



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL: ¿VIENTRE O PERSONA EN ALQUILER? IMPLICANCIAS JURÍDICAS Y ÉTICAS

Rosario de la Fuente-Hontañón

Lima, junio de 2017

FACULTAD DE DERECHO

De la Fuente, R. (2017). La subrogación gestacional: ¿vientre o persona en alquiler? implicancias jurídicas y éticas. *Gaceta civil & procesal civil registral / notarial*, 48, 37-52.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

## I. INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada está siendo objeto de debate, y su legalización está en la agenda de muchos países europeos e iberoamericanos, porque puede parecer difícil no admitirla en el ordenamiento jurídico, al apoyarse en las técnicas de procreación humana, que en la mayoría de los países han sido reguladas.

La subrogación gestacional o maternidad subrogada es una práctica existente en nuestro país, quizá más frecuente de lo que pensamos, y si bien no disponemos de una legislación sobre la reproducción asistida, hay numerosos centros médicos privados que ofrecen esta posibilidad, estableciendo los parámetros de los contratos, los costos, los riesgos que puedan sobrevenir, y a los que acuden matrimonios, integrantes de uniones de hecho, personas solteras, donde se ofrecen los siguientes servicios<sup>1</sup>: *“el inicio de una nueva vida: congelación de embriones; nuestra meta, tu sueño, inseminación in vitro; la esperanza de vida: congelación de espermatozoides; guardo lo mejor para ti: congelación de óvulos”*. En otras clínicas podemos encontrar los siguientes anuncios<sup>2</sup>: *“Tengo 36 años y aún no tengo niños pero me gustaría tener 2 niñas. Vi que era gratis la consulta. Me gustaría ir para empaparme del tema”*. De igual manera se presentan estos otros requerimientos: *“quiero saber cuánto me cuesta la inseminación artificial de gemelos”, o ¿es posible seleccionar el sexo del bebé antes de quedar embarazada?* La respuesta viene de inmediato: *“En efecto, actualmente existen varios tratamientos que nos permiten seleccionar el sexo del bebé, inclusive al 100% de seguridad”*. Lo mencionado nos lleva a pensar que los hijos no son considerados como un don, sino como un encargo al gusto del cliente. ¿Qué dice el Código de Ética y Deontología<sup>3</sup> del Colegio Médico del Perú? En el artículo 30 del Capítulo II relativo al trabajo clínico, se regula lo siguiente:

“El médico no debe inducir, promover ni utilizar técnicas de reproducción asistida en mujeres propuestas como madres subrogadas con fines de lucro de éstas, del médico u otros”.

---

<sup>1</sup> <http://clinicadefertilidadenlima.com/congelacion-de-embriones/>, leído el 3 de mayo de 2017

<sup>2</sup> <http://www.clinicasdefertilidadenlima.pe/qa/quisera-saber-cuanto-cuesta/leido>, leído el 3 de mayo de 2017

<sup>3</sup> Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, Lima, octubre del 2007



Las disposiciones son claras, pero observamos que se hace caso omiso a lo dispuesto en el mencionado Código, por ser cada vez más frecuentes estas prácticas realizadas al interior de los mencionados centros de reproducción asistida y a los que no podemos solicitar el número de criaturas que nacen por este medio, porque se reservan esos informes.

En este sentido, hace unos años Brigitte Pellerin<sup>4</sup>, se refería a los úteros con marca de garantía, porque advertía que hay algo muy poco correcto en todo esto:

*Cuando los futuros padres se ponen a la búsqueda de una candidata apropiada, miran su historial reproductivo, su salud, su situación familiar y toda suerte de detalles personales. Incluso si alguien decide ponerse en el tablón de anuncios de vientres de alquiler, el hecho es que seleccionar a alguien basándose en su historial reproductivo es, cuando menos, una insensible cosificación. Por estos días he estado releyendo La cabaña del Tío Tom, y no puedo evitar la evocación de los compradores potenciales examinando la “mercancía” mediante una mirada al interior de sus bocas. “¡Anda, cariño! ¡Mira qué útero tiene!” Algo, la verdad, no demasiado dignificante.*

De igual modo, Pellerin no está conforme con la cultura en la que estamos inmersos puesto que promueve y anima de manera agresiva todo lo que permita a los adultos darse todos y cada uno de sus caprichos y fantasías:

*En un día cualquiera, mientras innumerables mujeres recurren al aborto, otras tantas utilizan las técnicas invasivas de reproducción asistida y otras esperan a que su útero salga elegido para transportar el precioso embrión de otros, o a que les estimulen los ovarios para que puedan vender sus óvulos. El único parámetro moral aquí es que cualquier cosa que yo quiera está bien y debo tenerla. No es posible construir sobre esa base una sociedad cuya decencia sea coherente.*

Como apunta Nuño Gómez<sup>5</sup>, “centenares de páginas web ofrecen servicios de vientres de alquiler. Durante las últimas décadas, solo en Estados Unidos, se calcula que el número de gestantes al servicio del *baby business* ronda las 25.000 mujeres. En España, pese a que es ilegal, se estima que son adquiridas mediante esta práctica mil criaturas al año. La opacidad

---

<sup>4</sup> [http://www.mercatornet.com/articles/view/an\\_indulgence\\_of\\_adult\\_desires/](http://www.mercatornet.com/articles/view/an_indulgence_of_adult_desires/), en inglés, 22. 12.2008, leído el 13 de mayo de 2017

<sup>5</sup> Nuño Gómez, L., “Una nueva cláusula del Contrato sexual: vientres de alquiler”, en ISEGORÍA, Revista de *Filosofía moral y política*, n° 55, Madrid, julio-diciembre 2016, pp. 683-700.

en lo relativo al número y la situación de las gestantes impide conocer una estimación real del número de criaturas comercializadas en todo el mundo; aunque no cabe duda que representa un negocio al alza en plena expansión”.

¿Se puede afirmar, por lo tanto, que estamos en una sociedad permisiva donde los adultos pueden darse todos los caprichos, seguir a destajo sus emociones y deseos? Parece que sí, y los datos de la realidad que nos circunda pueden darnos la razón. Como es bien sabido, el recurso a las “madres de alquiler” está autorizado en Estados Unidos, Gran Bretaña, Grecia, Ucrania y Rusia, entre otros. Por el contrario, está prohibido con una regulación específica en algunos países como España<sup>6</sup>, Italia, Portugal, Alemania, Austria, Polonia, etc., y tiene como base los principios y derechos fundamentales y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional.

Asimismo, en España se admite la adopción por parte de parejas homosexuales, pero no, como ha quedado dicho, el recurso a los vientres de alquiler; sin embargo, una instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) ha autorizado la inscripción de los niños nacidos en el extranjero mediante este método, con el consiguiente fraude a la ley. La Ley de Reproducción Humana Asistida de 2006 consagra el derecho a recibir los tratamientos correspondientes para “toda mujer mayor de 18 años con plena capacidad de obrar (...) y con independencia de su estado civil y su orientación sexual”. Sin embargo, el coste solo será financiado por la Seguridad Social “cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida” y solo en mujeres menores de 40 años. Quedan excluidas por tanto las parejas de lesbianas y las madres sin pareja que no tengan tales problemas<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Este contrato de gestación subrogada siempre ha estado prohibido en España. Tanto la ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, como la actualmente en vigor Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, han establecido, con idéntica redacción en sendos artículos 10, la proscripción de la gestación por sustitución.

<sup>7</sup> Marquardt, E., *¿Un padre o cinco? Una mirada global a las nuevas familias intencionales*, en *Aceprensa*, 23 de noviembre 2011, n° 85/11: “En muchas ocasiones los padres que recurren a la congelación de óvulos o de esperma, o a la inseminación artificial buscan asegurarse “su niño”. En el informe *Un padre o cinco*, Elisabeth Marquardt recoge las declaraciones de varias mujeres que habían acudido a un banco de esperma para quedarse embarazadas, pese a no tener pareja. Una de ellas declaraba: “Pagas por ello, así que quieres lo mejor de lo mejor”. La misma mujer señalaba que



En la actualidad, se presentan muchos problemas en cuanto a la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, y la maternidad subrogada, porque las técnicas de la fecundación *in vitro* conllevan la eliminación voluntaria de embriones en un 80 %, el congelamiento de óvulos y embriones, la reducción embrionaria. Con estas técnicas se produce una evidente «cosificación» de las realidades implicadas, cuya naturaleza es claramente personal, afectando directamente a la dignidad humana. Surgen muchas preguntas que requieren dar unas respuestas acordes con la mencionada dignidad; ¿Es jurídicamente válido y relevante un negocio de donación de semen?; ¿y de venta o permuta?; ¿el embrión o las células germinales son jurídicamente «cosas»? Es frecuente que se hable de «alquiler de útero», pero debemos decir que no se trata de un arrendamiento de cosa porque no cabe la contraprestación, y porque el cuerpo humano no es «cosa», razón ésta que excluye hablar de *comodato*. Habría una prestación gratuita de una conducta de contenido complejo<sup>8</sup>.

Recientemente, en el II Encuentro Internacional de Derecho Notarial<sup>9</sup>, en la ciudad de Lima, los expositores presentaron los retos que la fecundación *in vitro* enfrenta por la falta de regulación, llegando a diferentes conclusiones, como por ejemplo, en cuanto al papel que les corresponde a los notarios, que deberían tener una participación más activa dentro de los consentimientos informados, donde su actuación no se limite a legalizar las firmas de las partes sino el contenido de los mismos<sup>10</sup>, o enfrentar el problema que surge frente a la falta de control y supervisión estatal en los centros que brindan los servicios para la fecundación, que incluye los bancos de esperma y óvulos, así como la crioconservación, que al no tener

---

elegiría “a un donante de 1,80 m de estatura, rubio, con ojos azules y libre de enfermedades genéticas” como compensación por no enamorarse. Como resumía otra compañera de tratamiento, “estamos desesperadas, pero a la vez somos quisquillosas a la hora de elegir”. Otra mujer comparaba a sus dos hijos, uno concebido de forma normal y otro por inseminación artificial: “Tengo un hijo que es completamente mío (...) y otro por el que siempre tengo que estar discutiendo con el padre [su ex novio] sobre quién tiene que criarlo y cómo”.

<sup>8</sup> De la Fuente y Hontañón, R., “La persona como *fons omnis iuris*”, en Revista *Persona y Derecho*, Vol. 74/2016/I, Pamplona, pp. 319-338.

<sup>9</sup> El II Encuentro Internacional de Derecho notarial: Los retos del Derecho Notarial frente al avance de las Nuevas Tecnologías. Informática, genética, bioética, que se realizó en la Universidad de Lima en el mes de setiembre de 2016.

<sup>10</sup> Rodríguez-Cadilla Ponce, M. del R., “Necesidad de una regulación para las técnicas de reproducción asistida y urgencia de una actuación notarial: realidad peruana”, Lima, 2016, p.10

parámetros legales para su actividad, han elaborado sus propias guías, documentos y protocolos de atención sin aprobación alguna de la autoridad competente<sup>11</sup>. De igual modo, Mejía Rosasco<sup>12</sup> destaca que en el Perú el único requisito exigido para las técnicas de reproducción asistida, es la certificación notarial de la firma de las personas que contratan con los centros de profesionales médicos que se dedican a estas prácticas, por lo que sugiere que hayan más formalidades y así, el notario a través de una escritura pública, podría asegurar la protección de los derechos de las personas que contratan con las clínicas y centros especializados, como del concebido mediante estas técnicas, colaborando de esa manera con la determinación de su identidad genética. Asimismo, la autora reconoce que, a pesar de la falta de regulación en el país, ha habido casos de mujeres que llevan a cabo el proceso de gestación y alumbran un hijo ajeno, y que no han sido sancionados.

En la actualidad, en países como Bélgica, Irlanda y Holanda en los que la gestación por cuenta ajena no está reconocida legalmente, la práctica del vientre de alquiler es *tolerada*, si bien el derecho de filiación es un obstáculo a su desarrollo, porque la madre portadora debe abandonar al recién nacido y la pareja interesada iniciará un proceso de adopción<sup>13</sup>. Pero se trata de una adopción *sui generis*, porque lo que se busca es dar un niño a una familia, creando de manera voluntaria la situación de abandono, al contrario de lo que ocurre en la adopción prevista en las codificaciones, en donde se permite dar una familia a un niño huérfano o abandonado. Vemos que no es una medida de protección a favor del niño, sino una ayuda a la procreación. Hoy en día, con la *maternidad a la carta*, la mujer que acepta prestar su vientre para la gestación y dar a luz un niño que será entregado a otra mujer, que será su madre jurídica, ha generado que un mismo niño pueda tener tres madres distintas: la que da los óvulos (madre genética); la que gesta el embarazo (madre biológica) y la que registra al niño (madre legal). Este tipo de prácticas han sido posibles gracias a un profundo cambio en la mentalidad de la procreación humana.

---

<sup>11</sup> Posadas Gutiérrez, R. M., “Registro nacional de cedentes de gametos y embriones como entidad garantista del derecho a la identidad”, ponencia en II Encuentro de Derecho notarial, Lima, 2016, p. 3

<sup>12</sup> Mejía Rosasco, R., “Retos y desafíos del notario del siglo XXI: hacia la protección de los derechos fundamentales de la persona en estado vulnerable”, ponencia en II Encuentro de Derecho notarial, Lima, 2016, p. 12; cfr. también, Mejía Rosasco, R., *Hacia una nueva visión de la función notarial: el notario como garante del proyecto de vida de la persona*, Ed. Consejo de Notarios de Lima, Lima, 2016, pp. 160 y ss; según la a., con las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, el principio romano *mater semper certa est*, ha desaparecido de la legislación peruana.

<sup>13</sup> Montero, E., “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, en *Persona y Derecho*, n° 72, Pamplona, 2015, I, pp. 223-236



“Por un lado, el hijo puede considerarse como un elemento más por el que se opta, o no, en el contexto de estilos de vida propios de una sociedad de consumo; por otro, la concepción natural puede ser sustituida por un proceso de ‘producción’ del hijo y, en consecuencia, subordinado a las reglas de la técnica e, incluso, del mercado”<sup>14</sup>. Las técnicas de fecundación artificial han hecho que ya no sea imprescindible la relación íntima e interpersonal entre un hombre y una mujer. “Además, en relación a las nuevas tecnologías reproductivas podemos afirmar que el pensamiento que actualmente se engloba bajo el rótulo genérico de ‘ideología de género’ ha propiciado en los últimos años, el recurso a las mismas, en el contexto de los denominados derechos sexuales y reproductivos”. Amparados por un predominio de la técnica sobre la ética, algunas personas se han procurado el derecho a contratar a una madre de alquiler.

En el ordenamiento peruano, en la Ley General de Salud, n° 268462, del 20 de julio de 1997, se establece principios que guían las políticas en materia de salud y regula que toda *persona* tiene derecho a la protección de su salud, siendo éste derecho irrenunciable. Reconoce que el *concebido* es sujeto de derecho en el campo de la salud. El artículo 7° de la mencionada ley prescribe que:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, *siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona*. 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”.

Por lo tanto, en atención al artículo 7 de la ley General de salud, no está permitida, la llamada maternidad subrogada, ya que la madre gestante debe ser la misma madre genética. Se trata de un hecho que afecta al orden público, a la moral, a las buenas costumbres, conforme al artículo V del Título preliminar del Código civil, con inspiración en el principio romano *mater semper certa est*. Todo acuerdo privado sobre el particular sería nulo de pleno derecho, por lo que la madre gestante no estaría obligada a entregar el hijo a los padres genéticos.

---

<sup>14</sup> Aparisi, Á., López Guzmán, J., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada” en *Cuadernos de Bioética*, n° 78, Vol.XXIII, Madrid, mayo-agosto 2012, pp. 253-267

Un sector de la doctrina mantiene una opinión contraria<sup>15</sup>, y no ve en el mencionado artículo una prohibición expresa, sino que se considera como si fuera simplemente una exhortación del legislador, al afirmar que “la norma no contiene una prohibición respecto de la ovodonación, la maternidad subrogada o la embriodonación. Si atendemos a la organización de la misma norma, el último párrafo del artículo contiene las dos prohibiciones respecto de las técnicas (fecundación para fines distintos de la reproducción humana y clonación reproductiva); si el legislador hubiera querido prohibir la ovodonación o la maternidad subrogada lo lógico hubiera sido enumerarlas en esta parte de la norma. Pero, además, y fundamentalmente, las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, sino que deben estar explicitadas, lo contrario vulneraría el principio de clausura que establece que “aquello no está prohibido, está permitido” y el principio de legalidad. Por lo tanto, la frase “*siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona*” podría considerarse una exhortación del legislador, más no una prohibición”. El *Diccionario* de la Real Academia Española (RAE) recoge la siguiente acepción del término *siempre*, que deriva del latín *semper*, sin cesar, constantemente, en todo o en cualquier tiempo, de manera definitiva, es decir, que del término se deriva una permanencia en cuanto que la madre genética y la madre gestante debe ser única, y no cabría hacer otra interpretación. Pero el legislador ha utilizado los términos *siempre que*<sup>16</sup>, como una locución conjuntiva o enlace subordinante con valor condicional, que es equivalente a *siempre y cuando*. Por ello, se podrá recurrir al tratamiento de la infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, *siempre y cuando* la madre genética y la madre gestante sea la misma persona. Me parece que es importante advertir que no se trata,

---

<sup>15</sup> Severino, P., “Fecundación in vitro: algunas pautas en la jurisprudencia latinoamericana”, pp. 1-27, en [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), leído en noviembre 2016.

<sup>16</sup> Cfr. Diccionario panhispánico de dudas (2005): **siempre que**. Locución conjuntiva que tiene dos valores: **a)** Temporal, con el sentido de ‘en todos los casos o en todas las ocasiones en que’. La oración subordinada que introduce puede llevar el verbo en indicativo o, si la acción está orientada hacia el futuro, en subjuntivo: «Yo, *siempre que puedo, vengo*» (Gamboa *Páginas* [Col. 1998]); «*Vuelva siempre que pueda*» (BVallejo *Historia* [Esp. 1976]); **b)** Condicional, con el sentido de ‘con tal de que’. El verbo va siempre en subjuntivo: «*Puedes pescar cuanto quieras, siempre que nos entregues toda la pesca*» (Torbado *Peregrino* [Esp. 1993]); cfr. <http://lema.rae.es/dpd/?key=siempre>



por lo tanto, de una mera exhortación, sino que en *todos los casos* y en *todas las ocasiones* la mujer debe ser la misma.

Ante el panorama de notable complejidad y controversia a nivel internacional, recientemente el Comité de Bioética de España<sup>17</sup>, ha elaborado un informe de noventa y dos páginas, sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, partiendo del actual estado de la cuestión, donde se exponen los principios y razones que consideran fundamentales a la hora de sustentar una posición coherente sobre la práctica de la maternidad subrogada. El motivo que les ha llevado a presentarlo es el de “contribuir al debate ciudadano sobre un asunto que no solo repercute sobre las personas directamente afectadas (los niños fruto de esta práctica, las mujeres gestantes, los comitentes y en su caso los donantes de gametos) sino también sobre el conjunto de la sociedad, en la medida en que nos lleva a replantearnos el modo en que debe ordenarse la procreación humana y las consiguientes relaciones de filiación”.

Pasemos ahora al comentario de la sentencia.

## II. COMENTARIO

1. En el Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, resuelto por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, dos sociedades conyugales, la primera conformada por el señor F.D.N.R y la señora, A.N.B.V, y la segunda por el señor F.C.L.S y la señora E.B.R.U, interpusieron, en su favor y en el de los menores L.N.N.R y C.D.N.R una demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identidad y Registro civil (RENIEC), que fue declarada fundada, ordenando que se inscriban como padres, al padre biológico y a su esposa, que no aportó ningún material genético, por lo que se reconoce como madre de las dos criaturas, a quien contrató el “vientre de alquiler”, con el aporte de una donante anónima de óvulos, para la gestación.

2. Los esposos F.D.N.R y A.N.B.V, contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005 y ante la imposibilidad de que la mujer quedara embarazada, decidieron acudir a las técnicas de fecundación *in vitro*, y en concreto, a la técnica del *útero subrogado*. Con el consentimiento

---

<sup>17</sup> El día 19 de mayo de 2017

de los esposos F.C.L.S y E.B.R.U, el semen de F.D.N.R más el óvulo de una donante anónima, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la señora E.B.R.U, suscribiendo un acuerdo privado de útero subrogado. En los hechos no se menciona que, a cambio de los niños, hubiera de por medio el pago de alguna cantidad de dinero a la gestante, como suele ser lo frecuente en estas prácticas de maternidad subrogada, por lo que entendemos que no lo hubo, por lo que los fines de la misma fueron meramente altruistas. Tampoco conocemos el perfil de la donante de los óvulos, cual ha sido la motivación de su decisión, ni sabemos si reciben alguna compensación por parte de los comitentes, que sería de ¿tipo retributivo? o ¿más bien de tipo resarcitorio? El anonimato de las donaciones nos impide conocerlo.

En noviembre del 2015 nacieron los menores L.N.N.R y C.D.N.R, y el médico tratante consignó como madre a E.B.R.U –la madre subrogada-, y como padre al señor F.D.N.R, quien aportó el espermatozoides, debido a que se aceptó la declaración de ésta de que su esposo, F.C.L.S, no era el padre de los niños.

Se dio inicio a dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el señor F.D.N.R solicitó que se le declare como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la señora A.N.B.V, su esposa, solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación. Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

De una parte, los demandantes fundamentan su demanda en el derecho a la identidad de los menores y el principio del interés superior del niño.

Por otra, en la contestación a la demanda RENIEC señala que la señora A.N.B.V no acredita vínculos filiales ni biológicos con los menores por lo que, siendo una filiación de hechos no biológicos, debería emplear el mecanismo de la adopción. Asimismo, alega que la parte demandante no habría interpuesto recurso impugnativo alguno en sede administrativa y, finalmente, sostiene que la parte demandante no está solicitando el reconocimiento de un derecho ya adquirido o reconocido o el cumplimiento de un mandato legal y administrativo,



sino que se le reconozca un derecho que, a su juicio, le corresponde y que no es posible ejercitarlo.

3. El considerando tercero de la sentencia recoge la excepción presentada por RENIEC de falta de representación de la demandante, A.N.B.V, con respecto a los menores, porque conforme a la ley vigente no tiene la representación legal, conforme al artículo 419, y el inciso 6) del artículo 423 del Código procesal civil, ni ostenta la patria potestad por lo que carece de toda forma legal de representación. Asimismo, el demandante F.D.N.R no ha reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales, de acuerdo a lo previsto en el artículo 388° del Código Civil, razón por la que tampoco sería representante legal de los menores. En el mismo sentido, el demandante F.C.L.S., que, si bien, tiene la presunción de paternidad a la que se refiere el artículo 361° del Código Civil, tampoco ha actuado de conformidad con el artículo 388° del Código civil, por lo que carece también de la potestad de representarlos. Aunque, los demandantes no tendrían la representatividad legal para demandar los derechos de los menores, precisamente lo que reclaman es que la actuación de RENIEC ha generado todo el conflicto. El juez considera que la demandante E.B.R.U, al amparo de la ley civil, tendría representación suficiente para acudir al proceso constitucional de amparo, al haber dado a luz a los menores.

El Juez rechazó la excepción puesto que aceptarla supondría que el Estado deje sin tutela a los menores por el hecho de haber nacido en estas circunstancias.

En cuanto a la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, el juez constitucional considera que existen motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa. Uno de ellos, es el agravio irreparable que se causaría si se agota la vía administrativa, pues se atentaría contra los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos, así como a la identidad e interés superior del niño. Como los menores están a cargo de F.D.N.R y A.N.B.V, y no existe un vínculo formal entre ellos, no pueden transitar libremente, ni viajar, incluso A.N.BV, al no vivir con los menores podría enfrentar cargos penales. Otro de los motivos que considera el juez, es que los demandantes F.C.L.S. y E.B.R.U (madre de alquiler) se ven permanente afectados en sus derechos fundamentales, sobre todo ésta última suspender sus actividades para asistir formalmente a los demandantes F. D. N. R. y A. N. B. V., en especial a esta última, cuando se requiera de la presencia de la madre de los menores, lo que sin duda afecta

su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la vida privada y familiar. De igual manera, el demandante F.C.L.S vería vulnerados sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada y familiar, porque en RENIEC su cónyuge E.B.R.U registra dos hijos fuera de matrimonio, por lo que obligarlos a acudir a la vía administrativa avalaría la continuidad irreparable en la aparente vulneración de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar. Por último, señala el juez que la regulación es exigua o casi inexistente con respecto a las formas aparentemente válidas de reproducción asistida. En ese sentido, no existe una vía administrativa que regule la situación que es objeto de esta controversia y por tanto no puede exigirse a los administrados que culmine una vía administrativa inexistente. Por esos fundamentos, las excepciones deducidas deben ser desestimadas.

4. Las cuestiones jurídicas que se plantea el Juzgado son las siguientes: a) Si la señora A. N. B. V debe ser considerada como madre de los menores, ordenando al RENIEC la respectiva rectificación del acta de nacimiento y si b) el señor F. D. N. R. debe ser considerado padre de los menores, procediendo al respectivo reconocimiento.

¿Cuáles son los argumentos que utiliza el Juez Hugo Velásquez Zavaleta para declarar fundada la demanda de amparo?

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

De acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política: *"Todos tienen derecho a la protección de su salud"*.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas –ONU, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que *"ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva"* (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente; Observación General N° 22 del 2016, fundamento 6 y



10). De igual modo, el juez se apoya en dos sentencias de la Corte constitucional de Colombia (Sentencia T-375, 2016, fundamento 5 y Sentencia T-528 de 2014, fundamento 5.1):

*“... la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones [referidas al ejercicio de los derechos reproductivos] trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia”*

En efecto, la salud es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, pero la salud no puede definirse solamente desde un punto de vista unilateral, ya que parece existir solo en el contexto de la reproducción, tal como lo señala el juez, con el apoyo en textos de la ONU. El art. 7 de la Constitución es más amplio, no se ciñe solamente a la atención de la salud sexual y reproductiva, comprende la salud del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. Como bien sabemos, y en línea con lo que afirma Aparisi<sup>18</sup>, en relación a las nuevas tecnologías reproductivas se puede afirmar que el pensamiento que actualmente se engloba bajo el rótulo genérico de “ideología de género” ha propiciado, en los últimos años, el recurso a las mismas, en el contexto de los denominados “derechos sexuales y reproductivos”. No se procrea tras una relación sexual, fruto del amor de dos personas que se entregan y se perpetúan, sino que esa reproducción es, como ya se ha indicado, resultado de la técnica (se realiza sin acto sexual, en soledad, en la camilla de una clínica, etc.). Esta realidad ha dado lugar a un nuevo escenario, en el que ciertos términos como, por ejemplo, madres «de alquiler», madres «subrogadas», «bancos de esperma», crioconservación de embriones (,...) han irrumpido con fuerza. Como consecuencia de ello, se han introducido en el mercado variadas «ofertas» reproductivas en el marco de la «industria de la fertilidad» e, incluso, del denominado “turismo de la reproducción”. De esa manera, se reclama el reconocimiento de un derecho a la subrogación del vientre materno o, lo que es lo mismo, la posibilidad de llevar a cabo la gestación de un hijo propio o ajeno en el útero de otra mujer, previo acuerdo contractual remunerado en la mayoría de las ocasiones. Cuando media un lazo de parentesco o de amistad no suele haber una contraprestación, pero no deja de ser algo no tan deseable este tipo de formas de

---

<sup>18</sup> Aparisi Miralles, A., López Guzmán, J., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada” en *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/ 2<sup>a</sup>, pp. 255-256

“paternidad intencional”<sup>19</sup>, porque lo que importa es que el niño sea deseado y querido, y lo de menos es el tipo de familia en la que nazca; partiendo de esta premisa se pretende justificar el afán de tener descendencia a toda costa en situaciones muy variadas, como es nuestro caso, el vientre de alquiler. Estas intervenciones pueden responder a preferencias de estilos de vida. En cuanto se habla de los “derechos reproductivos”, podemos afirmar que es uno de los campos donde más se ha desarrollado la medicina a gusto del consumidor, al considerar que a toda costa hay un derecho a ser madre, utilizando como en el caso que nos ocupa un vientre de alquiler de una persona casada.

B) El juez se va a apoyar en los argumentos del caso *Artavia Murillo* y otros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. La Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que: “... *la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...*” (Caso *Artavia Murillo contra Costa Rica*, párrafo 143); “*el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología necesaria para ejercer ese derecho...*” (Párrafo 146). Según la Corte, “*el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona*” (párrafo 150).

---

<sup>19</sup> Aceprensa, n°85/11, 23 de noviembre 2011, “Las diversas formas de “paternidad intencional”. Y tú ¿cuántos padres tienes?



Como bien sabemos, en 1995 en Costa Rica se dio el Decreto Ejecutivo 24029-S, que regulaba las técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, dentro de las cuales se encontraba la fecundación *in vitro* para esposos, estableciendo las reglas para su realización.

En ese contexto, aparece la gran controversia que desencadena el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica. Ese mismo año de 1995, se presentó una acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ejecutivo 24029-S utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. Cinco años después, el 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica emitió la Resolución No.02306, sentencia que anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S. En la sentencia Artavia Murillo, Costa Rica adoptó la postura de que las tecnologías reproductivas y en concreto, la fecundación *in vitro*, debía prohibirse porque atentaban contra la vida y la dignidad del ser humano, al haber otorgado una protección absoluta al embrión. Además, la decisión buscaba proteger el derecho a la vida tal y como se regula en el artículo 4.1 de la Convención: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 28 de noviembre del 2012 declaró la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica, como consecuencia de la prohibición de las prácticas FIV, porque se vulneraron los siguientes derechos: a la vida privada y familiar, a formar una familia y a la igualdad, y declaró a Costa Rica responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos humanos (CADH), en perjuicio de nueve parejas costarricenses, que habían iniciado los procesos de fecundación *in vitro*.

El juez Velásquez Zavaleta, señala que “al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para—con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona- alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método (...) Si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción y, en su caso, para la formación de una familia, y, si más bien la normativa convencional sí reconoce tal alternativa

como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida, es decir, no existen razones para negar la condición de madre de la señora A.N.B.V y la condición de padre biológico de su esposo, que aportó los espermatozoides.

Más aún si se tiene en cuenta que la "madre" gestante (la madre genética es una donante de óvulos secreta, la señora E.B.R.U), está de acuerdo en que la señora A.N.B.V ejerza la condición de madre. De modo que no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores”.

En el tema del control de convencionalidad, estoy de acuerdo con Castillo Córdova, cuando apunta que la relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional sobre derechos humanos, no debe ser de jerarquía sino de armonización, que se logrará con éxito si se basa en la posición jurídica de la Persona como inicio y fin del Derecho.<sup>20</sup>

Respecto a los argumentos del juez, considero que no es aceptable que los “deseos de ser madre” cobren valor jurídico, por el libre consentimiento entre las partes, mediante la técnica de la gestación por sustitución. Hay que ser muy prudentes con los “contratos sexuales” y las nuevas cláusulas de los vientres de alquiler, por los peligros que conllevan en cuanto que se impedirá, en este caso, que los menores conozcan su origen e identidad, derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN). En este sentido, reconoce Nuño Gómez<sup>21</sup> que, “respecto a la teoría del libre consentimiento, un ser humano no puede considerarse una mercancía, ni los cuerpos de las mujeres nichos de un mercado deslocalizado que compra el óvulo en un país, en otro la gestación y en un tercero vende el “producto” resultante. Hay bienes que no se pueden comercializar por mucho que haya quien los compre o los desee. No podemos, por ejemplo, subastar al mejor postor nuestros órganos

---

<sup>20</sup> Castillo Córdova, L., “¿Estado convencional de Derecho?”, en Cuartas Jornadas sobre Derechos humanos, La Constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú, Mosquera, S. (coord.), Ed. Palestra, Lima, 2015, pp-61-63

<sup>21</sup> Nuño Gómez, L., “Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler”, en ISEGORÍA, Revista de *Filosofía moral y política*, n° 55, Madrid, julio-diciembre 2016, p. 690



(aunque salve una vida o dos) ni vendernos como esclavos si garantizan techo y comida o regalar la descendencia a unos vecinos/as responsables, cariñosos y amables. El consentimiento es, en estos casos irrelevante”.

Ahora bien, del mismo modo que lo plantea RENIEC -que la llamada “maternidad subrogada” estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud- considero que no es acertado el argumento del Juez en cuanto a que “no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores, y lo único que puede afirmarse es que el artículo 7 de la Ley General de Salud no regula más supuestos que la madre gestante comparta carga genética con su bebé”. Líneas arriba he comentado el significado de “siempre que la madre gestante coincida con la madre biológica”. Reitero que no se trata de una mera exhortación del legislador sino de regular cómo debe operar la fecundación *in vitro*, excluyendo a los vientres de alquiler.

El juez resalta “que considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde puede ser aplicable las TERAs, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas”. Ya he afirmado que este tipo de contratos sexuales, con las cláusulas de maternidad subrogada, son nulos en nuestro Derecho, se produce una evidente “cosificación” de las realidades implicadas (¿la mujer es utilizada como una simple vasija o incubadora?, ¿el niño es considerado el objeto del contrato?), cuya naturaleza es claramente personal, afectando claramente a la dignidad humana, además de consentir en la renuncia a la filiación materna, a favor de los contratantes. En realidad, más que referirnos a un “alquiler”, lo que se da efectivamente es un encargo, un mandato para la fabricación de los embriones que se transfieren al útero para su gestación y desarrollo, posterior parto y entrega de los niños a los comitentes.<sup>22</sup>

Al lado de estos razonamientos, el juez se apoya en el criterio de la Corte Suprema de Justicia, con la Casación N° 563-2011-Lima, “en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la

---

<sup>22</sup> Sanciónena Asurmendi, C., “Padres a la carta, hijos por encargo, y madres de alquiler”, en The Family Watch, Escritos jurídicos, 4/2014

esposa no aportó carga genética, ni gestó al menor. Por tanto, para este Juzgado no quedan dudas que al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido”.

La Casación está referida a un caso de Adopción por excepción<sup>23</sup>, pero que tiene como base un caso de maternidad subrogada, y en la decisión no se hizo ninguna mención sobre la validez de la misma, aunque como ya lo he advertido, está prohibida por el mencionado art. 7° de la Ley General de Salud. La Corte Suprema resuelve este enrevesado caso solamente desde el punto de vista de la adopción, dejando de lado la oportunidad de manifestarse sobre los contratos o acuerdos sobre los vientres de alquiler, y las consecuencias que de ellos se derivan. Vuelvo a reiterar que, a través de los mencionados contratos, tanto a título gratuito como oneroso, se vulneran principios fundamentales en nuestro Derecho, recogidos en normas Constitucionales (artículos 1, 2.1 y 4) y en tratados internacionales reconocidos en nuestro país, como la Convención de los Derechos del Niño; se incurre en la nulidad del acto jurídico, por causa ilícita y por contravenir el artículo V del Título Preliminar del Código civil; asimismo, como ya lo advertimos, se deja sin efecto el principio romano, que rige en nuestro Derecho civil, el de *mater semper certa est*. Si bien es cierto que la nulidad constituye una sanción civil al contrato de gestación por sustitución, vemos que no es suficiente para evitar la celebración de los mismos, sino que es imperativo que tanto las conductas de las partes intervinientes como la de los centros médicos que promueven y actúan como intermediarios en la realización de las técnicas de fertilización, sean castigadas con otro tipo de penas, por ejemplo, administrativas. A pesar de que no exista en nuestro país sanción penal para las personas que participan en un contrato de maternidad subrogada, considero que se incurre en los delitos contra el estado civil de las personas, regulado en el artículo 145 del Código penal<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> De la Fuente Hontañón, R., “La Persona como *fons omnis iuris*”, en Revista Persona y Derecho, Vol. 74/2016, 1, Pamplona, p. 335, donde realizo un comentario a la sentencia que menciona el Juez,

<sup>24</sup> Art.145 del Código penal: El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.



C) El derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad: Argumenta el Juez que “si bien las TERAs no están prohibidas, **su empleo solo es posible** cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad, asunto proscrito por el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado”.

Pero se contradice el Juez, ya que la familia que está reconocida constitucionalmente es la prevista en el artículo 4°, si bien también está regulado el concubinato en el artículo 5°. Y de esa familia debemos hablar, que junto con el matrimonio el Estado peruano reconoce como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. Es ahí de donde deben venir los hijos. El niño debe estar arraigado en la familia como el pez en el agua, y debe ser considerada como el lugar nativo del amor<sup>25</sup>, donde a cada ser humano se le quiere por lo que es y no por lo que tiene.

En el presente caso, desde el punto de vista ético es muy cuestionable el nacimiento de los menores a través del vientre de alquiler de persona casada, sobre la base de que no todo lo que se puede hacer se debe hacer. ¿Estas técnicas implican infidelidad? ¿La filiación que se le otorgue a los menores es la de hijos extramatrimoniales? ¿eso es lo que se quiere? Parece que no.

D) El interés superior de los menores. Argumenta el juez que “se debe tener en cuenta que la señora A. N. B. V desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores”

El interés superior del menor es aplicado en nuestro ordenamiento, tal y como establece el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales,

---

<sup>25</sup> En palabras del teólogo Fernando Ocáriz.

las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Como ha quedado dicho, en muchas ocasiones la subrogación gestacional se entiende como un capricho de adultos, donde lo que prima es el deseo de ser padres a toda costa. Podemos objetar cómo se tratan con estas técnicas artificiales, a los “otros niños”, a los embriones superfluos que se descartan, o los que quedan congelados para siempre, o los concebidos, como en el caso que nos ocupa con gametos de donantes anónimas que nunca conocerá su historial genético. ¿Se cuida el interés superior del niño cuando lo consideramos como un producto? Me parece acertado lo que ha hecho Italia, les ha retirado los niños a los compradores y los ha dado en adopción a otras personas. En el caso examinado, la adopción hubiera sido una posibilidad óptima para los esposos que no podían tener hijos, como una figura prevista en nuestro Código civil, y da data antigua, que ya el Derecho romano previó para dar a una familia un hijo que continuara con el patrimonio familiar. En la adopción al hijo se le da una familia, en el vientre de alquiler es a la familia a la que se da un niño. En efecto, hay parejas que tienen un gran deseo de paternidad, pero el deseo no crea el derecho a la paternidad.

### III. REFLEXIONES FINALES

El cuerpo humano no puede ser objeto de comercio. Los hijos concebidos en un “vientre de alquiler” se encuentran con que su madre legal no es ni su madre genética, ni su madre gestante, y además que el derecho no les permite conocer la identidad de la madre genética porque las donaciones de óvulos son anónimas. Consideramos que no es deseable para los niños verse en esa situación, en la que son sus propios padres quienes les hurtan el conocimiento de sus orígenes biológicos. Aunque la Ley General de Salud, en su artículo 7, prevea que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, *siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona*, no es lícita la producción de embriones humanos para investigación y experimentación. De igual modo, no es lícita la utilización de embriones humanos, a veces producidos a tal efecto, todavía vivos como material biológico abastecedores



de órganos y tejidos para trasplantar. Asimismo, es ilícito el descarte de embriones sobrantes o supernumerarios, e ilícita la crioconservación de embriones humanos. Con la reproducción asistida, y en particular con la “maternidad subrogada” se favorecen los intereses económicos de muchas clínicas y otros centros especializados que se dedican a este negocio, y que consideran al *embrión como un objeto de propiedad*. De acuerdo al artículo V del Título Preliminar del Código civil, el contrato de maternidad subrogada será nulo. La regulación del Derecho de personas en nuestro Código civil, en la Constitución y en otras leyes especiales, con marcado acento personalista, debe conducir a afirmar y proteger el derecho a la vida del *nasciturus* en nuestro Derecho. El Derecho civil debe mantener su orientación humanística en cuanto a la protección jurídica de la persona, desde el momento de la concepción hasta su fin natural. No existen seres humanos que no sean personas. Ser persona no es una cualidad accidental del ser humano. Conviene seguir reflexionando sobre la unicidad del cuerpo humano, sobre la irrepitibilidad del individuo, sobre la insustituibilidad real de los seres. Por último, la Jurisprudencia tiene una función esencial en cuanto intérprete de la Constitución y del Código civil para resolver nuevas situaciones y necesidades que la realidad social va creando, en el mundo globalizado en el que nos encontramos.