseos de quienes poseen una situación económica acomodada: se convierten en medios de otras personas para que estas alcancen sus fines personales, a cambio de una remuneración. En palabras incisivas de López Guzmán y Aparisi Miralles, la maternidad subrogada se constituye en «una granja de la fertilidad en la que se utilizan máquinas humanas a cambio de una compensación económica»<sup>228</sup>.

Sin embargo, Aitziber Emaldi Cirión sostiene que no existe vulneración alguna de la dignidad de la mujer gestante ya que, gracias a esta técnica, obtiene ingresos económicos que le permiten superar su situación de miseria en la que vive. De igual forma, puede ser beneficiaria de una asistencia sanitaria durante el embarazo que, quizás, no tendría de no haberse formalizado el acuerdo de subrogación materna<sup>229</sup>. Aunque, de seguirse ese razonamiento, se llegaría a afirmar que aquellos trabajos, en los que las personas laboran en condiciones de esclavitud, a cambio de un salario que, por lo menos, le permite sobrevivir, no vulneran la dignidad de ellos, sino que, más bien, los protege y favorece; lo cual, a todas luces, es una falacia.

<sup>224</sup> *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, 1996, p. 62.

<sup>225</sup> «el debate sobre la gestación subrogada en España...», p. 173.

<sup>226</sup> Llama la atención que siempre que se habla de esta práctica se exalta la maternidad biológica, el valor del deseo en quien compra y la libertad personal de quien ofrece su cuerpo, ignorándose el proceso fisiológico y emocional que encierra para toda madre gestante el embarazo, o la instrumentalización a que son sometidas las mujeres pobres, o necesitadas para satisfacer los deseos de otros. A todos estos hay que añadir el negocio. (RUBIO CASTRO, A: «sujeto, cuerpo y mercado» en CASADO, M (coord.), Fontamara, Ciudad de México, 2016, p. 67).

<sup>227</sup> LAMM: «Gestación por sustitución», p. 6.

<sup>228</sup> «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada» p. 257.

<sup>229</sup> «La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica...», p.127.



En este contexto, lo que se aprecia es que la regla es la técnica de subrogación gestacional comercial y la excepción es la altruista, porque nadie aceptaría ceder su cuerpo y poner en riesgo su salud y vida, si no fuera por un móvil económico. Por ello, la excepción «nunca podría justificar una regulación que facilitase el abuso de todos los casos en que se produce una instrumentalización»<sup>230</sup>. Es más, Marrades Puig llega a afirmar que la maternidad subrogada altruista es un eufemismo, ya que no es real, aunque admite que podría ser auténtica bajo una relación de consanguinidad o de lazos muy estrechos<sup>231</sup>. No obstante, en este trabajo se postula que, aunque sea altruista la práctica, no se deja de instrumentalizar a la mujer y al niño ya que siguen siendo tratados como un medio y no como un fin, que lo es toda persona.

Por ejemplo, Canadá, en su Ley de Reproducción Humana Asistida, de 29 de marzo de 2004, prohíbe expresamente que una persona pague por los servicios de una madre sustituta, actúe como intermediario para contactarla o sea el profesional que aplique la técnica; al mismo tiempo. Al mismo tiempo, regula la subrogación gestacional altruista, al permitir que a la madre sustituta se le reembolsen los gastos siempre que presente los recibos correspondientes del embarazo, cuidados especiales o, incluso, el lucro cesante por peligrar su salud, previa prescripción médica<sup>232</sup>. Razón por la cual, las partes, para encubrir la contraprestación prohibida, aumentan los gastos y alteran los recibos que son objeto de reembolso, llegándose a pagar una cantidad nada despreciable, que develaría sus verdaderas intenciones.

De igual forma, estos acuerdos comportan una lesión a la dignidad humana del recién nacido, puesto que convierten al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto<sup>233</sup>; por lo que, sobre él, se pueden establecer cláusulas en las que las partes pacten incentivos, motivos o posibles razones para suspender el proceso de gestación por aborto<sup>234</sup>; debido a que implica atender más a los intereses de los futuros padres que a los de él mismo. Es tratar al niño como si fuese una cosa y no una persona digna de valor, subordinándolo a los deseos de adultos.

De modo que, el principio-valor de dignidad humana actúa como un límite a la libertad de los particulares de celebrar acuerdos y prácticas que vulneran sus derechos humanos, tales como

---

<sup>230</sup> MARRADES PUIG: «la gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos», p. 224.

<sup>231</sup> «El debate sobre la gestación subrogada en España...», p. 173.

<sup>232</sup> JUSTICE LAWS WEBSITE OF CANADA. Recuperado de <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-1.html>, consultado el 21 de febrero de 2019.

<sup>233</sup> LAMM: «Gestación por sustitución», p. 6-7.

<sup>234</sup> LÓPEZ GUZMÁN y APARISI MIRALLES: «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada» p. 261.

el derecho a la integridad física y moral, lo cual refleja el segundo criterio manifestado por Marrades Puig; dado que, estos derechos se ven seriamente comprometidos por su práctica.

Los peligros físicos para la madre gestante son verdaderos y contundentes como lo es cualquier embarazo y parto, pues la gestante no solo dispone de su útero si no que expone todo su cuerpo a dichos riesgos. Pero, aunado a ello, existe un componente emocional. De hecho, la embarazada adquiere un vínculo físico-emocional con el bebé que está gestando al que, luego, tendrá que renunciar, en virtud del contrato suscrito<sup>235</sup>.

Para lograr el cumplimiento del contrato en países como Estados Unidos y la India, la mayoría de las clínicas especializadas procuran la deshumanización del proceso de gestación para que este sea más llevadero para la mujer que alquila su cuerpo: logre la disociación con él bebe y ver su útero como una fábrica: «La madre portadora debe vivir su embarazo, *volens nolens*<sup>236</sup>, como una experiencia extraña a ella misma»<sup>237</sup>.

De igual forma, es criticable que esta técnica se base en el deseo de las personas de tener descendencia con la que compartan material genético; olvidándose de la posibilidad que ofrece la adopción de insertar un niño en una familia. Es más, la existencia de la maternidad subrogada propiamente dicha - la gestación está a cargo de la madre sustituta y los gametos sexuales provienen de donantes- evidencia que tal deseo no podría verse satisfecho y que, en lugar de optar por la gestación sustituta, podrían recurrir al procedimiento de adopción, el cual a todas luces no vulnera la dignidad de ninguna persona, pues, tal como señala Marrades Puig «el bienestar de unos pocos no puede construirse sobre el abuso de otras personas en condiciones inferiores de bienestar»<sup>238</sup>. Por lo tanto, esta técnica es una clara injerencia que contraviene el sentido de dignidad. De modo que, no todo lo física o científicamente posible es jurídicamente amparable.

En el mismo sentido, Sánchez Martínez refiere que la subrogación gestacional sí implica la afectación de las dignidades de la mujer, del hijo que esta por nacer y de la propia gestación, ya que esta conlleva a la escisión de la madre gestante de la madre social, una fragmentación del cuerpo en partes y la separación del cuerpo de la mente<sup>239</sup>. Por ello, tal como señala

<sup>235</sup> Marrades Puig: «la gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos», pp. 221-229; «el debate sobre la gestación subrogada en España...», pp. 167-169.

<sup>236</sup> Traducción del Alemán: Por las buenas o por las malas.

<sup>237</sup> MONTERO E.: «La maternidad de alquiler frente a la suma divisio iuris entre las personas y las cosas» en *Persona y Derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos*, N°75, Universidad de Navarra, Navarra, 2015, p. 229.

<sup>238</sup> «La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos», p. 241.

<sup>239</sup> «Maternidades y paternidades escindidas: una nueva cultura de la reproducción», p. 117.

Marrades Puig sobre una posible legalización de la técnica de maternidad subrogada, sostiene que:

«Si legalizamos el uso o utilización de los vientres o cuerpos de alquiler (como si legalizamos la prostitución u otras prácticas que se fundamenten en el aprovechamiento del cuerpo de las mujeres), estamos proyectando un inequívoco mensaje: el cuerpo de las mujeres se encuentra disponible para lo que siempre ha servido: el mantenimiento de una estructura social fuertemente trabada por un sistema patriarcal cuya vigencia se muestra incompatible con un ordenamiento constitucional basado en la dignidad, igualdad y libertad»<sup>240</sup>.

Con relación a todo lo expuesto anteriormente, el magistrado peruano, Luis Alberto Lalupú Sernaqué precisa, sobre la admisibilidad de las técnicas de fecundación artificial, en donde está evidentemente la técnica de subrogación gestacional, que, si bien estas constituyen un gran avance de la biomedicina para superar los problemas de infertilidad, ha de hacerse un análisis valorativo de las mismas para consentir su uso, en donde se debe atender prioritariamente al valor superior de la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado<sup>241</sup>.

Por consiguiente, como consecuencia de la ambigua redacción del artículo 7 de la Ley General de la Salud -única mención sobre las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento peruano-, esta investigación propone la aprobación y promulgación de una Ley dirigida a regular las técnicas de reproducción asistida y en concreto la maternidad subrogada. Para ello, se deberá optar por una de las tres posturas ya adoptadas mundialmente: permitiéndola con amplitud, con restricciones, o en su caso prohibiéndola de pleno derecho. Puesto que, si se continúa como hasta ahora, se seguirá encontrando una serie de conflictos que llegarán a los tribunales y, en los cuales, los más perjudicados serán los menores, en tanto que sean vistos como medios para satisfacer deseos, hecho que comporta el desconocimiento de sus dignidades.

En primer lugar, la propuesta aquí sostenida no apunta a la admisión con amplitud de la práctica de dicha técnica, como la que mantiene el Estado de California en su legislación vigente<sup>242</sup>. Pues se estaría promoviendo la mercantilización del recién nacido y la cosificación

<sup>240</sup> «el debate sobre la gestación subrogada en España...», pp. 174-175.

<sup>241</sup> CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA: «Subrogación de la maternidad en la legislación peruana» en *Aequitas*, Vol.6, 2012, p. 93. (Recuperado de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc/CSJPI\\_D\\_REVISTA\\_AEQUITAS\\_N\\_6\\_18012013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc/CSJPI_D_REVISTA_AEQUITAS_N_6_18012013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc), consultado el 15 de julio de 2019).

<sup>242</sup> La ley de California del año 2013 tiene tres puntos importantes destinados a dar seguridad a todas las partes implicadas: primero, obliga a que la gestante subrogada y los padres de intención tengan abogados distintos; segundo la ley obliga a que las partes documenten el convenio y lo suscriban ante notario, previo a que inicie el procedimiento médico; y tercero, la ley permite que los comitentes obtengan un mandato judicial que los declare

de la mujer, hechos que, claramente, atentan contra sus dignidades. Tal situación que, como se ha podido apreciar en la evolución legislativa de la India, ha sido remediada con el nuevo proyecto de Ley, que regula la subrogación gestacional someténdola al cumplimiento de ciertos requisitos o condiciones<sup>243</sup>.

En segundo lugar, tampoco se pretende la permisión de la subrogación con restricciones como es la que acoge la legislación de Reino Unido, así como la de otros países. Éstos proscriben la maternidad subrogada comercial, pero permiten la altruista. Dicha tendencia ha sido promovida por diversos parlamentarios peruanos. Tal es así que, en el año 2013, el entonces congresista Vicente Antonio Zeballos Salinas, ante el complejo panorama suscitado por este fenómeno, presentó el Proyecto de Ley N°2839/2013-CR, con la finalidad de evitar abusos y prevenir los potenciales problemas que pudieran surgir en el proceso y, asimismo, brindar acompañamiento a las partes involucradas, incluso luego del nacimiento. Esta iniciativa legislativa propone la modificación del artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de la Salud, mediante la incorporación de la maternidad sustituta parcial y altruista, la cual se realizaría con el aporte del material genético de los padres intencionales.

Siguiendo con esta misma línea, la hoy congresista Estelita Sonia Bustos Espinoza, presentó el año pasado el Proyecto de Ley N°3404-2018-CR. Mediante éste, se pretende la legalización de la maternidad sustituta solidaria, siempre que los padres de intención se encuentren casados o acrediten su unión de hecho, y que sean peruanos de nacimiento, nacionalizados o residan en el país; y la madre sustituta no se encuentre en situación de precariedad, ya haya tenido un hijo sano, sea peruana de nacimiento, nacionalizada o resida en Perú. La regulación de esta técnica está dirigida a evitar vicios en el acuerdo contractual, así como prevenir la mala praxis por parte de las clínicas y/u hospitales que lleven a cabo estos procedimientos.

Cabe resaltar que, estos proyectos no han llegado a materializarse en leyes, lo cual evidencia que Perú aún conserva el respeto hacia la persona y su dignidad. Ya que, independientemente de mediar o no precio en la práctica de la maternidad subrogada, igualmente convierte a la mujer en una especie de incubadora o una simple aportante de material genético. Del mismo modo, el menor es cosificado, pues es entregado en un acto de liberalidad. Estas dos situaciones, tanto la de la madre gestante como la del niño, vulneran sus dignidades, ya que son rebajados a simples objetos.

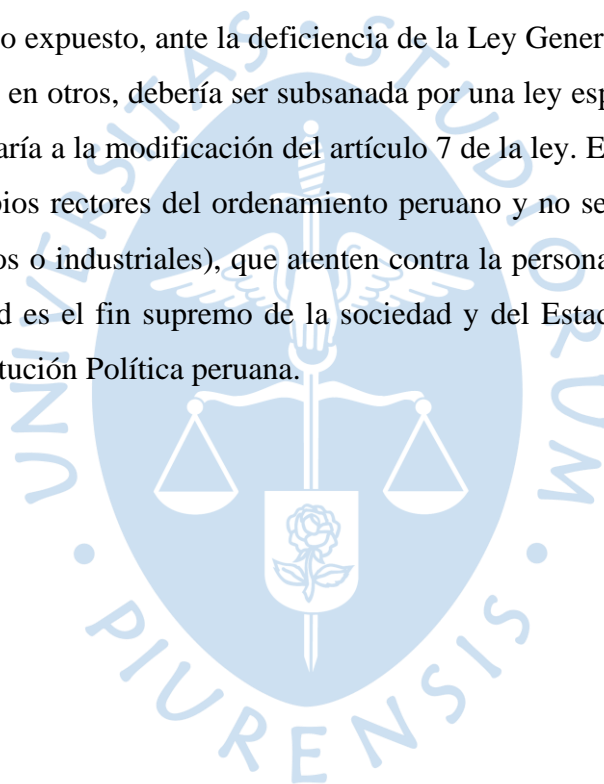
---

como padres del niño que esta por nacer, incluso antes de su alumbramiento. (XIMÉNEZ DE SANDOVAL: «¿Por qué California es la meca de la gestación subrogada?»).

<sup>243</sup> La ya mencionada Bill N°257 of 2016.

Por último, atendiendo al principio recogido en el artículo 2 inciso 24 literal a de la Constitución Política: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe», las personas pueden acogerse a éste para llevar a cabo la subrogación gestacional pues no está prohibida expresamente en la legislación peruana. Es así, que, siguiendo el modelo español, debería declararse nulo todo acuerdo por el cual se convengan efectuar esta técnica, independientemente que hubiese precio o no, o cual fuese la modalidad adoptada (locación o alquiler de útero, o la maternidad subrogada propiamente dicha). Por lo tanto, no surtiría efectos, debiéndose establecer la filiación a razón del parto. En lugar de promover la maternidad subrogada, la investigación pretende que la posible ley a promulgarse esté dirigida a prohibirla, estableciendo, asimismo, sanciones penales y/o administrativas a las personas que la practican.

Con base en todo lo expuesto, ante la deficiencia de la Ley General de la Salud en algunos aspectos, y la omisión en otros, debería ser subsanada por una ley especial en la materia. Ella, principalmente, apuntaría a la modificación del artículo 7 de la ley. Esta nueva ley debe tomar como base los principios rectores del ordenamiento peruano y no seguir intereses de diversa naturaleza (económicos o industriales), que atenten contra la persona humana cuya defensa y respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado, tal como establece el artículo 1 de la Constitución Política peruana.





## Conclusiones

**Primera:** Tras el análisis civil realizado al acuerdo de maternidad subrogada, se concluye que, pese a que se ha pretendido conferir revestimiento de contrato, este no lo es; puesto que, para serlo, primero debe cumplir con los requisitos legalmente establecidos por el Código Civil, en su artículo 140 y, a *contrario sensu*, artículo V del título preliminar, para ser un acto jurídico válido. Si bien las partes pueden manifestar de manera libre y consciente, su voluntad de querer obligarse entre sí, el objeto y causa de tal acuerdo no están ajustados a Derecho. Asimismo, su celebración y ejecución contravienen normas y principios que le interesan al orden público y a las buenas costumbres. Esto quiere decir que los acuerdos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho.

**Segunda:** Realizado el análisis constitucional, la conclusión arribada por el Derecho Civil es confirmada. Los acuerdos de maternidad subrogada son inválidos, por cosificar los cuerpos de las mujeres que acceden a actuar como madres subrogadas y objetivar a los niños que están por nacer, fruto de la aplicación de esta técnica. Esto, porque, dichos acuerdos desconocen y lesionan la dignidad que le es debida a todos ellos, dignidad que, desde el primer momento de su existencia le es atribuida por el hecho de ser persona; así como, atentan contra los principios y derechos que brotan de ella, como lo es el principio del interés superior del niño, su derecho a la identidad, entre otros. Es decir, tales acuerdos reducen a la persona a un medio para satisfacer deseos personales y familiares, lo cual es incorrecto; pues, el ser humano no es un bien, ni dentro ni fuera del comercio de los hombres. Por tal motivo, no han de ser promovidos ni protegidos por el Derecho.

**Tercera:** El deseo de toda persona de tener familia es legítimo. Esto *per se*, no es antijurídico. Es más, justifica el reconocimiento del derecho fundamental a fundar una familia. Sin embargo, los que realmente resultan lesivos a la dignidad humana, son los medios de los que se valen los sujetos para materializar el deseo y, al mismo tiempo, el derecho. Por tal motivo, la maternidad subrogada, al ser una vulneración a la dignidad humana de las personas involucradas, aunque se invoquen argumentos aparentemente fuertes, ha de ser prohibida e incluso sancionada. Esto es porque no todo lo físico o científicamente posible es jurídicamente amparable.

**Cuarta:** Las personas, para materializar su deseo de tener descendencia, en lugar de optar por las técnica de reproducción asistida, podrían recurrir al procedimiento de adopción; por el cual un niño es incorporado en una familia y no es el producto de la celebración y ejecución de un convenio entre particulares; convenio respecto del cual, tras haber sido analizado a la luz del Derecho Civil y Constitucional, se afirma y defiende categóricamente su incompatibilidad, por una parte, con las instituciones y categorías jurídicas, y, por otra, con los principios, valores y derechos que informan el ordenamiento jurídico. Por el contrario, el procedimiento de adopción es respetuoso y tuitivo de la dignidad que le es debida al menor, como a todas las personas. Por consiguiente, el Estado, en lugar de promover la legalización de la subrogación gestacional, debería apuntar a reducir la burocracia para la adopción, sin que ello signifique dejar desprotegido al infante.





## Referencias bibliográficas

### 1. Libros y Revistas

- AA. VV: «Esterilidad y Reproducción asistida: Una perspectiva histórica» en Revista Iberoamericana de Fertilidad, v Lic. Ingrid Tapia Gutiérrez Dra. Martha Tarasco Michel, N°1, Vol. 22, 2005.
- ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL: La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español, Universidad de León, León, 1996.
- BALAGUER, MARIA LUISA: Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un estado social, Cátedra, Madrid, 2017.
- CHARLESWORTH, MAX: La Bioética en una sociedad liberal (trad. española por Mercedes González), Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- COVIELLO, NICOLA: Doctrina general de derecho civil, Uteha, Ciudad de México, 1949.
- DE COSSIO CORRAL, ALFONSO: de Instituciones de derecho civil. Parte general, obligaciones y contratos, Instituto Pacífico, Alianza, Madrid, 1977.
- DE LA FUENTE HONTAÑÓN, ROSARIO: «La subrogación gestacional: ¿vientre o persona en alquiler? Implicancias jurídicas y éticas» en Gaceta Civil Procesal y Registral N°48, 2017.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL: El contrato en general, Palestra Editores, Lima, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol.1, Civitas, Navarra, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: Sistema de Derecho Civil, Tecnos (Grupo Anaya S.A) Madrid, 2016.
- DONCHIN, ANNE: «Reproductive tourism and the quest for global gender justice» en Bioethics, V.24, N°7, 2010.
- FERNADEZ ECHEGARAY, LAURA: «Gestación por sustitución» en TAMAYO HAYA, S (Ed.), La maternidad y paternidad en el siglo XXI, Editorial Comares, Granada, 2016.
- FILMER, ROBERT: Patriarca o el poder natural de los reyes, Alianza, Madrid, 2010.
- GOLDEMBERG, ISAAC: La disposición corporal: sus límites. Derecho de daños, Vol. 2, La Rocca, Buenos Aires, 1993.
- GOMEZ SANCHEZ, YOLANDA: «Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida» en Revista de Derecho Político, N°26, Madrid, 1998.
- GOMEZ SANCHEZ, YOLANDA: El derecho a la reproducción humana, Marcia Pons, U. Complutense, Madrid, 1994.

- GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, MARICELA Y MORÁN DE VICENZI, CLAUDIA: «Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú. A propósito del primer caso de maternidad subrogada resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N°563-2011-Lima» en Revista Jurídica Thomson Reuters, año 1, N°7, 2013.
- LARENZ, KARL: Derecho Justo- Fundamentos de ética jurídica (trad. española por Díez-Picazo), Madrid, 1985.
- LEON BARANDIARAN, JOSÉ: Manual del acto jurídico, UNMSM, Lima, 1961.
- LOPEZ GUZMÁN, JOSÉ y APARISI MIRALLES, ANGELA: «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada» en Revista Cuadernos de Bioética, N°78, 2012.
- MARRADES PUIG, ANA: Luces y sombras del derecho a la maternidad: análisis jurídico de su reconocimiento, Universitat de Valencia, Valencia, 2002.
- MESSINEO, FRANCESCO: Manual de derecho civil y comercial (trad. española por Sentís Melendo), Ejea, Buenos Aires, 1979.
- MONTERO ETIENNE: «La maternidad de alquiler frente a la suma divisio iuris entre las personas y las cosas» en Persona y Derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos, N°75, Universidad de Navarra, Navarra, 2015.
- MORÁN DE VICENZI, CLAUDIA: El concepto de filiación en la fecundación artificial, ARA editores, Lima, 2004.
- PACKER, CORINNE: the right to reproductive choice, A study International Law, Turku, 1996.
- PALACIO PIMENTEL, GUSTAVO: Elementos de Derecho Civil Peruano, Tomo 2, Edición 3a, Tipografía Sesator, Lima, 1982.
- PUIG PEÑA, FEDERICO: Tratado de derecho civil español, Vol. 1 y 2, Tomo 2, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- ROBERTSON, JOHN: children of choice, Princeton University Press, New Jersey, 1994.
- ROCA I TRÍAS, ENCARNA: «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional» en II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trivium, Madrid, 1998.
- RUBIO CASTRO, ANA: «sujeto, cuerpo y mercado» en CASADO, M (coord.), Fontamara, Ciudad de México, 2016.
- RUBIO CORREA, MARCIAL: Título Preliminar, Vol. 3, Biblioteca para leer el Código Civil, PUCP, Lima, 1993.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, OLGA: «Maternidades y paternidades escindidas: una nueva cultura de la reproducción» en TAMAYO HAYA, S (Ed.), La maternidad y paternidad en el siglo XXI, Editorial Comares, Granada, 2016.

- SANDEL, MICHAEL: Lo que el dinero no puede comprar, Debate, Madrid, 2013.
- SERRANO ALONSO, EDUARDO y SERRANO GÓMEZ, EDUARDO: Manual de derecho de obligaciones y contratos, Tomo 1, Edisofer S.L, Madrid, 2007.
- SERRANO ALONSO, EDUARDO y SERRANO GÓMEZ, EDUARDO: Manual de derecho de obligaciones y contratos, Tomo 2, Edisofer S.L, Madrid, 2009.
- SPAEMANN, ROBERT: Límites Acerca de la dimensión ética del actuar (trad. española por Javier Fernández y José Mardomingo), EIUNSA, Navarra, 2003.
- STOLFI, GIUSEPPE: Teoría del negocio jurídico, Revista Derecho Privado, Madrid, 1959.
- TAPIA GUTIERREZ INGRID y TARASCO MICHEL MARTHA: Maternidad subrogada: explotación de mujeres con fines reproductivos, Caprichos Ediciones, Ciudad de México, 2014.
- TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL: Acto jurídico, Vol. 2, edición quinta Instituto Pacífico SA, Lima, 2015.
- TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL: Acto jurídico, Vol.1, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- TUBERT, SILVIA: Figuras de la madre, Editorial Cátedra, Madrid, 1996.
- VEGA GUTIÉRREZ, ANA: «Los “derechos reproductivos” en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?», en “Evangelium Vitae” e Diritto, Ciudad del Vaticano, 1997.
- VIDAL GARCIA, MARCIANO: Bioética. Estudios de Biótica racional, Tecnos, Madrid, 1989.
- VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO: El acto jurídico, edición décima, Instituto Pacífico SA, Lima, 2016.
- YOUNGER, JUDITH: «What the Baby M Case Is Really All About» en Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice, Vol. 6, 1998.

## 2. Linkografía

- AA. VV: «Definición y causas de la infertilidad» en Revista colombiana de obstetricia y ginecología, N°4, Vol. 54, 2003. (Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>, consultado el 07 de marzo de 2019).
- ANDORNO, ROBERTO: Bioética y dignidad de la persona, Tecnos Editorial, Madrid, 1998. (Recuperado de [https://www.academia.edu/2146899/Bio%C3%A9tica\\_y\\_dignidad\\_de\\_la\\_persona](https://www.academia.edu/2146899/Bio%C3%A9tica_y_dignidad_de_la_persona), consultado el 20 de febrero de 2019).
- BBC: «Pareja australiana abandona a bebé con síndrome de down de madre subrogada», 2014. (Recuperado de [https://www.bbc.com/mundo/ultimas\\_noticias/2014/08/140802\\_ultnot\\_australia\\_bebe\\_down\\_wbm](https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm), consultado el 09 de setiembre de 2019).

- CASTILLO CORDOVA, LUIS: «La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho» en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N°16, 2012. (Recuperado de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1912>, consultado el 20 de febrero de 2019).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Opinión Consultiva. OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño. Serie A, N°17, párr. 56. (Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), consultado el 20 de febrero de 2019).
- CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA: «Subrogación de la maternidad en la legislación peruana» en Aequitas, Vol.6, 2012. (Recuperado de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc/CSJPI\\_D\\_REVISTA\\_AEQUITAS\\_N\\_6\\_18012013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc/CSJPI_D_REVISTA_AEQUITAS_N_6_18012013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc), consultado el 15 de julio de 2019).
- CUÍDATE PLUS. (Recuperado de <https://cuidateplus.marca.com/sexualidad/diccionario/utero.html>, consultado el 29 de abril de 2019).
- DICCIONARIO MÉDICO .NET. (Recuperado de <https://www.diccionariomedico.net/buscar?searchword=abdomen&searchphrase=all>, consultado el 29 de abril de 2019).
- EMALDI CIRIÓN, AITZIBER: «La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley\*» en Revista internacional de Ética Aplicadas, Dilemata, N°28, 2018. (Recuperado de <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000252>, consultado el 09 de julio de 2019).
- ENCICLOPEDIA BRITÁNICA. (Recuperado de <https://www.britannica.com/event/Planned-Parenthood-of-Southeastern-Pennsylvania-v-Casey>, consultado el 10 de junio de 2019).
- ESPINOZA ESPINOZA, JUAN: «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional» en Ius et veritas, PUCP, N°24, LIMA, 2002. (Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16188/16605>, consultado el 04 de junio de 2019).
- EUROPEAN & INTERNATIONAL NEWS: «All india women's conference on surrogacy: a violation of women's human rights», Bruselas, 2015. (Recuperado de <https://www.womenlobby.org/All-India-Women-s-Conference-AIWC-on-surrogacy-a-violation-of-women-s-human?lang=en>, consultado el 05 de mayo de 2019).
- FARNÓS AMORÓS, ESTHER: Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones, Atelier, Barcelona, 2011. (Recuperado de <https://books.google.com.pe/books?id=OzVcLsCl8pYC&pg=PA50&lpg=PA50&dq=skinner+vs.+oklahoma+derecho+a+la+reproducci%C3%B3n&source=bl&ots=r7ZK9yBbrw&sig=ACfU3U28MNWeOtmIv8q2M9fCmK5fOunrHQ&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiJ0u6ap-TiAhUmqlkKHQj9B3AQ6AEwA3oEACQAQ#v=onepage&q=skinner&f=false>, consultado el 10 de junio de 2019).

- GOMEZ SANCHEZ, YOLANDA: «Dignidad y ordenamiento comunitario» en Revista de Derecho constitucional europeo, N°4, 2005. (Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/28109002\\_Dignidad\\_y\\_ordenamiento\\_comunitario](https://www.researchgate.net/publication/28109002_Dignidad_y_ordenamiento_comunitario), consultado el 19 de mayo de 2019).
- GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA: Maternidad subrogada y Adopción Internacional, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. (Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/11.pdf>, consultado el 26 de mayo de 2017).
- INTERPOL: «Interpol opens probe as Thai police ID ‘baby factory’ dad». (agosto de 2014). (Recuperado de <https://www.japantimes.co.jp/news/2014/08/23/national/interpol-opens-probe-as-thai-police-id-baby-factory-dad/#.XHqhR8BKjIU>, consultado el 03 de marzo de 2019).
- JUSTICE LAWS WEBSITE OF CANADA. (Recuperado de <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-1.html>, consultado el 21 de febrero de 2019).
- LALUPÚ SERNAQUÉ, LUIS ALBERTO: «Subrogación de la maternidad en la legislación peruana» en Aequitas, Vol.6, 2012. (Recuperado de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc/CSJPI\\_D\\_REVISTA\\_AEQUITAS\\_N\\_6\\_18012013.pdf?MOD=AJPRES&CACHEID=747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc/CSJPI_D_REVISTA_AEQUITAS_N_6_18012013.pdf?MOD=AJPRES&CACHEID=747dac804e3abaecb9bbb9a826aedadc), consultado el 15 de julio de 2019).
- LAMM, ELEONORA: Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2012. (Recuperado de [https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=uZyrBAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=ELEONORA+lamm+gestación+por+sustitucion&ots=gXIZ7qZp-b&sig=qGGziubC0EzeHINh45AELoEsttQ&redir\\_esc=y#v=onepage&q=brazier&f=false](https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=uZyrBAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA9&dq=ELEONORA+lamm+gestación+por+sustitucion&ots=gXIZ7qZp-b&sig=qGGziubC0EzeHINh45AELoEsttQ&redir_esc=y#v=onepage&q=brazier&f=false), consultado el 20 de febrero de 2019).
- LAMM, ELEONORA: «Gestación por sustitución» en Indret, Revista para el análisis del Derecho, N°3, 2012. (Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf), consultado el 21 de febrero de 2019).
- LEGISLACIÓN DE NUEVA GALES DEL SUR. (Recuperado de <https://www.legislation.nsw.gov.au/>, consultado el 05 de junio de 2019).
- MARRADES PUIG, ANA: «El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos» en Revista Europea de Derechos Fundamentales, 2017. (Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6823812>, consultado el 21 de mayo de 2019).
- MARRADES PUIG, ANA: «La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos» en Revista estudios Deusto, vol. 65/1, 2017. (Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5623901.pdf>, consultado el 03 de marzo de 2019).
- MARTÍN CAMACHO, JAVIER: «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores» en Revista de Ciencias biomédicas, N°2(1), 2009. (Recuperado de

<https://www.fundacionforo.com/uploads/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> Consultado el 04 de marzo de 2019).

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, VERONICA: «Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México» en DIKAION, N°2, Vol. 24, 2015. (Recuperado de [www.redalyc.org/pdf/720/72045844007.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/720/72045844007.pdf), consultado 04 de junio de 2017).

MAYO CLINIC: Esterilidad. (Recuperado de <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/infertility/symptoms-causes/syc-20354317>, consultado el 07 de marzo de 2019).

NUÑO GÓMEZ, LAURA: «Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler» en Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política, N°55, 2016. (Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/311957409\\_Una\\_nueva\\_clausula\\_del\\_Contrato\\_Sexual\\_vientres\\_de\\_alquiler/link/58ff3a29a6fdcc8ed50d989a/download](https://www.researchgate.net/publication/311957409_Una_nueva_clausula_del_Contrato_Sexual_vientres_de_alquiler/link/58ff3a29a6fdcc8ed50d989a/download), consultado el 05 de marzo de 2019).

PALOMAR VEEA, CRISTINA: «Maternidad: historia y cultura» en Revista de estudios de género La ventana, N°22, Vol.3, Guadalajara, 2005. (Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88402204>, consultado el 27 de febrero de 2019).

RED ESTATAL CONTRA EL ALQUILER DE VIENTRES (Recuperado de <https://www.noalquilesvientres.com/2017/10/11/el-escandalo-que-envuelve-a-la-industria-de-la-maternidad-subrogada-en-usa-el-caso-de-melissa-cook/>, consultado el 09 de julio de 2019).

SANCHEZ MAGALLANES, RONNY: «La negativa de ser padres por contrato de vientre de alquiler en el Perú: ¿Un impedimento social o moral?» en Polemos, 2017. (Recuperado de <http://polemos.pe/la-negativa-padres-contrato-ventre-alquiler-peru-impedimento-social-moral/> consultado el 08 de marzo de 2019).

SOSPEDRA FONTANA, ALEJANDRO: «La gestación subrogada en España» en Cuestiones de Interés Jurídico, Universitat de Valencia, Valencia, 2018. (Recuperado de <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/07/CIJ-1.pdf>, consultado el 05 de junio de 2019).

TUBELLA, PATRICIA: «En el Reino Unido todo empezó con Bay Cotton» en El País, Londres, 2019. (Recuperado de [https://elpais.com/sociedad/2019/04/17/actualidad/1555506649\\_845481.html](https://elpais.com/sociedad/2019/04/17/actualidad/1555506649_845481.html), consultado el 22 de mayo de 2019).

VARSIROSPIGLIOSI, ENRIQUE: «Tratado de Derecho de Familia. Derecho de filiación» en Gaceta Jurídica, Tomo 4, Universidad de Lima, Lima, 2013. (Recuperado de [https://legis.pe/wp-content/uploads/2018/01/Tratado-de-derecho-de-familia.-Derecho-de-filiaci%C3%B3n-Enrique-Varsi-Legis.pe\\_.pdf](https://legis.pe/wp-content/uploads/2018/01/Tratado-de-derecho-de-familia.-Derecho-de-filiaci%C3%B3n-Enrique-Varsi-Legis.pe_.pdf). Consultado el 15 de mayo de 2019).

WALLIS, LUCY: «multimillonaria y polémica fábrica de bebés en India» en BBC, 2013. (Recuperado de [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726\\_sociedad\\_india\\_fabrica\\_bebes\\_jp](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726_sociedad_india_fabrica_bebes_jp), consultado el 20 de febrero de 2019).

XIMÉNEZ DE SANDOVAL, PABLO: «¿Por qué California es la meca de la gestación subrogada?» en El País, Los Ángeles, 2017. (Recuperado de:

[https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048\\_748059.html](https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html), consultado el 27 de febrero de 2019).

ZAMORA BONILLA, JESÚS: «Úteros de alquiler» en Isegoría, N°18, 1998. (Recuperado de <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/download/152/152>, consultado el 04 de abril de 2019).

### **3. Legislación de apoyo**

Código Civil, Decreto legislativo N°295, 25 de julio de 1984, de Perú.

Código de los Niños y Adolescentes, Ley N°27337, 07 de agosto de 2000, de Perú. humana asistida de España.

Constitución Política del Perú, de 1993.

ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, Ley N°28189, de 16 marzo del 2004.

Ley General de la Salud, Ley N°26842, del 20 de julio de 1997

Código Civil de Francia.

Ley N°94-653, de 29 de julio de 1994, sobre reproducción asistida, Francia.

Ley N°14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción.

Bill N°257 of 2016, de la India.

Ley de Reproducción Humana Asistida de 29 de marzo de 2004, de Canadá.