

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 IMPLEMENTAR EL CONTRATO

DE VIENTRE DE ALQUILER EN EL PERÚ

POR

Briones Narváez Katherine Milagros

ASESOR

Mg. Otilia Loyita Palomino Correa

Cajamarca – Perú

Julio – 2021

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 IMPLEMENTAR EL CONTRATO
DE VIENTRE DE ALQUILER EN EL PERÚ**

Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el

Título Profesional de Abogado

Bach. Briones Narváez Katherine Milagros

Asesor: Mg. Otilia Loyita Palomino Correa

Cajamarca – Perú

Julio – 2022

COPYRIGHT © 2022 DE

Briones Narváez Katherine Milagros

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 IMPLEMENTAR EL CONTRATO
DE VIENTRE DE ALQUILER EN EL PERÚ**

Presidente: Mg. César Augusto Aliaga Díaz.

Secretario: Mg. Gloria Vílchez Aguilar.

Asesor: Mg. Otilia Loyita Palomino Correa.

A: Dios en primer lugar, por bendecirme con mi familia, mis padres, hermanos, mi esposo y a mi pequeña hija; quienes, con su amor, apoyo y consejos, han logrado darme el impulso necesario en esta etapa de mi vida.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	VIII
ABSTRACT	X
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1	5
1.1. Planteamiento del Problema.....	5
1.1.1. Descripción de la realidad problemática.....	5
1.1.2. Definición del problema.....	5
1.1.3. Objetivos.....	6
1.1.4. Justificación e importancia.....	6
CAPÍTULO II.....	8
2. MARCO TEÓRICO.....	8
2.1. Antecedentes teóricos.....	8
2.1.1. Maternidad sustituida o vientre subrogante.....	14
2.1.2. Antecedentes Nacionales.....	16
2.2. Marco histórico.....	19
2.2.1. Maternidad Subrogada en el Perú.....	19
2.2.2. Teorías que sustentan la investigación.....	20
2.2.3. Determinación de la filiación.....	22
2.2.4. Reconstrucción socio jurídica del alquiler de vientre.....	23
2.3. Teorías o enfoques teóricos del derecho.....	26
2.3.1. Definición del vientre de alquiler.....	29
2.3.2. Definición de contrato.....	30
2.3.3. Definición de un contrato de vientre de alquiler.....	31
2.3.4. Alquiler de vientre como contrato.....	32
2.3.5. Clases de contratos.....	34
2.3.6. Elementos del contrato.....	36
a. Capacidad.....	36
2.4. Hipótesis.....	40
CAPÍTULO III	41

3. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN	41
3.1. Tipo de investigación	41
3.2. Diseño de investigación	41
3.3. Área de investigación.....	41
3.4. Dimensión temporal y espacial.	41
3.5. Unidad de análisis, población y muestra.....	42
3.6. Métodos.....	42
3.6.1. La hermenéutica jurídica.....	42
3.7. Técnicas de investigación.	42
3.7.1. Documental.	42
3.7.2. Fichaje.....	43
3.8. Instrumentos.....	43
3.8.1. Fichas de Trabajo.....	43
3.8.2. Fichas de Bibliografía.	43
3.9. Limitaciones de la investigación.	43
CAPÍTULO IV	44
ANÁLISIS Y RESULTADOS	44
CONCLUSIONES	52
RECOMENDACIONES	54
REFERENCIAS	55

RESUMEN

El contrato de vientre de alquiler en el Perú no está regulado, sin embargo, a lo largo de los años esta situación está presente en la sociedad, donde no se le denomina un contrato, sino que lleva la denominación de un acuerdo solidario, cuya finalidad es prestar un servicio de salud, ya que las familias recurren a esta alternativa para poder procrear. Por lo que, las personas recurren a este tipo de tratamientos, conocidos como las Técnicas de Reproducción Asistida, en adelante (TERAS), siendo así que estas actividades se realizan clandestinamente y con temor de que el Estado tome medidas en contra de éstas. Es por ello que en el año 2018 se presentó un proyecto de Ley sobre Maternidad Subrogada, cuyo proyecto se encuentra en discusión actualmente, sin embargo, dicho proyecto no contiene todas las expectativas para el tema de vientre de alquiler.

La falta de regulación legal en el Perú, viene generando varios conflictos entre los niños que nacen por alquiler de vientre, puede que el Código Civil Peruano vigente y la Ley General de Salud, consideran madre a la mujer que gesta, alumbrando al bebé, sustentado bajo el principio “*Mater Semper Serte Es*”, dejando desprotegidos a los padres genéticos y a los niños.

La legislación peruana en el tema de vientre de alquiler, es una alternativa de solución jurídica al problema de práctica ilegal de maternidad subrogada al que se vienen sometiendo algunas parejas matrimoniales o las que se encuentran en convivencia propia que por infertilidad se ven imposibilitados de tener sus propios hijos con su material genético, mediante la “Fecundación Extracorpórea Homóloga”.

Es por ello que el objetivo principal de la tesis investigada es determinar los fundamentos jurídicos para buscar implementar un contrato de vientre de alquiler en la legislación peruana. Y como objetivos específicos: analizar los contratos existentes en la legislación comparada para buscar fundamentos válidos para poder utilizarse en la legislación peruana. Además de analizar el Proyecto Ley N°3404-2018 sobre Maternidad Solidaria y analizar las diferencias que existe con el vientre de alquiler. Analizar los derechos amparados de las personas que se verían involucradas en un contrato de vientre de alquiler. Para que tal modo se obtenga fundamentos jurídicos que respalden adecuadamente la implementación de un contrato de vientre de alquiler en el Perú.

La gestación por sustitución o maternidad subrogada o vientre de alquiler es un fenómeno social, en pleno proceso de expansión en el Perú, por el cual una mujer mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres biológicos o no.

Palabras claves: Contrato, Vientre de Alquiler, TERAS.

Línea de Investigación: Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho Contractual.

ABSTRACT

The surrogacy contract in Peru is not regulated, however, over the years this situation is present in society, where it is not called a contract, but it is called a solidarity agreement, whose purpose is to provide a health service, since families resort to this alternative in order to procreate. Therefore, people resort to this type of treatments, known as Assisted Reproduction Techniques, hereinafter (TERAS), being so that these activities are performed clandestinely and with fear that the State will take measures against them. That is why in 2018 a Surrogate Motherhood Bill was presented, whose draft is currently under discussion, however, said bill does not contain all the expectations for the surrogate motherhood issue.

The lack of legal regulation in Peru has been generating several conflicts among children born through surrogacy, since the current Peruvian Civil Code and the General Health Law consider the woman who gestate and give birth to the baby as the mother, based on the principle "Mater Semper Serte Es", leaving the genetic parents and the children unprotected.

Peruvian legislation on the subject of surrogacy is an alternative legal solution to the problem of illegal practice of surrogate motherhood to which some married couples or cohabitating couples are being subjected, who due to infertility are unable to have their own children with their own genetic material, by means of "Homologous Extracorporeal Fertilization".

That is why the main objective of this research project is to determine the legal grounds to seek to implement a surrogacy contract in Peruvian legislation. And as specific objectives: to analyze the existing contracts in comparative

legislation in order to search for valid grounds to be able to be used in Peruvian legislation. In addition to analyze the Project Law No. 3404-2018 on Solidarity Maternity and analyze the differences that exist with the surrogate womb. To analyze the protected rights of the persons who would be involved in a surrogacy contract. In order to obtain legal grounds that adequately support the implementation of a surrogacy contract in Peru.

Keywords: Contract, Surrogacy, TERAS.

Research Line: Civil Law, Family Law and Contract Law.

INTRODUCCIÓN

La naturaleza ha dotado al ser humano de características necesarias para poder procrear (concebir), pero por diversos factores o problemas biológicos imposibilitan llevar un embarazo a ciertas mujeres que no generan óvulos, es por ello que esas deficiencias no le permiten realizar su proyecto vital de maternidad, frustrando con ello sus vidas.

En la investigación realizada por Carmelino Chirinos Stefani Beryl (2017), titulada Procedencia de Adopción Derivada de un Acuerdo de Vientre de Alquiler, se estima que la infertilidad afecta entre el 16 % y el 20% de personas cuyas causas y consecuencias son múltiples dependiendo del género, los antecedentes sexuales, el estilo de vida, la sociedad y los antecedentes culturales de las personas involucradas. Pero para aliviar ese problema, la medicina y la ciencia han creado las técnicas de reproducción asistida como una opción para remediar la infertilidad a través de métodos que suplantán la reproducción natural, aunque todavía sigue siendo una solución para todos, debido a los altos costos de su implementación, así como por la inexistencia de normas legales que regulen este procedimiento.

El número de parejas que actualmente son incapaces para procrear es considerable, las mismas que buscan desesperadamente soluciones. En el Perú, cerca de 1.2 millones de parejas en edad reproductiva tienen problemas para tener hijos, según un estudio de la Clínica de Fertilidad Procrear, información divulgada por el diario El Comercio.

Es por ello que se presenta la figura de la “maternidad subrogada”, más conocida como “madre de alquiler”, mediante el cual una pareja “alquila” el útero de una tercera mujer para que lleve adelante la gestación.

Los avances científicos y el desarrollo de distintas tecnologías en todos los campos de la vida, han permitido a la sociedad desarrollarse a pasos agigantados e imaginables, tal es el caso de la reproducción asistida, como la inseminación artificial *in vitro*.

En sus inicios, la reproducción asistida sólo fue planteada para aspectos meramente científicos, es decir, situaciones experimentales y observadas dentro de un laboratorio. Pero, una vez probada su eficacia, se aplicó para fines terapéuticos, dando como resultado los nacimientos por fertilización *in vitro*. Este uso de técnicas artificiales de reproducción asistida, trajo como consecuencia que las investigaciones en este campo se ampliaran cada vez más con el objetivo de resolver problemas de infertilidad en las parejas.

Maternidad sustituta, maternidad subrogada, alquiler de vientre, madre de alquiler, vientre de alquiler, alquiler de útero, locación de útero, madre subrogada, contrato de gestación, son los nombres con los que se denomina habitualmente a la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo entre las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño o niña fruto de ese proceso, en el momento del nacimiento o a los pocos días a otra persona o pareja renunciando a sus propios derechos como madre frecuentemente a cambio de una suma de dinero.

La complejidad de esta práctica, la novedad de la misma, las implicancias morales, sociales, legales y hasta religiosas, la hacen controversial, lo que explicaría la dificultad de encontrar un sólo nombre para la misma y los trabajos de investigación hechos para normarla no dejan conformes a todos, que siguen intentando maneras de nombrar a esta nueva, o para algunos no tan nueva, forma de traer a un ser humano al mundo, si tomamos en cuenta uno de los primeros casos de maternidad sustituta, el de Abraham, Sarah y Agar, quien cumplió el rol de madre sustituta en tiempos bíblicos.

La realidad social que estamos viviendo con respecto a la familia es muy diferente a la concepción que en décadas pasadas se tenía, la cual se encontraba constituida parcialmente, era numerosa y estable; pero en la actualidad, eso ha cambiado, pues se destacan familias pequeñas de pocos hijos o ninguno, con una estructura poco estable. Y, sin embargo, el esquema de la familia tradicional sigue siendo considerada en nuestra legislación vigente y es precisamente en este concepto en donde el Derecho de Familia encuentra su fundamento, concepto fundamental y necesario para nuestra sociedad actual, en la que debido a los vertiginosos cambios sociales y científicos, está ya no solo se integra por los miembros concebidos como producto de una relación íntima, ya que los avances de la ciencia han permitido que las familias modernas puedan ser conformadas por productos nacidos con una técnica de reproducción artificial, y como consecuencia, el ámbito del derecho de familia que se ve rebasado por los principios jurídicos establecidos hasta ahora, reconocidos en nuestro Código Civil de 1984.

En la legislación civil vigente, el parentesco es vinculado a través de un tronco común del cual surgen derechos y obligaciones generados por la filiación, como es la obligación alimentaria, el derecho a suceder legítimamente, la tutela y algunas restricciones para contraer nupcias. Con el empleo de la reproducción asistida, estos principios se encuentran rebasados por el surgimiento de generaciones engendradas a través de técnicas artificiales de reproducción y se observa un cambio drástico, si se contempla a la fecundación *in vitro* con las diversas modalidades del material genético utilizado, como ocurre con la venta o donación de óvulos o de espermatozoides, la gestación por sustitución, el arrendamiento de útero, etc.; situaciones que atraen a parejas la figura de la filiación, bajo este supuesto y como principio del derecho civil, el hijo será de la madre, por lo tanto tendrá una filiación biológica o directa con ella, sin embargo, esto se desvirtúa totalmente en el caso de una gestación por sustitución o por arrendamiento.

En esta investigación también se desarrollará las bases teóricas que permitieron fundamentar el trabajo de investigación y poseer los elementos necesarios para sustentar el estudio e interpretación de lo encontrado, el grupo de teorías que se expusieron relacionadas con el problema de investigación.

CAPÍTULO 1

1.1. Planteamiento del Problema.

1.1.1. Descripción de la realidad problemática.

Gamarra A. (2018) en su tesis “Hacia una Regulación de la Problemática del Vientre Subrogante en el Perú y el Derecho de Familia”, Arequipa; Tesis de investigación para obtener el grado de Abogado en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, menciona que, a lo largo del siglo XXI, se han presentado distintas modalidades de reproducción asistida, hasta llegar a la modalidad denominada vientre de alquiler. Modalidad que requiere de regulación legal especial para que se pueda celebrar válidamente un contrato de vientre de alquiler y así facilitar esta prestación de servicios, la misma que no se tiene en nuestro país.

Sin embargo, en los últimos años se ha presentado un proyecto de ley sobre maternidad solidaria, la cual se encuentra en discusión, con la observación que esta iniciativa normativa no llena las expectativas de todos los interesados, en vista que se propone que se considere como una relación jurídica con fines lucrativos.

Es por ello que, en este caso, se hablará sobre los fundamentos jurídicos que deberían considerarse para regular de modo más eficiente y correcto el contrato de vientre de alquiler.

1.1.2. Definición del problema.

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para implementar el contrato de vientre de alquiler en el Perú?

1.1.3. Objetivos.

A. Objetivo general.

Determinar los fundamentos jurídicos para implementar un contrato de vientre de alquiler en la legislación peruana.

B. Objetivos específicos.

- Analizar la legislación comparada sobre vientre de alquiler.
- Analizar el Proyecto de Ley N°3404-2018 sobre Maternidad Solidaria.
- Comprender los derechos y deberes de las partes intervinientes en el contrato de vientre de alquiler.

1.1.4. Justificación e importancia.

La presente investigación se desarrolla con la finalidad de buscar una solución a la necesidad de contratar un vientre, sin vulnerar la integridad física, psíquica de la persona que se ofrece para este fin. Asimismo, se tiene que tener en cuenta la posibilidad de poder dar una solución legal sin contravenir al orden público, y a las buenas costumbres.

Hay que tener en cuenta que el Estado reconoce a la familia y al matrimonio como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad por tal razón es el mismo Estado quien debe legislar el bienestar social y el de procreación.

Es por ello que esta investigación pretende establecer si el vientre de alquiler es un contrato, se entiende que un contrato es de naturaleza privada, es de declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica que expresa en

un documento privado, es entonces que surge la interrogante de cuáles son los fundamentos jurídicos para implementar el contrato de vientre de alquiler, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada, confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si ello fuera así, se convalidaría el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes teóricos.

Barrionuevo C.(2019) En su tesis “Incorporación del Contrato Nominado Alquiler de Vientre Dentro de Nuestro Código Civil Peruano – Periodo 2018, Cajamarca 2019”. Desde hace mucho tiempo la historia de las madres sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica en un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración.

Es por ello que posteriormente a ello se logra constituir diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social. Uno de los casos más resonantes fue el denominado “*Baby M*” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrato con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno filial con él bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de U\$ 10.000.

Rodríguez Y. Pág. 28. El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de “*Baby M*”, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la

niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebe.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas para "*Baby M*". Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía infertilidad. Guitron Fuentecilla, J. La Genética y el Derecho Familiar. Rev. Tapia, año 987, Pág. 7.

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia

Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de menores se expidiera. Martínez Calcerrada, Luis. La nueva inseminación artificial. 1989, Pág. 80.

Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

En Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, apareció un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja comitente. Para comprender en todos sus aspectos la problemática planteada y lograr un mínimo de introspección en las consecuencias experimentadas por quien actúa como madre portadora, transcribiremos las palabras expresadas por aquella al diario "El País" (España) el 6 de agosto de 1984: "Al principio es fácil ser idealista. Creo que empecé a lamentarme cuando noté sus primeros movimientos. A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para su hijo y heredero. No quiero que mi hijo tenga que cumplir estas expectativas o se sienta presionado para cumplir los deseos y sueños de otro".

A raíz de este caso, en el Estado de Victoria se ha aprobado una ley que veda a los donantes de esperma u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad.

En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer

norteamericana para gestar un embrión concebido *in Vitro* producto del óvulo de una donante y del espermatozoides del marido contratante. Cabe acotar que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el espermatozoides debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares. La experiencia en Italia nos presenta el singular caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física (fundada en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja. Acerca de este tema, la doctrina de ese país expresa que, en virtud de los principios instituidos en su código civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y, por ello, madre será quien ha llevado a cabo la gestación. Empero, algunos autores se inclinan por considerar tal a aquella mujer que ha deseado tener al hijo (maternidad psicológica) en franca oposición con quienes remarcan con la mayor de las trascendencias la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación, siendo esta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica. Matozzo De Romualdi, Liliana. 1663 tomo 182.

El 17 de febrero de 2000 una jueza del tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. En el caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a una malformación en su aparato genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque sí podía producir ovocitos. Ello así, en 1995 la pareja mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar

una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un código deontológico que prohibió expresamente la "maternidad subrogada". Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la madre sustitua. El fallo hizo lugar a la petición aduciendo que la intervención se llevaba a cabo "por amor y no por dinero" y porque los embriones ya hacían cuatro años que estaban congelados. No obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo de quien ha dado a luz, esta mujer procederá a no reconocerlo y de este modo los padres genéticos podrán adoptarlo.

Es por ello que mencionamos el tratamiento de la llamada "maternidad póstuma". Se refiere al caso de Julie Garber, una joven estadounidense que, en 1995 a raíz de la detección de un cáncer, decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con espermatozoides de un donante anónimo, a los efectos de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada. Los embriones se congelaron; pero en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento, para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de alguna mujer; la elegida por los padres de la causante fue la Sra. Velloff.

La polémica judicial instaló su epicentro en la circunstancia de que, dos meses antes la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones, así como el espermatozoides y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes; estableciendo, de este modo la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria.

Con referencia a esta situación, la psicología moderna se cuestiona los efectos que podría producir en un niño el saber que su madre muerta lo engendro con anterioridad.

Antecedentes Internacionales.

En la investigación realizada por Santander C. (2012), en el tema titulado “Contrato del Alquiler de Vientre en el Ejercicio Legítimo del Derecho a Procrear o Atender a la Dignidad”, en dicho trabajo se habló sobre la Infertilidad en Chile, el alquiler de vientre bajo examen, Tipos de alquiler de vientre, Características del contrato de alquiler de vientre, Problemas generados por el alquiler de vientre, llegando a la conclusión general que el contrato sobre el alquiler de vientre es un privilegio para la mayor parte de la población , ya que se disminuirá la insatisfacción de las parejas que no pueden procrear, para así poder dejar su descendencia, a través de la maternidad subrogada que aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción.

En la tesis para optar el título de abogada realizada por Carbajal R. (2014), titulada “Análisis de Contrato del Alquiler de Vientre”, llegando a la conclusión que toda persona que lo desee, sin discriminación alguna posee el derecho de acceder a un contrato de alquiler de vientre siempre que posee los recursos económicos necesarios para brindarle una vida cómoda al concebido.

En la tesis para optar el grado de máster de acceso a la abogacía en la Universidad de Navarra por Para Beorlegui A. (2014). Tuvo como Objetivo: dar a conocer la trascendencia e importancia de la maternidad subrogada. Conclusión:

la procreación concebida por la maternidad subrogada es un hecho natural la cual no se encuentra regulada.

En la tesis realizada por Raúl (2010), titulada “Procedencia de la Maternidad Gestacional Subrogada en el Régimen Constitucional Chileno”, su objetivo es: establecer un concepto de maternidad gestacional subrogada, así como sus elementos, a partir de una doctrina especializada en el tema de técnica de reproducción asistida estableciendo supuestos de hecho donde que resulta procedente. Conclusión: la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida que se produce un acuerdo previo o convenio por el que una mujer se compromete a gestar un embrión que ha sido transferido, para que una vez nacido lo entregue a sus padres biológicos, a cambio de una remuneración.

Sánchez P. (2014). En sus tesis Regulaciones del contrato de vientre de alquiler como fecundación humana aplicada a la legislación ecuatoriana para introducir reformas al Código Civil. Tesis para optar el título de abogada de los Tribunales y Juzgados del Ecuador.

Su objetivo: abordar el vacío legal de la fecundación por sustitución de madre o vientre de alquiler, desde el análisis de sugerencias de reformas para que se regule una actividad humana, que en esencia es delicada y amerita proveerse en el Derecho Civil de Familia. Conclusión: La práctica de la maternidad subrogada desde un enfoque humano, se puede comprender a las personas que celebran este tipo de contrato, ya que podrán dejar una herencia genética y concretar así su proyecto de vida.

2.1.1. Maternidad sustituida o vientre subrogante.

La maternidad subrogada es la práctica que consiste en contar con los servicios de una mujer para que ésta lleve el embarazo con la intención de entregar el niño al nacer a la persona que lo ha "encargado".

Este procedimiento es rechazado porque es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación; la maternidad sustituida representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable, ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres.

La experiencia del embarazo establece una relación profunda entre madre e hijo, éste recibe de aquélla no sólo la alimentación y el aire que respira, sino que entre ambos se entretajan unos estrechos lazos afectivos difícilmente olvidables después del nacimiento. En la maternidad sustituta la gestación parece como degradada a una pura función de fabricación y privada de toda esa carga afectiva; además grupos feministas se han alzado contra este procedimiento por el peligro de explotación económica, dando como resultado la aparición de una nueva profesión de madres.

Diez Picazo, refiriéndose concretamente al contrato de maternidad (con prestación de óvulo y de vientre), defendió enérgicamente su nulidad, aunque no mediara precio por atentar contra la dignidad, y porque no cabe contratar sobre materias indisponibles.

La gestación en madre sustituta comprende de lo siguiente:

- a. **Subrogación de Vientre:** gestación en vientre de otra mujer de óvulo de la esposa fecundado por espermatozoides de su marido.

- b. **Aportación de vientre y óvulo:** gestación en vientre de otra mujer de óvulo fecundado de ésta con semen del marido, quien con su esposa hacen el "encargo".

"El contrato de gestación" es un negocio con causa inmoral viciado de nulidad (art. 953 código. Civil) que por su invalidez no daría lugar a ningún tipo de reclamación de los padres genéticos para exigir su cumplimiento.

Esa fundamental consideración ha llevado al CAHBI a lanzar un urgente llamado a la sociedad, expresando su responsabilidad de "proteger a la mujer contra todas las formas de explotación" por ello se rechaza la maternidad subrogada, considerando nulos los contratos de subrogación y prohibiendo las agencias comerciales (intermediarios) que contrate a la madre subrogada o la publicidad sobre el tema.

Excepcionalmente algunos estados autorizan el uso a este procedimiento en el caso de una pariente próxima que se preste a ello con fines altruistas. Pero siempre se considerará madre desde el punto de vista del derecho a la mujer que dé a luz al niño.

2.1.2. Antecedentes Nacionales.

El Proyecto de Ley N° 2839- 2013- CR), presentada por el Grupo Parlamentario Solidaridad Nacional por iniciativa del congresista de la República Vicente Antonio Zevallos Salinas, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa, propone que se modifique el artículo 7° de la Ley 26842 Ley General de Salud. En su exposición de motivos se basaron en un ensayo del Dr. Javier Martín Camacho y finalizando magister Frieda Roxana Del Águila Tuesta concluyendo lo

siguiente “la maternidad sustituta no se puede considerar como un contrato en nuestro sistema jurídico, tampoco se puede aceptar una compensación económica por que la maternidad sustituta total es la madre biológica del niño, por haber aportado su material genético; la maternidad sustituta parcial y altruista. La propuesta al parlamento es una regulación restrictiva de la maternidad sustituta parcial, aceptando que hay una práctica de alquiler de vientre en nuestra sociedad y reconocida jurisprudencialmente.

Zaldivar (2016). En su tesis “Necesidad de regulación Jurídica del alquiler de vientre o Maternidad Subrogada,” Arequipa. Tesis de investigación para obtener el grado Bachiller. Universidad de Católica de Santa María. Tuvo como objetivo: determinar si existe la necesidad jurídica de regular la maternidad subrogada; precisa las características que viene generando la aplicación de la técnica de la maternidad subrogada; plantear una legislación específica que regule las prácticas de maternidad subrogada. Conclusión: El derecho a la reproducción humana es un derecho constitucional reconocido entre los hombres, ya que es un hecho biológico, que genera vínculos de filiación y de parentesco.

Carredo S. (2015). En su tesis “La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del nacido”. Tesis para optar el grado de abogada. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tuvo como objetivo una aproximación a la biótica en un estado constitucional. Conclusión: El alquiler de vientre es una técnica de reproducción humana asistida que su práctica no debe prohibirse. Los vientres de alquiler no vulneran la dignidad del embrión pues este no es una persona. Dicha técnica de reproducción humana asistida no vulnera derechos de la mujer, ya que esta tiene a

bien a disponer de su cuerpo y la libertad de reproducción que le permite elegir con quién, cómo, cuándo y qué medios utilizará para concebir un nuevo ser.

Leysser L. (2009), en su informe: “Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos”, indica la estrecha relación que existe entre la determinación de la filiación entre la maternidad gestacional y la maternidad genética, promoviendo el interés a convivencia de los padres, dentro del marco jurídico peruano, los derechos del concebido por esta manera artificial de fecundación.

Como se puede leer de las investigaciones presentadas anteriormente, constituyen aportes importantes en la incorporación del contrato nominado alquiler de vientre dentro de nuestro código civil, para dar inicio al estudio que hemos emprendido; la tarea consistirá en otorgarle la orientación y sustento teórico que requiere con el fin de darle un carácter científico al problema que se está investigando.

En nuestro país, existe como antecedentes el primer precedente vinculante de Casación de la Corte Suprema N°563-2011, en la cual trata acerca de los esposos doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, que encargan la gestación a Isabel Zenaida Castro Muñoz, a cambio de una suma de dinero y con la condición de que la niña sea entregada a los mismos una vez nacida. La fecundación en la madre de alquiler se realizó con el gameto de don Giovanni Sansone (quien no solo es el padre biológico sino también es tío abuelo por afinidad de la menor). Sin embargo, la menor Vittoria Palomino Castro tras el nacimiento fue inscrita a favor de la madre biológica (Isabel Zenaida Castro Muñoz) y de su conviviente Paul Frank Palomino Cordero quien realizó con

reconocimiento de complacencia quién a su vez era hijo de Jose Palomino Quicaño hermano de la mujer comitente Dina Felicitas Palomino Quicaño. A los nueve días de nacida la menor fue entregada a los esposos contratantes quienes interponen una demanda de adopción civil por excepción invocando el artículo 128.b del Código de Niños y adolescentes. Los demandados (Isabel Zenaida Castro Muñoz y su conviviente) contestan la demanda y se allanan, sin embargo, los padres legales se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción.

En el Expediente N° 3202-2018, Rosario Madueño y su esposo Jorge Tovar llegaron a Perú el 2013 para iniciar el proceso de reproducción asistida y, tras diversos intentos, optaron por la gestación subrogada. Para ello contrataron a una mujer que mantuviera en su vientre al óvulo fecundado, procedimiento que fue realizado en una clínica y producto de lo cual nacieron unos mellizos. Sin embargo, la pareja fue detenida el 25 de agosto del 2018 en el aeropuerto Jorge Chávez cuando iban a salir del país con dos bebés que fueron gestados por un vientre de alquiler.

2.2. Marco histórico.

2.2.1. Maternidad Subrogada en el Perú.

En el Perú no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla. La Ley 26842, Ley General de Salud, en su artículo 7 establece una prohibición tácita respecto de esta práctica en los siguientes términos:

“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 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.”

Es por ello que dicha normativa hace referencia a la práctica por la cual, una mujer gesta un hijo para otra persona o pareja, donde se requiere del análisis de las políticas públicas y las modificaciones al marco legal existente, y es necesario considerar, prioritariamente, el interés superior del niño, así como, los derechos de la madre biológica y de padres adoptivos. (Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, 2018)

2.2.2. Teorías que sustentan la investigación.

Para López y Aparisi consideran que, la denominación que se tome como maternidad subrogada, maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, y demás nomenclaturas, constituye un mismo fin, refiriéndose a la solicitud que se hace a una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, siendo una situación muy común actualmente y cuyo proceso se torna como una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de las parejas que no pueden concebir hijos. (López & Aparisi, 2012, p. 257)

Es por ello que Camacho, considera a la denominación de alquiler de vientre, maternidad subrogada, maternidad sustituta a la práctica mediante la cual una mujer

gesta, previo acuerdo entre las partes, a un niño o niña por encargo de otra persona o de una pareja ante quien o quienes se compromete a entregar al recién nacido renunciando a sus derechos como padre, en este caso como madre, y a consecuencia de esto se realiza a cambio de una suma de dinero.

Existen diversas modalidades de vientre de alquiler en relación con los actores y las motivaciones que los mismo tienen, una de ellas se da cuando una mujer casada no puede gestar en su útero, por lo cual existe un impedimento, sin embargo, cuenta con sus óvulos. Y en otro caso puede darse cuando el marido tiene espermatozoides de buena calidad y se puede realizar una fecundación *in vitro*, e implantar el embrión en la hermana de la mujer en cuestión, es decir en la mujer voluntaria, considerándose como una modalidad menos cuestionada.

Otro tipo de modalidad y la más común de esta situación es en el caso de una pareja que contacta a una mujer, cuyas dificultades económicas son escasas, y mediante un acuerdo monetario o de bienes utiliza los servicios de esta persona para que gaste y alumbre al niño o niña, utilizando material genético de uno de los padres contratantes, o el esperma del donante, que en este caso viene a ser un tercero anónimo o conocido por la pareja. Considerando a esta como situaciones donde cuya necesidad de ser padres es fundamental y consideran este tipo de solución. (Camacho, 2009, p. 3)

Siendo así que, sea cual sea la modalidad que elijan al momento de realizar este proceso, conllevan a una sola finalidad, y esto a su vez se puede decir que tanto los padres biológicos como los padres adoptivos se rigen por un acuerdo, cuyo acuerdo debe estar contenido de derechos y obligaciones recíprocas.

Para el español Montes P. define al vientre de alquiler que, “*es un contrato de prestación de servicios de incubación en útero ajeno, señala además que la maternidad corresponde a la madre que alumbró o madre gestante.*” (Montes P., 2019, p. 24)

Se considera un contrato de prestación de servicio en cuanto a que consta de una parte contratante y otra de una parte contratada, cuyo acuerdo se realiza a través de un documento, donde se establece ciertas pautas en caso de haber algún incumplimiento de tales estipulaciones, impidiendo que se vulnere el acuerdo.

2.2.3. Determinación de la filiación.

La filiación es un hecho biológico. Consistente en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra. Consecuentemente esta relación distribuye, por el ordenamiento jurídico, derechos y obligaciones entre los progenitores y los seres procreados por ellos.

La filiación recae sobre efectos sociales también, como el afecto o la voluntad paternal para tener un vínculo de filiación con el menor, además de los efectos jurídicos necesarios para velar por la calidad de vida integral del menor. El hecho de la filiación establece una relación entre padres e hijos. (Reyes A., 2008).

La filiación reposa sobre la base de un hecho biológico trascendente como es la procreación y el subsecuente reconocimiento del hijo, generando efectos jurídicos, como son: el parentesco, la nacionalidad, la identidad, vocación sucesoria, etc.

El régimen legal de filiación del menor, en el caso del contrato de alquiler de vientre debe ser otorgada a la madre contratante, es decir la que aporta el material genético, la que apoya económicamente y en cuidados al alquiler de vientre y que finalmente deberá ser la madre legal conjuntamente con su pareja.

La filiación matrimonial es la más completa, puesto que reposa en una serie de presunciones y principios legales, mientras que la filiación extra matrimonial es imperfecta por cuanto reposa solamente sobre reconocimiento del padre o madre y sobre el emplazamiento judicial.

En la presente investigación se considera que, en los casos de alquiler de vientre, la filiación materna será única y exclusivamente de la madre aportante del material genético, la que consecuentemente debiera ser la madre legal, ya que tanto ella como su pareja, han sido los padres contratantes de la futura mujer gestante, y propiciadores de la relación contractual.

2.2.4. Reconstrucción socio jurídica del alquiler de vientre.

Orden público y Buenas costumbres.

En relación al orden público veamos que prescribe el artículo 2º inciso 14 de la Constitución Política del Perú, definido por Cabanellas:

“A contratar son fines lícitos siempre que no se contravengan las leyes del orden público”.

Es menester definir que son los fines lícitos, es aquella conducta que no contrario lo establecido por el orden público, lo cual, según Cabanellas dentro del criterio predominante en el Derecho Positivo, lícito es cuando no se encuentra

prohibido por la ley, todo lo autorizado o consentido, expresa o tácitamente, en virtud de Ley o por silencio de la misma (Cabanellas, 2011, pág. 202).

No obstante, no todo lo lícito es honesto porque cosas permitidas por la ley están regladas por la moral.

Si conjugamos estas ideas podemos llegar a la conclusión de que la noción de libertad individual se traduce en una libertad de contratar, o sea la libertad concedida a las personas para que de común acuerdo puedan crear, regular, modificar o extinguir entre si relaciones patrimoniales. Tal es el concepto de autonomía privada.

Empero, dado que la gente debe actuar con fines lícitos, esto es dentro del ordenamiento jurídico, tal como lo preceptúa el inciso mencionado precedentemente.

En búsqueda del verdadero sentido del concepto de orden público se llegó finalmente, tomando en consideración que lo que lo caracteriza a las normas legales de carácter imperativo es precisamente inderogabilidad, a que las normas que interesan al orden público son siempre imperativas, con la precisión que, si bien todas las normas de orden público son imperativas, no todas las normas imperativas son de orden público, pues hay normas imperativas que protegen interese privados. La noción de orden público se aproxima por razón de la materia a la norma imperativa cuando el interés es público, de lo que se colige cuando interese que se desee proteger no es público sino privado la norma imperativa no es de orden público. Sin embargo, el hecho que la norma imperativa sea de interés

privado no le quita su inderogabilidad, que es la esencia del inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Conforme a la prescripción del artículo V del Código Civil Peruano, comentado por Vásquez A., tenemos:

"Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres" (Vasques A., 2007, pág. 52).

Este llano concepto que plantea la doctrina nacional tradicional, es el hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos jurídicos. Así, se ha afirmado que 'el acto jurídico "es una especie dentro del hecho jurídico, pues aquél descarta la involuntariedad y la ilicitud.

Lo primero es indudable la palabra misma 'acto' indica como una determinación de voluntad. Más, algunos son de opinión que el término acto jurídico debe comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito.

El acto jurídico ilícito es inaplicable dentro del sistema de nuestro Código Civil, que asigna el carácter de licitud al acto jurídico. De la aportación hecha por el autor se advierte que la autonomía privada, aparte de que solo pueda desarrollarse en el marco del numerus clausus de tipos de actos y relaciones jurídicas fijado por el ordenamiento jurídico, se limita además de diferentes maneras por el mismo ordenamiento.

Prohibiciones generales y especiales restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada. Dentro de las prohibiciones generales, se encuentran el orden público y las buenas costumbres. Consecuentemente podría

decir que el orden público debe parte de su majestad al misterio que lo rodea; asimilar el concepto de imperatividad al de orden público.

Es por eso que no se duda en expresar que el orden público es un "conjunto de disposiciones imperativas. Así mismo, el orden público funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo sino también ideológico. Este se manifiesta a través de normas imperativas.

En efecto, el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público.

El carácter de inelegibilidad de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público; lo cual finalmente me lleva a determinar que el orden público, es el conjunto de "principios fundamentales y de interés general sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas; por ello, el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas.

2.3. Teorías o enfoques teóricos del derecho.

Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad. En la maternidad subrogada se dan diferentes supuestos en donde la determinación de la filiación se plantea como una de las interrogantes más debatidas (con excepción del caso en

que la mujer realiza el aporte genético y a la vez la gestación en donde se evidencia madre es esta mujer), debido a que intervienen dos o hasta tres mujeres en el proceso de gestación del niño, influyendo una serie de factores que ponen en duda si la determinación de la maternidad ocurre siempre en razón de la mujer gestante.

Actualmente con respecto al inicio de la vida humana, la Corte Interamericana de Derecho Humano, organismo internacional al cual el Perú se ha adherido; en la resolución de fecha 26 del 2016 “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro) VS. Costa Rica” (Corte Interamericana de Derecho Humano.2012) acepta la teoría de la concepción como inicio de la vida humana, es decir desde el instante mismo de la anidación del embrión en la matriz de la madre. Para la Corte, el término “concepción” referido al inicio de la vida humana no se interpreta como coincidiendo con la “fecundación” y debe interpretarse como equivalente a implantación y además afirma que el embrión humano concebido fuera del seno materno no tiene posibilidad de sobrevivir. Por lo que nuestra legislación necesariamente tiene que adherirse a los postulados de la Corte considerándose por ende como el inicio de la vida al embrión anidado convirtiéndose como sujeto de derecho desde esa etapa.

Nuestro Código Civil de 1984, en materia de filiación se encuentra desfasada, se sustenta en la concepción clásica romanista “Mater Semper Serte Es” (La madre siempre es conocida) según la cual la mujer que gesta es la madre de la criatura que alumbró, la nueva teoría del parentesco genético con base científica ha superado el clásico sistema de filiación romanista. El Derecho está sujeto a ciertas limitaciones inherentes a la naturaleza de las cosas, restricciones algunas que derivan directamente del llamado derecho natural y, para algunos este excluye el ámbito humano, porque, en último término, o proviene de Dios o de una exigencia inclusive de la moral.

Adopción como Acto Jurídico: Mazeaud y Bonnetant sostienen que se trata de un acto jurídico unilateral, esto es, manifestación de la voluntad encaminada directa y reflexivamente a producir efectos jurídicos. Se puede entender esta teoría en tanto que la voluntad de adoptar es libre y nace con el pretendiente, sin embargo, ello no es suficiente, porque para que proceda la adopción es necesario el consentimiento del padre o madre del adoptado, y en su caso de la autoridad pertinente que aprueba y si fuere el caso, también el consentimiento del adoptado.

Adopción como Contrato: Tesis que tuvo acogida en el código napoleónico, y ello porque en esa época la adopción se refería principalmente a las personas mayores de edad y se formalizaba por voluntad de las partes, el consentimiento del adoptante y adoptado era lo esencial en el contrato, y si el adoptado era menor de edad, la aceptación venía por parte del representante legal. Planiol y Ripert, se encuentran entre los autores de esta tesis.

Adopción como institución: Los requisitos, formalidades y efectos se encuentran estipulados con precisión en la ley, con prescindencia de la voluntad de las partes, correspondiéndoles solo a ellas adheridas a tales disposiciones, sin que puedan modificar ni alterar las consecuencias que produce la adopción.

2.3.1. Definición del vientre de alquiler.

Para la Real Academia Española, define a este término de vientre de alquiler como; un previo acuerdo o contrato, donde la mujer cede su capacidad gestante para que le sea implantado un embrión ajeno, engendrado mediante fecundación in vitro, y se compromete a entregar el nacido al término de su embarazo. (Panhispanico, 2020)

Se considera vientre de alquiler al proceso por el que una mujer decide gestar el hijo que pertenecerá a otra mujer, hombre o pareja, esto dado en previo acuerdo, cuya denominación es de acuerdo voluntario, siendo así que tal resultado para producir un efecto es que será entregado después del parto es conocido de múltiples maneras. Teniendo en cuenta que dicho proceso se da a través del campo de la reproducción asistida. (Rodrigo & Barranquero Gómez, 2020)

Para Bárbara, esta técnica reproductiva se basa en la cesión voluntaria, por parte de una mujer, de su capacidad gestante para llevar a término el embarazo del hijo de una pareja u hombre soltero, por lo general las parejas que desean iniciar este proceso son personas que han agotado todas las vías médicas para la consecución de una gestación y cuyo resultado les limita a procrear, siendo incapaces de conseguir el embarazo deseado. (de la Macorra, s.f.)

2.3.1.1. Nomenclaturas del vientre de alquiler:

1. Maternidad subrogada.
2. Maternidad sustituta.
3. Renta de útero, vientre o matriz.
4. Préstamo de vientre o útero prestado.
5. Paternidad subrogada.
6. Útero de alquiler o alquiler de útero.
7. Subrogación de vientre o subrogación de útero.
8. Subrogación gestacional.
9. Gestación subrogada.
10. Gestación por sustitución.
11. Embarazo subrogado.
12. Arrendamiento de vientre.
13. Embarazo de alquiler.
14. Vientre o útero subrogado.

2.3.2. Definición de contrato.

Se denomina contrato a un documento legal que expresa un acuerdo común entre dos o más personas capacitadas para ello, que se obligan en virtud de este documento hacia una determinada finalidad o cosa, cuyo cumplimiento debe darse de manera bilateral, o de lo contrario se dará por roto e inválido.

Cuyo contrato es un pacto de obligaciones y derechos entre dos personas (naturales o jurídicas) que se comprometen a respetar los términos acordados por escrito, y se someten a las leyes del país para resolver cualquier disputa surgida en torno a los términos del acuerdo. Los contratos son una herencia del sistema jurídico

del Imperio Romano, cuyo derecho se contempla la *conventio* (acuerdo), que comprendía dos formas de manifestarse: *pactum* cuando no había nombre ni causa, y el *contratus* cuando si los había. (Raffino, 2020, p. 1)

Un contrato es un acuerdo jurídico de voluntades por el que se exige el cumplimiento de una cosa determinada. Cuyo acto privado se da entre dos partes o más destinado a crear obligaciones y generar derechos. Y se encuentra regulado en el Código Civil a partir del artículo 1351.

2.3.3. Definición de un contrato de vientre de alquiler.

El contrato de vientre de alquiler ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, el pago de una compensación que consiste en la suma de dinero.

El contrato de alquiler de vientre tiene como objeto fundamental regularizar el comportamiento y las obligaciones de las partes que acudan al vientre de alquiler, para el caso del vientre de alquiler que la causa de la relación contractual no es el comercio de cosas o el lucro, sino que se trata de la vida de un nuevo ser humano y de la creación del nuevo núcleo familiar de una pareja que lo ha decidido mutuamente; la causa no debe ser contraria a la ley ni a las buenas costumbres.

Es un contrato mediante el cual una mujer acepta gestar un niño, utilizando técnicas de reproducción asistida, con la obligación de entregar ese niño a la otra parte contratante, denominados padres de intención, una vez dé a luz. Siendo así

que, este contrato se celebra y se lleva a cabo la gestación, cuando al nacer el niño quedaría automáticamente a favor de la madre o padres contratantes. (Díaz Solís, 2018, p. 1)

2.3.4. Alquiler de vientre como contrato.

Se puede establecer que la figura más apropiada, en marco del derecho, para regular el vientre de alquiler es el contrato, un contrato de alquiler de vientre en el que se establezcan cláusulas como en un contrato común de manera que se cumpla con las formalidades jurídicas requeridas por ley para generar determinadas obligaciones a los sujetos intervinientes, y en caso de incumplimiento se tomen las medidas más apropiadas acorde a la naturaleza de las circunstancias.

Según Kaune W.: El contrato es una variedad de negocio jurídico bilateral, conformado por el acuerdo de dos o más partes con el objeto de constituir, modificar o extinguir relaciones de derecho de carácter patrimonial, a través de la composición de intereses opuestos (Kaune W., 2007).

Entonces el contrato de alquiler de vientre sería un contrato pactado entre dos partes, con el fin de generar obligaciones recíprocas: por una parte (madre gestacional) a gestar al embrión hasta el momento del parto del niño y entregarlo sin vínculos maternos-filiales; y la otra (padres genéticos) a dar algo a cambio, como sería una remuneración económica o de manera gratuita.

En el Código Civil Peruano, en su artículo 1351: El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Respecto a este artículo se puede decir que, en la actualidad, todos tenemos derecho de pactar con otras personas algunos acuerdos con beneficio

reciproco. En este caso, se aplicará a la figura de subrogación materna, generaría un pacto con cláusula y estipulaciones establecidas y aceptadas por las partes intervinientes, es decir la pareja contratante y la tercera cedente de útero.

Podemos decir que el contrato de alquiler de vientre es complejo y controversial acto jurídico por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer, que, por técnicas de fecundación asistida, se logre un embarazo de esta última para que gesté al niño y lo entregue al comitente luego del nacimiento. Este contrato debe adoptar cláusulas sumamente rigurosas sobre la gestante, y una sencilla o inexacta regulación podría fomentar la explotación y la comercialización de la vida humana.

El contrato alquiler de vientre tiene como objeto fundamental regulariza el comportamiento y las obligaciones de las partes que acudan al vientre de alquiler. Esta figura debe adecuarse al ordenamiento tomando el criterio legal de los contratos en general fundamentado en doctrina relacionada, para que sea aplicable al alquiler de vientre.

El contrato de alquiler de vientre no puede tener un fin comercial o lucrativo, y debe de velar por el bienestar del futuro niño, así sus bases legales deben sentarse en la buena fe del acuerdo de los contratantes.

La incorporación del contrato alquiler de vientre debe ajustarse a la realidad sin crear contradicciones en el sistema jurídico o contra el orden público, para esto sus bases deben ir acorde a la moral y las buenas costumbres.

Sobre la moral y las buenas costumbres, Guillermo Borda indica: La libertad de las conversiones tiene que una limitación; los actos jurídicos deben ser conformes a la moral y a las buenas costumbres. (Borda, 1999, Tomo II, pag.25)

En dicha investigación se considera, que la incorporación del contrato alquiler de vientre puede ser válido de acuerdo a una exigencia social o por motivos humanitarios, ya que las personas impedidas por la naturaleza de constituir una familia pueden verse apoyadas con las innovaciones genética, específicamente por el alquiler de vientre.

2.3.5. Clases de contratos.

a. Contratos Bilaterales.

Son aquellos en los que los sujetos de la relación jurídica tienen la doble calidad recíproca de acreedor y deudor ((Borda. 1999, Tomo II, Pag.12).

Por lo tanto, se puede señalar que el contrato de vientre de alquiler es un contrato bilateral, ya que las partes contratantes se obligan recíprocamente, por cuanto la madre gestacional así como los padres contratantes resultan obligados de manera recíproca; la mujer contratada, a la gestación del embrión y entrega de la criatura a cambio de un precio pactado, y los padres contratantes se obligan a pagar el precio o brindar la asistencia médica necesaria para el bienestar de la madre y la criatura.

b. Contrato Oneroso.

Se puede constituir en oneroso a la vez que, en bilateral, pues significa que cada parte tiene un compromiso de entregar algo a cambio, por lo que existen dos obligaciones recíprocas. En el caso de la tercera gestante

recaerá la obligación de un sacrificio físico y psicológico, mientras que en las parejas será una prestación económica (gastos de laboratorio, tratamientos, pago a la mujer gestante, etc.).

c. Contratos Comunicativo.

Los contratos conmutativos están caracterizados por la seguridad, en los que las prestaciones de ambas partes se tienen por equivalente. (Borda, 1999, Tomo II, Pag.13). Podemos decir que el contrato de alquiler de vientre se caracteriza a su vez de oneroso, conmutativo, ya que existe un beneficio que cada parte pretende obtener de la otra y el sacrificio que ofrece a cambio de aquellas, ya que las partes al momento de contratar deben fijar la equivalencia de los beneficios de forma semejante. Ambas partes quedaran satisfechas, la primera utilizando el vientre de la otra para gestar a su hijo y la segunda recibiendo una retribución a cambio.

d. Contrato Consensual.

El contrato es consensual cuando se perfecciona por simple consentimiento (Canales M., 2010). Se comprende además que el contrato es consensual cuando es suficiente la voluntad de las partes para dar nacimiento al contrato, es decir, que el contrato de subrogación materna perfecciona su nacimiento y existencia con la voluntad de las partes contratantes que se genera de la contraposición de los intereses de los padres y de la mujer gestante, por un lado los de la pareja, de ser padres; y por otro la voluntad de la tercera de concluir el proceso de gestación, a cambio o no de una retribución.

e. Contratos de tacto sucesivo.

Son contratos de ejecución sucesiva, continuada o periódica: las relaciones entre las partes se desenvuelven a través de un periodo más o menos prolongado. (Borda, tratado de derecho Civil Obligaciones Tomo II, 1998). El contrato de alquiler de vientre es de tacto sucesivo ya que se ejecuta de forma continua y perdura en el tiempo mientras dure el proceso biológico de gestación, es decir, nueve meses aproximadamente. En este contrato, es necesario el transcurso del tiempo para conseguir el resultado deseado por la parte contratante: la entrega del niño.

2.3.6. Elementos del contrato.

a. Capacidad.

La capacidad es un requisito para la validez de los contratos en general para la contratación del alquiler de vientre en particulares. Es también la aptitud legal para adquirir derechos subjetivos, ejercitarlos y contraer obligaciones la cual contempla dos clases de capacidades, la capacidad jurídica y capacidad de obra. Para celebrar el contrato de alquiler de vientre, las partes contratantes, además de tener capacidad jurídica y el poder de disposiciones, deben contar con la capacidad de obrar que se adquiere a los 18 años en la legislación peruana.

La prohibición de contratar se refiere tanto a los incapaces de hecho (sean absueltos o relativos), como a los incapaces de derecho aquellos que están excluidos de poder contratar con determinadas personas o respecto de cosas especiales, sea que se trate de disposiciones generales o contenidas en contratos particular. (Borda, tratado de Derecho Civil – Obligaciones – Tomo II, 1998).

El autor reconoce que la capacidad de contratar se refiere a la capacidad determinada para cada contrato en particular además de lo establecido por la ley, es así que en la presente investigación se proponen esas particularidades de la capacidad contractual de las partes en la propuesta de lineamientos normativos.

Por otro lado, la incapacidad es la falta de aptitud legal o de idoneidad en el sujeto para adquirir derechos subjetivos, y ser titular de ellos. La incapacidad jurídica a su vez se sub califica en parcial y relativa. Esta incapacidad puede ser parcial por razones de nacionalidad, edad, deshonor o sexo; o puede ser relativa que recae sobre sujetos plena y jurídicamente capaces pero debido a su situación no pueden ser titulares de algunos derechos respecto de a otros.

b. Consentimiento.

El consentimiento es otra parte fundamental del contrato, que forma parte de su naturaleza jurídica, y además es elemento esencial en el caso del contrato de alquiler de vientre para que se perfeccione, pues para formalizar un acto jurídico se requiere exteriorizar la voluntad, para que así ambas partes cumplan sus obligaciones establecidas en el contrato.

Adoptando el criterio del Código Civil, se asume que el contrato de alquiler de vientre se perfecciona o inicia su existencia, cuando el oferente, es decir la pareja contratante tiene conocimiento de la aceptación de la mujer gestante de la oferta del contrato; de acuerdo al artículo 1373 del Código Civil peruano:

Artículo 1373.-El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente. Borda indica que el consentimiento se presume válido en tanto el que lo presto no demuestra que ha estado viciado por

error, dolo o violencia. Pero si concurre alguno de estos vicios, el acto es anulable, porque ellos suponen la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros falta intención. (Bora, 1999, Tratados de Derecho Civil – Parte General – Tomo II, pag.1118).

a. Objeto.

El objeto de los actos jurídicos es la cosa o hecho el cual recae la obligación contraída. En otras palabras, es la presentación adeudada. (Borda, 1998, tratado de Derecho Civil – Obligaciones – Tomo II).

De acuerdo al auto podemos darnos cuenta que el objeto en el contrato de alquiler de vientre es la obligación que genera dicho contrato sobre las partes. Entonces podemos decir que el objeto del alquiler de vientre es el uso del útero de la mujer y de su función gestacional para gestar al embrión.

Que en la realidad social por no estar regulado es un contrato que carece de fin lícito, por lo que le presente investigación postula la regulación y formalización del contrato.

b. Causa.

Las causas del contrato son los más debatidos que ha dado lugar a enfoques distintos y encontrados dentro de los estudios del Derecho Civil.

La causa es el fin inmediato y determinante que han tenido en mira las partes al contratar, es la razón directa y concreta de la celebración del acto, y precisamente por ello, resalta para la contraparte, que no puede ignorarla. (Borda, 1998, tratado de Derecho Civil – Obligaciones – Tomo II).

El trabajo de investigación, se considera para el caso del vientre de alquiler que la causa de la relación contractual no es el comercio de cosas o el lucro, sino que se trata de la vida de un nuevo ser humano y de la creación de nuevo núcleo familiar de una pareja que lo ha decidido mutuamente. La causa no debe ser contraria a la ley ni a las buenas costumbres y es precisamente por eso el desarrollo de la presente investigación que propone la regulación del contrato de alquiler de vientre para que las partes no incurran en fraude a la ley, y se vean apoyándose por la ley para resguardar sus derechos y los del futuro menor.

Se concluye que la causa del contrato de subrogación materna bajo los supuestos doctrinarios es el origen de un ser humano para que forme parte de un núcleo familiar por padres responsables.

c. Formal.

Para el contrato de alquiler de vientre la ley debe exigir una determinada solemnidad por lo que el acto debe considerarse formal, y regularse en nuestra legislación ya que es un hecho que se da en la sociedad fáctica.

Los actos formales se clasifican en solemnes y no solemnes. En el primer caso, la forma es exigida como requisitos inexcusables de la validez del acto (*ad solemnitatem*); el incumplimiento de ella trae aparejada la nulidad del negocio jurídico, aunque se pruebe de manera inequívoca la expresión de voluntad, en el segundo, en cambio, la forma exigida solo como un medio de prueba. (Borda, 1998, tratado de Derecho Civil – Obligaciones – Tomo II).

En la presente investigación se considera que el contrato de alquiler de vientre debe ser de carácter solemne y formal, es decir que el consentimiento de la

voluntad debe ser libre, consciente y formal (escrito), bajo la posible regulación de la figura contractual.

2.4. Hipótesis.

Los fundamentos jurídicos para la implementación del contrato de vientre de alquiler en el Perú son: Primero, la protección a algunas parejas que no pueden procrear y que a la vez se ven perjudicadas porque no pueden acceder a un contrato de vientre de alquiler legalmente en nuestro país; segundo, proteger los derechos de la mujer que gesta al bebé, a los padres que la contratan y al bebé que está por nacer; y por último, contar con un amparo legal respecto del vientre de alquiler.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo de investigación.

El tipo de investigación dentro del cual se configura el presente trabajo es de lege data, porque no se pretende modificar el sistema jurídico, solo se busca el análisis de la legislación nacional e internacional que sustentan el implemento del contrato de vientre de alquiler en el Perú, y la obtención de nuevos conocimientos del tema, ello sin la necesidad de realizar ninguna propuesta modificatoria de la legislación.

3.2. Diseño de investigación.

El diseño de la presente investigación fue no experimental, por canto solo se abocó en el análisis de la normativa peruana, el Proyecto Ley N° 3404-2018 sobre Maternidad Solidaria, y la realidad en el Perú en cuanto a la posible implementación de un contrato de vientre de alquiler; sin ser necesario la manipulación de los distintos textos normativos.

3.3. Área de investigación.

El área académica dentro de la cual se encuentra la investigación de tesis es la de Ciencias Jurídico Constitucionales, la línea de investigación es la actividad gubernamental por tratarse sobre las razones jurídicas que busca implementar el contrato de vientre de alquiler en el Perú y a la misma vez analizar el Proyecto Ley N° 3404-2018 sobre Maternidad Solidaria.

3.4. Dimensión temporal y espacial.

La interpretación será aplicada para todo el territorio peruano y se realizará con toda la normatividad vigente para analizar los fundamentos jurídicos para la implementación de un contrato de vientre de alquiler en el Perú teniendo en cuenta los derechos y deberes de todas las personas que se verían involucradas dentro del mismo.

3.5. Unidad de análisis, población y muestra.

La unidad de análisis en el presente estudio, está compuesto por la Constitución Política del Perú, el Código Civil del estado peruano, el universo está compuesto por las Legislaciones Nacional e Internacional, y la muestra es La legislación que contempla y sustenta implementar el contrato de vientre de alquiler en el Perú y a la misma vez analizar el Proyecto Ley N° 3404-2018 sobre Maternidad Solidaria.

3.6. Métodos.

3.6.1. La hermenéutica jurídica.

“La hermenéutica, en sentido estricto, puede entenderse como una filosofía que explica la experiencia del mundo a partir de la universalidad de la interpretación” (Kaufmann, 2007, pp.92-93). Sin embargo, cuando se habla de interpretación el derecho no solo se asume la posición filosófica; sino también hace referencia al significado de las normas jurídicas. En ese sentido, en la presente investigación se utilizó el método hermenéutico.

3.7. Técnicas de investigación.

3.7.1. Documental.

Se utilizó en la investigación varios documentos, tesis, libros, artículos referidos al tema que se está tratando, los cuales sirvieron para ayudar a profundizar las doctrinas referidas al tema de investigación, lo cual se pudo obtener los suficientes argumentos que sustentan la hipótesis de la presente investigación.

3.7.2. *Fichaje.*

Acá en el trabajo se utilizó el fichaje con la finalidad de poder recolectar y almacenar información, porque cada ficha contiene una serie de datos referidos a un tema en específico.

3.8. Instrumentos.

3.8.1. *Fichas de Trabajo.*

Mediante la ficha de trabajo se recopiló información sobre las fuentes que se utilizó para poder realizar esta investigación.

3.8.2. *Fichas de Bibliografía.*

Acá tenemos los datos recopilados de los libros, tesis, revistas que contengan información referida al tema que estamos tratando.

3.9. Limitaciones de la investigación.

La principal limitación en esta investigación se debió a la falta de presupuesto económico para la adquisición de material informativo.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y RESULTADOS

La presente investigación tuvo como propósito el análisis de los fundamentos jurídicos para la implementación del contrato de vientre de alquiler en el Código Civil Peruano vigente, para que otorgue una seguridad jurídica entre las partes intervinientes.

Se puede establecer que la figura más apropiada, en el marco del derecho, para regular el vientre de alquiler es el contrato, un contrato de vientre de alquiler en el que se establezcan cláusulas como en un contrato común de manera que se cumpla con las formalidades jurídicas requeridas por ley para generar determinadas obligaciones a los sujetos intervinientes, y en caso de incumplimiento se tomen las medidas más apropiadas acorde a la naturaleza de las circunstancias.

Según Dr. Walter Kaune (2007): El contrato es una variedad de negocio jurídico bilateral, conformado por el acuerdo de dos o más partes con el objeto de constituir, modificar o extinguir relaciones de derecho de carácter patrimonial, a través de la composición de intereses opuestos.

El contrato de vientre de alquiler sería un contrato pactado entre dos partes, con el fin de generar obligaciones recíprocas: por una parte (madre gestacional) a gestar al embrión hasta el momento del parto del niño y entregarlo sin vínculos maternos-filiales; y la otra (padres genéticos) a dar algo a cambio, como sería una remuneración económica o de manera gratuita.

Se puede decir que el contrato de vientre de alquiler es complejo y controversial acto jurídico por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro

médico y una mujer, que, por técnicas de fecundación asistida, se logre un embarazo de esta última para que gesté al niño y lo entregue al comitente luego del nacimiento.

La figura del contrato de vientre de alquiler debe adecuarse al ordenamiento jurídico peruano tomando el criterio legal de los contratos en general fundamentado en doctrina relacionada, para que sea aplicable al del vientre de alquiler.

La incorporación del contrato de vientre de alquiler debe ajustarse a la realidad actual sin crear contradicciones en el sistema jurídico peruano o que vaya en contra del orden público, para esto sus bases deben ir acorde a la moral y las buenas costumbres.

Para la validez de la incorporación del contrato de vientre de alquiler puede ir de acuerdo a una exigencia social o por motivos humanitarios, ya que las personas impedidas por la naturaleza de constituir una familia pueden verse apoyadas con las innovaciones genéticas, específicamente por el vientre de alquiler.

La falta de regulación legal en el Perú, ha generado conflictos entre determinación de los niños que nacen por vientre de alquiler, puede que el Código Civil Peruano vigente y la Ley General de Salud, consideran como madre a la mujer que gesta, alumbró a la criatura, dejando desprotegidos a los padres genéticos y a los niños.

Un fundamento válido para la implementación del contrato de vientre de alquiler, vendría a ser que, en el Perú, la contratación de vientre de alquiler con subrogación materna, se realiza ilegalmente por falta de una legislación especial apropiada. Se oferta y demanda alquiler de vientre para subrogación materna por

diversos medios de comunicación escrita e internet, existiendo clínicas privadas que ofertan servicios médicos y realizan procreación humana mediante “inseminación in vitro” con vientre de alquiler.

La legislación de vientre de alquiler en el Perú es una alternativa de solución jurídica al problema de práctica ilegal de maternidad subrogada a que se vienen sometiendo las parejas matrimoniales o en convivencia propia que por infertilidad se ven imposibilitados de tener sus propios hijos con su material genético.

4.1. Contratos en la Legislación Comparada.

Según Marcela Cáceres Lara, acerca del vientre de alquiler, existen experiencias en Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay en América Latina, y de México, Estados Unidos y Canadá en América del Norte. En 1976, en Estados Unidos se concretó el primer acuerdo de maternidad subrogada, a través de una inseminación artificial patrocinada por el abogado Noel Keane, creador del Surrogate Family Service Inc.

En Argentina, no existe una Ley que regule la gestación subrogada y hasta ahora ha sido la justicia la que ha fallado varias causas; no obstante, se han presentado varios proyectos de Ley. De la misma forma, en Brasil, esta temática tampoco ha sido normada por Ley y está regulada sólo por la Resolución CFM N.º 1.957 / 2010 del Consejo de Medicina Federal.

En Colombia, se han presentado proyectos como el de Ley Estatutaria, mediante el cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenirla. En Uruguay, la Ley 19.167 permite

la gestación subrogada cuando la madre tiene un impedimento médico para gestar un embrión propio.

En México, la gestación subrogada ha sido regulada en los Estados de Tabasco y Sinaloa. En Canadá, la Ley de Reproducción Humana Asistida, no prohíbe la subrogación, sino el recibir pago por ésta. En USA, la regulación varía entre los Estados; por ejemplo, en Florida, un contrato para la subrogación gestacional sólo será vinculante y ejecutable si la pareja que desea tener un hijo está legalmente casada; en New Hampshire, la Ley permite acuerdos de subrogación gestacional para todos los padres, sin discriminación basada en el estado civil u orientación sexual.

Según el Senado, En Chile, no existe una normativa legal, pero si se ha presentado un Proyecto de Ley sobre la materia. Así, el 10 de enero de 2018 se ingresó uno que “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida.

4.2. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 3404-2018.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señala que el derecho a la vida privada se relaciona con: la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). Además, se toma en cuenta que el Estado peruano, es responsable de regular y fiscalizar la prestación de servicios para lograr su efectiva protección. Por lo que partiendo de lo que hace mención la Corte IDH, sobre el derecho de la vida privada, y con atención a lo que el Estado peruano tiene como

finalidad, se concluye que se encuentra un marco de reconocimiento de derechos que se debe comprender para el bienestar de la persona, en tanto a la prestación servicios de salud reproductiva.

Las técnicas de reproducción asistida han ayudado a muchas parejas infértiles, tanto en el Perú como en el mundo, a procrear seres humanos, los cuáles son esperados de igual manera que uno sin que medien estas técnicas. Por ello, el presente trabajo de investigación tiene por finalidad demostrar que el principal cuestionamiento que se hace a la Ley General de Salud respecto de la fecundación in vitro es la maternidad subrogada. Asimismo, consideramos que son criterios que no han sido resueltos idóneamente, dejando muchas dudas en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.

4.3. Derechos que se protegen en el contrato de alquiler de vientre.

En la presente investigación se consideró los derechos más importantes que se debe tener en cuenta dentro del alquiler de vientre.

a. Derecho a la vida.

Para Miranda Canales, El Código Civil peruano de 1984, en su artículo 1°, reconoce al concebido la categoría de sujeto de derecho para todo cuanto le favorece y al igual que el Código argentino, expresa que la vida humana comienza con la concepción. Este precepto está amparado en el inciso 1° del artículo 2° de la Constitución del Estado de 1979, que prescribe: “Al que esta por nacer, se le considera nacido para todo lo que le favorece.

(Canales M., 1983).

Actualmente con respecto al inicio de la vida humana, la Corte Interamericana de Derecho Humano, organismo internacional al cual el Perú se ha adherido; en la resolución de fecha 26 del 2016 “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro) VS. Costa Rica” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012) acepta la teoría de la concepción como inicio de la vida humana, es decir desde el instante mismo de la anidación del embrión en la matriz de la madre. Para la Corte, el término “concepción” referido al inicio de la vida humana no se interpreta como coincidiendo con la “fecundación” y debe interpretarse como equivalente a implantación y además afirma que el embrión humano concebido fuera del seno materno no tiene posibilidad de sobrevivir. Por lo que nuestra legislación necesariamente tiene que adherirse a los postulados de la Corte considerándose por ende como el inicio de la vida al embrión anidado convirtiéndose como sujeto de derecho desde esa etapa.

b. Derecho a la identidad.

Es el derecho que tiene todo ser humano de diferenciarse del resto de ciudadanos, por lo cual el derecho al nombre es el elemento distintivo del derecho a la identidad.

Para Grández Mariño, Concebido la identidad como un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad de la persona, constituido por un conjunto de elementos con rasgos propios y originales que identifican y diferencian a las personas frente a los demás. Es esta individualidad con rasgos y particularidades cuantitativas y cualitativas,

estáticas y dinámicas la que conforman la realidad de lo que cada uno es.
(Mariño G., 2014)

En relación al tema Varsi Rospigliosi señala la identidad genética que:
Corresponde a la constitución genética de la persona, tanto muerta como
viva. En un sentido objetivo es el nivel más íntimo (Varsi E., 2013).

c. Interés superior del niño.

Para Miranda Canales señala: Mas allá de la ética, la moral y la razón, las
leyes, a través de sus ejecutores naturales, los jueces deben establecer el
delicado equilibrio social. Los esfuerzos de los padres, parientes,
abogados, peritos (médicos genetistas) y jueces, deben estar encaminados
a lo que se denomina “el mejor interés del niño” o “interés superior del
niño”. Bajo ninguna circunstancia, debe olvidarse este principio, pues el
mismo, protege al niño y, por consiguiente, al núcleo social que es la
familia. (Canales M.1983)

d. Origen Biológico.

Todo ser humano tiene derecho a conocer su origen biológico y
procedencia, así refiere la ley N° 28720 del 25 de abril del año 2006 en la
que se permite a la madre soltera revelar la identidad del padre biológico a
efecto de que no se genera identidades falsas, vulnerando así el derecho de
todo ser humano de conocer sus antecedentes genéticos.

En el contrato de alquiler de vientre, se va a prescindir de su material
genético y solo se usará su función gestacional, por lo que no mantienen
con el niño alguna relación genética, es en este sentido que no representa
parentesco con el niño en este aspecto. De esta manera, el niño que, en el

futuro, pretenda recurrir a una posible investigación de su origen biológico no arribaría a una conexión genética con la mujer que lo gestó.

CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídicos para implementar el contrato de vientre de alquiler en la legislación peruana son: La protección de derechos de las partes intervinientes en el contrato, los cuales son, la pareja contratante y la madre que va a gestar al bebé; también, brindarle otra alternativa a parejas que no pueden procrear y se ven imposibilitados de tener hijos propios; y, por último, avanzar en nuestro país de acuerdo a como avanza la ciencia.
2. En la legislación comparada se encuentra que: En Chile, se presenta el alquiler de vientre bajo examen de infertilidad y no existe una normativa legal, pero si se ha presentado un Proyecto de Ley sobre la materia. Por otro lado, en Ecuador, se presenta la práctica de la maternidad subrogada desde un enfoque humano. En Argentina, no existe una Ley que regule la gestación subrogada y hasta ahora ha sido la justicia la que ha fallado varias veces. De la misma forma, en Brasil, esta temática tampoco ha sido normada por Ley y está regulada sólo por la Resolución CFM N.º 1.957 / 2010. En Colombia, se han presentado proyectos mediante los que se prohíben la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos. En Uruguay, la Ley 19.167 permite la gestación subrogada cuando la madre tiene un impedimento médico para gestar un embrión propio.
3. El Proyecto de Ley N°3404-2018 sobre Maternidad Solidaria se encuentra en el marco del reconocimiento de derechos que se debe comprender para el bienestar de la persona, especialmente en lo relativo a la prestación servicios de salud reproductiva, en este Proyecto de Ley prescribe que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear

mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona

4. Los derechos de las partes intervinientes dentro de un contrato de alquiler, que he considerado fundamentales en esta investigación, son: El Derecho a la vida, el Derecho a la identidad, el Interés superior del niño y el Origen Biológico.

RECOMENDACIONES

1. Se debe concientizar a futuros investigadores a seguir de cerca el avance científico del vientre de alquiler, para establecer límites y responsabilidades debido a que es necesario resguardar el orden jurídico social y crear pautas para una convivencia armónica.
2. Se recomienda, asimismo, a otros investigadores, indagar, analizar y contrastar acerca de las consecuencias que podría acarrear el vientre de alquiler comercial en Perú, haciendo hincapié en los puntos de vista social, legal, económico, moral, ético y cultural.

REFERENCIAS

- Aguilar, E. (2010). Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer. Una mirada de la norma constitucional colombiana. Grupo de investigación Justicia Constitucional. Cartagena, Colombia.
- Barrionuevo C. (2019). “Incorporación del Contrato Nominado Alquiler de Vientre Dentro de Nuestro Código Civil Peruano.
- Beorlegui. A (2014). La Alquiler de vientre en España. Universidad de Navarra. España. Borda.
- Borda, (1999). Tomo II, pags.12, 13 y 25.
- Calderon P., Carlos A. y Gonzales A. (2010) “La Familia”. Lima, Perú. Editor Motivensa SRL.
- Carbajal R. (2014), “Análisis de Contrato del Alquiler de Vientre”.
- Carredo, S. (2015). La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del nacido. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Congreso de la República del Perú (2007). Constitución Política del Perú de 1993, edición oficial, Lima, Perú.
- Constitución Política del Perú (1993). Art.4.
- Gallegos C., Quispe Y. (2009). “Manuel de Derecho de Familia”. Lima, Perú. Juristas Editores EIRL.

- Gamarra A. (2018) “Hacia una Regulación de la Problemática del Vientre Subrogante en el Perú y el Derecho de Familia”
- Hinostraza A. (2008) “Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia”, Lima, Perú. Ediciones Gaceta Jurídica SA.
- Hoyos W. “La Familia y El Derecho de Familia”, Fondo Editorial El Portal del Derecho. Ayacucho-Perú.
- Juristas Editores (2010). Código Civil Peruano de 1984, promulgado por Decreto Legislativo 295 del 25.07.1984, Lima, Perú.
- Leysser L. (2009). “Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos”.
- Medina G., “Maternidad por otro. Alquiler de úteros”.
- Pereña V., (2012) «Autonomía de la voluntad y filiación. Los desafíos del siglo XXI», I.U.S., Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época, año VI.
- Reyes A. (2008). Implicancias de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia. Artículo publicado por la Academia de la Magistratura, Estafeta Jurídica, Lima, Perú.
- Rodríguez Y. (2014) Los Derechos fundamentales del Clon Humano. Las garantías incomprendidas. Ediciones BLG. Trujillo.
- Rojas W. (2006) “Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia”, Lima, Perú. Editora FECAT.

- Romero, F. (2008). curso del acto jurídico. Editorial librería Portocarrero SRL.
Lima.
- Sánchez P. Corte suprema de justicia de la República, Sala Civil Permanente.
(2014). Sentencia de Casación Cas. N° 5003-2007.
- Santander C. (2012), “Contrato del Alquiler de Vientre en el Ejercicio Legítimo del Derecho a Procrear o Atender a la Dignidad”
- Santillán R. (2014). La situación Jurídica del Concebido en el Derecho Civil Peruano. Una interpretación histórico legislativa y teleológica. Motivensa Editora Jurídica. Lima.
- Sernaqué L. (2013) Maternidad Subrogada y dignidad humana. Editorial San Marcos E.I.R.L. Lima.
- Sessarego F. De las Personas Exp. De Motivos y comentarios al Libro I del Cod. Civil Peruano Lima -1986.
- Soto M. (2001). Bioética, filiación y delito. 4ta. Ed; Lima.
- Tratado de Derecho Civil – parte general-Tomo II.
- Trazegnies G., Rodríguez I., Cárdenas Q., Garibaldi C. “La familia en el Derecho Peruano”, (1992). Lima- Perú. Editorial e Imprenta DESA.
- Valdés C., (2012) «Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?», I.U.S., Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época, año V, julio-diciembre.
- Varsi E. (2001). Derecho Genético. Editorial Grijley, 4ta ed. Lima, Perú.

Varsi E. (2013). Derecho Genético Principios Generales Ediciones Grijley Lima.

Zaldivar (2016). “Necesidad de regulación Jurídica del alquiler de vientre o Maternidad Subrogada,” Arequipa.