

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**UPAGU**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA CONSIDERAR A LA GESTACIÓN  
POR SUSTITUCIÓN COMO ACTO DE LIBRE DISPOSICIÓN DEL  
PROPIO CUERPO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

**POR**

**Julisa Magaly Marín Huamán**

**María Nila Quispe Pérez**

**ASESOR**

**MG. Otilia Loyita Palomino Correa**

**Cajamarca – Perú**

**Julio – 2021**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA CONSIDERAR A LA GESTACIÓN  
POR SUSTITUCIÓN COMO ACTO DE LIBRE DISPOSICIÓN DEL  
PROPIO CUERPO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el  
Título Profesional de Abogado**

**Bach. Julisa Magaly Marín Huamán**

**Bach. María Nila Quispe Pérez**

**Asesor: Mg. Otilia Loyita Palomino Correa**

**Cajamarca – Perú**

**Julio – 2021**

COPYRIGHT © 2021 DE

**Julisa Magaly Marín Huamán**

**María Nila Quispe Pérez**

Todos los derechos reservados

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA CONSIDERAR A LA GESTACIÓN  
POR SUSTITUCIÓN COMO ACTO DE LIBRE DISPOSICIÓN DEL  
PROPIO CUERPO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

Presidente: Christian Fernando Tantaleán Odar  
Secretario: Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla  
Asesor: Mg. Otilia Loyita Palomino Correa

## **DEDICATORIA**

A Dios por iluminar mi camino.

A mis padres Quirino y Betty por su apoyo incondicional durante todos estos años académicos.

A mis hijas Naomi y Camila por ser quienes me inspiraron para cumplir con mi meta y seguir esforzándome cada día.

Julisa Magaly

A Dios por haberme dado la vida y la salud para culminar con este gran sueño.

A mi padre Enemecio y a mi madre Santos por siempre haber confiado en mí y apoyado a pesar de las caídas en mi vida.

A mi hermano Salatiel y a mi esposo David por su apoyo incondicional,

A mi hija Tania por ser el motor y motivo en mi vida.

María Nila

## **AGRADECIMIENTO**

En primer lugar, agradecemos a Dios por iluminarnos y protegernos en este trayecto, a nuestros padres por brindarnos su apoyo económico y moral, a los maestros de la universidad por su paciencia y sus enseñanzas que fueron nuestro hilo conductor de sabiduría en esta etapa de nuestra vida, a nuestra asesora Loyita Palomino por sus consejos y por habernos apoyado durante la investigación de nuestra tesis.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>i</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>ii</b>
<b>ÍNDICE DE TABLA .....</b>	<b>vi</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>vii</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>viii</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
1.1. Planteamiento del Problema .....	3
1.1.1. Descripción de la realidad problemática .....	3
1.1.2. Definición del problema .....	5
1.1.3. Objetivos .....	5
1.1.4. Justificación e importancia .....	6
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>9</b>
2.1. Antecedentes teóricos .....	9
2.2. Evolución histórica de la gestación por sustitución .....	11
2.3. Teorías que sustentan la gestación por sustitución .....	16
2.3.1. Teoría de la contribución genética .....	16
2.3.2. Teoría de la preferencia genética .....	16
2.3.3. Teoría de la intención .....	17
2.4. Marco jurídico de la gestación por sustitución en el derecho comparado ...	17
2.4.1. Legislación de México .....	18
2.4.2. Legislación de Uruguay .....	21
2.4.3. Legislación de Argentina .....	22
2.4.4. Legislación de Chile .....	23
2.4.5. La regulación de la gestación por sustitución en la legislación peruana	26
2.4.6. Efectos positivos y negativos de su futura incorporación de la gestación por sustitución al ordenamiento jurídico peruano .....	28

2.5.	Marco conceptual.....	30
2.5.1.	Definición de la gestación por sustitución .....	30
2.5.2.	Padres intencionales o comitentes .....	33
2.5.3.	Acto de libre disposición.....	34
2.5.4.	Mujer gestante subrogada .....	36
2.5.5.	Tipos de gestación por sustitución.....	37
2.5.6.	Autonomía personal.....	39
2.6.	Hipótesis.....	40
<b>CAPÍTULO III</b>		
<b>METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN .....</b>		<b>44</b>
3.1.	Tipo de investigación.....	44
3.2.	Diseño de investigación .....	44
3.3.	Área de investigación.....	44
3.4.	Dimensión temporal y espacial .....	45
3.5.	Unidad de análisis, población y muestra.....	45
3.6.	Métodos.....	45
3.6.1.	La hermenéutica jurídica.....	45
3.7.	Técnicas de investigación .....	46
3.8.	Instrumentos .....	46
3.9.	Limitaciones de la investigación .....	46
<b>CAPÍTULO IV.....</b>		<b>47</b>
4.1.	Casos peruanos relevantes de gestación por sustitución.....	47
4.2.	Fundamento jurídico de ser un acto de libre disposición del propio cuerpo.....	72
4.2.1.	Regulación jurídica de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo, en el derecho comparado y nacional....	73
4.2.2.	Definición de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo.....	83
4.3.	Fundamento jurídico de ser un acto humanitario .....	85
4.4.	Efectos positivos y negativos de su posible regulación en el ordenamiento jurídico peruano .....	88



4.5. Propuesta normativa que modifique el artículo 7 de la ley General de Salud y el artículo 6 del Código Civil.....	94
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>97</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>99</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>100</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>107</b>

## ÍNDICE DE TABLA

<b>Tabla 1:</b> Efectos de la gestación por sustitución .....	29
<b>Tabla 2:</b> Operacionalización de variables .....	42
<b>Tabla 3:</b> Casos importante de gestación por sustitución .....	47
<b>Tabla 4:</b> Comparación de legislaciones.....	74
<b>Tabla 5:</b> Propuesta normativa que modificaría a la Ley general de la Salud .....	94
<b>Tabla 6:</b> Propuesta para modifica artículo del código civil.....	95

## RESUMEN

La gestación por sustitución no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, lo que no ocurre en la mayoría de los países en donde esta figura tiene amparo legal; sin embargo, en nuestro medio, muchas parejas con infertilidad se someten al procedimiento de la gestación por sustitución, es por ello, que en la presente tesis respondemos a la interrogante ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para considerar a la gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en la legislación peruana? Gracias al Método de la hermenéutica jurídica, se pudo realizar esta investigación que, por su naturaleza, puede considerarse dogmática filosófica. Se ha cumplido con a) Analizar la regulación jurídica de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo en el derecho comparado, b) Analizar la regulación jurídica nacional de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo en el derecho nacional, c) Comprender la definición de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo, d) Comparar los efectos positivos y negativos de su posible regulación en el ordenamiento jurídico peruano. Finalmente se sostiene que los fundamentos jurídicos para considerar a la gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en nuestra legislación peruana se fundamentan en la manifestación de voluntad y en la autonomía que tiene la gestante subrogada, para llevar a cabo un embarazo subrogado con un fin netamente altruista y humanitario, hacia las parejas que padecen de imposibilidad genética o adquirida para formar su familia.

**Palabras claves:** gestación por sustitución, gestante subrogada, padres intencionales, embarazo subrogado, imposibilidad genética o adquirida.

## **ABSTRACT**

The gestation by substitution is not regulated in our legal system, which does not happen in most countries where this figure has legal protection; However, in our midst, many couples with infertility undergo the procedure of the gestation by substitution, is that's why that, in the present thesis we answer to the question.

¿What are the legal fundamentals to consider to the gestation by substitution as an act of free disposition of the body itself in the Peruvian legislation? Thanks to the method of legal hermeneutics, it was possible to carry out this research that, by its nature, can be considered philosophical dogmatic. Has been fulfilled with a) Analyze the legal regulation of gestation by substitution and the acts of free disposition of the body itself in comparative law, b) Analyze the national legal regulation of gestation by substitution and the acts of free disposition of the body itself in national law, c) Understand the definition of the gestation by substitution and the acts of free disposition of the own body, d) Compare the positive and negative effects of its possible regulation in the Peruvian legal system. Finally, it is held that, the legal fundamentals to consider to the gestation by substitution as act of free disposition of the body itself in our Peruvian legislation are based on the expression of will and in the autonomy that the surrogate pregnant has, to carry out a surrogate pregnancy with a purely altruistic and humanitarian purpose, towards couples who suffer from genetic or acquired inability to form their family.

**Key Words:** gestation by substitution, surrogate pregnant, intentional parents, surrogate pregnancy, genetic or acquired inability.

## **CAPÍTULO I**

### **INTRODUCCIÓN**

La gestación por sustitución es un tema que genera polémica en nuestra sociedad, así como en el ámbito jurídico. La evolución de esta figura ha sido de manera progresiva que a la fecha es utilizada con mayor frecuencia, debido a que, en los últimos años muchas parejas con el ánimo de ser padres y de cumplir su sueño de formar una familia han recurrido a las técnicas de reproducción asistida, muchas veces con resultados exitosos y otras con resultados negativos, truncándose la posibilidad de convertirse en padres.

Estas Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) está regulada en el artículo 7 de la Ley General de Salud N°- 26842 en donde, reconoce el derecho de toda persona para recurrir al tratamiento de su infertilidad y poder procrear mediante las Técnicas de Reproducción Asistida; sin embargo, este dispositivo normativo no debe ser interpretado de manera literal, toda vez que, esto implicaría la restricción y vulneración del derecho a formar una familia a parejas con discapacidad para procrear, teniéndose en cuenta que en el artículo 4 de la Constitución Política de 1993 el Estado y la comunidad protegen a la familia, además el Estado tiene el deber de difundir y promover la paternidad y maternidad responsables así como se prohíbe toda mención sobre la naturaleza de la filiación de los menores en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad artículo 6 de la Constitución Política.

Tras varios intentos de embarazos fallidos de los métodos de las Técnicas de Reproducción Asistida muchas parejas recurren al procedimiento de la técnica de gestación por sustitución para formar su propia familia y para convertirse en

padres, “la gestación por sustitución es un método de reproducción asistida que resuena con fuerza en la época contemporánea, principalmente debido a que tiene lugar en las sociedades del siglo XXI” (Mota y Ruiz 2020, p. 6).

En la realidad local cabe notar que no existe ninguna regulación jurídica sobre la gestación por sustitución, entendiéndose a esta figura según el Informe Warnock de Reino Unido citado por Lamm (2013, p. 23) quien ha definido a la gestación por sustitución como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”. Con este trabajo de investigación pretendemos dar un alcance sobre su posible regulación de la gestación por sustitución en la legislación peruana considerándose al cuerpo de la gestante subrogada como un acto de libre disposición y con un fin altruista y humanitario.

En la presente investigación se analizó la forma de la regulación de la gestación por sustitución en otros países, así como, los requisitos que se requiere para la mujer que va a prestar su vientre para un embarazo subrogado; tomándose en cuenta la manifestación de voluntad de la gestante subrogada. Esto nos ha permitido analizar la autonomía personal, la disposición del propio cuerpo de la gestante subrogada, así como, los efectos positivos y negativos que tendría la gestación por sustitución una vez regulada en nuestro sistema jurídico. Al existir varios casos de este nuevo método de las técnicas de reproducción asistida, en donde mediante sentencia se les reconoce la maternidad y paternidad a la pareja que recurrieron a este procedimiento.

Los datos obtenidos están presentes en el capítulo final en donde se plasmó la información recopilada gracias al acceso de documentos a través de la internet sobre gestación por sustitución.

## **1.1. Planteamiento del Problema**

### ***1.1.1. Descripción de la realidad problemática***

La Familia como célula fundamental de la sociedad, es el pilar sobre la cual se desarrollan los valores en la formación de sus integrantes. Asimismo, la familia como institución es de suma importancia puesto que, sobre ella se construye una sociedad jerárquicamente organizada y sobre la cual se realizan grandes escenarios de afecto, unidad, progreso, aspiraciones y logros de sus integrantes, es por ello que, se encuentra amparada por nuestra Carta Magna de 1993, inclusive, Varsi (2011) sostiene que:

La familia encuentra su esencia en la propia naturaleza. De todos los grupos humanos es el más natural, la más antigua e importante. No la crea el hombre ni por decisión ni interés. La familia brota espontáneamente de los hábitos humanos. Las personas precisan vincularse entre sí, compartirse a fin de conjugar intereses y lograr objetivos comunes. El primer indicio de la familia surge cuando el hombre demanda de otros para satisfacer sus requerimientos básicos, domésticos, aquellos que requiere día a día. Y es a través de la familia que encuentra ayuda, compañía, aliento e integración (p. 12).

De ello, se puede inferir que la familia como institución es la más antigua toda vez que ésta preexiste al Estado y, sobre la cual todos sus miembros se desenvuelven, se desarrollan y alcanzan sus metas teniendo como base a sus

padres quienes les brindan afecto, cariño, seguridad y confianza y sobre todo su apoyo incondicional.

Sin embargo, la sociedad es dinámica y cambiante, por lo tanto, el derecho no puede ser ajeno a aquellos nuevos acontecimientos o hechos sociales que emergen de la sociedad, debiendo estos necesariamente ser regulados por el derecho, con la finalidad de que estos nuevos hechos sociales no atenten contra las buenas costumbres. No obstante, la familia como institución preexistente al Estado no ha sido ajena a estos cambios, puesto que, con el avance de la ciencia y de la tecnología se ha desarrollado otros métodos de procreación para prolongar la especie humana de manera que, no solamente sea de la unión natural de los progenitores, sino que también pueda prolongarse nuestra especie con la intervención de terceros. Pero con la llegada de las famosas TERAs (Técnicas de Reproducción Asistida), muchas parejas que no tenían ninguna posibilidad de procrear sus hijos vieron su oportunidad para formar su propia familia ya sea que, la pareja aporta su material genético de manera total, parcial o nada, las TERAs fue, es y será la solución para todas las parejas que sufren de esterilidad, para constituir su familia.

En las últimas décadas, surge como nuevo método de técnicas de reproducción asistida. La gestación por sustitución, es una figura que genera una problemática tanto social como jurídica, respecto a la primera podemos indicar que existe un rechazo social, ya que va en contra de las buenas costumbres y respecto a la segunda estaría en contra de la normatividad peruana toda vez que, se considera madre a la mujer que alumbró un hijo y no a la mujer que gesta el hijo de otra para que a través de ella pueda ser madre. En nuestro ordenamiento



jurídico peruano no se encuentra regulada esta figura, por lo que nos encontramos ante un limbo legal; sin embargo, pese a su prohibición muchas mujeres peruanas a través de la internet ofrecen su vientre a cambio de dinero. Cabe mencionar, que toda persona que se encuentre imposibilitada para procrear sus propios hijos puede recurrir a las Técnicas de Reproducción Asistida; sin embargo, la ley general de salud no regula la gestación por sustitución como un método de Técnicas de Reproducción Asistida.

Si bien es cierto, la figura de la gestación por sustitución genera mucha controversia en nuestro ordenamiento jurídico por lo ya indicado en las líneas precedentes; sin embargo, este nuevo método de las TERAs debería ser regulado como un acto de libre disposición del propio cuerpo de la mujer en nuestra legislación peruana, ya que será esta mujer la que va a prestar su vientre hasta el nacimiento del concebido de manera voluntaria y espontánea, la cual nace de su propia autonomía sin injerencia de algún tercero que interfiera en su decisión. En cuanto a la regulación de esta figura, es necesario para que no se deje desamparadas a las personas intervinientes en la gestación por sustitución, sino que ambas partes tengan una protección jurídica.

### ***1.1.2. Definición del problema***

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para considerar a la gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en la legislación peruana?

### ***1.1.3. Objetivos***

#### **a) Objetivo general**

Determinar los fundamentos jurídicos para considerar a la gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en la legislación peruana.

#### **b) Objetivos específicos**

Analizar la regulación jurídica de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo en el derecho comparado.

Analizar la regulación jurídica de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo en el derecho nacional.

Comprender la definición de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo.

Comparar los efectos positivos y negativos de su posible regulación en el ordenamiento jurídico peruano.

Formular una propuesta normativa que modifique el artículo 7 de la ley General de Salud y el artículo 6 del Código Civil.

#### ***1.1.4. Justificación e importancia***

Esta investigación se justifica en la medida que en nuestro ordenamiento jurídico no se regula la gestación por sustitución, por lo que resulta interesante consultar con las legislaciones de otros países respecto a la regulación normativa de esta figura, que no solo está presente en la vida jurídica de algunos países de Latinoamérica sino también en otros países del mundo. Sin embargo, también aportará a la teoría del derecho en cuanto a la regulación de este nuevo método de

reproducción asistida. La gestación por sustitución es abordada desde varios enfoques jurídicos no solamente local, nacional sino también internacionalmente ha sido objeto de muchas tesis de investigación. No obstante, en países como Uruguay ya cuenta con una ley que regula esta figura, por su parte Argentina, regula esta figura mediante una Disposición normativa que aplica solamente para la ciudad autónoma de Buenos Aires, del mismo modo, en México se encuentra regulado en dos de sus Estados: Tabasco y Sinaloa. En estos países la gestación por sustitución ya es legal.

Es importante que la sociedad peruana tome conciencia del verdadero significado de la gestación por sustitución, toda vez que ayudará a constituir su propia familia a parejas que tienen imposibilidad genética o adquirida y, que esta figura jurídica pueda aplicarse sin hacer ningún distingo de las clases sociales, puesto que, beneficiará a hombres y mujeres que tienen una imposibilidad natural o adquirida que les impide ser padres y madres para formar su añorada familia. Asimismo, esta investigación resulta importante, toda vez que, evitará el uso indiscriminado del vientre de una mujer para llevar a cabo varios embarazos subrogados.

Finalmente, también nuestra investigación se justifica en la medida que proyectará una propuesta normativa que modifique el artículo 7° de la Ley General de Salud y el artículo 6 del Código Civil, toda vez que, protegerá al recién nacido, a la madre gestante subrogada y a los padres intencionales o comitentes con la finalidad de evitar abusos por ambas partes intervinientes, y garantizando el principio superior del niño, así como el derecho a su identidad. La regulación jurídica de la gestación por sustitución en la legislación peruana,

permitirá controlar embarazos en serie, así como prohibiendo el lucro económico de la misma. Evitando de esta manera que la mujer se considere como un medio económico, así como el menoscabo de su integridad física.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

Para la presente investigación respecto de la gestación por sustitución, se encontró varias tesis que abordan esta figura desde distintos enfoques normativos, y como antecedentes hemos considerado los siguientes:

#### **2.1. Antecedentes teóricos**

Interesa iniciar en esta sección mencionando de forma directa el análisis que hacen Arce y Salazar (2019) en su tesis para optar el Título Profesional de Abogado titulada “Consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano”, planteando la siguiente interrogante ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano? Para ello, los autores señalan que se debe optar por la figura de la adopción y no forzarse a la regulación de una figura con discutibles consecuencias jurídicas, así llegan a la siguiente conclusión:

Las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano son la vulneración del principio del interés superior del niño, en donde los órganos jurisdiccionales, que están involucrados, con los derechos de los menores, tienen un rol fundamental, porque por encima de las normas materiales, está el interés superior del niño (p. 136).

La gestación por sustitución o maternidad subrogada no es cierta, toda vez que no se vulnera el principio del interés superior del niño, puesto que, lo que se

busca es que el niño tenga una familia; es decir, alguien que lo desea de corazón para darle amor, protección, educación, etc.

También es necesario mencionar la investigación del autor Rojas (2020) que en su tesis para optar el Título Profesional de Abogado, de título “Incorporación Legal de la Maternidad Subrogada, para garantizar la Consolidación de la Institución Familiar en el Perú”, plantea la siguiente interrogante ¿Es necesaria la incorporación legal de la figura de la maternidad subrogada para garantizar la consolidación de la institución familiar en el Perú? llegando a la conclusión que esta técnica de reproducción humana asistida puede ser:

Concebida como una alternativa de solución a los problemas de infertilidad o de otros problemas fisiológicos que enfrentan las mujeres al momento de querer procrear de manera tradicional, problemas que en más de una oportunidad acarrearán a que se le ocasione un daño psicológico por parte de la sociedad mediante comentarios fuera de lugar y/o en el peor de los casos puede ser considerado como una de las causas de separación en las parejas ya que el hombre al no poder procrear con su esposa toma como camino más fácil el separarse de ella; es por eso que mediante la regulación de esta técnica de procreación se busca consolidar a la familia como tal dentro de la sociedad para que se pueda cumplir con uno de los deberes primordiales del Estado peruano, el mismo que es la promoción y protección de la familia como institución social (p. 61).

De esta conclusión se puede colegir la importancia de la regulación de la gestación por sustitución y/o maternidad subrogada en nuestra legislación, puesto

que, ayudará a aquellas parejas cuyo problema es su infertilidad, y de esa manera poder formar su propia familia.

A nivel internacional, también se tiene como antecedente a la investigación de la autora Salazar (2018) en su trabajo de Titulación, previo a la obtención del Título de Abogada “La filiación y la maternidad subrogada” plantea la siguiente interrogante, ¿De qué manera incide la filiación en los casos de maternidad subrogada? Por consiguiente, llega a la siguiente conclusión que:

El derecho a la filiación es la relación jurídica que se determina entre un hijo y su padre, de este se generan una serie de derechos y obligaciones, motivo por el cual es necesario que se instaure como un medio de filiación en el Código Civil ecuatoriano los niños que nacen por la técnica reproductiva de maternidad subrogada (p. 80).

Del texto citado podemos inferir que la filiación de un niño nacido mediante la gestación por sustitución su registro en la RENIEC, corresponde a sus padres intencionales. Es decir, que ahora no solamente se considera padre al progenitor sino también al que tiene la intención de ser padre quien en buena cuenta vendría a ser el padre legal del menor a quien reconocerá como hijo suyo.

## **2.2. Evolución histórica de la gestación por sustitución**

La gestación por sustitución es una práctica que se viene dando en la sociedad desde tiempos muy antiguos, como a continuación se indican los casos más relevantes de la historia.

La práctica de la mujer que tiene un hijo para luego entregárselo a otra mujer para que ejerza la maternidad, no es una novedad en la historia, ni tampoco era necesario esperar el desarrollo de la tecnología para que esta práctica sea posible, considerando así, que en el Antiguo Testamento se encuentra dos casos realmente famosos sobre esta figura. El primer caso está registrado en la Santa Biblia de Reyna (1960) en el libro de Génesis capítulo 16 se puede apreciar que Sara, la mujer de Abraham, quien no pudiendo tener hijos ofreció su esclava Agar a su esposo para que tuviera descendencia por medio de ella; el segundo caso se encuentra registrado en el mismo libro de Génesis capítulo 30 del Antiguo Testamento, en donde Raquel, la esposa de Jacob, quien no podía tener hijos, la cual también entregó a su esclava Bilhá a su esposo, para que a través de ella pudiera tener un hijo con su esposo. De esa manera se puede evidenciar que las mujeres infértiles ya venían utilizando este método desde muy antaño.

En la actualidad la principal novedad que aporta la tecnología para hacer uso de esta figura, consiste en que las mujeres gestantes subrogadas no tienen que mantener relaciones sexuales con el padre genético como en los tiempos bíblicos se realizaba, mientras que ahora este procedimiento de la gestación por sustitución se realiza a través de la inseminación artificial en el cuerpo de la mujer gestante subrogada.

Según López (2015) el primer caso se dio en Estados Unidos en el año 1986, año en que nace la primera bebé mediante este procedimiento a la cual se le denominó “Baby M”, pero un año antes de su nacimiento, específicamente en el año 1985 la señora Whitehead firmó un contrato con el señor William Stern, donde la señora Whitehead renunciaba a sus derechos como madre de la bebé cediendo la



custodia a la familia Stern. Tiempo después fue inseminada con el esperma de William Stern, producto de ello nació una hermosa bebé que Whitehead quiso que dársele no queriendo entregarlo a sus padres, pero el juez falló a favor de los padres legales, por lo que consideró que el contrato que se había firmado era legítimo otorgándole la custodia a la familia Stern.

El segundo caso registrado es en el año 1994, donde un matrimonio japonés al cual se le negó la posibilidad de adoptar un niño por motivos de problemas en su salud, decidió recurrir a la gestación por sustitución viajando desde Tokio hasta San Francisco para que mediante la fecundación in vitro ella pueda tener un hijo, debiendo para ello, contratar el vientre de una mujer norteamericana para gestar el embrión (Gamarra, 2018, p. 21).

Según López (2015) el tercer caso se dio en Perú en el año 2011 con el nacimiento de la menor Vittoria, registrándose así el primer caso de gestación por sustitución enmarcado en un supuesto de adopción. Esta técnica fue de mutuo acuerdo entre el matrimonio Palomino Castro y la mujer gestante subrogada y su pareja quienes acordaron una fecundación asistida con la intención de mejorar su situación económica, llevándose a cabo dicha fecundación asistida y como consecuencia de esta fecundación nació una menor de nombre Palomino Castro, quien fue entregada a sus padres intencionales desde que contaba con nueve días de nacida. La mujer gestante entregó a la bebé conforme a lo acordado demostrándose que no tenía ninguna intención de quedarse con la bebé, ya que su finalidad de esta mujer solo fue obtener el dinero por el servicio prestado a los padres intencionales, es por eso que se optó por la figura de la adopción para que la menor lleve el apellido de la madre intencional.

En este caso se puede apreciar la celebración del contrato de la gestación por sustitución, en donde debe constar que las mujeres que quieren prestar este tipo de servicio no tengan ninguna intención de quedarse con el niño, renunciando a sus derechos de madre, siendo así el niño tendría que ir con sus padres genéticos.

Según López (2015) el cuarto caso más polémico fue Baby Gammy, en el año 2014 una pareja australiana contrató a una tailandesa para que fuera su madre gestante subrogada, quien queda embarazada de gemelo, pero a los 4 meses de gestación subrogada se detectó Síndrome de Down a uno de los concebidos, por lo que la pareja solicitó el aborto a la gestante subrogada, pero ella se negó acceder a la solicitud de la pareja australiana, llevando el embarazo hasta su término. Al nacer los hijos, la pareja se llevó a Australia al niño sano llamado Pipah dejando atrás al otro bebé, esta es la razón que causó escándalo y provocó el cierre de diferentes agencias que se encontraban brindando este servicio a la población. Este caso hizo ver a los bebés como un objeto de derecho en donde los padres intencionales seleccionan a quien deberían llevar a casa desechando como un objeto al bebé que tiene mal formación genética, lo cual lo hace ver como un negocio en donde se puede exigir la calidad del producto, y el niño no puede ser considerado de esta manera por lo que es un sujeto de derecho. Consideramos que en casos de existir dos concebidos y uno de ellos es detectado con problemas de malformación, la responsabilidad que tienen que asumir sobre esos dos niños son los padres genéticos ya que de ellos es el material genético y no de la persona que presta el vientre, además la intención de procrear es de las personas que buscaron a la madre subrogante, por lo tanto, la madre subrogante no tiene por qué asumir ninguna responsabilidad sobre ninguno de los niños recién nacidos.

Según López (2015) el quinto caso sucedió en el Reino Unido, en el año 2015 se desarrolló un polémico caso de Baby Miles. Un homosexual de nombre Kyle Casson recurrió a la maternidad subrogada para tener un bebé y su madre de 46 años le ofreció su ayuda y mediante el esperma de su hijo y el óvulo de una donante nació Miles. Según las leyes Miles es hermano de Kyle, pero biológicamente es su hijo. En nuestra investigación solo se considera aptos para hacer uso de esta técnica de reproducción asistida a las parejas heterosexuales con algún problema genético o adquirido, más no siendo aplicable para personas solteras o personas homosexuales, ya que esto alteraría el orden público y se desvirtuaría la finalidad de la gestación por sustitución a la cual entendemos que es aplicable solo para parejas heterosexuales y que sufren de imposibilidad genética o adquirida para procrear sus hijos.

El último caso polémico en Perú fue el caso de los padres chilenos en el año 2018, Jorge Tovar Pérez y Rosario Madueño Atalaya fueron detenidos cuando intentaban viajar a Chile con dos bebés gemelos, luego de sacarles una prueba de ADN se demostró que Tovar es el padre genético de los mellizos. Estos niños fueron concebidos mediante la gestación por sustitución de una ciudadana peruana, quien se comprometió a ayudarles a la pareja de esposos para que pudieran convertirse en padres. Sin embargo, en la partida de nacimiento de los dos gemelos no constaba que la madre era la señora Rosario (Cruz. 2012, p. 647).

Tomándose en cuenta que en Perú se considera madre a la mujer que alumbró a un bebé, es por ello que, en nuestra investigación consideramos que no se puede permitir el turismo reproductivo que en resumida cuenta es el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a los

diversos tratamientos de reproducción asistida y de esta manera poder constituir su propia familia, ya sea aportando el material genético uno de los esposos o con el material genético donado.

### **2.3. Teorías que sustentan la gestación por sustitución**

#### ***2.3.1. Teoría de la contribución genética***

Según Lamm (2013, p. 33) en esta teoría la maternidad jurídica se debe conceder a la mujer que otorgó su material genético. Este sector de la doctrina, considera que, el aporte genético es el que define la identidad de la persona; aunque no se conozca la vinculación que existe entre la madre gestante y el feto durante el periodo de gestación, ya que esto se determinará mediante un examen de ADN para determinar quién es la madre del menor.

Esta teoría de la contribución genética no es muy recomendable porque se debe tener en cuenta que la mujer que dio su óvulo no fue con la finalidad de convertirse en madre sino para ayudar a otra mujer a ser madre y de igual modo sucede con los varones quienes donan su esperma para ayudar a otro a convertirse en padre.

#### ***2.3.2. Teoría de la preferencia genética***

Según Lamm (2013, p. 38) considera que la mujer que gesta al infante por un lapso de nueve meses o hasta el nacimiento del niño y que mantenga comunicación biológica, psíquica, afectiva, será considerada como madre de este niño, sin importar si tiene su mismo ADN o no. Es decir, los seguidores a esta

teoría prefieren a la mujer que gesta el niño mas no a la que concede el gameto, en consecuencia, se considera madre a la mujer que alumbró un bebé.

Esta teoría no es del todo viable ya que pretende atribuirle a la gestante el derecho de madre, toda vez, que no tiene ningún sentido lógico porque la mujer sólo está llevando un embarazo sustituto en lugar de aquella mujer que no puede llevar a cabo su embarazo, la misma que puede tener una infertilidad natural o debido a una enfermedad que provocó que su útero no pueda retener al embrión o en el peor de los casos que ésta, producto de un cáncer le hayan extraído su útero.

### ***2.3.3. Teoría de la intención***

Según Lamm (2013) sostiene que la madre es por esencia la que anhela tener un hijo, por lo que es la única capaz de engendrar, es por ello, que esta teoría busca ante todo el derecho a la intención que tiene toda mujer de ser madre, es decir, se considera padres comitentes a los que tienen el animus. Los especialistas que sostienen esta teoría consideran que “la madre es quien tiene ese anhelo y tiene la voluntad de engendrar su hijo ya sea aportando su material genético, alquilando un vientre o también mediante gametos donados” (Lamm, 2013, p. 42).

Esta teoría es la que nos ayudará a desarrollar nuestra investigación ya que, es la que más se ajusta a nuestro tema, por lo cual también consideramos que los verdaderos padres son aquellos que tienen el animus, la intención de criar un hijo sin importar si lleva su sangre o no.

## **2.4. Marco jurídico de la gestación por sustitución en el derecho comparado**

### ***2.4.1. Legislación de México***

La gestación por sustitución es una figura, que recientemente en algunos países de Latinoamérica están empezando a regularlo con la finalidad de que la mujer gestante subrogada no realice embarazos en serie. En México está regulada en dos Estados:

#### **a) Tabasco**

En el Estado de Tabasco la gestación por sustitución es solo para los ciudadanos mexicanos que hayan contraído matrimonio o solo sean convivientes, prohibiendo así a parejas extranjeras; asimismo, se considera como un contrato a esta figura la cual se encuentra legislada en el Código Civil de Tabasco última reforma integrada por el Decreto N° 205 de 2017 en el cuarto párrafo del Artículo 92 donde indica que:

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente genético para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Asimismo, se regula las formas de gestación por contrato en donde se señala de manera taxativa las modalidades de este contrato las mismas que están reguladas en el artículo 380 Bis 2 del Código Civil de Tabasco que prescribe lo siguiente:

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

- a. *Subrogada*: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y
- b. *Sustituta*: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

Para que el contrato de gestación por sustitución tenga validez entre las partes concurrentes debe cumplir con ciertos requisitos establecidos de manera taxativa en el artículo 380 Bis 5 del mencionado cuerpo de leyes:

- Ser ciudadanos mexicanos.
- Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos.
- La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad.
- La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento.

En el Estado de Tabasco se diferencia entre gestante subrogada (es la mujer que va a llevar a cabo el embarazo, pero es inseminada con sus propios óvulos) y

gestante sustituta (es la mujer que solo alquila su vientre para portar el embrión de la pareja comitente). La gestación por sustitución sólo está permitida para los mexicanos quedando excluidas parejas extranjeras y de esta manera evitando el turismo reproductivo.

#### **b) Sinaloa**

La gestación por sustitución conocida como maternidad subrogada se encuentra regulada en el Artículo 283 capítulo IV del Código Familiar del Estado de Sinaloa última reforma integrada Decreto N° 742 del 2017.

La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

El Estado de Sinaloa en su Código Familiar le dedica a esta institución de gestación por sustitución todo un capítulo, en donde, señala que una mujer puede gestar un bebé siempre y cuando la madre procreacional o intencional padezca de una imposibilidad física o adquirida, la cual es determinada mediante un examen médico que determine las causas de su incapacidad física o adquirida para llevar a cabo un embarazo. También el Artículo 284 numeral IV. Prescribe que la “Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita”.



En la presente legislación se regulan varias modalidades sobre la maternidad subrogada, entre ellas encontramos la subrogación altruista, lo que significa que una mujer lleve el embarazo hasta su término de manera gratuita sin ningún fin económico, es decir dicha mujer presta su vientre para llevar un feto hasta su nacimiento. Así mismo, también lo regula de manera onerosa a la gestación por sustitución; dejando elegir a los actores de esta figura decidirse por cualquiera de estas dos modalidades.

#### ***2.4.2. Legislación de Uruguay***

En la legislación uruguaya ya se encuentra regulada la gestación por sustitución desde el año 2013, fecha desde la cual se ha venido practicando esta figura de manera legal. La gestación por sustitución se encuentra regulada en el capítulo IV de la ley 19.167, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su artículo 25° el cual prescribe lo siguiente:

Únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del propio embrión. Entiéndase por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer solo por su óvulo.

En la legislación uruguaya está permitido la gestación por sustitución siempre y cuando la mujer sufra de imposibilidad genética o adquirida para concebir, siendo la mujer gestante subrogada un familiar que bien puede ser del esposo o esposa.

### **2.4.3. Legislación de Argentina**

#### **a) Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

En la legislación de Argentina la gestación por sustitución o gestación por solidaridad rige solamente para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin que sea necesario que estas parejas presenten algún documento por parte del Juez para acceder a este método de técnicas de reproducción asistida; en la Disposición N° 103/DGRC/2017 en su artículo 1°, prescribe:

“Autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria, bajo los siguientes presupuestos de otorgamiento, a saber: 1) Que se trate de menores nacidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el método de gestación solidaria realizada en el país; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y; 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo<sup>1</sup>”.

Interpretando el artículo citado sólo se puede permitir la reproducción humana asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria, siempre y cuando los menores nacidos mediante esta técnica nazcan dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los padres intencionales que quieran tener un hijo

---

<sup>1</sup> Legajo. Es “Reunión de los documentos relativos a un mismo asunto. Atado de papeles o conjunto de documentos que constituyen un expediente o unos autos, ya totalmente o algunas de sus partes principales”. (Vega, 2020, párr. 1)

mediante esta técnica, tienen que expresar su voluntad mediante un escrito para asumir las responsabilidades del menor y también de la misma manera tienen que estar bien informados sobre esta técnica de reproducción asistida; en cuanto a la mujer que llevará a cabo el embarazo subrogado debe manifestar que no tiene voluntad de asumir al futuro bebé como hijo propio para prevenir posteriores problemas legales.

#### ***2.4.4. Legislación de Chile***

En la legislación chilena no está permitido la práctica de la gestación por sustitución, ya que se considera madre a la mujer que alumbró; sin embargo, como ocurre en otros países en donde tampoco está regulada esta figura, de manera clandestina las mujeres prestan o alquilan su útero para llevar a cabo un embarazo subrogado. Si bien Chile no regula la gestación por sustitución, pero tampoco lo prohíbe se entiende que la práctica de esta técnica está permitida, ya que nadie está obligado de hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

A la fecha, en la legislación chilena han sido presentados seis proyectos de ley desde el año de 1993, respecto a la regulación de la gestación por sustitución, dentro de los cuales tres de los seis proyectos de ley han sido archivados, estos tenían “por objetivo regular en forma integral las técnicas de reproducción asistida, así como las consecuencias jurídicas y éticas” (Cifuentes y Guerra, 2019, p. 13).

A continuación, se analizará el Proyecto de Ley contenido en el Boletín N° 11576-11, ya que es el más se asemeja a nuestro tema de investigación y el cual se encuentra en estado de tramitación.

**b) Boletín N°11576-11, que regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida**

Dentro de los fundamentos de la exposición de motivos de este proyecto se destaca que la sociedad chilena en la actualidad se encuentra con un alto índice de infertilidad en las mujeres, y esto se debe a la postergación de la maternidad y paternidad y por la disminución de natalidad en Chile. Asimismo, en este proyecto se señala la existencia de otros factores como: la escasez de mano de obra, el reconocimiento del matrimonio igualitario, el reconocimiento legal de las parejas heterosexuales (unión de hecho), entre otros factores, por lo que de manera sensata y reflexiva consideran que se debe regular la realidad social.

Además de ello, sostuvieron que esta técnica surgió exclusivamente por indicaciones médicas especificando que la mujer nació sin útero por padecer una alteración congénita (como el Síndrome de Rokitansky) o perdió su útero por un accidente, por una infección o por un cáncer cervicouterino el cual fue detectado muy tarde, y también para parejas homoafectivas, etc.

Respecto a este punto no estamos de acuerdo que la gestación por sustitución sea también para personas del mismo sexo o para personas que desean ser padre soltero o madre soltera, sino para aquellas personas heterosexuales que tienen un matrimonio o para las parejas heterosexuales que hayan reconocido su unión de hecho, toda vez que se busca asegurar que el niño tenga un desarrollo óptimo

física y psicológicamente en su entorno social en el cual se desenvuelve dentro de la institución familiar conformada por varón y mujer, la cual encuentra su protección por nuestra norma constitucional de 1993.

También se señaló los riesgos que conlleva la técnica de gestación por sustitución al no estar regulada, ya que las partes intervinientes quedarían en un desamparo legal dado que se reconoce la filiación materna por el alumbramiento a un bebé. Los riesgos serían que las personas que hayan recurrido a esta técnica, para tener sus hijos, y al no estar legislada esta figura puede que una vez que haya nacido el bebé no se les entregue siendo imposible más adelante que puedan adoptarlo pese de haber aportado su material genético; otro riesgo sería que la mujer altruista (gestante sustituta o subrogada) cambie de opinión y quiera conservarlo como hijo suyo; la otra posibilidad de riesgo es que el bebé durante el embarazo desarrolle un mal congénito por lo que los padres deciden no seguir con el embarazo bien puede ser que una vez nacido y entregado a los padres genéticos ellos lo entreguen en adopción y el último riesgo es que la mujer altruista después de un tiempo por remordimiento decida ir a los tribunales a que se le devuelva a quien considera ser su hijo (a).

En resumidas cuentas, es necesario la regulación y no la prohibición de la gestación por sustitución ya que, ante cambios sociales es necesario que haya cambios en la ley. Este proyecto se inspiró en los principios de dignidad, libertad, igualdad de trato e igualdad ante la ley y el interés superior del niño. En el art. 2 inc. 4 del presente proyecto de ley se señala: “El principio del consentimiento libre e informado debe ser promovido y aplicado como condición fundamental del

uso de tecnologías en la reproducción humana asistida”. Además, prescribe que las personas sometidas a esta técnica no deben ser discriminadas.

#### ***2.4.5. La regulación de la gestación por sustitución en la legislación peruana***

##### **a) Proyecto de Ley N° 3404/2018 - CR; que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre**

Este proyecto fue presentado por iniciativa de Estelita Sonia Bustos Espinoza, teniendo por objeto la modificación del art. 7 de la Ley General de Salud N° 26842, a efectos de evitar vacíos legales.

Ahora bien, este proyecto de ley, tiene como finalidad la utilización de la gestación por sustitución de forma solidaria sin fines de lucro, además de evitar el vicio en un contrato de gestación por sustitución, el tráfico humano o la trata de personas y la mala praxis en las clínicas que realicen esta técnica. Asimismo, en la modificatoria del artículo en mención se señaló que la maternidad recaiga no solamente en la que alumbró un hijo sino en terceras personas, es decir en los padres intencionales indicándose la infertilidad de la pareja, previamente diagnosticada.

También se planteó la incorporación del artículo 7-A a la Ley General de Salud, en donde señala dos opciones la primera que la maternidad subrogada o gestación por sustitución sea realizada al menos con el material genético de uno de los padres intencionales y la segunda en el caso de que la pareja sean ambos

infértiles recurren a donantes voluntarios y esto con la finalidad de que la gestante subrogada no sea considerada progenitora.

No obstante, en el presente proyecto se indica que esta técnica sólo será aplicada para los nacionales excluyéndose a los extranjeros, indicándose que la edad de los padres de intención sea mayor a 24 años y menor a 47 años, también la edad de la gestante subrogada debe ser mayor a 24 años, haber tenido un hijo previo y con buena salud y ser de buena condición económica.

En este aspecto que la mujer gestante tenga una buena economía desde ya, no estamos de acuerdo puesto que se vulnera el derecho a ser tratados con igualdad ante la ley nadie debe ser discriminado por su condición económica ni social, así como nadie puede impedirle la disposición y la voluntad de llevar a cabo un embarazo sustituto o subrogado.

En el presente proyecto de ley señala que los padres intencionales solamente podrán recurrir a esta técnica de la gestación por sustitución siempre y cuando demuestren que han agotado todos los métodos de reproducción asistida también deben tener un certificado médico que indique su infertilidad, además deben recibir un asesoramiento sobre esta técnica, es decir deben tener toda la información necesaria para llevar a cabo la gestación por sustitución así como también deberán pagar a la gestante subrogada los gastos que implica un embarazo. Por su parte la gestante subrogada también debe de estar bien informada respecto a este método, así como también debe quedar en claro que ella no recibirá ningún monto económico por dicho embarazo; justamente para evitar que la mujer sea considerada como un medio para alcanzar un fin haciéndola

perder su dignidad humana y como consecuencia sea tratada como un objeto (cosificada).

También se puede advertir en este proyecto de ley la seguridad jurídica que le brinda a las partes intervinientes en este método, donde tanto los padres intencionales y la mujer gestante subrogada deben suscribir un compromiso en donde se indique de manera taxativa las responsabilidades y obligaciones de ambas partes durante todo el proceso de embarazo y después del parto, empero este compromiso debe ser certificado y refrendado por notario público y es que la finalidad de este acuerdo previo de consentimiento vía notarial es que ellos (padres de intención o intencionales) sean declarados padres legales en la partida de nacimiento al momento en que nazca el bebé. Serán padres legales los padres de intención desde el momento mismo en que se realiza la transferencia del embrión al útero de la mujer gestante subrogada o voluntaria, momento en el cual nacen obligaciones hacia el concebido.

Las parejas infértiles pueden recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida de su preferencia en los hospitales y centros de salud autorizados por la autoridad sanitaria correspondiente.

#### ***2.4.6. Efectos positivos y negativos de su futura incorporación de la gestación por sustitución al ordenamiento jurídico peruano***



**Tabla 1:** Efectos de la gestación por sustitución

<b>Efectos de la gestación por sustitución</b>	
<b>Positivos</b>	<b>Negativos</b>
Posibilidad de muchos matrimonios y parejas que tengan reconocimiento legal de unión de hecho para constituir su añorada familia, mediante esta alternativa, que es la gestación por sustitución.	La mujer gestante subrogada sufre consecuencias psicológicas después de entregar el bebé a sus padres intencionales.
La mujer gestante subrogada debe llevar un control de natalidad por un especialista con todos los gastos pagados por los padres intencionales, con la finalidad de salvaguardar la vida de la gestante sustituta y del bebé.	Ella tenga sentimientos de culpa, remordimiento, existiendo la posibilidad de entrar en un cuadro depresivo.
Los hijos nacidos mediante esta técnica serán reconocidos por sus padres intencionales al momento de su nacimiento.	Posibles enfermedades como consecuencia del embarazo subrogado.
	Para los que consideran de forma tradicional la concepción de un hijo sería moralmente inaceptable recurrir a la gestación por sustitución.

## **2.5. Marco conceptual**

### ***2.5.1. Definición de la gestación por sustitución***

La gestación por sustitución es el acto que realiza una mujer denominada gestante subrogada o sustituta, la misma que va a gestar un bebé para otros. Como ya lo señalaba Lamm (2013) que el “arte de fabricar un niño no se limita al encuentro sexual entre un hombre y una mujer”. Es por ello, que creemos que el procrear un hijo no solamente puede ser producto de un encuentro sexual, superándose aquellas barreras de infertilidad con las Técnicas de Reproducción Asistida y que hoy en la actualidad es tendencia como nuevo método de las TERAs la gestación por sustitución, la cual deberá constar en un documento de compromiso en donde esté establecido de manera específica los derechos y obligaciones que les asiste a ambas partes intervinientes.

En esta misma línea de pensamiento Souto (2006, p. 8) nos indica que la gestación por sustitución es la “práctica en la que una mujer gesta a un bebé previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad o maternidad del mismo”. Así mismo, tenemos a Ibeas (2016) quien sostiene que:

El alquiler de vientres o gestación subrogada puede ser definida como la práctica en virtud de la cual, una mujer, a través de un acuerdo, con o sin precio, se compromete a gestar un bebé con el fin de entregarlo después del parto a aquella o aquellas personas que van a ser sus padres, biológicos o no, renunciando ella a su filiación (p. 4).

Ibeas entiende que la gestación por sustitución también puede ser onerosa; es decir un beneficio económico para la mujer gestante subrogada, postura que no la compartimos ya que nosotros consideramos que esta técnica solo puede ser utilizada de manera altruista.

La mujer gestante subrogada debe comprometerse a gestar para otros, lo que implica que una vez nacido el bebé ella debe entregarlos inmediatamente sean o no sus padres biológicos, siendo necesario que los padres intencionales como la mujer gestante subrogada deben tener en claro sus derechos y obligaciones, así como intervenir en el momento que crean conveniente.

Se denomina “gestación por sustitución al acto gestacional que realiza una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figuraba como madre de éste” (Gómez, 1994, p. 136).

Por otra parte, Jouve (2017) sostiene que un niño nacido mediante la técnica de gestación por sustitución será considerado como objeto de derecho ya que perdería su naturaleza de sujeto de derecho. Postura que no la compartimos puesto que, al tratar al bebé como objeto de derecho, estará siendo considerado como una cosa, si bien es cierto, que el niño nace de una gestación por sustitución, esto no lo hace que pierda su naturaleza humana; pero hay que precisar que lo que se sustituye es el periodo gestacional más no la maternidad la cual implica una serie de derechos y obligaciones. Interpretando las ideas de González (2018) la gestación consiste en dar vida a un nuevo ser y la maternidad es el conjunto de obligaciones y derechos, así como brindarle protección y afecto al bebé.

Según Gonzales (2018, p. 24) hoy en la actualidad “la gestación subrogada es una técnica con mayor demanda en la sociedad dando solución a numerosas familias en su deseo de ser padres”. Por lo que, Lamm (2013) considera que, hoy en día para formar una familia y tener parentesco hay varios personajes que intervienen como son: los padres intencionales, la gestante subrogada y los donantes. Por lo tanto, se debe dejar de lado el concepto rígido del parentesco genético sino también se debe considerar el parentesco con ayuda de las Técnicas de Reproducción Asistida para constituir una familia.

Según Lamm (2013) la gestación por sustitución tiene diferentes denominaciones o terminologías en los distintos países en donde se practica esta técnica, como a continuación se menciona:

- Gestación por sustitución
- Maternidad subrogada
- Alquiler de útero
- Madres portadoras
- Alquiler de vientre
- Donación temporaria de útero
- Maternidad sustituta
- Vientre de alquiler
- Madres suplentes
- Gestación subrogada
- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro
- Maternidad de alquiler

- Maternidad de encargo
- Madres de alquiler
- Madres gestantes

Las mujeres que quieren ser gestantes subrogadas y someterse a esta técnica de la gestación por sustitución, lo hacen por distintas circunstancias o motivos, esto se puede apreciar en la encuesta que realizó López (2016, p. 9) en donde se demuestra que:

En una encuesta realizada a 34 mujeres que habían sido madres subrogadas en el año 2003 para determinar los motivos por lo que accedieron ser madre gestante son los siguientes: “El 91% (31 personas) manifestó que había decidido participar en la subrogación porque quería ayudar a la pareja que no tenía hijos, el 15% (5 personas) porque disfrutaba del embarazo, el 6% (2 personas) por autorrealización (self-fulfillment), y finalmente, 3% (1 persona) por el pago de una remuneración”.

Esto demuestra que no todas las personas quieren ser gestantes subrogadas para conseguir un beneficio económico, sino que lo hacen por la calidad humana que tienen y se conmueven de la situación de esta mujer que no puede ser madre, realizando este acto de manera altruista.

### ***2.5.2. Padres intencionales o comitentes***

Como no se ha podido encontrar ninguna definición respecto al tema de los padres intencionales o comitentes en nuestra investigación, presentamos la siguiente definición:

Los padres intencionales o también conocidos como padres comitentes, son aquellos que contratan el vientre de una mujer para que lleve a cabo el embarazo subrogado. Estos pueden tener lazo consanguíneo o no con el concebido. Para ser padres intencionales o comitentes lo que importa es la intención y el deseo para convertirse en padres.

Por su parte, López (2016, p. 11) señala las obligaciones que tienen los padres de intención, las cuales se mencionarán a continuación:

- Pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo.
- Asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido.
- En algunos casos, otorgar a la madre subrogada una retribución.

Entendemos que estas obligaciones deben ser cumplidos a cabalidad por los padres intencionales; pero al estar ante un vacío legal estas obligaciones no serían cumplidas en su totalidad, por lo que la gestante subrogada quedaría en total desamparo de sus derechos.

### ***2.5.3. Acto de libre disposición***

Explicando a Varsi (2019) una persona con plena capacidad puede realizar cualquier acto que implique su disposición, modificación o exposición en donde se exige de lleno su decisión, deseo y voluntad de la persona, para llevar a cabo una determinada acción. Esta manifestación de voluntad tiene que ver con la disposición que realiza la persona sobre su propio cuerpo. Para ello, Uría (2020, p. 56) considera que “la disposición que se hace del cuerpo por parte del sujeto no

significa un menoscabo a su dignidad en tanto la acción no consiste en una mediatización de sí mismo o de terceros”.

Toda persona es libre para decidir sobre su propio cuerpo siempre y cuando este acto no le genere un menoscabo en su integridad física; cabe resaltar que, este acto podrá ser realizado por cualquier persona que se encuentra en pleno uso de sus facultades para decidir sobre su propio cuerpo (mayoría de edad). Por ello, consideramos que si una mujer desea ser gestante subrogada o sustituta prima facie debe tomarse en cuenta su voluntad.

Tal como indica Amado (2014, p. 76) “la voluntad del ser humano es para el Derecho un supuesto de hecho, consecuencia natural de su libertad”. Es decir, los actos que realiza una persona tienen que ver con su capacidad de goce y de ejercicio para disponer sobre su cuerpo, la misma que goza de libertad, y en base a esa libertad que tiene, debe tener conciencia del acto que va a llevar a cabo de modo semejante Varsi (2019, p. 19) define que los actos de libre disposición “el derecho que tiene una persona sobre su cuerpo, a efectos de hacer lo que mejor crea conveniente con o por él mismo, sea en favor propio o de terceros, in vivo o post mortem”. Por otra parte, Bergoglio y Bertoldi citado por Varsi (2019, p. 13) consideran que la problemática corporal tiene dos aspectos:

- La protección del cuerpo humano, frente a atentados de terceras personas, se tutela a través de la integridad física.
- La protección del cuerpo humano, al poder de disposición del propio individuo, se tutela a través del derecho de disposición del propio cuerpo.

Del texto citado podemos colegir que, si una tercera persona quiere causar lesiones al cuerpo de otro ser humano esto se tutela gracias al derecho de proteger la integridad física de la persona. La persona que disponga sobre su propio cuerpo está amparada por el derecho de disposición del propio cuerpo, los actos de libre disipación son válidos cuando respondan a un estado de necesidad o de orden médico y estén inspirados por motivos humanitarios (artículo 6° del Código Civil Peruano).

#### ***2.5.4. Mujer gestante subrogada***

La mujer gestante subrogada es aquella mujer que va a llevar a cabo un embarazo subrogado, desde la concepción hasta el nacimiento del concebido, es decir, “la gestante no tiene la voluntad de tener un hijo; lo que hace es justamente gestar para que otros sean padres” (Notrica et al., 2017). De ello puede inferirse que la mujer gestante solamente va a prestar su vientre no teniendo ninguna intención de convertirse en madre, ya que por un motivo estrictamente altruista y altamente humanitario se compromete a ser la gestante subrogada o sustituta. Cabe recalcar que ella solo es una gestante subrogada, es decir, que solo va a sustituir en el embarazo a la madre intencional o biológica más no la maternidad. No obstante, López (2016, p. 11) indica las obligaciones que existen para la gestante subrogada, a saber:

- Acceder y permitir ser inseminada artificialmente.
- Gestar el feto hasta su nacimiento.
- Ceder los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor de los padres contratantes.



Bien, al no estar regulada la gestación por sustitución en nuestra legislación, implica que esta figura sea usada indiscriminadamente por cualquiera de los actores que intervienen en este procedimiento. Puesto que su “regulación no sólo visibiliza, sino que protege a todas las partes intervinientes y, al hacerlo, se debe tener en miras el derecho a procrear y a formar una familia, como derecho fundamental” (Notrica et al., 2017).

#### ***2.5.5. Tipos de gestación por sustitución***

Según Lamm (2013) la gestación por sustitución se presenta en las sociedades en dos de sus modalidades, las cuales son:

##### **a) Gestación por sustitución tradicional**

Según Lamm (2013, p. 27) este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos; en este caso la comitente carece de vínculo genético con el niño. En estos casos, generalmente se recurre a la inseminación artificial para provocar el embarazo de la gestante. Ahora bien, este tipo de gestación por sustitución también puede ocurrir en circunstancias informales, a través del sexo o la inseminación casera, con poca o ninguna participación del Estado o de los profesionales de la salud.

##### **b) Gestación por sustitución gestacional.**

Según Lamm (2013) este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta sólo la gestación, pero no sus óvulos; éstos serán

aportados por la comitente o de ser estéril recurrirá a una donante. En cuanto a que uno de las parejas heterosexuales sea estéril se puede recurrir:

- A donante de óvulos con semen de comitente (este tipo de gestación por sustitución es generalmente usado por las parejas homosexuales de hombres, en los que uno aporta el semen con el que se fecunda el óvulo de una donante, que luego es implantado en la gestante)
- A donante de semen con el que se fecunda el óvulo de la comitente,
- A donación de semen y óvulo. En estos casos necesariamente se debe recurrir a la fertilización in vitro (en adelante, FIV). En este tipo de gestación por sustitución pueden llegar a intervenir seis personas: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su marido si tiene y el y la comitente (o los comitentes o, excepcionalmente, las comitentes) (Lamm, 2013, p. 28).

En el primer caso la mujer que gesta el bebé puede ser la misma persona con la que aporta los gametos para la formación del nuevo ser, en el segundo caso se puede recurrir a algún donante de óvulos o espermatozoides en el caso de que uno de los padres intencionales sea infértil. De otra parte, Bartolomé Tutor (2018, p. 6) indica que:

Estamos ante un derecho a la intangibilidad del cuerpo humano, salvo que medie el consentimiento de su titular. El reconocimiento de este derecho implica, que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica.

Al prestar su consentimiento la gestante subrogada deberá tener en cuenta que sufrirá los cambios que produce un embarazo en su cuerpo, y si aun así decide ser la gestante subrogada por las distintas razones que le motiven deberá ver que este acto no le ocasionen daños psicológicos ni físicos. Es por ello, que deberá recibir toda la información posible por los especialistas de la salud para que después del parto ella no sufra algunas alteraciones emocionales.

### ***2.5.6. Autonomía personal***

Entendida como aquella capacidad que tiene el ser humano para tomar decisiones por sí mismo y para sí mismo en miras a su bienestar personal o para contribuir en actos humanitarios y sociales en beneficio de los demás; de igual manera Mazo (2011) indica que:

La autonomía es el ejercicio práctico del mayor don que puede poseer un ser humano: la libertad. Libertad para pensar, para dudar, para disentir, para entender y comprender, para crear y construir, para actuar, para ser sí mismo, pero con un pequeño detalle: en relación con los demás, quienes también tienen libertad y son sujetos de derechos (p. 121).

De ello, se desprende que, la autonomía se consolida en la libertad que tiene el ser humano ya sea para pensar, crear, disertar, etc., tomando decisiones las cuales van hacer de mucha trascendencia para su vida. Según Iosa (2017, p. 497) “Una persona goza de autonomía personal cuando es autora de su propia vida, decide por sí misma cómo llevar adelante su vida, lleva la vida que quiere llevar”.

Por ello, el ser humano dentro de sus facultades se desarrolla y se desenvuelve dentro de la sociedad gracias a la plena autonomía, materializándose

en las decisiones que toma el sujeto. Por lo que, Scatolini (2012, p.147) sostiene que “la autonomía confiere al sujeto la posibilidad de elegir la forma de vivir que más le plazca, siempre que no atente contra su semejante”.

En base a la autonomía que gozamos tanto varones y mujeres para realizar actividades y decisiones las cuales tendrán efecto en nuestras vidas y, siendo, la gestación por sustitución un hecho que coexiste en nuestra sociedad y, que hoy, en día su uso es más frecuente y, que muchas mujeres prestan su vientre en base a la autonomía y a la libertad que gozan siempre que esta decisión no les cause lesiones graves a integridad física y psicológica. Por consiguiente, las “personas que hacen uso de esta técnica, como la gestación por sustitución, lo hacen desde el uso pleno de los derechos reproductivos que todo ciudadano tiene bajo el cobijo de un Estado que le garantiza ciertas libertades, derechos y obligaciones” (Mota y Ruiz 2020, p. 6).

## **2.6. Hipótesis**

Los fundamentos jurídicos para considerar a la gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en la legislación peruana se fundamentan en los siguientes motivos:

- La disposición del propio cuerpo se sustenta en la plena voluntad y autonomía de la mujer gestante subrogada.
- Contribuir con un fin humanitario a las parejas que sufren de una imposibilidad genética o adquirida para procrear sus hijos.

**Tabla 2:** Operacionalización de variables

HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIÓN	INDICADORES
Los fundamentos jurídicos para considerar a la gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en la legislación peruana se fundamentan en los siguientes motivos:	La gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en la legislación peruana	Jurídica	Art. 7 de La Ley General de Salud Art. 6 del Código Civil.
<ul style="list-style-type: none"> <li>La disposición del propio cuerpo se sustenta en la plena voluntad y autonomía de la mujer gestante subrogada.</li> </ul>	Disposición del propio cuerpo	Real	Los diferentes casos reales de gestación por sustitución en el territorio peruano.  Si existe vicio de la voluntad o no.

---

		Jurídica	Manifiesta su voluntad mediante un escrito.
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contribuir con un fin humanitario a las parejas que sufren de una imposibilidad genética o adquirida para procrear sus hijos.</li> </ul>	Contribución con un fin humanitario	Jurídica	<p>Derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo.</p> <p>Ayudar de manera altruista a las personas con problemas para procrear hijos.</p> <p>Derecho a formar una familia mediante el método de la gestación por sustitución.</p>

---

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN**

Esta investigación se centra en buscar una regulación jurídica en cuanto a la gestación por sustitución debido a que no se debe dejar desamparadas a las personas que tienen diferentes problemas de procreación. Además, dejamos establecido que la tesis no involucró el requerimiento de permiso alguno, por lo cual no fue necesario elaborar el consentimiento informado, además a pesar de ser públicos los casos estudiados se optó por anonimizar a las partes. También mostramos que se ha respetado la autoría de las fuentes estudiadas y se ha hecho el uso de cita correspondiente.

#### **3.1. Tipo de investigación**

La presente investigación es de *lege ferenda*, por cuanto se propone que se modifique el artículo 6 del Código Civil y el artículo 7 de la ley general de salud, ya que pretendemos su posible regulación de la gestación por sustitución en nuestra legislación peruana.

#### **3.2. Diseño de investigación**

La investigación es no experimental porque no se va a manipular variables, lo que se va hacer es analizar la ley general de salud y el código civil.

#### **3.3. Área de investigación**

El área académica dentro de la cual se encuentra es dentro de las ciencias jurídico civiles – empresariales, y su línea de investigación es la regulación civil y laboral. Por cuanto se va a analizar el tema referente al derecho de familia.

### **3.4. Dimensión temporal y espacial**

Temporal: el presente trabajo de investigación se llevó a cabo con la legislación. Vigente a la cuarta semana de junio del año dos mil veintiuno.

Espacial: Perú, pues la legislación es de alcance nacional.

### **3.5. Unidad de análisis, población y muestra**

La unidad de análisis está determinada por la ley general de salud, el código civil y el proyecto de ley acerca de la figura del vientre de alquiler, y respecto a la población y muestra de esta investigación no es posible, toda vez que la naturaleza de la misma no lo permite.

### **3.6. Métodos**

#### ***3.6.1. La hermenéutica jurídica***

Nos permite una mejor comprensión respecto a un fenómeno que surge en la sociedad, así como la contrastación de una hipótesis a la que hayamos arribado respecto a un determinado tema objeto de investigación. Según Ruedas et al., (2009) consideran que “la esencia de la hermenéutica, es captar el verdadero sentido, es decir, ver, leer o escuchar la verdad del emisor” (p. 187). Por su parte Sánchez (2011) indica que:

Se entiende por hermenéutica a la disciplina y la actividad que se encarga de la interpretación de textos, además el autor nos indica que: “tiende a establecer los principios, métodos y reglas que son necesarios para revelar el sentido de lo escrito. Su objeto es dilucidar todo lo que haya de oscuro o mal



definido, de manera que, mediante un proceso inteligente, todo lector pueda darse cuenta de la idea exacta del autor” (p. 341).

Interpretando las ideas de Sánchez Zorrilla menciona que, una investigación tiene que ser clara y precisa, de tal manera que el lector pueda comprender con claridad las ideas del autor. El uso de este método para la presente investigación es que nos ayudará a interpretar textos legales para proponer la modificación del artículo 7 de la ley General de Salud y el artículo 6° del código civil y de esta manera sea posible la regulación jurídica de esta figura de la gestación por sustitución.

### **3.7. Técnicas de investigación**

Para la presente investigación se utilizó, la técnica de observación documental la cual se basa en la observación de documentos, así como libros, revistas, artículos y leyes que nos permitirá indagar, recolectar, organizar, analizar, reflexionar e interpretar la información que contienen dichos documentos y llegar a una conclusión respecto al tema objeto de investigación.

### **3.8. Instrumentos**

El instrumento empleado en esta tesis fue la ficha de análisis de contenido (ver anexo 2)

### **3.9. Limitaciones de la investigación**

Los límites que tuvimos para la investigación por el COVID 19, fue difícil tener acceso a libros físicos y también a realizar una encuesta de forma directa o personal con las personas para obtener datos e información certera.

## CAPÍTULO IV

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA CONSIDERAR A LA GESTACION POR SUSTITUCION COMO ACTO DE LIBRE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO EN LA LEGISLACION PERUANA.

#### 4.1. Casos peruanos relevantes de gestación por sustitución

**Tabla 3:** Casos importante de gestación por sustitución

Número de expedientes	Fundamentos	Órgano que Resolvió
<b>SENTENCIA CAS. Nº 563-2011 LIMA</b>	Fundamento duodécimo: Que la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, también se acreditó con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar	DECISIÓN: declararon: a) INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por “T”; en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos de fecha

---

recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres (..).

treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.

b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”

---

**SENTENCIA EXPEDIENTE:**  
**06374-2016-0-1801-JR-CI-05**

DECIMO: El uso de técnicas de reproducción asistida no es un mecanismo prohibido por ley de reproducción, lo que significaría que se trata de un método permitido por el orden constitucional y que, por tanto, los contratos de útero subrogado también son válidos. Más aún si ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como

DECISIÓN: DECLARAR

FUNDADA la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por “X” y “Y”; la sociedad conyugal conformada por “A” y “B” y por los menores de

---

parte del derecho a la salud reproductiva. Por lo que, este Juzgado puede evaluar que el recurso a las TERAs también constituye un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TERAs no están prohibidas, su empleo solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia (...).

iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia:

- 1.- SE DECLARA NULAS las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, SE ANULAN las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.
2. SE ORDENA a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste apellidos de los señores “X” y “Y”.

---

3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

---

**SENTENCIA Exp. N 183515-2006-00113**

DÉCIMO SEGUNDO: que para determinar “con certeza” cuál de las dos presuntas madres es la “madre biológica” de la niña “N”, se dispuso de oficio la realización de la prueba genética de ADN, la de mayor validez científica.

“... que el individuo registrado con el código de laboratorio ADN-2007-005 PMI, “C”, NO PUEDE SER EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de

DECLARANDO: FUNDADA la demanda y que la niña “N” es hija de demandante “C” gracias al examen de ADN realizado, por consiguiente, la niña llevará los apellidos de sus padres biológicos “F” y “C”

---

MADRE BIOLÓGICA, del individuo registrado con el código de laboratorio ADN- 2007-005-PM2 “D”, QUEDA EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLOGICA, del individuo registrado con el código de laboratorio ADN- 2007-005-H “N”, con respecto al individuo registrado con el código de laboratorio ADN 2007-005-p “F”, informe pericial que fue ratificado por los representantes de dicho laboratorio del Ministerio Publico. Concluyeron que:

1. No se ha encontrado exclusión de paternidad, el índice de paternidad accede a 2.136, que corresponde a una probabilidad de paternidad de 99.953202328048%.  
pon consiguiente el padre de la niña es “F”.

---

2. No se ha encontrado exclusión de maternidad, el índice de maternidad accede a 1.583'112,135, que corresponde a una probabilidad de maternidad de 99.9999996833%. por consiguiente la madre de la niña es "C".

---

**a) Sentencia CAS. N° 563-2011 LIMA**

El seis de diciembre del 2011, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emite la siguiente sentencia sobre el recurso de casación interpuesta por la demandada “I”, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, en donde se declara a la menor “P”, hija de don “V” y de doña “Q”. Cuestionándose la adopción de dicha menor. El seis de julio del año dos mil once se declaró procedente el recurso de casación, por causal de infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

Para ello la Sala Civil Permanente para reconocerles la filiación mediante la figura de la adopción a los esposos “V” y “Q”, definió que la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, tenga el asentimiento de su cónyuge, y el asentimiento de los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela. La Sala Civil señaló que ante un proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente. También se indicó que, la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuanto, dentro del sistema



de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono previsto en el artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente; este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal. Con esta institución se busca proteger su derecho a la identidad y a vivir en una familia.

La Sala Civil a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa efectuó un análisis de lo acontecido en el proceso: la demanda de adopción civil por excepción de la niña “P”, el allanamiento y reconocimiento de la demanda por los demandados. El juez de primera instancia expidió sentencia declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: a) el acta de nacimiento que acredita el nacimiento de la niña “P”, siendo su madre biológica la señora “I”, figurando como padre biológico don “O”, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; b) de la prueba de ADN se desprende que el demandado “O” no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante “V”; c) “I” se desiste del proceso de adopción, sin embargo, éste se tuvo por no presentado pues fue requerida por el Juzgado a fin de que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizando subsanación defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; d) ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al

encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, se consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre-adoptantes estaba acreditada; la Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, sustentándola en los siguientes argumentos: los demandados “O” e “I” figuran formal y legalmente como progenitores de la niña “P” y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los nueve días de nacida, renunciando y desentendiéndose de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; también se demostró con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra identificada con el entorno familiar constituido por los pre-adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; mediante la prueba de ADN se estableció que el progenitor de la niña es el demandante “V”, confluendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre-adoptante, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, e impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho; la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia.

La Sala Civil señaló que en un proceso donde se involucran derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; por lo que, debe

entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado.

Atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: los demandantes y los demandados, acordaron que “I” y “V” se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor “P”, para que luego ésta sea entregada a los demandantes; entregándola el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega, la menor “P” nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento, donde los demandados constan como padres, siendo que la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; los demandados, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil.

La Sala Civil Permanente luego de analizar la infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes; señaló que estas dos causales denunciadas carecen de sustento, dado que, si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, dado que “V” es el padre biológico de la menor pero se considera como prueba legal de paternidad el acta de nacimiento, en la cual el demandado “O” declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad

de la menor. En consecuencia, la menor legalmente es hija de “O” y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante “Q”, reiterándose debiéndose precisar que nos es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor.

Respecto a la infracción de los artículos 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil, la Sala Civil indicó que no pueden ser amparadas, dado que nos encontramos ante un conflicto de derechos de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral, no obstante, al encontrarnos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios para mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una ayuda económica; se evidencia que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.

Al verificar la Sala civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que no existía ninguna infracción normativa de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil; refirió que debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre-adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, al acreditarse con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un ambiente familiar adecuado y recibiendo el amor de madre de la demandante, la misma que, le prodiga todo lo necesario para su

desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento.

Demostrándose que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; así mismo, se evidenció el beneficio económico de los demandados.

Por otro lado, la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, identificándolos como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte. Es por esto que la Sala Civil decidió: declarar INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por “I”; en consecuencia, NO CASARON la sentencia que declara fundada la demanda. y DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

En esta sentencia se puede apreciar que la gestación por sustitución fue realizada por la señora “I”, donde ella aportó sus óvulos, pero fue llevada a cabo con una finalidad onerosa. Sin embargo, en este proceso ella y su esposo son los demandados quienes entregaron de manera voluntaria a la menor a los demandantes el matrimonio “V” y “Q” a los nueve días de nacida mediante un acta de entrega provisional con firma legalizada ante notario, con el fin que a partir de esa fecha la señora “Q” y su esposo “V” se constituyan en los padres adoptivos de la menor “P”. Al no estar regulada esta figura en nuestra legislación los actores de este acuerdo están en total desamparo; toda vez que, una de las partes puede aprovecharse de la otra parte, como lo hizo la demandada amenazándola a la accionante “Q” con abortar por lo que la señora le dio dinero para que no lo abortará y lleve el embarazo a su término. La demandada “I” manifestó que recibió el dinero como ayuda económica para mejorar su situación y para que pueda viajar con su familia a Italia.

Por lo ya indicado en las líneas precedentes queda demostrado que la teoría que considera madre a la que alumbró un hijo, es algo obsoleto, como se puede apreciar en el presente caso la mujer que donó sus óvulos y que además también fue la gestante no tuvo en ningún momento la intención de ser madre ni mucho menos desempeñar el rol de madre.

Ahora bien, en el proceso y con la prueba de ADN se demostró que “V” era el padre de la menor. Sin embargo, los esposos “V” y “Q” deciden recurrir a la figura de la adopción para reconocerlo a la menor como hija suya, aquí en este caso se puede apreciar la mala fe que tenían los esposos “O” e “I” pese haber llegado a un acuerdo previamente con los accionantes ellos ahora solicitan la

nulidad de la figura de la adopción alegando que se ha infringido los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

**b) Sentencia recaída en el expediente N°: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05**

La sociedad conyugal conformada por “X” y “Y” y la sociedad conyugal conformada por “A” y “B” a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R. interponen Proceso de amparo contra RENIEC.

Los esposos “X” y “Y” contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005, y ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada la señora “X” ya que sus óvulos no lograban llegar al nivel de maduración para producirse el embarazo, y ser padres sin éxito recurrieron a distintas clínicas entre los años 2006 al 2009 en donde se determinó como alternativa para el embarazo a las TERAs, lo cual no dio resultado, y tras nuevos exámenes en un nuevo centro de fertilidad en el año 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, procediendo a la fecundación in vitro con el óvulo de una donante anónima y con el consentimiento de los esposos “A” y “B” transfirieron los embriones fecundados al útero de la señora “B”. Suscribiendo el acuerdo privado de útero subrogado manifestando sus voluntades.

Finalmente, el 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R., al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. “B” y del Sr. “X”, pese a la declaración de la Sra. “B” que ella no era la madre y que el padre no era el Sr. “A”, su esposo sino

“X” y que ella era el vientre de alquiler aun así el médico tratante inscribió como madre a ésta última y como padre a “X”. Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640. Posteriormente, el Sr. “X” solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; por su parte la Sra. “Y” 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. Los demandantes fundamentan su demanda principalmente en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño. Respecto del primer derecho, se alega en la imposibilidad de que los menores tengan claramente determinada su identidad, ya que su filiación maternal está dada con la Sra. “B”, con quien no comparten material genético, carece de voluntad para procrear, criar o cuidar de ellos y, además, al gestarlos, no tuvo ninguna otra voluntad que colaborar con los Sres. “X” y “Y”. Según el demandante, esto también afectaría el derecho al desarrollo de la libre personalidad de los menores y respecto del principio de interés superior del niño, se alega que las resoluciones del RENIEC vulneran este principio por hacer prevalecer una interpretación restrictiva de las normas legales aplicables. Por ello, los Sres. “X” y “Y”, los Sres. “A” y “B” y los menores solicitan que se reconozca la paternidad y maternidad de los primeros respecto de los últimos.

Luego de correrse traslado de la demanda la RENIEC contestó formulando excepción de falta de representación de los señores, “X”, “Y” y “A”, señalando lo



siguiente: que la Sra. “Y” no acredita vínculos filiales ni biológicos con los menores, por lo que, debería emplear el mecanismo de la adopción; asimismo, señala que “A”, quien si bien tiene la presunción de paternidad por ser marido de la madre “B”, carece de falta de representación suficiente, con respecto a la tutela de los derechos de los menores pues hasta la fecha no ha reconocido la paternidad de aquellos. Idéntica sería, conforme a la demandada, la posición del demandante “X”, quien si bien la madre de los menores ha señalado que es el padre biológico y así consta en las Partidas de Nacimiento de los menores, éste no ha realizado el reconocimiento de paternidad de los hijos extramatrimoniales conforme al artículo 388 del Código Civil, ni ha demandado la paternidad biológica con persona casada, por ello, no puede representar válidamente a nivel procesal a los menores. Por lo que la RENIEC considera que la excepción se circunscribe a la representación defectuosa o insuficiente prevista en el inciso 3) del artículo 446° del Código Procesal Civil.

No obstante, el Juzgado señaló que la demandante “B”, al amparo de la ley civil, tiene representación suficiente para acudir al proceso constitucional de amparo, ya que ella es la que dio a luz a los menores. La RENIEC también señaló que los demandantes no agotaron la vía administrativa razón por la cual el Juzgado Constitucional se pronuncia que corresponde a la Administración Pública agotar la vía administrativa para remediar los errores en los que pudo haber incurrido; además, de presentarse dos motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa, es el agravio irreparable que se causaría si se agota la vía administrativa, pues se atentaría contra los alegados 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.

El juzgado señaló que la alegación de agravios contra el derecho al nombre de las menores, constituye una materia con relevancia constitucional que puede ser atendida en vía de amparo. A demás, debe dilucidar las siguientes cuestiones jurídicas: determinar si la Sra. “Y” debe ser considerada madre de los menores, ordenando al RENIEC la rectificación del acta de nacimiento; determinar si el Sr. “Y” debe ser considerado como padre de los menores, procediendo al respectivo reconocimiento. Invocando el artículo 7° de la Constitución Política donde señala: “Todos tienen derecho a la protección de su salud”. Esto significa que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico adecuado para su padecimiento. Por eso es que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concluye que “el derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad”. Por consiguiente, en este caso no solo se encuentra involucrado el derecho a la salud reproductiva, sino también sus derechos a la intimidad o vida privada, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior. La normativa y jurisprudencia convencional al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la

autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas, por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler” o gestación por sustitución. Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método. Ahora bien, si la normativa convencional reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida, es decir, no existen razones para negar la condición de madre de la señora “Y” y la condición de padre biológico de su esposo. Más aún si se tiene en cuenta que la madre gestante está de acuerdo en que la señora “Y” 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.

Este Juzgado considera importante tener en cuenta una cuestión adicional. Y es que la defensa del Estado ha deslizado la idea de que la llamada maternidad

subrogada estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, que señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción 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”.

El texto citado puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho de acudir a las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) solo para los casos en donde sirva para una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Ciertamente, ese es el supuesto que recoge el artículo 7 de la Ley General de Salud. no puede realizarse una interpretación a contrario sensu del texto citado para concluir que proscribiera el uso de TERAs para otras situaciones, de un lado podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos.

Este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas, entre tanto, que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos de acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar TERAs a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados. El uso de las técnicas de reproducción asistida no

es un mecanismo prohibido por ley de reproducción, lo que significaría que se trata de un método permitido por el orden constitucional y que, por tanto, los contratos de útero subrogado también son válidos. Más aún si ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva. Por lo que, este Juzgado puede evaluar que el recurso a las TERAs también constituye un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TERAs no están prohibidas, su empleo solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia.

Respecto al derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar, se debe recordar que constituye una garantía iusfundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú. En ese sentido, parece claro que los demandantes “X” y “Y” efectivamente tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos.

Además, se debe tener en cuenta que la Sra. “Y” desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. “Y” quien tiene actualmente a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre, le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores. Y es que el Juzgado no solo

tuvo en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa sino también el interés superior de los menores.

Por tanto, junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres “X” y “Y”, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L.N.R. y C.D.N.R., debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos lo de los señores “X” y “Y”, así como que ellos son sus padres.

DECISIÓN: DECLARAR FUNDADA la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por “X” y “Y”; la sociedad conyugal conformada por “A” y “B” y por los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R., en consecuencia: SE DECLARA NULAS las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, SE ANULAN las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885. Y se ORDENA a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R, donde conste apellidos de los señores “X” y “Y” Mandando que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

**c) Sentencia recaída en el expediente N° 183515 – 2006 – 001113**

En esta sentencia se puede advertir que la señora “C” interpone demanda de Impugnación de maternidad contra “D” y “F” por la siguiente razón: la menor “N”

es hija de la actora al haber sido concebida por su persona y por su esposo “F”, así como, se ordene la rectificación de la partida de nacimiento ya que erróneamente se consideró madre a “D”.

La demandante contrae matrimonio con “F” el 14 de junio de 2003. La señora “C” fue víctima de constantes dolores de cabeza por lo que decidió someterse a un examen médico cuyos resultados fue que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado. No obstante, su médico tratante le informó que su organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían sobrevivir. Sabiendo que el procedimiento de la adopción es engorroso, deciden buscar otras posibilidades científicas en la Clínica de Miraflores, siendo atendidos por el doctor “Z” quien les dice que hay una posibilidad, el uso del método de la maternidad subrogada. Para esto la madre de la actora ofreció su vientre, para este procedimiento se le realizó varios exámenes y en el 2004 se llevó a cabo la fecundación in vitro con el óvulo y espermatozoide de los esposos “F” y “C”, el embrión fue insertado en el vientre de la sra. “D” exitosamente. El 06 de mayo de 2005 nace la niña a los siete meses y veinte días de gestación mediante cesárea en la Clínica de Miraflores, desde esa fecha se entregó a la menor a los esposos “F” y “C”. No obstante, la Clínica consignó de manera errónea como madre a “D”. Esto resultó en un problema, ya que, “N” y la actora serían hermanas e hijas legalmente de “D”. Es por ello que la actora ampara su demanda en los artículos 2 inc. 1 y 4 de la Constitución Política, en los artículos 1, 9, 20, 233, 236 del Código Civil; y en los artículos I, IX del Título Preliminar del

Código de los Niños y Adolescentes y los artículos 6 y 8 del mismo cuerpo de leyes.

El Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia verificó si la demandante tenía legitimidad e interés para obrar ya que, como se puede advertir la actora es quien aportó el óvulo para la fecundación de dicha menor, es por ello que este juzgado indica que nuestro ordenamiento jurídico positivo está quedando desactualizado toda vez que, el avance de la tecnología viene incorporando a nuestra vida cotidiana nuevas situaciones fácticas, como es la nueva técnica de reproducción humana, la cual requiere de protección y amparo jurídico, y el derecho no puede quedar ajeno ante esta realidad existente. Según el artículo 139 inc. 8 de nuestra Carta Magna prescribe como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional: el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Por lo tanto, este Juzgado, indica que a efectos de hacer efectivo el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva consagrada en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Norma Fundamental, resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, estando el Principio del Interés Superior del Niño y el respeto a sus derechos, entre ellos el derecho a preservar su identidad, derecho al nombre incluido sus apellidos, el derecho de conocer a sus padres y a ser querido por ellos. Además, se fijó los puntos controvertidos: determinar si la demandante es madre de la menor “N”. Así mismo, este Juzgado desarrolló los siguientes términos: Madre Portadora, es la mujer que aporta sus óvulos, pero que no puede gestar; Madre Sustituta, es la que



no genera óvulos ni puede gestar y la Ovodonación, la mujer tiene deficiencia ovárica no genera óvulos, pero si puede gestar.

Luego de analizar el certificado médico de la actora y de escuchar la manifestación del doctor “Z” quien manifiesta que la demandante “C” si podía concebir, pero no podía llevar adelante el embarazo debido a que padecía de insuficiencia renal y podía llevarla a la muerte, pues dicha enfermedad es incompatible con la gestación porque requiere de riñones sanos para poder llevar adelante una gestación de nueve meses.

El Quinto Juzgado Especializado de Familia para determinar si la señora “C” era la madre biológica de dicha menor, dispuso de oficio la realización de la prueba de ADN, en el Laboratorio Genética Biomolecular del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, arrojó los siguientes resultados: que la señora “C” no puede ser excluida de la presunta relación de parentesco en condición de madre biológica de la menor “N” quedando excluida “D”, demostrándose también que “F” es el padre biológico de dicha menor. Habiéndose demostrado objetiva y científicamente que la demandante “C” tiene la calidad de madre biológica, lo que, la doctrina y la ciencia califican como madre genética de dicha menor mientras que la señora “D” sería la madre sustituta, a tenor de los dispuesto en el artículo 2 inc. 24 literal “a” de la Constitución Política, que regula el principio de Reserva, en virtud del cual: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Por consiguiente, se consideró lícita la conducta de la actora; por su parte, la conducta de doña “D” fue netamente altruista y por amor a su hija “C”.

Respecto a los tres embriones vivos congelados sobrantes del proceso de fecundación in vitro que se encuentran en la Clínica de Miraflores a cargo del doctor “Z”; de conformidad con el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad (...) El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. En consecuencia, estando el derecho de la vida, el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, son derechos indisponibles.

Razón por la cual la Juez del Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, administrando justicia Falla: DECLARANDO FUNDADA la demanda de Impugnación de Maternidad interpuesta por doña “C” contra “D” y “F”. DECLARANDO que la niña “N” es hija de la demandante; DISPONIENDO la rectificación de los apellidos de la niña, cuyo apellido será de los señores “F” y “C”. OTORGANDO el plazo de dos años para que los esposos “F” y “C” hagan efectivo el derecho a la vida de los tres embriones concebidos crio conservados, sea mediante implantación en el vientre materno de doña “C” o una subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro, contados a partir de la sentencia consentida y/o ejecutoriada.

De los casos anteriormente citados podemos advertir que existe una imperante necesidad que la gestación por sustitución sea regulada en nuestro ordenamiento jurídico positivo; toda vez que, se busca brindar una protección legal a los actores que intervienen en este procedimiento de la gestación por sustitución, justamente para evitar que una de las partes se aproveche de la otra parte como sucede en el caso de la menor “P”, donde la gestante subrogada

amenazaba a la madre intencional con abortar al feto si no le daba dinero; entonces se puede apreciar que esta mujer no desempeña el papel de madre sino solo de gestante subrogada y con el fin de obtener un beneficio económico .

En el caso de “X” y “Y” estos padres intencionales encuentran una pareja en donde la mujer de manera voluntaria y altruista se ofrece a gestar el bebé hasta su nacimiento, pero como en nuestro país no está regulada la gestación por sustitución, la RENIEC ante estas situaciones vulnera el derecho de identidad del niño, así como el derecho a tener un nombre y a sus apellidos de sus padres y al derecho al desarrollo integral de su personalidad (artículo 6 inciso 6.1 del Código de Niños y Adolescentes), también se vulnera el derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia (artículo 8 del Código de Niños y Adolescentes).

En el caso de la señora “C” su mamá fue la gestante subrogada quien llevó el embarazo de manera altruista, dado que, la señora “C” padecía de insuficiencia renal, en este caso se trata de determinar si la señora “C” era la madre de la menor “N”. La juez mediante la prueba de ADN que se le realizó a la menor y a la señora “C” se demostró que ella era la madre biológica, corroborándose con la manifestación de su médico tratante. Demostrándose que la prueba de ADN es el instrumento más eficaz para determinar si la gestante es la madre o no, razón por la cual quedaría obsoleta la terminología romana “la maternidad siempre es cierta” (mater semper certa est) (Torres, 2017, p. 81).

#### **4.2. Fundamento jurídico de ser un acto de libre disposición del propio cuerpo**

#### ***4.2.1. Regulación jurídica de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo, en el derecho comparado y nacional***

La gestación por sustitución es una figura que en muchos países del mundo se está empezando a regular. En la mayoría de los países latinoamericanos que se regula, se hace con finalidad altruista, pero en otros países también permiten la onerosidad de esta figura, enfocándose desde el punto de vista de un contrato. para la presente investigación hemos considerado la legislación de México, Uruguay, Argentina, Chile y Perú.

**Tabla 4:** Comparación de legislaciones

<b>LEGISLACIÓN</b>	<b>Requisitos de la gestante subrogada</b>	<b>Requisitos de los padres intencionales</b>	<b>Finalidad</b>
<b>Tabasco</b>	Ciudadana mexicana	Ciudadanos mexicanos	
<b>México</b>	Capacidad de goce y ejercicio. Edad: 25 y 35 años Acreditar su salud física y mental Consentimiento voluntario No haber participado en más de dos ocasiones en el procedimiento.	Deben tener capacidad de goce y ejercicio. Acreditar la imposibilidad física o contraindicación médica. Edad: 25 y 40 años	Altruista
	Ciudadana mexicana Consentimiento	Ser ciudadanos mexicanos	

<b>Sinaloa</b>	<p>Voluntario</p> <p>Tener capacidad de goce y ejercicio</p> <p>Edad: 25 y 35 años</p> <p>Tener buena salud psicosomática</p> <p>Haber tenido un hijo</p> <p>No haber participado en más de dos ocasiones en el procedimiento.</p>	<p>Acreditar su imposibilidad física o contraindicación médica.</p> <p>Deben tener capacidad de goce y ejercicio.</p>	<p>Onerosa</p> <p>Altruista</p>
<b>Uruguay</b>	<p>Familiar de segundo grado de consanguinidad</p> <p>Mayor de edad</p>	<p>Enfermedad genética o adquirida.</p> <p>Mayor de edad</p>	<p>Altruista</p>
<b>Argentina</b>	<p>Debe expresar que no tiene voluntad procreacional</p>	<p>Voluntad procreacional</p>	<p>Altruista</p>

---

**Chile**

No está regulada la gestación por sustitución

---

**Perú**

No se encuentra regulada la gestación por sustitución

---

La gestación por sustitución en México se encuentra regulada de manera específica en Tabasco y Sinaloa, pero no existe una ley que sea aplicable a todo el país mexicano, ahora bien, la gestación por sustitución en Tabasco es regulada de manera altruista, es decir, de manera gratuita y es aplicada solamente para los mexicanos excluyéndose a los extranjeros; esto se hizo, con la finalidad de proteger a muchas mujeres que prestaban su vientre, asimismo para evitar que parejas extranjeras se aprovechen de su condición social y económica, o que en el peor de los casos estas parejas abandonen al niño recién nacido dejándoles toda la responsabilidad a las mujeres gestantes subrogadas. Es por ello, que en el acuerdo de gestación por sustitución o maternidad subrogada se debe indicar de manera precisa los nombres de los padres intencionales, así como también el nombre de la gestante subrogada. Este documento de fecha cierta debe contener las cláusulas correspondientes en donde de manera taxativa se enumere las obligaciones de ambas partes intervinientes en dicho documento, lo cual deberá realizarse ante un notario público que dé fe de este instrumento. Las partes intervinientes tienen que estar debidamente informados sobre el procedimiento de la gestación por sustitución y lo que significa este embarazo por sustitución para los padres intencionales.

No obstante, en el Estado de Sinaloa este instituto es regulado en dos modalidades: oneroso y altruista, siendo aplicable solamente para los nacionales o extranjeros nacionalizados. Los requisitos<sup>2</sup> son muy similares a los requisitos que establece el Código Civil de Tabasco, en donde se establece que es aplicable solo

---

<sup>2</sup> Artículo 380 Bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco



para los nacionales y para los que han adquirido la nacionalidad mexicana, también deberán acreditar que gozan de plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos, la madre intencional deberá acreditar su imposibilidad física contra indicación médica mediante un certificado médico, así como la mujer gestante subrogada debe manifestar su voluntad.

Para que las parejas puedan acudir al procedimiento de la gestación por sustitución en primer lugar deben acreditar con un certificado médico su imposibilidad física o adquirida, y en segundo lugar acreditar que ha tenido pérdidas espontáneas de embarazos la cual les impide gestar el embrión. Ahora bien, hay que señalar que dicha imposibilidad puede depender bien de la mujer o del varón o como puede suceder en varios casos que ambos sean infértiles.

La legislación uruguaya respecto a la gestación por sustitución o maternidad subrogada establece que es nulo todo contrato, cuando las parejas o personas solteras quieran recurrir a esta figura legal siempre y cuando tengan la posibilidad de procrear sus propios hijos, así como de llevar a cabo su propio embarazo, quedando excluidas aquellas mujeres que pudiendo gestar su bebé quieran prestar el vientre de otra, ya sea por motivo de trabajo u otras circunstancias como por ejemplo el querer mantener su figura y no querer embarazarse. Entonces la gestación por sustitución sólo es aplicable a aquellas personas que por circunstancias de la vida no pueden engendrar sus hijos y viendo en esta figura la oportunidad de formar su familia.

Cabe precisar, que la gestante subrogada debe ser un familiar de segundo grado por consanguinidad ya sea por parte del esposo o de la esposa, así mismo es

necesario mencionar que en la presente ley materia de análisis no solo es aplicable para los nacionales sino también para los extranjeros dado que no se precisa su prohibición para los mismos.

En Argentina la gestación por sustitución es conocida como gestación por solidaridad regulada mediante una Disposición en donde es aplicable esta figura para todos los niños que sean nacidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta disposición normativa no excluye a los extranjeros, ni a los homosexuales, así como tampoco a personas solteras, toda vez que no precisa quienes se han de beneficiar con la gestación por sustitución, por lo que el artículo 1° de esta disposición puede ser interpretada de forma extensiva, ya que el único requisito es que el niño sea nacido en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De ello podemos deducir que no existe un procedimiento riguroso para optar por la gestación por sustitución bastando la sola voluntad de la gestante subrogada y además de manifestar que no tiene la intención de tomar al niño como su propio hijo. Cabe resaltar que en dicho dispositivo no se establece que la finalidad de este instituto sea altruista u oneroso.

Chile país republicano y democrático no contempla en su sistema jurídico a la gestación por sustitución, empero en los últimos años se han presentado varios proyectos de ley que regulan esta figura. En la sociedad chilena existen casos de varios niños nacidos mediante la gestación por sustitución; sin embargo, este instituto está siendo practicado con mucha más frecuencia en estos últimos años. A pesar de que no se encuentra regulado la gestación por sustitución muchas parejas recurren a este procedimiento, por lo que muchas veces los padres

intencionales se ven tentados a pagar un monto económico excesivo con el único objetivo de ser padres.

En nuestra legislación peruana como bien se sabe, la gestación por sustitución o maternidad subrogada no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que, se considera madre a la mujer que alumbró un hijo; por lo que, este fenómeno social causa una gran polémica no solamente en los ciudadanos peruanos sino también en los estudiosos del derecho, teniendo posturas diferentes frente a la gestación por sustitución y mucho más para los magistrados quienes tienen que resolver casos en donde se hayan ventilado demandas de gestación por sustitución. No obstante, para regular esta figura se han presentado varios proyectos de ley que a la fecha no hay ningún resultado favorable respecto a su aprobación de alguno de estos proyectos, así mismo, podemos advertir que en nuestra sociedad el uso de esta técnica o procedimiento de esta técnica es cada vez, más frecuente. Pese a que muchos casos de gestación por sustitución han llegado hasta el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de nuestra Carta Magna, en donde se les ha reconocido el derecho de filiación a los padres intencionales; sin embargo, el Poder Legislativo hasta el momento no ha aprobado ningún proyecto de ley ni tampoco ha creado ninguna ley que regule esta figura. Es por ello que, el derecho debe estar acorde a los cambios de la sociedad para no estar frente a un limbo legal y de esta manera evitar que muchas personas saquen la vuelta a la ley.

En nuestra legislación peruana se han presentado varios proyectos de ley para regular este fenómeno social; proyectos que no han sido aprobados para regular este instituto, por lo que, nos encontramos frente a un vacío legal. Empero la

sociedad peruana no es ajena a la práctica de la gestación por sustitución o más conocida como vientre de alquiler, en donde la mujer se ve tentada a prestar su vientre por un valor pecuniario, es fácil de saber el monto aproximado que estas gestantes subrogadas cobran a sus contratantes, con solo dar un clic en internet podemos observar el monto del valor que cobran, quienes recurren a este procedimiento por diferentes motivos haciéndoles perder su dignidad humana y corriendo el riesgo que ellas mismas se puedan cosificar y considerarse así mismas un medio para conseguir dinero para satisfacer sus necesidades.

Como bien es sabido, la gestación por sustitución es una figura que despierta en algunas personas un rechazo a la práctica de esta técnica porque no pueden concebir la idea, que una mujer quede embarazada para otra o que lleve un hijo en su vientre que precisamente no es su hijo.

En las legislaciones que han sido objeto de nuestra investigación pudimos observar que la mujer gestante subrogada tiene que tener el consentimiento de su esposo o conviviente en el caso de que sea casada para poder postular como gestante subrogada, no bastando solamente su propia decisión, sino necesitando el consentimiento de alguien más para que concrete su voluntad en este caso del esposo o conviviente, pese a que tiene autonomía por lo cual decide que hacer y que no hacer con su cuerpo.

Tomándose en cuenta la voluntad y la plena autonomía de la mujer que ejerce sobre su propio cuerpo es necesario mencionar que debería regularse la gestación por sustitución como un acto de libre disposición del propio cuerpo. Dado que, la autonomía de la mujer le permite decidir qué hacer con su cuerpo, ya que es a

través de esta, que la mujer puede tomar decisiones para celebrar contratos, acuerdos u otro documento de diferente índole, donde es necesario que manifieste su voluntad de manera libre sin interferencia de terceros. En efecto, la gestante subrogada en base a la libertad de la que goza puede tomar una decisión la cual se materializará en un documento, para este caso un compromiso de gestación por sustitución. La gestante subrogada puede disponer de su propio cuerpo siempre que estos actos sean por motivos humanitarios y altruistas.

De lo anteriormente mencionado podemos decir que la gestante subrogada si puede prestar su vientre para gestar el bebé de otra, como un acto de libre disposición que hace sobre su propio cuerpo, toda vez que, ella en base a su propia voluntad y autonomía decide por sí misma llevar a cabo un embarazo sustituto; ya que, como bien señala Lamm (2013) es mejor hablar de gestación en lugar de maternidad, ya que, la mujer solo prestará su útero por un determinado tiempo.

Para ello, la gestante subrogada deberá estar bien asesorada por un abogado, ante el posible incumplimiento de los padres intencionales en cuanto al pago de todos los gastos que implica un embarazo, consultas médicas en la clínica autorizada por el Ministerio de Salud, ropa de maternidad, alimentación, etc., en consecuencia, la mujer que decida ser gestante subrogada debe conocer cuáles son sus derechos y obligaciones en este procedimiento de la gestación por sustitución.

Una vez que la gestante subrogada ha recibido toda la información que necesitaba sobre esta técnica de gestación por sustitución, ella podrá elegir de manera voluntaria a los padres intencionales del futuro niño que va a gestar.

Los derechos y obligaciones que le asisten a la gestante subrogada son los siguientes:

- Interrumpir el embarazo cuando su vida corra peligro de muerte.
- Derecho a un control médico por un especialista de la materia.
- El derecho a recibir el reembolso de los gastos del embarazo en caso de incumplimiento por parte de los padres intencionales.
- Derecho a demandar vía judicial cuando los padres intencionales quieran abandonar al recién nacido y/o cuando quieran interrumpir el embarazo por motivos personales.
- Tiene la obligación de llevar un embarazo sano en un ambiente familiar equilibrado.
- Cuidar del feto todo el tiempo que dure el embarazo.
- Comer saludable para que el niño nazca con buena salud.
- Tomar sus medicamentos indicados por el especialista.

En suma, la mujer gestante subrogada deberá llevar dicho embarazo como acto de libre disposición de su propio cuerpo en nuestra legislación, toda vez que implica la manifestación de su propia decisión, ya que, consideramos que la gestante subrogada va disponer de su cuerpo por un acto humanitario y altruista; lo cual lo hace motivada por un fuerte sentimiento de solidaridad y ayuda con las parejas que no pueden procrear sus propios hijos.

#### ***4.2.2. Definición de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo***

De todo el bagaje de información obtenido podemos definir a la gestación por sustitución como aquel acto humanitario y altruista que realiza una mujer en favor de otra, disponiendo de su propio cuerpo toda vez que, la mujer gestante subrogada prestará su útero por un determinado tiempo.

Se puede definir a los actos de libre disposición como el derecho a disponer del propio cuerpo como mejor le parezca, siempre y cuando no cause una disminución en la integridad física de la gestante subrogada teniéndose en cuenta la autonomía personal y la autodeterminación fundamentándose en el derecho de la libertad de pensamiento la cual es un derecho fundamental proscrito en el artículo 2 inciso 4 de la Constitución Política del Perú señala que: “A las libertades, (...) expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita (...)”. Por ello, consideramos que la gestante subrogada debe manifestar su voluntad de manera escrita y no guardar ningún vínculo genético con el feto. Según Escobar (2011, p.26) sostiene que:

La madre biológica se somete a un tratamiento de estimulación ovárica para poder obtener varios óvulos que son fecundados con el esperma de su pareja. Los embriones resultantes son transferidos al útero de la madre subrogada la cual llevara a término el embarazo. En este tipo de subrogación los nombres de los padres biológicos aparecen en el certificado de nacimiento del bebe lo que significa que queda registrado como hijo de la pareja.

De lo señalado por el autor podemos indicar que no siempre los óvulos y el espermatozoide fecundados pertenecerán a los padres intencionales ya que puede ser que uno de la pareja tenga imposibilidad para procrear o que ambos sean

infértiles por ciertas patologías del tracto reproductor masculino y/o femenino pudiendo recurrir a un o a una donante. No obstante, si la gestación por sustitución es regulada en nuestra legislación peruana como acto de libre disposición del cuerpo de la gestante subrogada deberá aparecer en la partida de nacimiento los nombres de los padres intencionales y no de la gestante subrogada.

Los actos de libre disposición del cuerpo humano es cuando la persona dispone de su propio cuerpo de manera libre y espontánea, pero sin que afecte su integridad física y emocional, como se puede advertir en las sentencias: Sentencia, Exp. N°: 06374-2016-0-1801-Jr-Ci-05 y la Sentencia, Exp. N°: 183515-2006-00113., las gestantes subrogadas en estas dos sentencias decidieron de manera voluntaria disponer de su propio cuerpo para gestar al bebé de otros y entregarlo al momento de su nacimiento, esta decisión que ellas tomaron fue en beneficio para otros ayudándolos a convertirse en padres y no estaban motivadas por querer obtener un lucro económico a cambio del servicio brindado, solo estaba orientado ayudar de manera humanitaria y altruista a aquellas parejas heterosexuales con imposibilidad genética o adquirida (enfermedades en su salud reproductiva).

#### **4.3. Fundamento jurídico de ser un acto humanitario**

La gestación por sustitución como se puede apreciar en la Sentencia recaída en el Expediente N°: 06374-2016-0-1801-Jr-Ci-05 los padres intencionales “X” y “Y”, recurren a esta figura, para lo cual solamente el esposo aportó su material genético, ya que la esposa tenía óvulos que no alcanzaban el nivel de maduración para poder procrear, recurriendo a una donante; sin embargo, encontraron a una pareja de esposos “A” y “B”, quienes deciden ayudarlos, para esto la señora “B”



de manera voluntaria y con un fin altruista accede llevar el embarazo en lugar de la señora “Y”. Para que este acto sea altruista, la persona debe “tener la intención primordial de querer ayudarlo” (Stiefken Arboleda, 2014, p. 21); es decir, no debe desear un reconocimiento económico o de otra índole.

Cabe recalcar que este instituto, puede ser enfocado desde varias perspectivas ya sea a favor o en contra, tanto en la doctrina como en la legislación; pero no debe olvidarse que, ante nuevas situaciones sociales, el derecho debe regularlos para evitar que se altere el orden público y/o a las buenas costumbres. Es por ello, que consideramos, que la gestación por sustitución se basa en un acto humanitario, toda vez que se trata de ayudar a otros a superar su lamentable situación, específicamente a aquellas parejas heterosexuales que tienen esa incapacidad biológica o contraída por una enfermedad que les impide gestar a su propio bebé, necesitando para esto de una tercera persona para que pueda llevar a cabo el embarazo subrogado.

En la Sentencia recaída en el Exp. N°: 183515-2006-00113, se puede apreciar que los esposos “F” y “C”, ambos son una pareja que pueden procrear sus hijos, así como el de quedar embarazados, pero debido a una enfermedad que adolece desde su niñez la señora “C”, le impide quedar embarazada ya que, esto lo llevaría a la muerte, razón por la cual intentaron varios métodos de reproducción asistida, pero ninguno dio resultado. Finalmente, por indicación de su médico tratante quien les recomienda como última alternativa recurrir a la gestación por sustitución. Los esposos indicaron que recurrieron a esta figura ya que el procedimiento de la adopción es muy engorroso. Ellos tuvieron como gestante subrogada a la mamá de la señora “C”. Para someterse a este procedimiento de la

gestación por sustitución tuvieron que realizarle varios exámenes a la señora “D” quien, en un acto humanitario, y conmovida por el sufrimiento de su hija decide ser la gestante subrogada.

Ahora bien, la ciencia médica cada día nos sorprende, antes era impensable que parejas que eran infértiles podían formar su propia familia teniendo como única opción la adopción, pero con la llegada de esta nueva técnica es posible superar toda barrera de infertilidad, convirtiéndose en una luz de esperanza para matrimonios o uniones de hecho con reconocimiento jurídico la posibilidad de formar su propia familia.

Somos de la postura que la gestación por sustitución puede ser regulada en nuestro ordenamiento jurídico como un acto de libre disposición del propio cuerpo y como un acto humanitario y altruista, ya que, esto implica, que la gestante subrogada decida voluntariamente ayudar a la pareja que sufre de imposibilidad genética o adquirida a convertirse en padres, sin que influyan otros factores externos que la motiven a realizar dicho acto. En este orden de ideas, la gestante subrogada deberá ser consciente que:

- El hijo que gesta no es suyo
- Lo hace con el fin de ayudar a otros a convertirse en padres
- Que no está obligada a llevar un embarazo para otros
- Deberá decidir cuantos embriones le inseminarán
- No recibirá ningún beneficio económico por la acción que va a realizar
- Que el embarazo le provocará ciertos cambios en su aspecto físico

- Deberá enfrentarse a la conducta negativa de algunas personas de su entorno familiar.

Este acto humanitario es realizado por muy pocas personas que de manera solidaria y altruista deciden ayudarlos a superar su incapacidad de su salud reproductiva, como se puede apreciar en estas dos sentencias citadas. Ahora bien, la gestante subrogada puede ser un familiar, una amiga, una conocida o por una persona totalmente desconocida que tenga el deseo de ayudarlos. Sin embargo, la mujer que decida ser gestante subrogada debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Mayor de 25 y menor de 35 años de edad
- Haber tenido mínimo un hijo
- Ser peruana
- No más de un embarazo subrogado
- Tener capacidad de goce y capacidad de ejercicio
- Expresar su voluntad para ser gestante subrogada

Cabe recalcar que, la gestación por sustitución es y será el método más eficaz para perpetuar la especie humana y, por ende, para formar una familia en aquellas parejas que adolecen de incapacidad en su salud reproductiva requiriendo para ello una tercera persona denominada “gestante subrogada”.

#### **4.4. Efectos positivos y negativos de su posible regulación en el ordenamiento jurídico peruano**

Si la gestación por sustitución fuese regulada en un futuro en nuestro ordenamiento jurídico peruano como acto de libre disposición del propio cuerpo de la gestante subrogada, esto permitiría que muchas parejas heterosexuales y convivientes con reconocimiento de unión de hecho con imposibilidad para procrear constituyan su propia familia. No obstante, también podría ser factible de que se reconozca como un método más de las técnicas de reproducción asistida, incorporándose un capítulo más dentro de la ley general de salud, la misma que, regula las técnicas de reproducción asistida, así como lo regula la legislación uruguaya dentro de la ley 19.167 en su capítulo IV.

Según Bayonas et al., (2017, párr. 2) “la subrogación uterina da la posibilidad de que una mujer renuncie a la calificación jurídica de madre, que se le otorga por haber gestado y dado a luz a un bebé”. Es por ello, que de ser posible su regulación de la gestación por sustitución tendría los siguientes efectos positivos:

- Contribuir con la perpetuación de la especie humana.
- Ayudar a convertirse en padres a las parejas infértiles.
- Derecho de constituir su propia familia con ayuda del procedimiento de la gestación por sustitución.
- Dar protección jurídica a la mujer gestante subrogada, a los padres intencionales y al recién nacido.

Estas parejas infértiles con imposibilidad física (genética) o adquirida ven en la gestación por sustitución su gran oportunidad de ser padres, que puede ser el mayor logro de sus sueños. Esta posibilidad de formar una familia por vías externas a la tradicional no hace desmerecer a nadie a quien anhele con todo su

corazón tener un hijo ya sea aportando o no su material genético. Ya que según Regalado (2016, p. 19) sostiene que, “lo esencial no es la existencia de una relación genética entre madre e hijo, sino la calidad del vínculo que se crea desde el principio y que perdura a lo largo de la vida del menor”.

El efecto positivo de su regulación también consistiría en que ya no estaría en discusión determinar a quién le corresponde la paternidad y/o maternidad como en el caso<sup>3</sup> de la señora “C” quien solicitaba la impugnación de maternidad de la gestante subrogada debiéndose corregir la partida de nacimiento de su menor hija ya que según la prueba de ADN la señora “C” era la madre biológica. Tampoco estaría en discusión la filiación de dicho menor ya que la regulación de esta figura permitiría que el niño nacido mediante la técnica de gestación por sustitución sea reconocido como hijo de los padres intencionales constando los nombres y apellidos en el acta de nacimiento de dicho menor.

Al estar regulado esta figura no se vulneraría el derecho a su identidad, el derecho a tener un nombre, el derecho a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer y llevar el apellido de sus padres previsto en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes. En el caso de los esposos “X” y “Y” la RENIEC les negó el reconocimiento de paternidad y maternidad para reconocerlos a los menores nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución, por lo cual los esposos interponen una demanda de amparo para que

---

<sup>3</sup> Sentencia del Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia Exp Nro: 183515-2006-00113, 06 de enero del 2009

se les reconozca la paternidad y maternidad y por ende la filiación de dichos menores<sup>4</sup>.

Asimismo, se prevé los siguientes efectos negativos de su posible regulación de este instituto:

- En primer lugar se estaría poniendo en desventaja la figura legal de la adopción y muchos niños quedarían con pocas posibilidades de ser adoptados, es por ello, que consideramos que solamente podrán acceder a la gestación por sustitución los padres intencionales que sufren de imposibilidad genética o adquirida para engendrar sus hijos, previamente diagnosticados por el médico de la clínica u hospital autorizados por el Ministerio de Salud para realizar el procedimiento de gestación por sustitución para acreditar su discapacidad reproductiva.
- El rechazo de un sector de la población considerando sus creencias religiosas.

Ahora bien, la gestación por sustitución deberá llevarse a cabo únicamente como un acto humanitario y con finalidad altruista por el cual la gestante subrogada se compromete llevar el embarazo a su término e inmediatamente nacido el bebé entregárselo a sus padres intencionales. Por ello, consideramos que la gestación por sustitución también debería ser considerada como un método de las técnicas de reproducción asistida en donde la calidad de madre no solo recaiga en la que alumbró sino también en aquella mujer que tiene la intención de ser madre.

---

<sup>4</sup> Corte Superior de Justicia de Lima Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional Expediente: 06374-2016-0-1801-Jr-Ci-05, 21 de febrero del 2016

Es por ello que, el Estado no puede hacerse el de la vista gorda y no regular esta realidad social, porque esto, no es una ficción sino una realidad que convive y que hace parte de nosotros, es precisamente, por esto que necesitamos que la gestación por sustitución sea legislada para otorgarle seguridad jurídica a la mujer gestante subrogada, a los padres intencionales y al niño nacido mediante este procedimiento de la gestación por sustitución. Regular esta figura supondría hacerlo como un acto de libre disposición del propio cuerpo de la mujer gestante subrogada, teniendo en cuenta las siguientes formalidades del compromiso de gestación por sustitución:

- Deberá ser firmado por la gestante subrogada y los padres intencionales
- DNI de la mujer gestante y de los padres intencionales
- Lugar, fecha y hora
- Tres testigos de ambas partes
- Firmado por el notario
- Firmado por ambas partes, no se aceptará la representación por ninguna de las partes ya que es un derecho personalísimo.

Si la gestante subrogada y los padres intencionales por alguna circunstancia no pudiesen entender de lo que significa este compromiso en la realidad o distorsionan su sentido jurídico, pueden incurrir en algún vicio de la voluntad, existiendo una disconformidad en alguna de las partes que intervienen en este procedimiento de la gestación por sustitución, entre lo que realmente desea y lo que externamente manifiesta pudiéndose disolver este acuerdo de gestación por sustitución hasta antes de ser inseminada.

Según la constitución política del Perú de 1993 en su artículo 4 prescribe que la familia y el matrimonio son institutos naturales y fundamentales de la sociedad por la cual la comunidad y el Estado tienen el deber de protegerlos. En consecuencia, no se le puede negar el derecho a los padres intencionales de constituir su propia familia, el no permitirles ser padres se estaría vulnerando su derecho fundamental de tener su propia familia, así como la configuración de una discriminación hacia las parejas infértiles. La familia no solo puede contemplarse de manera convencional sino también con la ayuda de las TERAs y actualmente con la ayuda de la gestación por sustitución, lo cual no lo hace menos porque ambas cumplen con la misma finalidad, que es la de perpetuar la especie humana. El negar el reconocimiento de los niños nacidos mediante esta técnica supone negarle el derecho a una familia, el derecho a tener un nombre, el derecho de crecer en un ambiente sano y equilibrado, el derecho a su identidad.

La familia es y será la base de todo individuo para su óptimo desarrollo y desenvolvimiento en la sociedad. De ella depende que estos niños sean buenos ciudadanos puesto que, en ella encuentran seguridad, apoyo, afecto y comprensión. Lo que realmente interesa es que el niño nazca dentro de una pareja que lo anhela con todo el corazón, sin importar la condición social y económica de los padres intencionales.

Por todo lo indicado anteriormente, se debe regular en nuestro país la gestación por sustitución para proteger a aquella parte de la población vulnerable, específicamente al recién nacido mediante este método y luego a la gestante subrogada y a los padres intencionales.



#### 4.5. Propuesta normativa que modifique el artículo 7 de la ley General de Salud y el artículo 6 del Código Civil

Nuestra propuesta normativa está orientada a modificar el artículo 7 de la ley general de salud y el artículo 6 del código civil, los cuales quedarán redactados de la siguiente manera:

**Tabla 5:** Propuesta normativa que modificaría a la Ley general de la Salud

	<b>Vigente</b>	<b>Propuesta</b>
<b>Ley general de salud.</b>	Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de 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	Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, <b>identificando a la madre genética, y a la madre intencional cuando esta recurra al método de la gestación por sustitución requiriendo del vientre de otra mujer para que geste a su bebé ya sea que comparta el material genético o no.</b> Para la aplicación de técnicas de

procreación, así como la clonación de seres humanos.	reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos <b>y de la mujer gestante subrogada según sea el caso.</b> Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.
--	--

**Tabla 6:** Propuesta para modifica artículo del código civil

	<b>Vigente</b>	<b>Propuesta</b>
<b>Código Civil</b>	Artículo 6.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia	Los actos de disposición del propio cuerpo <b>representan un derecho que tiene la persona sea en favor propio o de terceros,</b> y están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios

---

corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios, **por el cual se haría una donación temporaria de útero.** Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

---

## CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídicos para considerar a la gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en nuestra legislación peruana se fundamentan en la manifestación de voluntad y en la autonomía que tiene la gestante subrogada, para llevar acabo un embarazo subrogado con un fin netamente altruista y humanitario, hacia las parejas que padecen de imposibilidad genética o adquirida para formar su familia.
2. La gestación por sustitución en las legislaciones de: Uruguay regula esta figura con fines altruistas y que la gestante subrogada tenga un grado de parentesco con los padres intencionales; México específicamente en sus dos Estados: Tabasco regula a la gestación por sustitución con fines altruistas, mientras que, Sinaloa lo regula en sus dos modalidades onerosa y altruista; Argentina lo regula de manera altruista y en Chile no se encuentra regulada la gestación por sustitución. Respecto al acto de libre disposición del propio cuerpo de la gestante subrogada radica en la plena manifestación de voluntad que tiene para llevar un embarazo subrogado. La gestación por sustitución no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, solamente existiendo iniciativas de proyectos de ley en los cuales se menciona que esta esta figura debe ser regulada de manera altruista; para que la mujer gestante subrogada disponga sobre su propio cuerpo se requiere de su manifestación libre y espontánea siendo esto un acto humanitario hacia las parejas que sufren de infertilidad.
3. La gestación por sustitución es el acto que realiza una mujer para llevar acabo un embarazo para otra mujer, toda vez que, prestará su útero temporalmente,

siendo realizado solamente de manera altruista y excluyéndose la onerosidad para este procedimiento; la gestante subrogada dispone de su propio cuerpo con su manifestación de voluntad al encontrarse en pleno uso de sus facultades.

4. El efecto positivo de la gestación por sustitución es ayudar a parejas que padecen de imposibilidad genética o adquirida para poder procrear y, como efecto negativo es el sentimiento de culpa que se genera en la gestante subrogada después del embarazo.

## **RECOMENDACIONES**

1. Se recomienda realizar una investigación sobre quién asumiría la paternidad y maternidad del niño, si durante el periodo de embarazo mueren los padres intencionales.
2. Se recomienda investigar como influiría la regulación de la gestación por sustitución en la figura de la adopción y cuáles serían sus efectos.

## REFERENCIAS

Amado V., J. D. (2014) Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico. *Thémis*.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/10728/11215/>.

Bayonas, A., Rodrigo, A., y Mestre, C. (2017). *Efectos, consecuencias y riesgos de la maternidad subrogada*. <https://babygest.com/es/efectos-y-consecuencias-de-la-maternidad-subrogada/>

Cruz, J. M. (2012). La Maternidad Subrogada. España. *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXX, 641-653. Dialnet-LaMaternidadSubrogada-4832049.pdf

Decreto N° 742. Última reforma al Código Familiar de Sinaloa (2016).

<http://transparenciasinaloa.gob.mx/images/leyes/archivos/pdf/CODIGO%20FAMILIAR.pdf>

Disposición N° 103/DGRC/17 que modifica la Disposición N° 93/DGRC/17.

Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2017).

<https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/385510>

Escobar Enríquez, R. F (2011). Importancia De La Institución Jurídica De La Maternidad Subrogada, Análisis De Las Consecuencias Positivas Legales De Su Incorporación Al Sistema Jurídico Guatemalteco. [Previo a conferírsele el grado académico de Licenciado En Ciencias Jurídicas Y Sociales y los títulos profesionales de Abogado Y Notario] Universidad de San Carlos de Guatemala. [http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_8881.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8881.pdf)

Gómez Sánchez, (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons.

<https://www.iberlibro.com/servlet/BookDetailsPL?bi=30288105604&searchurl=sortby%3D20%26an%3DYOLANDA%2BSANCHEZ>

González Gerpe, D. (2018). *Gestación Subrogada*.

<https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000245/602>

Ibeas, E. J. (2016). *Vientres de alquiler y dignidad humana*.

<http://ulia.org/ficv/wp-content/uploads/2016/08/Emilio-Jose-Ibeas.pdf>

Iosa, J (2017) Libertad Negativa, Autonomía Personal Y Constitución. *Revista chilena de Derecho*.

[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372017000200495](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372017000200495)

Jouve, N, (2017). *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*.

<https://www.redalyc.org/pdf/875/87551223002.pdf>

Lamm, E. (2013). *Gestación por Sustitución: ni maternidad subrogada ni vientres*.

Universidad de Barcelona. *Observatori de Bioètica i Dret*.

<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>

Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley N° 19.167 (2013).

<https://www.mysu.org.uy/wp-content/uploads/2015/01/Ley-N%c2%ba-19167.pdf>



- López, I. (2016). *Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable?*  
[Grado en Enfermería]. Universidad de Cantabria. España.  
<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8933/Lopez%20Aranda%20I.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Mota-Rodríguez, A y Ruiz-Canizales, R (2020). *Gestación por sustitución: libertad y autonomía de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo. Un acercamiento desde la ética y el derecho.*  
<https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/3827/3105>
- Notrica, F., Cotado, F., y Curti, P.J. (2017). La Figura de la gestación por sustitución. *IUS*, 11(39).  
[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008)
- Paz, O. (2018, Setiembre 03). Vientre de alquiler: caso de pareja de chilenos muestra un vacío legal. *El Comercio*.  
<https://elcomercio.pe/lima/sucesos/vientre-alquiler-caso-pareja-chilenos-muestra-vacio-legal-noticia-553484>
- Regalado Torres, M. D. (2016, p. 19) Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/download/3756/2356>.
- Reina-Valera (2009) Santa Biblia. Intellectual Reserve, Inc  
<https://media.ldscdn.org/pdf/lds-scriptures/holy-bible/holy-bible-spa.pdf>

Rojas Guillén, R. G. (2020). *Incorporación Legal de la Maternidad Subrogada, para garantizar la Consolidación de la Institución Familiar en el Perú*. [Tes. Para obtener el Título Profesional de Abogado, Universidad César Vallejo, Trujillo]. Repositorio UCV.  
[https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/42606/Rojas\\_RG.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/42606/Rojas_RG.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Ruedas Marrero, M., Ríos Cabrera, M., y Nieves, F. (2009). Hermenéutica: la roca que rompe el espejo. *Investigación y Postgrado*, 24(2).  
<https://biblat.unam.mx/hevila/InvestigacionyPostgrado/2009/vol24/no2/8.pdf>

Salazar Carrera, G. (2018). *La filiación y la maternidad subrogada*. [Trabajo de Titulación, previo a la obtención del Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, Universidad Técnica de Ambato Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Ambato, Ecuador]. Repositorio UTA.  
<https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/28224/1/FJCS-DE-1077.pdf>

Scatolini, J C (2012) Dignidad y Autonomía de la Persona. Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos. *Revista perspectivas de las ciencias económicas y jurídicas*.  
<https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/viewFile/3267/3148>.

Sentencia CAS. N° 563-2011 Corte Suprema De Justicia De La Republica [Sala Civil Permanente] (2011).

<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>

Sentencia Exp N°: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 Corte Superior De Justicia De Lima [Quinto Juzgado Especializado En Lo Constitucional] (2016).

[https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe\\_.pdf?fbclid=IwAR35gPFOGigyrrq5WBER8aqoBYJdikqyVik7e9stNVKnTM\\_UW4DmBWXHuU](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR35gPFOGigyrrq5WBER8aqoBYJdikqyVik7e9stNVKnTM_UW4DmBWXHuU)

Sentencia Exp. N° 183515 – 2006 – 001113 Poder Judicial [Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia] (2006).

[http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=267&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&fbclid=IwAR3rsnRnQT\\_VpaiVPD42MChmWzdyxh4jnjqPmJJHbO2Vz2DXkPgStlSWkxUY](http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=267&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&fbclid=IwAR3rsnRnQT_VpaiVPD42MChmWzdyxh4jnjqPmJJHbO2Vz2DXkPgStlSWkxUY)

Souto, B. (2006). Dilemas éticos sobre la de sustitución reproducción humana. La gestación de sustitución. *Feminismo: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, 8, 181-195.

[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/1188/1/Feminismos\\_8\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/1188/1/Feminismos_8_12.pdf)

Stiefken Arboleda, J. P. (2014). *Altruismo y Solidaridad en el Estado de Bienestar*. [Tesis Doctoral]. Univesitat Autònoma de Barcelona Departamento de Sociología, Bogotá.

<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/284047/jpsa1de1.pdf?sequence=>

1

Torres Maldonado M. A, (2017) *El carácter relativo de la presunción mater semper certa est en los supuestos de maternidad subrogada. A propósito de una reciente sentencia*. Gaceta Civil & Procesal Civil.

<https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/50/>

Uría M. A. (2020). *La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada*. *Dikaion* Vol. 29 Núm. 1

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-89422020000100039](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422020000100039)

Valero Heredia (2019), *La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales*.

<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/24433/19286>

Varsi Rospigliosi, (2019). *Los actos de libre disposición del cuerpo humano*.

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-569X2019000100009#:~:text=El%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20el,p%C3%ABblico%20o%20a%20las%20buenas%20costumbres.&text=%2D%20Sean%20respetuosos%20del%20orden%20p%C3%ABblico%20y%20las%20buenas%20costumbres](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2019000100009#:~:text=El%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20el,p%C3%ABblico%20o%20a%20las%20buenas%20costumbres.&text=%2D%20Sean%20respetuosos%20del%20orden%20p%C3%ABblico%20y%20las%20buenas%20costumbres)

Varsi Rospigliosi, E (2019) *Los Actos De Libre Disposición Del Cuerpo Humano*.

Acta Bioethica.

[https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/8545/Varsi\\_disposicion\\_cuerpo\\_humano.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/8545/Varsi_disposicion_cuerpo_humano.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia: t. 1. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. El Búho.

Vega, J. (2020) *Diccionario Jurídico y Social Enciclopedia Online*

<https://diccionario.leyderecho.org/legajo/>

# ANEXOS

**Anexo 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA**

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	ITEMS	MÉTODOS	TÉCNICA
	<b>General</b>						
¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para considerar a la gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en la legislación peruana.	Determinar los fundamentos jurídicos para considerar a la gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en la legislación peruana.	Los fundamentos jurídicos para considerar a la gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en la legislación peruana.	La gestación por sustitución como acto de libre disposición del propio cuerpo en la legislación peruana	Art. 7 de La Ley General de Salud Art. 6 del Código Civil. Los diferentes casos reales de gestación por sustitución en el	¿La gestación por sustitución puede ser considerada como un método más de las técnicas de reproducción	Hermenéutica jurídica	Análisis documental   <b>INSTRUMENTO</b> Ficha de análisis documental

disposición del propio cuerpo en la legislación peruana?	<b>Específicos</b> a. Analizar la regulación jurídica de la gestación por sustitución y los actos de libre disposición del propio cuerpo en el derecho comparado. b. Analizar la regulación jurídica nacional	peruana se fundamentan en los siguientes motivos:  La disposición del propio cuerpo se sustenta en la plena voluntad y autonomía de la mujer	territorio peruano.  Vicios de la voluntad.  Voluntad y autonomía de la mujer gestante subrogada  Derecho a formar una familia mediante el método de la gestación por sustitución.	asistida? ¿Por qué? ¿La gestación por sustitución tiene un fin humanitario? ¿La gestación por sustitución puede ser considerada un acto de libre
--	--	---	---	---



---

de la gestación	gestante		disposición?
por sustitución y	subrogada.		¿Por qué?
los actos de libre		Contribución	¿Cuáles son
disposición del	Contribuir	con un fin	los casos más
propio cuerpo en	con un fin	humanitario	relevantes de
el derecho	humanitario		la gestación
nacional.	a las parejas		por
c. Comprender la	que sufren de		sustitución?
definición de la	una		¿Cuáles son
gestación por	imposibilidad		las
sustitución y los	genética o		formalidades
actos de libre	adquirida		para la
disposición del	para procrear		manifestación
propio cuerpo.	sus hijos.		de voluntad?

---

---

d. Comparar los efectos positivos y negativos de su posible regulación en el ordenamiento jurídico peruano.

e. Formular una propuesta normativa que

¿Se vulnera el derecho a formar una familia al no regularse la figura de la gestación por sustitución?

---

modifique el  
artículo 7 de  
la ley  
General de  
Salud y el  
artículo 6 del  
Código Civil.

---

## **Anexo 2: FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL**

1. ¿La gestación por sustitución puede ser considerada como un método más de las técnicas de reproducción asistida? ¿Por qué?
2. ¿La gestación por sustitución tiene un fin humanitario?
3. ¿La gestación por sustitución puede ser considerada un acto de libre disposición? ¿Por qué?
4. ¿Cuáles son los casos más relevantes de la gestación por sustitución?
5. ¿Cuáles son las formalidades para la manifestación de voluntad?
6. ¿Se vulnera el derecho a formar una familia al no regularse la figura de la gestación por sustitución?