

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencia Política

Carrera Profesional de Derecho



**CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE GENERAN LOS ACUERDOS DE
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA JURÍDICO CIVIL PERUANO**

Bach. Luis Alberto Arce Vilca

Bach. Peter Salazar Penas

Asesor

Abog. Hugo Miguel Muñoz Peralta

Cajamarca – Perú

Enero-2019

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencia Política

Carrera Profesional de Derecho



**CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE GENERAN LOS ACUERDOS DE
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA JURÍDICO CIVIL PERUANO**

Tesis presentada para el cumplimiento de los requerimientos para optar el Título
Profesional de abogado

Bach. Luis Alberto Arce Vilca

Bach. Peter Salazar Penas

Asesor

Abog. Hugo Miguel Muñoz Peralta

Cajamarca – Perú

Enero-2019

Copyright © 2019 by
Luis Alberto Arce Vilca
Peter Salazar Penas
Todos los derechos reservados

“CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE GENERAN LOS ACUERDOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA JURÍDICO CIVIL PERUANO”.

Esta Tesis, desarrollada por los Bachilleres Luis Alberto ARCE VILCA y Peter SALAZAR PENAS, para obtener el título profesional de Abogado por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, fue evaluada y aprobada el...../...../....., por los miembros del jurado asignados.

.....

Dr. Christian Fernando Tantaleán Odar

Jurado

.....

Dr. Magaly Janneth Castañeda Sánchez

Jurado

.....

Dr. Hugo Miguel Muñoz Peralta

Jurado

A:

Nuestros familiares por ser la base del hogar, y porque en todo momento estuvieron atentos a todas nuestras necesidades y requerimientos para el desarrollo de esta investigación. Esta experiencia es sin duda un gran logro para nuestra vida estudiantil y en gran parte influyó para ser los profesionales en el que hoy nos convertimos.

A Dios por permitirnos tener amigos, compañeros y familiares que siempre creyeron en nosotros, los cuales también sirvieron de motivación para cada día llegemos más lejos en nuestra vida y carrera profesional.

AGRADECIMIENTO:

- A todos los que formamos el grupo de trabajo de esta investigación. Por esto agradecemos a nuestro asesor de investigación, a quienes a lo largo de este tiempo han puesto a prueba nuestras capacidades y conocimientos en el desarrollo de esta investigación como son nuestros docentes especializados en la metodología de investigación.
- A nuestros docentes universitarios de la carrera de Derecho y Ciencias Políticas a quienes les debemos gran parte de nuestros conocimientos gracias a su paciencia y enseñanza. Finalmente, un eterno agradecimiento a esta prestigiosa Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, la cual genera profesionales para un futuro competitivo.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	III
RESUMEN	VII
ABSTRACT	VIII
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1.1. Planteamiento del problema.....	1
1.1.2. Formulación del problema.....	3
1.1.3. Justificación de la investigación.....	3
1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	4
1.2.1. Objetivo general.....	4
1.2.2. Objetivos específicos.....	4
1.3. MARCO TEÓRICO.....	4
1.3.1. Teorías del inicio de la vida	4
1.3.2. Teorías que definen la naturaleza jurídica del concebido	9
1.3.3. Bases Teóricas – Antecedentes.....	20
1.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS	22
1.5. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	24
1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	24
1.6.1. Unidad de análisis	24
1.6.2. Población.....	24
1.6.3. Tipo de investigación	24
1.6.4. Diseño.....	25
1.6.5. Dimensión temporal y espacial	25

1.6.6.	Métodos	25
1.6.7.	Alcances de la investigación	26
1.6.8.	Técnicas e instrumentos de recopilación de información	26
1.6.9.	Instrumento.....	26
1.6.10.	Limitaciones de la investigación	27
1.6.11.	Aspectos Éticos de la Investigación.	27
CAPÍTULO II.....		28
MATERNIDAD SUBROGADA, DERECHOS REPRODUCTIVOS, DE PROCREACIÓN Y FILIACIÓN		28
2.1.	MATERNIDAD SUBROGADA	28
2.1.1.	Técnicas de reproducción asistida – TERAS	28
2.1.2.	Maternidad subrogada	29
2.1.3.	Variante de la maternidad subrogada	32
2.1.4.	Clases de maternidad subrogada	33
2.1.5.	Maternidad subrogada en la legislación peruana	35
2.2.	ACERCA DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.....	41
2.3.	EL DERECHO A LA PROCREACIÓN Y A LA FILIACIÓN.....	43
CAPÍTULO III		46
ACUERDO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ (EXPEDIENTE N 06374 – 2016).....		46
3.1.	EXPEDIENTE N 06374-2016-0-1801-JR-CI-05	46
3.1.1.	Antecedentes	47
3.1.2.	Análisis constitucional realizado por el Juez	49
3.1.3.	Decisión.....	52
3.1.4.	Argumentos que utiliza el juez Hugo Velázquez Zavaleta	53
3.1.5.	Análisis jurídico	56
CAPÍTULO IV		64

DOCTRINA NACIONAL Y LEGISLACIÓN EXTRANJERA SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.	64
4.1. DOCTRINA NACIONAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	64
4.1.1. Doctrina a favor de la maternidad subrogada.....	64
4.1.2. Doctrina en contra de la maternidad subrogada	74
4.2. JURISPRUDENCIA RELACIONADA A LA MATERNIDAD SUBROGADA	89
4.2.1. Caso chileno de maternidad subrogada en el Perú	89
4.2.2. Casación N 563-2011-Lima (Madre Sustituta)	90
4.2.3. Casación N 4323-2010 – Lima materia: nulidad de acto jurídico (maternidad subrogada: ovodonación).....	93
4.2.4. Expediente N 183515-2006-0113 (maternidad subrogada homóloga)	94
4.3. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MUNDO.....	95
4.3.1. Países que prohíben la maternidad subrogada.....	95
4.3.2. Países donde se permite la maternidad subrogada sólo de manera gratuita o altruista	98
4.3.3. Países que regulan y permiten la maternidad subrogada gratuita y onerosa ..	101
4.4. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.....	103
4.4.1. En Estados Unidos.....	103
4.4.2. Derecho Comparado.....	104
4.4.3. Casos sobre legislación internacional.....	106
CAPÍTULO V	108
PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES	108
5.1. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	108

5.2.	ORDEN PÚBLICO	114
5.3.	BUENAS COSTUMBRES	115
	CAPÍTULO VI	117
	RESULTADOS Y DISCUSIÓN	117
6.1.	VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CONTRAVENCIÓN AL ORDEN PÚBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES	120
6.1.1.	Vulneración del principio del interés superior del niño	120
6.1.2.	Contravención al orden público y las buenas costumbres.....	124
6.2.	LA ADOPCIÓN COMO SUSTITUCIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	130
	CONCLUSIONES.....	133
	RECOMENDACIONES	137
	REFERENCIAS	139

RESUMEN

La presente investigación titulada “Consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano”, tiene como formulación de problema ¿Cuáles serían las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano?; como objetivo general buscó establecer las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano. La investigación se ha desarrollado aplicando los métodos dogmática – jurídica; el tipo de investigación es básica, de lege data; su diseño es no experimental; su técnica es de observación documental a través de su instrumento *fichaje*.

Como resultado se ha concluido que 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 y la contravención al orden público y las buenas costumbres. Esto se fundamenta en que el artículo 7 de la Ley General de Salud, prohíbe el uso de la maternidad subrogada, aunque no se trata de una prohibición literal, esta se puede deducir de la condición normativa que establece “*siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona*”. No se puede anular la existencia de un ser vivo, pero tampoco se puede otorgar validez los acuerdos de maternidad subrogada.

Palabras clave: vientre de alquiler, maternidad subrogada, técnicas de reproducción asistida.

ABSTRACT

The present investigation entitled "Legal consequences generated by surrogacy agreements in the Peruvian civil juridical system", has as its formulation a problem. What would be the legal consequences generated by surrogacy agreements in the Peruvian civil juridical system? as a general objective, it sought to establish the legal consequences generated by surrogacy agreements in the Peruvian civil juridical system. The research has been developed applying the dogmatic - legal methods; the type of research is basic, of lege data; its design is non-experimental; his technique is documentary observation through his signing instrument.

As a result, it has been concluded that the legal consequences generated by surrogacy agreements in the Peruvian civil legal system are the violation of the principle of the best interests of the child and the contravention of public order and morality. This is based on the fact that Article 7 of the General Health Law prohibits the use of surrogate motherhood, although it is not a literal prohibition, this can be deduced from the normative condition that is established "provided that the biological mother and pregnant mother are the same person. " You can not annul the existence of a living being, but you can not grant validity of surrogacy agreements.

Keywords: rent belly, surrogate motherhood, assisted reproduction techniques.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS.

1.1. El Problema de Investigación.

1.1.1. Planteamiento del problema.

En Roma se estableció la máxima “*mater semper certa est*”, la atribución de la maternidad siempre estuvo consagrada por el hecho del parto; sin embargo, siglos después, la maternidad se ha convertido en incierta, esto se da a partir del desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida, incluyéndose dentro de estas a la maternidad subrogada (Cárdenas, 2017, p. 13).

Los acuerdos de maternidad subrogada es la práctica de utilizar a una mujer para gestar un hijo para otra persona a cambio de una negociación previa; aunque actualmente estos acuerdos suscitan fuertes controversias éticas, legales y sociales (Pande, 2014, p. 3).

La figura de maternidad subrogada, implicaría de por sí la existencia de una relación jurídica con contenido patrimonial, teniendo en cuenta la definición que hace el Código Civil en el artículo 1351 acerca del contrato; ello, de inmediato, invalidaría cualquier acuerdo de este tipo, dado que no estamos ante bienes que estén dentro de la esfera del comercio.

En el Perú según el artículo 7 de la Ley N 26842 – Ley General de Salud; autoriza a recurrir a las Técnicas de Reproducción Asistida, siempre que la

madre biológica y la madre gestante sean la misma persona¹. Ello no significa que sea un derecho irrestricto pues debe tener en cuenta, además, la edad y condición física de la persona que recurre a estas técnicas, las posibilidades de salir embarazada, las debidas condiciones mínimas de salud para el niño, etc.

Sin embargo, pese a esta regla general del artículo 7 de la Ley General de Salud, el día 21 de febrero de 2017, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucionalidad de Lima, declaró la validez de un acuerdo sobre maternidad subrogada; ello a raíz del proceso seguido por los esposos Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau como padres de los menores L.N.N.R. y C.D.N.R.

Finalmente, como decía Kant, toda persona debe ser tratada como un fin y no como un medio, lo cual constituye argumento válido para cuestionar los acuerdos sobre maternidad subrogada, aun cuando se cuente con el consentimiento de la madre gestante, la cual es reducida a un simple medio científico (Cárdenas, 2017, p. 20). Siendo necesario determinar si las consecuencias negativas que generan los acuerdos sobre maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico.

¹ 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 procreación, así como la clonación de seres humanos.

1.1.2. Formulación del problema.

Según la investigación se plantea la siguiente interrogante: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano?

1.1.3. Justificación de la investigación.

Es importante que las personas conozcan los riesgos de esta técnica de reproducción asistida (el síndrome de hiperestimulación ovárica, infertilidad futura, ascitis, tromboembolia e incluso la muerte), y estén protegidas frente a los malestares y daños que puedan acarrear la maternidad subrogada, y más aún si nuestra legislación no establece los parámetros normativos adecuados para su regulación (Cárdenas, 2017, p. 17). Esta investigación es importante para salvaguardar la vida, integridad física y libertad de los menores y las mujeres sujetas a la maternidad subrogada.

Es importante para el bienestar y el desarrollo adecuado de la vida humana, tanto de la madre gestante como de la persona por nacer, evitando que se de en nuestro sistema jurídico civil acuerdos sobre la maternidad subrogada; los cuales atentan derechos constitucionales como la vida, y el interés superior del niño

Finalmente, esta investigación es importante para proteger la filiación del menor nacido por esta técnica de reproducción asistida y proteger el derecho a la víctima evitando que los acuerdos de maternidad subrogada sigan utilizándose como un negocio jurídico atípico en el Perú.

1.2. Objetivos de la Investigación.

1.2.1. Objetivo general.

- ✓ Establecer las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano.

1.2.2. Objetivos específicos.

- ✓ Analizar jurídicamente la maternidad subrogada, los derechos reproductivos, el derecho a la procreación y a la filiación.
- ✓ Analizar jurídicamente el Expediente N 06374 – 2016 sobre acuerdo de maternidad subrogada en el Perú.
- ✓ Analizar la doctrina nacional y legislación extranjera sobre la maternidad subrogada.
- ✓ Analizar el principio del Interés Superior del Niño, Orden Público y Buenas Costumbres

1.3. Marco Teórico.

1.3.1. Teorías del inicio de la vida

A. Fecundación

Por esta teoría se entiende que una vez que el espermatozoide ha penetrado el ovocito se produce la combinación de los cromosomas, lo cual acaece entre las doce y dieciocho horas posteriores a la penetración, configurándose así el intercambio de la información cromosómica que determina la aparición de una nueva y exclusiva estructura genética, es decir la formación del genotipo (Cubillos, 2013, p. 9). Es aquí donde se afirma que se va generando una nueva vida, genéticamente único y autónomo.

La fecundación no se limita a un acto, sino que es el resultado de un proceso biológico. La fecundación ha sido confundida con la concepción, siendo ambos distintos; debido que el segundo es consecuencia del primero. Según el autor Videla Escalada “*La rapidez de la fecundación implica ya la concepción instantánea*” (Varsi, 2014, p. 47). Entonces primero será la fecundación y luego la concepción; siendo lo primero fundamental para la generación de una vida.

La fecundación inicia cuando el espermatozoide hace contacto con el ovulo. De inmediato se reconocen sus membranas celulares, determinando que son de la misma especie. En este momento el ovulo comienza a generar la membrana de fecundación, la cual impedirá que los demás espermatozoides ingresen. Luego, el espermatozoide penetra al interior del ovulo valiéndose de una enzima (hialuronidasa) para perforar la pared ovular. Tan pronto como la cabeza del espermatozoide penetra en la célula fecundada un bloqueo absoluto que impedirá la poliespermia. Después se realiza la primera fusión celular, la de membranas que envolvían la cabeza del espermatozoide y el ovulo (Varsi, 2014, p. 48). Por la fecundación entendemos que es el reconocimiento y primer contacto entre el espermatozoide y el ovulo, lo cual permite la fusión celular.

B. Concepción

La genética no tiene dudas en afirmar que la vida humana comienza en la concepción; es aquí donde se produce diversos momentos biológicos. Es el resultado del proceso biológico anterior. El ovulo ya fecundado está sufriendo

cambios, es una célula especial que ha creado dos núcleos con 23 cromosomas cada uno, tanto del varón como de la mujer. A este estado se le denomina ovocito pro-nucleado y dura entre 2 a 4 horas aproximadamente. Para algunos autores al formarse el ovocito se da inicio a la vida (Varsi, 2014, p. 49).

Luego viene la *singamia*, es decir el intercambio de información genética y la fusión de los pronúcleos de las células germinales, dando lugar a la formación del cigoto, célula diploide con 46 cromosomas. Esta fusión se realiza en un proceso que dura 22 a 23 horas contadas desde la concepción. Para el autor Carlos Fernández Sessarego establece que, como producto de la concepción, surge un sujeto de derecho, denominado el concebido (Varsi, 2014, p. 51). Existe nuevos cambios en el ovulo ya fecundado producto de diversos momentos biológicos, este ovulo se convierte ya en una célula especial, con 23 cromosomas, que pertenecen al hombre y a la mujer.

C. Anidación

A los 14 días de la concepción se produce la *anidación* (embrión) en la matriz endometrial a través de una serie de enzimas y de pequeñas prolongaciones tentaculares denominadas *villi*, que se inserta en el útero. Es aquí donde los juristas como Jean Carbonier, Roberto de Ruggiero y Arturo Valencia Zea, alegan que se inicia la vida ya que el concebido pasa a ser una porción u órgano de la madre (*portio mulieris*), pero no individualizado, sino dependiente. Simón Sevilla nos ilustra estableciendo que aquellos que se suman a la teoría de la anidación, no les importa establecer si las células del cigoto son humanas y que representan una nueva vida, sino lo importante para ellos es determinar en qué

momento aparece un nuevo individuo, añadiendo claramente, Lacadena Calero, que “*la individualización viene avalada por dos propiedades: la unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser una sola cosa)*” (Varsi, 2014, p. 52)

Siendo que hasta el decimocuarto día se pueden formar gemelos monocigóticos (genéticamente idénticos, producto de la fisión de un cigoto) y de quimeras (individuos procedentes de dos fecundaciones distintas, por fusión de los cigotos), que contradicen los principios de unicidad y unidad, respectivamente, es entonces con la anidación cuando está definitivamente individualizado el ser humano (Varsi, 2014, p. 52).

Por último, para rebatir esta teoría, se añade que en el decimocuarto día el preembrión puede degenerar y formar una *mola hidatiforme*, estructura premaligna de células indiferenciadas, por lo que no se puede hablar de la existencia de un individuo ni mucho menos de vida humana (Varsi, 2014, p. 52)

En cuanto a esta teoría, que nos menciona que el concebido pasa a ser una porción u órgano de la madre; nosotros consideramos, que no es correcta y que carece de sentido, por lo que hablar de un concebido estamos mencionando a un ser independiente al de la madre, con derechos y obligaciones; por lo que no se debería de considerar como una porción u órgano de su progenitora.

D. Inicio de la actividad cerebral

Como refiere Carlos Fernández Sessarego, cierto sector médico hace depender el surgimiento de la vida humana a partir del instante en que se inicia la actividad cerebral, esto es entre los 43 y 45 días contados desde la fecundación. Quienes sostienen esta teoría se fundamentan en base a un argumento deductivo y lógico: *si el fin de la persona se da con estado irreversible de las funciones cerebrales, entonces la vida humana se inicia con la actividad cerebral*. Sin embargo, la neurobiología se ha encargado no de desmentir, sino de amenguar los ánimos de quienes siguen esta corriente, al poner en conocimiento que en las primeras fases del desarrollo embrionario existen células con actividad nerviosa y aún más, determinado grupo de células son las que llevarán el mensaje para formar, a los pocos días de la concepción, el sistema nervioso y posteriormente, el cerebro (Varsi, 2014, p. 54). Es una teoría que basa su fundamento en la lógica, si la muerte se acredita con la falta de actividad cerebral, entonces la vida comienza con la actividad cerebral; compartimos la idea de que es una teoría errónea porque la vida no solo inicia con ello.

E. Nacimiento

Como parte final del proceso de evolución intrauterina, y dando cumplimiento al ciclo vital, *“nace un ser humano estructurado aproximadamente por doscientos billones de células, que se han multiplicado y especializado a un promedio de cinco mil millones de células por semana”*. El nacimiento como etapa biológica del parto, determina el hecho de la separación del feto del cuerpo de la madre (Varsi, 2014, p. 54).

Autores como Josserand, Messineo, Albadejo, Mazeaud y Lacruz Berdejo, sostienen que el nacimiento es el punto de partida de la vida humana; antes el concebido se confunde biológicamente con la madre (*pars viscerum matris*); por tanto, se es persona a partir del nacimiento (Varsi, 2014, p. 55). Es cierto que con el hecho del nacimiento parte la vida humana independiente de la vida materna y con la cual se le atribuye la calidad de persona.

Todas y cada una de las teorías son hechos biológicos y jurídicos. Por lo que en este sentido el *derecho* les presta especial importancia a dos de los momentos biológicos indicados: a la concepción y al nacimiento creándose protección y seguridad a ambas situaciones. En el primero, la concepción, otorga una calidad, ser sujeto de derecho especial y, el segundo, el nacimiento, condiciona la existencia de una relación jurídica patrimonial con el concebido (el que para su atribución debe nacer con vida (Varsi, 2014, p. 56).

Para el derecho solamente reconoce a la concepción y al nacimiento como hechos que generan derechos y obligaciones; al primero porque nuestro Estado le otorga derechos, los mismos que solo pueden ser ejercidos si el concebido ha nacido vivo.

1.3.2. Teorías que definen la naturaleza jurídica del concebido

A. Teoría de la parte de la madre

Esta teoría surgió en el Derecho Romano, en donde se consideraba que el concebido era una parte, porción y órgano de la madre. Un órgano más, una

extensión biológica como el hígado, riñón o apéndice. Es llamada teoría de la *portio mulieris*, hoy en día esta teoría carece de importancia y está desfasada (Villanueva, 2009, p. 1).

Esta posición establece que el concebido es considerado como un órgano de la madre. Ulpiano mencionaba: “*partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*”, es decir: “*antes del alumbramiento el feto es parte de la mujer o de sus entrañas*”; esto mencionaba la condición del concebido dentro del cuerpo de la madre y, por consiguiente, su falta de personalidad o capacidad (Oviedo, 2013, p. 1).

Esta teoría manifiesta que antes del nacimiento, no se puede considerar persona al nuevo ser humano que se encuentra formándose; es decir al concebido. En este proceso de formación humana se considera al nuevo ser humano parte de su madre. Pese a lo antes manifestado, por la esperanza de que nazca, es decir, se le reserva sus derechos, hasta su nacimiento (Cusi, 2017, p. 1).

En el derecho romano, la vida intrauterina no era considerada como sujeto de derecho y se resumió ese pensamiento a través de un célebre principio: “*qui est in útero, non est homo*”, pero también fue el derecho romano el que creó una ficción reputando al concebido como una persona ya nacida sin serlo, con el objetivo de proteger sus derechos. El derecho romano protegía al concebido considerándolo como ya nacido si de derechos se tratase, atribuyéndole derechos subjetivos de manera futura y ficticia, pero no les otorgaba deberes (Centurión, 2016, p. 401).

Esta teoría solo establece que el concebido forma parte de madre y lo considera como un órgano de ella, hasta su nacimiento; lo cual lo descartamos categóricamente, el concebido no es un órgano (riñón o vesícula), es un ser sujeto a derechos y obligaciones.

B. Teoría de la ficción

Tiene su origen en Roma, según Enrique Varsi Rospigliosi establece que al concebido se le considera sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, siendo indispensable su nacimiento (Varsi, 2014, p. 160). En mi opinión, esta teoría considera persona al concebido para así atribuirle derechos, con la exigencia de que nazca vivo y que tenga forma humana, pues considerar que se trata de una condición suspensiva es minimizar la calidad de sujeto de derecho.

Esta teoría somete la existencia del concebido a una condición suspensiva, es decir a su nacimiento, para poder de esta manera atribuirle derechos, en la mayoría patrimoniales, que se adscriben siempre y cuando haya nacido vivo (Cusi, 2017, p. 1). Para que un concebido pueda poder ejercer derechos patrimoniales está condicionado a que nazca vivo.

Al concebido se lo reputa innecesariamente nacido para atribuirle derechos, principalmente patrimoniales, que se adscriben siempre y cuando nazca vivo. El concebido es considerado una esperanza de vida, tal como lo establece el

Corpus Iuris Civiles: “*el feto, mientras este en el claustro materno, se espere que llegue a ser hombre*” (Oviedo, 2013, p. 1).

Consideran persona al *nasciturus*, al cual se le atribuye derechos, siendo necesario que nazca vivo y que tenga forma humana. Es la ficción de suponer al concebido como ya nacido, representa una atribución de capacidad de goce sujeta a una doble limitación (sujeto de derechos en todo lo que le favorece y a que nazca vivo) (Villanueva, 2009, p. 1). Esta teoría tiene fuertes raíces romanistas, siendo adoptado por la mayoría de los códigos civiles, admitiendo para muchos como un principio jurídico: “*en cuanto a él le beneficie, el concebido se tiene por nacido*” (Oviedo, 2013, p. 1).

Podemos decir que, para el derecho, el concebido es sujeto de derechos en todo lo que le favorece; siempre y cuando cumpla con la condición suspensiva de que nazca vivo. Con el nacimiento de este nuevo ser, puede hacer uso de sus derechos.

C. Teoría de la personalidad

La presente teoría tiene su origen con el jurista brasileño Teixeira de Freitas, según esta teoría considera al concebido como persona por nacer, aquí no se atribuye la categoría de concebido, sino en proceso de formación y, por tanto, con derechos y capacidad restringida (Ayala, 2014, p. 1).

Se considera al concebido como persona por nacer; es decir desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes

de su nacimiento adquieren derechos, quedando irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de separarse de su madre (Villanueva, 2009, p. 1).

El concebido adquiere personalidad antes de su nacimiento; es decir adquiere derechos civiles. Por lo que se le considera nacido, aunque viviera por unos instantes después de ser separado de su progenitora (Cusi, 2017, p. 1).

Esta teoría sostiene que el concebido no es persona futura, porque está figura en sí no existe; sino persona por nacer, razón fundada por el hecho de que aún vive en el seno materno; por lo que el concebido ya es persona y goza de capacidad de derechos (Oviedo, 2013, p. 1).

Esta teoría nos establece que el concebido no es una persona futura sino una persona por nacer, que antes de su nacimiento adquiere derechos civiles, considerándose como un ser vivo, aunque naciera por pocos minutos fuera de la esfera y lazo de su madre.

D. Teoría de la subjetividad

El Código Civil peruano inspirado en el Código Civil argentino, menciona que el *sujeto de derecho* debe ser entendido como el centro de imputación de derechos y deberes perteneciente al ser humano, en sus distintas categorías jurídicas como: el concebido, la persona individual, la persona colectiva y las organizaciones de personas no inscritas (Espinoza, 2004, p. 65).

Fernández Sessarego citado por Espinoza (2004, p. 66), “*el nasciturus*” no es aún persona natural, debido a que todavía no ha nacido, sin que por ello deje de ser vida humana. Por lo que el concebido no es aún persona, y solamente es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde su concepción y hasta el nacimiento. El concebido para el Código Civil es un sujeto de derecho privilegiado (para todo cuanto le favorece), que tiene las siguientes características: i) Es un ser genéticamente diferenciado; ii) Es un ser dependiente de la madre para su subsistencia; iii) Tiene derechos patrimoniales y extra-patrimoniales, estos últimos no deben estar sujetos a condición alguna.

Fernández nos menciona, de un ser aún no nacido, que según su postura aún no tiene la categoría de persona, sin que ello no sea obstáculo para que se considere un ser con vida; por lo que el concebido es un sujeto de derechos en donde la atribución de sus derechos patrimoniales está condicionada a su nacimiento.

El concebido es un sujeto de derecho privilegiado porque todo le favorece, se refiere al reconocimiento de derechos extrapatrimoniales y patrimoniales; es decir reconoce subjetividad al concebido. Nuestro Código Civil establece que la subjetividad está ligada al nacimiento, anticipándola desde la concepción “*para todo cuanto le favorece*”; pero condicionando la atribución irrevocable de los patrimoniales al nacimiento con vida (Villanueva, 2009, p. 1). Es decir, se reconoce derechos, pero con la única condición a que nazca vivo.

El concebido como sujeto de derecho privilegiado, que se caracteriza por ser genéticamente diferenciado – individualidad genética, a pesar de su dependencia ante su madre para el desarrollo de su subsistencia. Esta teoría es acogida por nuestro ordenamiento jurídico civil, en la cual se otorga al concebido una protección jurídica favorable imputándole derechos y deberes únicamente que le favorezcan (Cusi, 2017, p. 1).

Se considera al concebido como sujeto de derecho, entendido como centro de imputación de derechos y deberes adscribible. Se entiende entonces al concebido como un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derecho desde el instante de la concepción (Oviedo, 2013, p. 1).

Entonces, la postura adoptada por el Código Civil Peruano de 1984, es la de la Teoría de la Subjetividad, la cual considera al concebido como un sujeto de derecho privilegiado “*para todo cuanto le favorece*”, distinto a la madre, es decir es tratado como un todo y no como una parte de ella, otorgándoles derechos patrimoniales, siempre y cuando nazca vivo.

En esta teoría es necesario establecer la definición del concebido, así como también su reconocimiento jurídico:

i) Definición del Concebido. - La categoría jurídica genérica denominada *nasciturus* (el que habrá de nacer), la cual a su vez comprende dos especies, a saber: a) *Conceptus* o concebido (es un ser ontológico y jurídicamente); y, b) *Concepturus*, es decir, el que habrá de ser concebido (no tiene substrato

material: es una ficción legal). A tal efecto, “*el concebido no es persona ni tiene tampoco una personalidad especial o limitada*”. No hay, siquiera, una genuina igualdad entre el concebido y el nacido, ya que la equiparación es sólo parcial (para los efectos que le sean favorables), y, además, condicional, sometida a la *conditio iuris* del nacimiento (Gullón, 1982, p. 266). La condición de los efectos favorables del concebido está sujeto a su nacimiento.

El concebido es una vida humana intrauterina, individualizada desde el instante de la concepción, por lo que hablar de una vida humana no nacida, se refiere al embarazo y a las técnicas de reproducción asistida (Oviedo, 2013, p. 1). Estamos de acuerdo que el concebido es un ser individual o distinto a la madre.

El concebido es el ser humano en las fase embrionaria y fetal; es decir desde la concepción hasta el momento el nacimiento; o mejor dicho después de ser concebido y antes de nacer (Villena, 2015, p. 53).

El Código Procesal Civil y la Constitución Política, consideran al concebido como sujeto de derechos, existiendo con ello tipos de sujeto de derecho como: a) la persona humana, b) la persona jurídica y c) las asociaciones no inscritas, esta última diferente de la persona humana. Por lo que nuestro ordenamiento jurídico se retrae de todas aquellas concepciones que toman al concebido como parte de la madre o como ya nacido. Para lo cual definen al concebido como una vida humana aun no nacida, la cual es individualizada desde los instantes mismos de la concepción (Oviedo, 2013, p. 1). Desde el momento de la concepción, existe una vida humana independiente de su madre.

Como indica Fernández Sessarego *“por ser concebido, es decir ser humano, es sujeto de derecho y, por ende, titular actual de derechos”* (Fernández, 1990, p. 32). El Código Civil peruano de 1984, reconoce al ser humano antes de su nacimiento, como un estatus jurídico y lo define a éste como un régimen jurídico particular. Siendo que el artículo primero establece que *“el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”*. Lo cual evidencia que el ser humano antes de su nacimiento no es una persona ficticia, tampoco una persona, y menos aún una cosa. El concebido se beneficia del estatus jurídico de sujeto de derecho distinto y autónomo, desde el instante de la concepción hasta su nacimiento (Monge, 2010, p. 197).

De esta manera, el concebido es el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y los deberes que lo favorecen. Es por eso que se dice que es un sujeto de derecho privilegiado.

ii) Reconocimiento jurídico del concebido

La protección del concebido tiene raíces en el derecho romano. Fernández Sessarego nos menciona que *“antes del alumbramiento, el feto es parte de la mujer o de sus entrañas”*; asimismo agrega que sería en la edad media donde se mencionaba que *“ya no se trata de la sola salvaguardia de los intereses patrimoniales del concebido, protegidos y reservados a la espera del nacimiento, sino que la protección del concebido se le valora por lo que él*

mismo representa; es decir un ser dotado de alma, un ser de naturaleza humana” (Villena, 2015, p. 26). Antiguamente se afirmaba que el concebido era parte u órgano de la madre, actualmente esa idea no tiene validez, ya que el concebido goza de su propia individualidad.

Desde nuestro primer Código Civil peruano de 1852, en su artículo 1 establecía *“El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”* y en su artículo 3 refería que *“Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece”*; y el Código Civil de 1936 en su artículo 1 prescribía que *“El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”* (Villena, 2015, p. 27).

Es necesario mencionar que el Código Civil de 1936 se encontraba ligada a la teoría ecléctica, por considerar al concebido como algo no concreto, al asegurar que debía nacer y, por ende, con su nacimiento este adquiría la calidad de persona. Por lo que Fernández Sessarego, menciona que el Código Civil de 1936 era una norma que ignoraba la vida humana prenatal, ya que era el hecho biológico del nacimiento el que determinaba la aparición del ser humano y de cierta manera se reconocía como sujeto de derecho a la persona natural. Por lo que jurídicamente hablando el concebido no existía para el derecho (Villena, 2015, p. 27). No estoy de acuerdo con la teoría ecléctica, que fue acogida en el Código Civil de 1936, y esto radica en que considero al concebido como sujeto de derecho.

Nuestro Código Civil de 1984, en su artículo primero dice *“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”*. Lo cual conllevaría a pensar que la persona humana existe a partir de su nacimiento, y es aquí donde se convierte en titular de derechos patrimoniales y extra-patrimoniales, gozando de ellos mediante su representante. Ello sin perjuicio de reconocer al concebido, como vida humana, también sujeto de derechos patrimoniales y extra-patrimoniales (Villena, 2015, p. 29). Se puede mencionar que nuestra legislación, con el transcurso del tiempo a tratado de dotar de una connotación jurídica al concebido, mencionándolo como un ser humano y reconociéndole derechos, con la condición suspensiva a su nacimiento.

Con el nacimiento, se da comienzo a la personalidad jurídica de la persona, a partir de este hecho la persona tiene una existencia a la cual nadie puede privarla de los derechos que la ley le reconoce como tal (Villena, 2015, p. 29).

Nuestro sistema jurídico actual se desprende de la arraigada doctrina romanista de considerar al concebido como parte de la madre, y opta por considerar al concebido como sujeto de derecho y no como parte u órgano de la madre. Un breve comentario sería que el reconocimiento jurídico del concebido viene a ser un conjunto de normas que van a reconocer al concebido la relevancia correspondiente en nuestro ordenamiento legal, dándole una protección genérica desde antes de su nacimiento.

1.3.3. Bases Teóricas – Antecedentes.

De la búsqueda minuciosa se ha encontrado una tesis en la Universidad César Vallejo – Facultad de derecho, la cual se titula “La Contratación de la Maternidad Subrogada en las Clínicas de Fertilización de Lima Metropolitana en el Año 2016”, cuya autora es Gabriela Mercedes Bustamante Grande, la misma que establece que en nuestro país no se encuentra regulado la maternidad subrogada, además de limitaciones a las técnicas de reproducción asistidas, siendo que la madre biológica como la madre genética deben de ser la mismas persona, porque a ello advierte que atenta con el orden público; ya que es a la concepción natural que tiene la sociedad de procreación, además que le quita la posibilidad a muchos niños que puedan ser adoptados; asimismo se puede producir debido a su práctica la comisión de delitos penales (Bustamante Grande, 2017, pág. 18).

Se ha encontrado una tesis de Doctorado en la Universidad San Martín de Porres, titulada “Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos”, cuya autora es Frieda Roxana del Águila Tuesta; la cual concluye que la reproducción asistida es un problema en nuestra legislación peruana, debiendo tener un adecuado tratamiento jurídico, máxime si se tiene en cuenta la infertilidad de la población, y que al no estar regulada la maternidad subrogada esta genera una creciente comercialización en el ámbito privado; finalmente debe velarse esta técnica en base al derecho reproductivo de las mujeres (Águila, 2009, p. 159).

También se ha encontrado una Tesis de Maestría titulada “Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el Código Penal peruano” de

la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, cuya autora es Marlene Susana Velásquez Vargas, la cual concluye que la falta de legislación penal en materia de maternidad subrogada conlleva a que esta técnica de reproducción asistida genere incertidumbre jurídica en la filiación correspondiente a los padres y los hijos nacidos mediante estos métodos y obviamente también se ha creado una clandestinidad e impunidad de esta técnica de reproducción (Velásquez, 2015, p. 137).

Asimismo se ha encontrado como doctrina nacional un artículo jurídico titulado “Una discutible sentencia, a propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre”, cuyo autor es Ronald Cárdenas Krenz; el cual concluye que la legislación peruana no permite la maternidad subrogada, ni tampoco puede permitirlo, el hecho que en la actualidad se den casos debería de motivar la intervención de autoridades para velar el cumplimiento de la ley; finalmente el hecho de traer hijos al mundo no se debería de tercerizar (Cárdenas, 2017, p. 32).

A nivel internacional se ha encontrado en la Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, una tesis de grado titulada “Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada, análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al sistema jurídico guatemalteco”, cuyo autor es Rodolfo Federico Escobar Enríquez; el cual concluye que la maternidad subrogada nació en respuesta a los problemas de infertilidad, en donde muchos países del mundo, ya es concebida como una institución del derecho la cual es viable, permitida y

bondadosa por sus efectos; siendo que también debería regularse en Guatemala, evitando que su práctica clandestina, vulnere el derecho a la vida, salud y la familia (Escobar, 2011, p. 129).

1.4. Definición de términos básicos

Para adecuada comprensión de nuestra tesis de investigación, se ha desarrollado la siguiente definición de términos:

1.4.1.1. Acuerdo de maternidad subrogada: Es la decisión tomada por una pareja de encargar a una mujer la gestación de un niño que después de nacido debía ser entregado a la pareja comitente (contratante). Este acuerdo tiene como convenio el pago de una determinada suma de dinero en favor de la mujer gestante.

1.4.1.2. Infertilidad: Es la incapacidad de completar un embarazo después de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas (Brugo, Chillik, & Kopelman, 2003, p. 228).

1.4.1.3. Integridad física: Implica la preservación y cuidado de todas las partes del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas (Guzmán, 2007, p. 7).

1.4.1.4. Maternidad subrogada: Es también denominada maternidad de alquiler, de encargo, portadora o sustituta, se basa en que una mujer lleva implantado en su cuerpo un embrión hasta su nacimiento, con la finalidad de entregarlo después a otra mujer, hombre o pareja matrimonial o extramatrimonial (González, 2015, p. 4).

1.4.1.5. Síndrome de Hiperestimulación Ovárica: es una respuesta anormalmente elevada del ovario a la medicación que se administra en los tratamientos de reproducción asistida, sobre todo en los de Fecundación In Vitro (FIV). Se agravará si se consigue el embarazo en ese ciclo (Reus, 2017, p. 1).

1.4.1.6. Técnicas de Reproducción Asistida: Son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina (Pérez, 2012, p. 32).

1.4.1.7. Tromboembolia: Es una situación clínica que ocurre cuando se genera un coágulo en el interior del sistema vascular y permanece in situ (trombosis) o es desplazado hacia delante en el torrente circulatorio (embolia) (INTERLAB, 2004, p. 1).

1.4.1.8. Inseminación artificial: Consiste en colocar en el útero los espermatozoides seleccionados previamente de una muestra. Para aumentar las posibilidades de embarazo se estimulan hormonalmente los ovarios y se controla la ovulación, para determinar el mejor momento de la inseminación (Eugin, 2018, pág. 1).

1.4.1.9. Inimpugnabilidad: Son los actos administrativos en relación con los cuales no se admitirá recurso contencioso-administrativo (Enciclopedia jurídica, 2014, pág. 1).

1.5. Hipótesis de la investigación.

Las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano son:

- A) Vulneración del principio del interés superior del niño
- B) Contravención al orden público y las buenas costumbres.

1.6. Metodología de la investigación.

1.6.1. Unidad de análisis

Ley General de Salud – Ley N 26842; jurisprudencia, legislación y doctrina sobre acuerdo de maternidad subrogada.

1.6.2. Población

Expediente N 06374-2016-0-1801-JR-CI-05; Proyecto de Ley N 1722/2012-CR; Caso chileno de maternidad subrogada en el Perú; Casación N 563-2011-Lima; Casación N 4323-2010-Lima; Expediente N 183515-2006-0113

1.6.3. Tipo de investigación

1.6.3.1. Por la finalidad

Es básica, de *lege data* porque busca interpretar y proponer soluciones dentro de un ordenamiento jurídico sin modificarlo; es decir proponer la solución a los acuerdos de maternidad subrogada celebrados en el sistema jurídico civil peruano.

1.6.3.2. Por el enfoque

Es *cualitativo*, porque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010, p. 7), pues describe las consecuencias jurídicas que genera la maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano.

1.6.4. Diseño

Es *no experimental*, en tanto no existe manipulación de variables, restringiéndose ésta al tratamiento de fenómenos que se han producido ya en la realidad y sobre los cuales no se pueden incidir de otra forma que no sea a lo mucho, mediante la descripción, análisis y explicación (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010, p. 148); por lo que solo se analizarán los acuerdos de maternidad subrogada.

1.6.5. Dimensión temporal y espacial

Es *longitudinal*, porque recolectan datos sobre categorías, sucesos, comunidades, contextos, variables, o sus relaciones, en dos o más momentos, para evaluar el cambio en estas (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010, p. 164), es decir todos aquellos sucesos como jurisprudencia, casos y leyes sobre acuerdos de maternidad subrogada, dados a partir del periodo 2006 al 2018.

1.6.6. Métodos

Es *dogmática – jurídica*, porque busca que la interpretación del texto normativo no sea aislada, sino que busca uniones entre ellas (Ramos, 2005, p.

103), es decir se analizará la doctrina y jurisprudencia nacional sobre los acuerdos de maternidad subrogada y sus consecuencias jurídicas en el sistema jurídico civil peruano.

1.6.7. Alcances de la investigación

Su alcance es de tipo *descriptivo*; porque busca especificar las características importantes de cualquier fenómeno que se analice (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010, p. 80); es decir se analizará las consecuencias jurídicas que genera los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano.

1.6.8. Técnicas e instrumentos de recopilación de información

Se utilizará la *técnica de observación documental*, porque es el análisis de las fuentes documentales, mediante esta técnica se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para la investigación (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010, p. 418), es decir mediante la doctrina y jurisprudencia nacional sobre los acuerdos de maternidad subrogada.

1.6.9. Instrumento

Fichaje, que es el modo de recolectar y almacenar información, cada ficha contiene una información que, más allá de su extensión le da unidad y valor propio (Dacosta, 2011, p. 1); es decir para el análisis doctrinal y jurisprudencial de los acuerdos de maternidad subrogada.

1.6.10. Limitaciones de la investigación

La presente investigación tiene como limitación el acceso a la jurisprudencia que resuelve los acuerdos de maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico civil.

1.6.11. Aspectos Éticos de la Investigación.

Al momento del recojo y posterior análisis de los acuerdos de maternidad subrogada, los datos de las personas inmersas y los menores nacidos por maternidad subrogada, se protegerá en todo momento su identidad; siendo que para ello se mostrará solo las iniciales de sus datos personales en el desarrollo de la investigación.

CAPÍTULO II

MATERNIDAD SUBROGADA, DERECHOS REPRODUCTIVOS, DE PROCREACIÓN Y FILIACIÓN

2.1. Maternidad subrogada

2.1.1. Técnicas de reproducción asistida – TERAS

Las TERAS tienen como finalidad aumentar las posibilidades de fertilización y de embarazo viable. Se llama TERAS a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, permiten colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción. Las TERAS son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina (Torres, 2017, p. 81). Es decir, el uso de las TERAS permite la creación de vida y es un mecanismo biotecnológico es aras de ayudar a la fertilización y generación de familia.

La esterilidad ha sido y siempre será un problema común que afecta a hombres y mujeres, frente a este problema, las TERAS buscan suplir las deficiencias de las parejas con este problema, permitiéndoles tener descendencia y logrando alcanzar uno de los más importantes deseos del ser humano que es el de formar y constituir una familia. Estas técnicas, deben ser usadas de manera supletoria, siempre y cuando no se pueda de ninguna manera procrear de manera natural (Torres, 2017, p. 82). Estamos de acuerdo con Torres Maldonado en que las TERAS por ser un medio

supletorio de la infertilidad, solo deberían ser utilizadas cuando no exista posibilidad de tener hijos; mas no podemos permitir su uso constante por el capricho de las parejas, ya sean porque no desean pasar por los síntomas de gestación o para no interrumpir sus actividades cotidianas; o peor aún utilizarlo como un negocio o comercio ilegal.

Para Enrique Varsi, las TERAS, son “aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia” (Torres, 2017, p. 82). Esto es cierto gracias a los avances y procedimientos médicos, se ha podido llegar hasta las TERAS, que de cierta manera han contribuido en la ayuda de aquellas personas que sufren de esterilidad, permitiéndoles formar una familia y tener descendencia.

2.1.2. Maternidad subrogada

La figura de maternidad subrogada, maternidad por sustitución o contrato de útero subrogado, implica la utilización de las técnicas de reproducción asistida, ello con la finalidad de que se geste en el vientre de la madre subrogada un nuevo ser humano, para posibilitar su ulterior nacimiento; teniendo en cuenta siempre que estos métodos deben darse con el debido cuidado para el *concepturus* (Velásquez, 2015, p. 19). Al hablar de maternidad subrogada intrínsecamente se habla del uso de TERAS, también se entiende de la existencia de un contrato, todo ello con la finalidad de procrear un nuevo ser, el cual es distinto genéticamente de la mujer gestante.

Según Enrique Varsi, las técnicas de reproducción humana asistida son *“aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”* (Meléndez, 2017, p. 90). Es correcto afirmar que el uso de las TERAS suple de una u de otra manera la infertilidad de las parejas, pero este uso de las técnicas de reproducción debe hacerse siempre con el debido respeto de los derechos de la persona y permitirse su uso hasta donde lo permita el derecho interno de una sociedad.

Como lo indica Aramini disgregar el deseo de gestar y dar a luz a un hijo, del afán de formarlo como salido de sus entrañas, conlleva a mirarlo desde una perspectiva totalmente distorsionada, dando mayor cabida al tema económico antes que a la esencia misma del ser humano; siendo que las personas nacidas mediante la fecundación in vitro se les vulnera su derecho a la identidad, esto es, de saber de dónde provienen, quienes son sus padres genéticos, o, en todo caso, negarse por sí mismos a conocer de ello (Cárdenas, 2017, p. 20). Estamos totalmente de acuerdo que la maternidad subrogada, trasgrede de por sí varios derechos fundamentales, como el derecho a la identidad biológica o el derecho a conocer a la madre gestante, al derecho a la vida (por estar fuera del aspecto económico); y todo ello conlleva a una trasgresión de nuestro orden público, entendiendo a este como el conjunto de normas internas que rigen nuestra sociedad, es decir, la Constitución, el Código del Niño y Adolescente, el Código Civil, la Ley General de Salud, entre otros.

Con ello, según Aramini, el deseo de los padres de tener un hijo conlleva a darle a los métodos de reproducción asistida una importancia dimensional, sobrepasando el enfoque de relevancia que debería tener el hijo en sí mismo, y no percibirlo como un derecho que ostentan aquellos. Ahora bien, el Comité de Bioética de España indica que, el deseo de los padres por tener un hijo mediante el uso de estas técnicas de reproducción no garantiza que se le vaya a dar una adecuada formación y que sea querido, ello tendrá cabida si dicho afán no es interesado (Cárdenas, 2017, p. 21). Este autor nos menciona que el uso inadecuado de las TERAS podría generar una divergencia en su finalidad, es decir cuando el deseo de tener un hijo, se convierte en el interés de otorgar uno; o, dicho de otra manera, el deseo económico sobrepase el deseo de formar una familia.

La maternidad subrogada es un procedimiento médico por medio del cual *“se anida el embrión en el vientre de una mujer distinta a la que quiere la maternidad, esto es, la que presta su vientre para llevar al hijo de otra”*. De ello podemos afirmar que maternidad subrogada es la sustitución del estado o la calidad de madre, dándose en el Perú la connotación de madre a la mujer que procede el óvulo o mujer gestante (Meléndez Sotero, 2017, p. 90). Cuando se menciona *“presta su vientre para llevar al hijo de otra”*, este préstamo es objeto mayormente de un contenido económico, también se sobreentiende como objeto de un contrato o negocio entre dos personas (una de ellas que desea tener un hijo y la otra que alquila su vientre); generando con ello, una trasgresión al orden público interno, debido a que

la vida humana (derecho del concebido) no puede ser objeto de contrato o negocio.

La madre subrogada o portadora es una mujer fértil que mediante contrato acuerda que se le insemine artificialmente con el semen de la pareja de otra mujer, gestando y dando a luz a dicha criatura. Una vez producido el alumbramiento, la madre suplente renuncia a la custodia a favor del padre biológico y concluye todos los derechos en orden a la filiación sobre el nacido para que la esposa del donante del semen utilizado en la fecundación, le adopte (Meléndez, 2017, p. 90). Se podrá concluir todos los derechos de la madre subrogada frente al recién nacido, si esta hace su entrega y renuncia de sus derechos; pero que pasa con los derechos del nacido, sobre su identidad biológica, el derecho a conocer a su madre (la cual lo tuvo durante el tiempo de la gestación), el derecho a su interés superior, los cuales no fueron tomados en cuenta al momento de celebrarse la maternidad subrogada; y que pasaría si la madre ya gestada no desea entregarlo, que derechos podría aludir frente a un negocio ilegal y perturbado y a un mal ejercicio de las TERAS, que contraviene nuestro ordenamiento jurídico.

2.1.3. Variante de la maternidad subrogada

Según Enrique Varsi Rospigliosi, en su obra Derecho Genético, la maternidad subrogada admite cuatro variantes distintas:

- a) Madre Portadora. - Este supuesto se da cuando la mujer puede generar óvulos, pero presenta una deficiencia uterina o física que le impide

gestar, por lo que debe de buscar una mujer que colabore con ella en el proceso gestacional. Es un caso de préstamo de útero.

- b) Madre sustituta. - Aquí la mujer no puede generar óvulos ni puede gestar, por lo que se presenta una deficiencia ovárica y uterina, y para solucionar esto debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones, es decir, que permita ser fecundada y que termine todo el proceso gestacional considerado como un supuesto de maternidad integral.
- c) Ovodonación. - En este caso, la mujer tiene deficiencia ovárica, es decir, no puede generar óvulos, pero sí puede gestar, por lo que necesita solo una cedente de óvulos, resultando, por ende, una maternidad parcial.
- d) Embriodonación. En este supuesto se presenta una infertilidad completa de la pareja, es decir, ella no genera óvulos no pudiendo gestar y el hombre es estéril, por lo que ambos deberán buscar un hombre y una mujer que aporten de manera conjunta el material genético a efecto de que esta última termine el proceso gestacional (Meléndez, 2017, p. 90). De todos los casos mencionados para el desarrollo de esta investigación, se enfocó en la madre sustituta, demostrándose con esta un uso inadecuado de las TERAS.

2.1.4. Clases de maternidad subrogada

La gestación subrogada puede variar en función de dos aspectos principales.

- Procedencia de óvulos: tradicional o gestacional.

- Compensación a la gestante: comercial o altruista (Amado, 2017, p. 97).

A) Tradicional o gestacional

Dependiendo de la procedencia de los óvulos podemos clasificar la gestación subrogada en parcial o incompleta.

- **Parcial o lineal.** - Cuando la gestante es la madre biológica o genética del embrión. Es una subrogación de baja tecnología, ya que la gestante proporciona su óvulo propio, no haciéndose necesaria la fecundación in vitro sino la Técnica de Reproducción Asistida sería la inseminación artificial (Amado, 2017, p. 97).
- **Completa o total.** - La gestante no aporta sus ovocitos, gestará y dará a luz al bebé que será biológicamente hijo de padres intencionales (Amado, 2017, p. 97).

B) Comercial o altruista

- **Gestación subrogada comercial.** - La gestante recibe un pago por el embarazo y además de los gastos derivados del mismo. Se dice que en algunos países es obligatorio el pago de seguros de vida para la gestante subrogada, así como para el recién nacido, además es un seguro de salud que incluya este tipo de técnicas de reproducción asistida (Amado, 2017, p. 98).
- **Gestación subrogada altruista.** -La gestante no recibe ningún pago más allá del reembolso de los gastos derivados del embarazo tales

como ropa de gestante, revisiones médicas, alimentación específica, etc. Se recurre a ello por las siguientes situaciones:

- ✓ Ausencia de útero.
- ✓ Alteraciones uterinas de estado grave e irreparable.
- ✓ Malformaciones uterinas.
- ✓ Abortos reiterados.
- ✓ Contraindicación médica.
- ✓ Consumo de fármacos (Amado, 2017, p. 98).

De todas las clases y sub clases de maternidad subrogada, sea tradicional o comercial, estas son válidas quizás en otras legislaciones porque sus normas internas lo permiten o porque es usual dentro de sus costumbres, para lo cual también tienen un soporte legal que trata de regularlo; pero en nuestra legislación peruana, específicamente en el artículo 7 de la Ley General de Salud se prohíbe el uso de maternidad subrogada, aunque no se trata de una prohibición literal, esta se puede deducir de la condición normativa que estable “siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona.

2.1.5. Maternidad subrogada en la legislación peruana

En el Perú no se considera legal la maternidad subrogada y, por tanto, no existen “*precios cerrados*” para este tratamiento. No se recomienda hacerlo debido a la gran cantidad de problemas que se podrían derivar, los cuales ponen en peligro no solo a la gestante sino al futuro bebé. Por tanto, no es recomendable iniciar un tratamiento de estas

características en un país donde no existe una regulación normativa específica (Amado, 2017, p. 101). En ningún código o ley de nuestro Estado se ha regulado la maternidad subrogada, lo que no significa que estuviera permitido, pues en estos casos, se debe de analizar todas las normas concernientes a nuestro orden interno y determinar si en verdad se puede hacer uso de esta TERAS; por tanto, se debió de analizar desde el punto de vista de la Constitución y el Código Civil y determinar si las consecuencias que producen son favorables o no al menor, para evitar la trasgresión a su principio del interés superior.

El hecho de gestar a un hijo para otra persona no constituye un medio de cura para la esterilidad, toda vez que, si la madre o la pareja quiere tener otro hijo, deberán entonces hacer uso otra vez de esta técnica de reproducción asistida (Velásquez, 2015, p. 28). Y si, por razones genéticas las TERAS legamente aceptadas no les permite tener hijos; entonces deben de buscar otros tipos de soluciones jurídicas, como lo es la adopción.

En nuestra legislación nacional, la Ley General de Salud autoriza a recurrir a las TERAS, siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona. Adicionalmente a este derecho también se debe tener en cuenta, la edad y la condición física de la persona que recurre a esta TERAS, las posibilidades de salir embarazada, las debidas condiciones mínimas de salud para el niño, etc. El uso de estas técnicas debe hacerse respetando siempre la integridad y la vida del ser humano, por lo que no puede justificarse la sobreproducción y congelamiento de embriones, la

aplicación del diagnóstico pre-implantatorio con fines eugenésicos como mecanismos de “*control de calidad*”, etc. (Cárdenas, 2017, p. 30). Si se sigue otorgando este tipo de permisibilidad en la maternidad subrogada, mediante resoluciones judiciales, cuestionadas por su criterio antijurídico; lo que va a generar es la sobreproducción de seres humanos producto de contratos o negocios, en donde se establecerán precios, demandas y ofertas por un vientre en alquiler, en donde el máximo temor de una sociedad, a pasos gigantescos se está convirtiendo en una realidad.

Por lo que de la lectura del artículo 7 se desprende la prohibición de la maternidad subrogada. Así también lo considera Mosquera, mientras Cieza, por su lado se refiere a la aparente prescripción de la maternidad subrogada en el mismo artículo. La restricción normativa del artículo 7 es aparte de las objeciones que, desde la Constitución, el Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina se pueden plantear a dicha figura; teniendo como límites la autonomía de la voluntad de las partes, el orden público y las buenas costumbres (Cárdenas, 2017, p. 31). Es correcto afirmar que, el orden público y las buenas costumbres son limitante de mucha connotación jurídica para este tipo de prácticas antijurídicas como la maternidad subrogada.

No puede darse validez a la maternidad subrogada porque no tiene una regulación previa; además no debería tomarse en cuenta como un mecanismo contra las parejas estériles, para ello existen otros tipos de salidas como el proceso de adopción.

A) Proyecto de Ley N 1722/2012-CR que propone regular la reproducción humana asistida

➤ **Propuesta**

El Proyecto de Ley 1722/2012-CR, propone regular la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, así como la utilización de gametos y embriones humanos crio conservados. En la actualidad las técnicas de reproducción asistida son frecuentemente utilizadas por parejas imposibilitadas de procrear de manera natural o que buscan en ellas una alternativa que elimine la probable transmisión de una enfermedad genética grave para la descendencia (Zamudio Briceño, 2014, pág. 2).

El derecho a tener hijos se encuentra regulado en el artículo 6° de la Constitución Política del Perú, estableciendo como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. El artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842 determina 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”*. Sin embargo, ¿Cómo se determina la filiación si las condiciones de madre genética y madre gestante recaigan sobre diferentes personas? Esta situación fáctica no está prohibida legalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo

2º, numeral 24, inciso a), de la Constitución Política del Estado que regula el *principio de reserva*, es decir, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni prohibido de hacer lo que ella no prohíbe (Zamudio Briceño, 2014, pág. 3).

➤ **Informe jurídico**

El artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, señala que, “*el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*”, tal reconocimiento tiene como antecedente el artículo 1º del Código Civil peruano de 1984, el que señala que, “*la vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*”. Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano, ha interpretado que ante las diversas posturas médicas y jurídicas respecto de la concepción, ha de establecerse que el inicio de un nuevo ser humano se produce con la fecundación o con la implantación del cigoto en el útero materno, por lo que la vida humana se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide (Ugarte Mostajo & Torres Flor, 2014, pág. 1).

Sin embargo, el proyecto de ley que se analiza, pretende desconocer al embrión in vitro (constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde) su carácter de concebido y, por lo tanto, de sujeto privilegiado de derecho, calificándolo como “preembrión”, categoría completamente extraña al ordenamiento jurídico peruano.

Con ello pretende justificarse la práctica del uso de técnicas de reproducción humana asistida. para el tratamiento de enfermedades de origen genético, así como la utilización de “preembriones humanos crio-conservados, situación que legitimaría la experimentación con embriones, práctica que actualmente se encuentra expresamente prohibida por el artículo 7 de la Ley General de Salud⁶ (Ugarte Mostajo & Torres Flor, 2014, pág. 2).

A ello habría que sumarle los problemas derivados del régimen de anonimato de donante de gametos, el cual ha generado problemas en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo la posibilidad de matrimonios y relaciones incestuosas entre los hijos fruto de donación de gametos de una misma persona. Asimismo, se cuestiona seriamente la regla de inimpugnabilidad de la filiación en el caso de las TERAS, pues ésta afectaría el derecho del hijo concebido mediante las mismas a conocer su origen biológico y, por ende, su derecho a la identidad (Ugarte Mostajo & Torres Flor, 2014, pág. 3).

Hay que tener en cuenta también, la delimitación de la naturaleza del contrato de donación de gametos, como contrato cuyas esenciales características son la gratuidad, la formalidad y la confidencialidad, no podemos dejar de preguntarnos si este acto de entrega de gametos puede ser considerado, jurídicamente, como una donación, asimilable a la donación de órganos o de sangre. Resultando cuestionable la validez de este tipo de contratos, más aún si

consideramos que el objeto de la prestación es la entrega de células germinales, las cuales son el factor biológico indispensable para que se lleve a cabo la procreación (Ugarte Mostajo & Torres Flor, 2014, pág. 4). Por tales razones se considera que este proyecto es incompatible con el orden jurídico peruano e implica la vulneración de derechos fundamentales como la identidad.

2.2. Acerca de los derechos reproductivos

En la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, es la primera vez que se habla del derecho humano a determinar libremente el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos, no fue hasta finales del siglo pasado, en la Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo, celebrado en El Cairo, en 1994, que se acuñó el término “*derechos reproductivos*” para designar al conjunto de derechos humanos que tienen que ver con la salud reproductiva y más ampliamente con todos los derechos humanos que inciden sobre la reproducción humana así como aquellos que afectan el binomio población-desarrollo sostenible (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 24). Estamos de acuerdo que todo ser humano debe de gozar de sus derechos reproductivos, los cuales está muy ligado a la salud reproductiva y a la finalidad de no afectar el binomio de población-sostenible; pero estos derechos reproductivos no pueden afectar otros derechos fundamentales como la vida, la salud y la integridad física.

En el Programa de Acción del Cairo, se define explícitamente qué se debe entender por “*derechos reproductivos*”. Si bien estos derechos no están explicitados como tales en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos, sí están

dispersos en todos y sí hay consenso sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales en ámbitos de la vida reproductiva. Es por ello que se puede afirmar que los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente, y tienen calidad vinculante (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 24). El reconocimiento internacional de los derechos reproductivos, como derechos fundamentales es importante; pero también debería haber una norma, consenso o acuerdo, sobre su desarrollo, límites y su aplicación en el uso de las TERAS, para una mejor determinación.

Hablar de un “derecho a procrear” pareciera forzado y, en todo caso, aun cuando se admitiera, ello no basta para justificar el uso de cualquier vía: *el fin no justifica los medios, ni moral ni jurídicamente*. Como decía Kant, toda persona debe ser tratada como un fin y no como un medio, lo cual constituye argumento para cuestionar el “*vientre de alquiler*”, aun cuando se cuente con el asentimiento de la madre gestante, la cual es reducida a un simple medio, cosificándola y deshumanizando en vínculo materno-filial que se produce durante la gestación (Cárdenas, 2017, p. 22). La maternidad subrogada en los últimos años ha dejado de ser una TERAS en la lucha contra la infertilidad; hoy en día se ha convertido en un negocio jurídico, el cual no solo se atenta vida, sino también el derecho del interés superior del niño.

Mary Warnock , quien una posición bastante abierta sobre la fecundación asistida , expresa que la reproducción no puede ser considerada como un derecho fundamental ni como una necesidad universal, para decir luego que “*nadie puede propiamente reclamar el derecho legal a la reproducción asistida, y menos aún el derecho a tener éxito en el intento de tener un hijo*”, añadiendo finalmente que “*debemos guardarnos*

del peligro de confundir lo que es apasionadamente deseado y querido con lo que es un derecho” (Cárdenas, 2017, p. 22). Muchas veces, el deseo de ser padres, nos conlleva al interés y al mal uso de las TERAS, generando incertidumbre jurídica en cuanto a su aplicación; conllevándonos también a generar y establecer vacíos legales, a pesar de que la norma debe ser interpretada de manera conjunta e integrada con las demás normas que rigen a nuestro país; por ejemplo, la Constitución y el Código Civil.

2.3. El Derecho a la procreación y a la filiación

La filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos. Tiene como presupuesto determinante el vínculo biológico, es decir, la filiación por naturaleza, pero puede encontrar su fuente en la ley, a través de la filiación por adopción. Esta noción de filiación presenta alteraciones con dos variables principales:

- Los cambios sociales; y
- El impacto biotecnológico (Amado, 2017, p. 97).

Mientras la adopción y la igualdad de los hijos nacidos ya sea dentro o fuera del matrimonio son consecuencia de variantes sociales, la incorporación de la prueba genética del ADN y las técnicas de reproducción humana asistida son resultado de la incidencia de la biotecnología en el ámbito jurídico (Amado, 2017, p. 97). Muchas de las instituciones jurídicas son producto de las necesidades de la sociedad, como del avance de la tecnología; pero en ambas situaciones no podemos sobreponerlas a los derechos constitucionales y principios que rigen nuestro orden público, de igual manera no se debe dejar de lado por supuesto a las buenas costumbres.

Se dice que hay dos formas de filiación tradicionales:

- ✓ Por naturaleza, esto es, derivada de la procreación; y
- ✓ Por adopción, donde el vínculo nace sin depender del hecho biológico.

A estas se deben sumar la filiación que es producto de las técnicas de reproducción asistida, en cuyo establecimiento ha de primar la voluntad; no manda lo genético, sino lo que es deseado o lo que se necesita (Amado, 2017, p. 97). Esta necesidad no debe ser ilimitada, es decir, el límite al uso de las TERAS debe ser el mismo orden público y buenas costumbres de cada sociedad, sin tratar de generalizar o comparar con otras sociedades y sus legislaciones, porque cada una de ellas responden a necesidades distintas.

La filiación es el deseo y la intención de los partícipes, que anhelaron ser padres y otros que decidieron ser colaboradores de éstos, lo cual debe primar y respetarse. Debe asemejarse al sistema de la adopción, cuya esencia no radica en el ADN, sino en la voluntad. La filiación por técnicas de reproducción asistida deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socio-afectividad, sustentada en la voluntad pro-creacional, lo que implica una nueva fuente de filiación (Amado, 2017, p. 98). A pesar de que Amado nos menciona de una nueva filiación genética, a la que él llama adopción; nosotros consideramos que la institución jurídica de la adopción sin el uso de las TERAS, es la más idónea frente a la abundancia de menores sin hogar, sería ilógico pensar que, teniendo tantos niños, niñas y adolescentes refugiados en albergues ausentes de padres o de familias, se trate de usar y darle mayor ventaja a las TERAS (maternidad subrogada).

La aspiración de todo ser humano a la paternidad y las posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción asistida, ha llevado a defender la existencia del derecho a la procreación humana. La facultad de la persona para elegir el medio por el cual desea procrear, así se ha utilizado las técnicas de reproducción, como una manifestación de este derecho (Amado, 2017, p. 98). Es cierto que el deseo y ejercicio de la reproducción humana, existe como derecho; pero este derecho, debe tener limitaciones, en donde la voluntad y el deseo no debe confundirse con el interés. Podemos mencionar que es anhelo de toda persona humana tener una familia y si, con el uso de las TERAS puede tenerlo, es gracias al avance de la biotecnología; pero este uso no debe generar un comercio de niños/ niñas, porque en medida de su pertinencia legal puede ir trasgrediendo diversos derechos.

CAPÍTULO III

ACUERDO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ

(EXPEDIENTE N 06374 – 2016)

3.1. Expediente N 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

Tabla N 01

Presentación del proceso de amparo

Expediente	06374-2016-0-1801-JR-CI-05
Juez	Hugo Velásquez Zavaleta
Especialista	Raul Taipe Salazar
Demandante	Francisco David Nieves Reyes y Otros
Demandado	RENIEC
Materia	Proceso de Amparo
Resolución	05
Fecha	21 de febrero del 2017

El 21 de febrero de 2017, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, declaró la legalidad en nuestro país de “*maternidad subrogada*” como una técnica de reproducción asistida; ello a raíz del proceso seguido por los esposos Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; los esposos Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco; y los menores de iniciales L.N.N.R. Y C.D.N.R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra el RENIEC (Cárdenas, 2017, p. 13).

Por ser un tema vinculado a un derecho fundamental como la vida, y el reiterado reclamo para que se regule legislativamente las técnicas de reproducción asistida, es importante hacer un cuidadoso análisis de la materia (Cárdenas, 2017, p. 14).

3.1.1. Antecedentes

Los esposos Nieves-Ballesteros son una pareja que no podían tener hijos por problema de su esposa (problema relacionado con sus óvulos), ante tal situación recurrió a la técnica de maternidad subrogada, usando el óvulo de una donante anónima para crear un embrión in vitro que fue luego transferido al útero de la señora Rojas, con el consentimiento de ella y de su marido. Para ello, suscribieron un “*acuerdo privado de maternidad subrogada*” (Cárdenas, 2017, p. 14).

Así, con fecha 19/11/2015, nacieron dos niñas, quienes fueron registradas como hijas de la señora Rojas (por quien los alumbró, y que también expresó su negativa de ser la madre), al haber declarado que no eran hijas de su marido, el señor Lázaro (Cárdenas, 2017, p. 14).

Seguidamente, el señor Nieves solicita la rectificación de las actas de nacimiento para que se declare como padre de las menores, a fin de que se proceda al respectivo procedimiento. A su vez, la señora Ballesteros solicita se le declare como madre, a fin de que se proceda a la respectiva rectificación (Cárdenas, 2017, p. 14).

Mediante resoluciones registrales de fecha 29/02/2016, el RENIEC declara improcedente la rectificación de las actas de nacimiento de los citados menores (Cárdenas, 2017, p. 14).

Ante tal situación, los actores, vía amparo, con fecha 04/05/2016, demandan que se deje sin efecto las mismas y que se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros como padre y madre de las menores niñas. Los interesados invocan el principio del interés superior del niño, la contravención al orden público y las buenas costumbres (Cárdenas, 2017, p. 14).

Al contestar, la RENIEC formula una excepción de falta de representación y, en cuanto al tema de fondo, invoca que, como la señora Ballesteros no tiene vínculos filiales, ni biológicos con los menores, debería emplear el mecanismo de la adopción; que los demandantes no habrían interpuesto recurso impugnativo alguno en sede administrativa; y que la parte demandante no está pidiendo que se le reconozca un derecho adquirido o reconocido, o el cumplimiento de un mandato legal, sino que se le reconozca un derecho que considera le corresponde (Cárdenas, 2017, p. 15). Existen una gama de derechos invocados, circunstancias procesales que se han desarrollado durante el proceso administrativo y judicial, así como propuestas como la adopción, que no tuvieron un adecuado desarrollo en este proceso, el cual ha traído consigo el desarrollo de la presente investigación.

3.1.2. Análisis constitucional realizado por el Juez

En el presente caso se trata de determinar si la señora Ballesteros debe considerarse como la madre de los menores, ordenándose a la RENIEC rectificar el acta de nacimiento, y si el señor Nieves debe ser considerado como padre de las menores, procediendo al respectivo reconocimiento. Como uno de los fundamentos el Juez invoca el derecho de toda persona a la protección de su salud (sexual y reproductiva), a la intimidad y vida privada, así como los derechos de los menores y la tutela de su interés superior (Cárdenas, 2017, p. 16). Cuando el juez invoca la *salud sexual y reproductiva* de las personas, no hace una revisión sistemática del artículo 7 de la Ley de General de Salud; esta ley no prohíbe su uso, al contrario, permite que las personas con problemas de infertilidad, busquen ayuda en las TERAS, pero con la limitante de no hacer uso de una maternidad subrogada.

De igual manera, menciona que la maternidad forma parte fundamental del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres; haciendo alusión al caso “Artavia Murillo contra Costa Rica”, de fecha 28 de noviembre de 2012; la existencia de una autonomía reproductiva y el derecho de la persona de beneficiarse de los avances de la ciencia y tecnología (TERAS), como lo es la cooperación de terceras personas, en el caso de maternidad subrogada (Cárdenas, 2017, p. 16). Con la mención de casos similares, el juez trata de justificar el uso de la maternidad subrogada; sería ilógico pensar que, si en otros países se permite vender y negociar órganos, acá en el Perú también se debería de permitir. Por lo tanto, su actuar del juez no es idóneo, porque el órgano jurisdiccional no menciona la jurisprudencia sobre casos similares, que líneas

arriba se mencionó, cual es la razón judicial de hacer una comparación de jurisprudencia y doctrina que, en sí, son contrarios a nuestro orden público y buenas costumbres.

Sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzara un resultado favorable, se perturbara o se desconozca la condición de la madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método (Cárdenas, 2017, p. 16). Ya hemos mencionado que no se puede retroceder el tiempo de la concepción en la maternidad subrogada; por lo que tampoco se puede desconocer la relación filial, así como tampoco puede desconocerse, que el negocio, convenio, trato, pacto de maternidad subrogada atenta con los derechos fundamentales como la vida, integridad física y psicológica, así como contraviene el orden público y las buenas costumbres.

En la sentencia del expediente N 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, se ha plasmado de manera textual lo siguiente:

“Más aún si se tiene en cuenta que la "madre" gestante (la madre genética es una donante de óvulos secreta), está de acuerdo en que la señora Ballesteros 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” (Proceso de amparo, 2017 , pág. 12).

“Este Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde puede ser aplicable las TERAS, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas” (Proceso de amparo, 2017 , pág. 13).

“Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos 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” (Proceso de amparo, 2017 , pág. 13).

Cárdenas, menciona que no hay razones para negar la condición de madre de la señora Ballesteros y la condición de padre biológico de su esposo (quien apporto los espermatozoides), *pero no existe legislación expresa que prohíba la técnica de producción asistida y, más bien, existiría motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona, distintos a aquellos en que la madre biológica y la madre gestante son la misma persona, invocando que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni*

impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, regulado en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política del Perú (Cárdenas, 2017, p. 16). Lo que el juzgador nos menciona que, si una norma no prohíbe la maternidad subrogada de manera taxativa, entonces ¿está permitido su uso? y ¿Qué pasa con la interpretación de normas sistemáticas?, acaso la labor del juez está limitada solo a leer la norma, sin dar una adecuada interpretación de la misma.

Existe el derecho de fundar una familia como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad; así como también fundar “familias ensambladas”; así como el interés superior de los menores, pues la señora Ballesteros tuvo voluntad pro-creacional, ejerciendo de hecho los cuidados de una madre (Cárdenas, 2017, p. 16). Nadie discute el derecho a fundar una familia, lo que se discute es la forma tan antijurídica que lleva lograrlo, es decir, el interés de los particulares es un pilar, frente a un peldaño llamado interés superior del niño.

3.1.3. Decisión

Se declara fundada la demanda y nulas las resolutivas emitidas por la RENIEC, anulándose las actas de nacimiento respectivas, ordenando a la RENIEC emitir nuevas partidas de nacimiento consignando como apellidos de los menores los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, registrándolos como padres.

3.1.4. Argumentos que utiliza el juez Hugo Velázquez Zavaleta

Tabla N 02

Argumentos del juez Hugo Velázquez Zavaleta

Posiciones del Juez	Criterios en contra
Los demandantes tienen los derechos fundamentales a la salud reproductiva, encontrándose involucrado también el derecho a la intimidad o vida privada, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior.	La salud es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, pero la salud no puede definirse solamente desde un punto de vista unilateral, ya que parece existir solo en el contexto de la reproducción, tal como lo señala el Juez. El artículo 7 de la Constitución, no se ciñe solamente a la atención de la salud sexual y reproductiva, comprende la salud del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.
El juez señala que si una persona ha acudido a las TERAS para alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzo un resultado favorable (concepción y nacimiento de un bebe) se perturbe o se desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicha TERAS, si la normativa del Estado peruano no prohíbe el uso de TERAS, entonces, no existe razones para que se desconozca la valides de su uso, es decir no se negará la condición de madre de la señora A.N.B.V y la condición de padre	No es aceptable que los “ <i>deseos de ser madre</i> ” cobren valor jurídico, por el libre consentimiento entre las partes, mediante la técnica de la maternidad subrogada. Hay que ser muy prudentes con los “ <i>contratos sexuales</i> ” y las nuevas cláusulas de los vientres de alquiler, por los peligros que conllevan, como el impedimento de que los menores conozcan su origen e identidad, derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño. En este sentido, un ser humano no puede considerarse una mercancía, no podemos, por ejemplo, subastar nuestros órganos (aunque salve más de una vida), ni vendernos como esclavos si nos

biológico de su esposo, que apor- garantizan techo y comida, o regalar la
los espermatozoides” descendencia a nuestros vecinos
responsables, cariñosos y amables; siendo
el consentimiento en estos casos
irrelevante.

Argumenta el juez que, en cuanto al Como ha quedado dicho en muchas
interés superior del niño, se debe ocasiones la maternidad subrogada se
tener en cuenta que la señora entiende como un capricho de adultos,
A.N.B.V desde un inicio tuvo donde lo que prima es el deseo de ser
voluntad pro-creacional para tener padres a toda costa, y poco se toma en
hijos a diferencia de la madre cuenta el interés superior del niño.
biológica que desde un inicio y hasta
ahora tuvo una voluntad de entregar
a los menores.

(De la Fuente, 2017, p. 51)

Es cierto, que nos encontramos ante un vacío normativo; pero no coincidimos con la postura del juez constitucional, si bien es cierto en el artículo 7 de la Ley N 26842, señala que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso TERAS; parecería que solamente se admiten dichas técnicas cuando la condición de la madre gestante y genética recaiga sobre la misma persona. Pero tampoco especifica una consecuencia jurídica cuando se contraviene esta condición (Sotomarino, 2017, p. 57). Es muy acertado el comentario y postura de Roxana Sotomarino Cáceres, cuando nos menciona que la norma del artículo 7 de la Ley General de Salud, no hace mención o prohibición literal de las consecuencias que generaría el incumplimiento de tal condición “*siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona*”, pero para nosotros si establece

una prohibición que, debería ser tratada a profundidad y sancionada penalmente

El legislador, no ha tenido en claro el Código Civil ni la Ley General de Salud, siendo que las únicas limitaciones al acuerdo de maternidad subrogada serían el orden público y las buenas costumbres, entendidas estas como una causal de nulidad para este tipo de acuerdos (Sotomarino, 2017, p. 58). Por lo que, no debe de olvidar que son tratos, convenios y acuerdos sobre el valor de una vida humana, no solo se trata de hacer un mal uso de los derechos reproductivos, sino también de generar un tráfico o negocios de maternidad subrogada.

Advertida la laguna o vacío normativo se debe de optar por la integración jurídica, conforme al artículo 139, numeral 8) de la Constitución, el cual constituye un principio de la función jurisdiccional, el de no dejar de administrar justicia por vacío de ley, debiéndose aplicar los principios generales del derecho y la costumbre; asimismo, también se puede optar a la analogía regulada en el artículo 139, numeral 9) de la Constitución. Por lo que ante un vacío debemos integrar a la Constitución, el Código Civil, entre otros (Sotomarino, 2017, p. 59). Siendo que del análisis del expediente N 06374-2016, el juez no hizo un adecuado uso de analogía jurídica, permitiendo que instituciones como la adopción se vean suplantadas por la maternidad subrogada, y perjudicando el interés superior del niño.

3.1.5. Análisis jurídico

Mediante el expediente 06374-2016, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia dejó establecido que el artículo 7 de la Ley General de la Salud no prohíbe la maternidad subrogada, este procedimiento no es ilícito, al contrario, estamos ante un vacío normativo y jurisprudencial. Estos procedimientos solo generan restricciones éticas, entorpeciendo instituciones jurídicas como el parentesco, la filiación, el ejercicio natural del derecho reproductivo; la maternidad subrogada carece de sanción penal, por ser una TERAS que no contravienen la ley, ni la moral; y al no estar tipificados, no se puede clasificar como delito.

El Código Civil y la Ley General de la Salud no se han pronunciado sobre la madre sustituta, es decir, cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de hacer la entrega del bebé al momento del nacimiento (Amado, 2017, p. 98).

La maternidad subrogada en el Perú no es válida; si bien no está expresamente prohibido, el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, indica que se permite la reproducción asistida siempre y cuando la madre genética y gestante sea la misma persona. Pero poniéndonos en el supuesto de que se realizase este tipo de contratos, cabe preguntarse ¿qué sucede con el recién nacido? Este ser humano no puede defenderse ni opinar por su corta edad, es por eso que nuestro ordenamiento jurídico debe evitar este tipo de prácticas que ponen el riesgo el principio del interés superior del niño.

Resulta difícil mencionar y establecer al principio del interés superior del niño como argumento en favor de los demandantes, y esto es porque al preguntarnos ¿Cuál sería el interés superior del niño?, ¿Cómo determinarlo? y, ¿Es mejor que se quede con quien lo gestó durante nueve meses o con quien adquirió derechos sobre él, mediante el amparo de un contrato? Si de verdad pensamos en el interés superior del niño, lo que habría que hacer es evitar este tipo de situaciones en donde el niño es desapegado de su madre biológica apenas nacido, desconociéndole los vínculos no solo físicos sino también emocionales, que lo unen naturalmente con quien lo gestó (Cárdenas, 2017, p. 19). Vínculos maternos que no puede suplir un contrato de maternidad subrogada, es fundamental que las decisiones judiciales piensen mejor en el interés del menor, que en el interés de los particulares que tratan de poner precio a la vida.

Siguiendo al reciente pronunciamiento del Comité de Ética de España “*no parece exagerado afirmar que es el interés superior del mercado el que se impone sobre las mujeres gestantes y sobre los niños nacidos mediante esta práctica*” (Cárdenas, 2017, p. 19). No debemos permitir la legalización de la maternidad subrogada, las TERAS solo deben utilizarse para luchar contra la infertilidad en las parejas, y en caso de no haber solución, optemos por una adopción responsable y sobre todo legal.

Hubiera sido importante que el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, hubiera colocado más énfasis a lo que textualmente menciono: “*Si bien las TERAS no están prohibidas, su empleo solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería*

abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad, asunto proscrito por el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado” (Proceso de amparo, 2017 , pág. 14). Esto es justamente lo que no debería de haber primado el interés de particulares frente al interés superior del niño; porque, al mencionar que no está prohibido, prácticamente estaría permito y con la decisión judicial se sustentaría su uso sin limitaciones.

Como dice Sumaria Benavente, se debe advertir que *“el mejor interés del niño de un caso particular puede generar situaciones de abuso económico y un mercado ilegal de contratos de maternidad subrogada”* (Sumaria, 2013, p. 133). Existe no solo una contravención a normas internas, que comprende nuestro orden público, sino también contraviene nuestras buenas costumbres, estas últimas que deben ser respetadas para tener una norma acorde a nuestra realidad.

Expresa con agudeza Michele Aramini que *“la separación de la voluntad de concebir y llevar a la luz a un niño de la voluntad de criarlo como hijo propio, implica un cambio en modo de mirar al hijo: el niño ya no es querido por sí, sino por algo como el dinero, o en el mejor de los casos, la voluntad de hacer un servicio”* (Aramini, 2007, p. 235). Consideramos correcto, lo manifestado por Michele Aramini, porque ya no se engendra a un hijo, sino ahora se lo compra, en donde el deseo de tenerlo se transforma en el interés de comprarlo.

Un argumento que considera la sentencia es que, si los menores (resultados de la maternidad subrogada) viven con quienes desean ser reconocidos plenamente como sus padres. Obviamente, si hay un niño concebido mediante las técnicas de reproducción asistida (maternidad subrogada), no puede retrocederse las cosas en el tiempo para evitarlas, pero si tomar medidas que eviten que estos hechos se repitan (Cárdenas, 2017, p. 24). El juzgador no debió justificar el accionar de los demandantes, manifestando que, si dicha técnica de reproducción asistida fue alcanzada con éxito, se debe proteger a los nacidos, en base al principio del interés superior, añadiendo además que la maternidad subrogada no atenta el orden público y las buenas costumbres.

El Comité de Bioética de España, se pregunta ¿Se debe reconocer a los padres comitentes la filiación legal del hijo concebido por encargo, aunque se reconozca la ilegalidad del proceso, o resulta más coherente no reconocerla para desincentivar que sea un medio de conseguir lo que legalmente está prohibido? Esta interrogante no se soluciona con un simple debate entre conservadores y progresistas, debido a ser un tema muy polémico, mas no cabe duda de la responsabilidad que compete a los médicos y clínicas intervinientes, y de lo peligroso que empezamos a aceptar en los hechos diversas situaciones ilegales, solo por el hecho de que en la práctica se den (Cárdenas, 2017, p. 24). Teniendo un antecedente, como el caso recaído en el expediente N 06374 – 2016, se está otorgando a la sociedad, una fórmula legal de reconocer filialmente y que el Estado no te sancione, el uso de la maternidad subrogada como TERAS.

En cuanto a la frase reiteradamente *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*, en verdad puede constituir una falacia, pues olvida que como existen normas expresas, existen normas tácitas. La sentencia razona de la siguiente manera: como el artículo 7 de la Ley General de Salud *“solo”* dice que la fecundación asistida podrá aplicarse cuando la madre gestante y la madre biológica sea la misma persona, pero no prohíbe expresamente el vientre de alquiler, entonces se puede aplicar esta figura. Entonces utilizando la lógica del juzgador diríamos que como no hay norma expresa que diga que está prohibido copiar en un examen, ir a trabajar en pijama, cometer adulterio, o que un extranjero postule a la presidencia del Perú, entonces deberíamos interpretar que todas estas conductas serían legales (Cárdenas, 2017, p. 25). La interpretación que realiza el juzgador es muy errónea, hasta podemos decir que su decisión es *jalada de los cabellos*, por ser muy absurda. Apoyamos y compartimos lo manifestado por Ronald Cárdenas Krenz, en que las normas pueden ser expresas y tácitas, que si lo clasificamos al artículo 7 de la Ley General de Salud, podemos decir que es tácita, para poder entender su prohibición sujeta a condición *“siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”*, no necesita una norma expresa que lo mencione; aunque con el conflicto de normas y la trasgresión de derechos que actualmente está generando, se puede recomendar incluirlo de manera expresa.

El Derecho es un conjunto de normas, principios y valores, y de estos últimos también se deducen normas que regulan la vida humana en sociedad. A un

desde una visión estrictamente positivista, las normas no necesitan ser expresas, pero puedan deducirse una de otras aplicando las leyes de la lógica, la analogía o la sana interpretación jurídica (Cárdenas, 2017, p. 25); de esta manera si la Ley General de Salud no regula e impide literalmente la maternidad subrogada, este tipo de TERAS, debió de analizarse desde un punto de vista de la Constitución (derecho a la vida) o desde el punto de vista civil (la vida no es objeto de contratos civiles) y no intentar redefinir una norma basándose en una simple frase reiterada.

De acuerdo al sistema jurídico, los juzgadores no pueden ir contra el orden público y las buenas costumbres que inspiran la convivencia en una sociedad, como lo prescribe el ya mencionado artículo V del Título Preliminar del Código Civil (Cárdenas, 2017, p. 25). Es necesario mencionar el artículo V del Código Civil, que establece “*Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*”, autores como Flume nos menciona 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 también por prohibiciones generales y especiales que restringen la actuación de la autonomía privada. Dentro de las prohibiciones generales, se encuentran el orden público y las buenas costumbres (Espinoza, 2003, p. 154).

Asimismo, hay que agregar que el orden público, es el conjunto de principios fundamentales y de interés general, sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un Estado. También este orden público abarca principios, cuyo

reflejo constituyen las normas jurídicas. Bianca afirma que, "*el orden público indica los principios basilares de nuestro ordenamiento social*" (Espinoza, 2003, p. 154). Podemos decir que todo acto que contravenga principios (interés superior del niño) y normas (expresas o tacitas) contraviene el orden público.

Esta sentencia plantea diversos riesgos, por ejemplo, si de manera excepcional se admitiera solo de forma gratuita la maternidad subrogada, esta misma puede terminar como un contrato oneroso, teniendo como base la necesidad económica de las personas, lo cual ocasionaría una gran demanda en la legislación de la maternidad subrogada. (Cárdenas, 2017, p. 26).

Respecto al uso de las TERAS, se admita solo para casos de parejas que no pueden tener hijos por vía natural, pero estas técnicas pueden traer consigo otros riesgos, por el exceso de su permisión sin limitaciones, generando casos en que las personas quieran tener hijos sin pasar por el trance del embarazo, ya sea por razones estéticas (cuidar la línea), evitar los malestares del embarazo, o de otro tipo, como la falta de tiempo para hacer un embarazo, todo ello nos lleva a una banalización de la maternidad, cediendo a una visión hedonista de la misma, en donde, ya no solo encargamos a una empleada la crianza de nuestros hijos, sino ahora también la gestación de los mismos, mediante la maternidad subrogada (Cárdenas, 2017, p. 26). Se vuelve a recalcar que esta técnica de la maternidad subrogada sin limitaciones, puede generar graves conflictos sociales, jurídicos y éticos; y más aún si a nivel judicial se permite su uso, con comentarios como *no atenta contra el orden público y buenas*

costumbres, cuando la verdad es otra y se está demostrando mediante esta investigación.

Existen algunas otras omisiones fundamentales que la sentencia no hace referencia como los riesgos de la fecundación *in vitro*, estas suponen un altísimo desperdicio de embriones. La aceptación de la maternidad subrogada, obvia la importancia del dialogo materno-fetal que se genera al inicio del desarrollo del embrión (Cárdenas, 2017, p. 32).

Como señala el informe del Comité de Bioética de España, pagina 37: la maternidad subrogada priva al niño de la continuidad en la relación física y emocional que había establecido con la gestante, considerándose como prácticas del pasado que son inadecuadas tanto para la mujer como para el niño (Cárdenas, 2017, p. 32). Es cierto que entre la gestante y el ser humano por nacer existe un vínculo materno-fetal, que puede generar consecuencias negativas, como el rechazo de entregar al recién nacido, sin importar la existencia o no de un contrato previo.

Asimismo, también agrega el Comité en la página 30: sobre la importancia de la gestación en el proceso procreativo y en la vida de cada persona, mencionando que, “*se debe proteger el vínculo de cada ser humano con su madre biológica*” (Cárdenas, 2017, p. 32).

CAPÍTULO IV

DOCTRINA NACIONAL Y LEGISLACIÓN EXTRANJERA SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

4.1. Doctrina nacional de la maternidad subrogada

4.1.1. Doctrina a favor de la maternidad subrogada

Un sector de la doctrina se aferra a la idea de que existe un derecho a la procreación, y que este derecho se deriva de varios derechos fundamentales, como lo son el derecho a la vida, la integridad física y la libertad. Entonces, esta afirmación concibe que el derecho de procrear, es un alcance de la expresión de la libertad personal (Amado, 2017, p. 100). Pero la libertad personal, o mejor llamado el interés personal, no puede ir en contra del interés superior del niño, o tratar de regular un hecho, que de por sí, es irregular. Se menciona que la maternidad subrogada (derecho de procreación), deriva de la integridad física de los futuros padres, pero que pasa con la integridad física del recién nacido, acaso no se le afecta, cuando es despojado de su madre.

Para Elizabeth del Pilar Amado Ramírez, la filiación por técnicas de reproducción asistida, se afianza en la socio-afectividad y debe apreciarse como un reconocimiento del derecho a la felicidad, sin distinguir el tipo de pareja, sea homosexual o heterosexual. Por lo que debe reconocérsele como un principio derivado de la dignidad humana, de su libertad, igualdad, autodeterminación, intimidad, no discriminación que inspira y aspira toda familia moderna (Amado, 2017, p. 101). No se puede hablar de derecho a la

felicidad, cuando estos recién nacidos son objeto de un contrato o negocio comúnmente llamado maternidad subrogada; que felicidad encontramos cuando un recién nacido de lugar de ser sujeto de derechos es menoscabado a una cosa.

En los supuestos de fecundación asistida con intervención de terceros, la filiación se determina a favor del varón o la mujer que, sin haber aportado sus gametos, consiente que su pareja recurra a aquella técnica para después del nacimiento asumir la paternidad o maternidad del nacido. Con ello, se va a producir una disociación entre la paternidad y maternidad biológica o genética y la afiliación establecida por ley. Como consecuencia de aquella separación del dato biológico y el vínculo jurídico, y para adecuar las normas jurídicas a las pretensiones de quienes recurren a esta clase de técnicas, se establecen dos grandes excepciones al principio de veracidad: inimpugnabilidad de la filiación y anonimato del cedente (Amado, 2017, p. 102). Partiendo de los términos madre biológica y madre genética, acaso la madre biológica no tiene los mismos derechos que la madre genética; acaso un contrato de maternidad subrogada, limita y restringe a la madre que concebido al niño objeto de contrato. Este tipo de distinciones, lo que genera es un conflicto normativo entre libertades y derechos, que pueden tener el mismo rango de ley, pero que toda norma debe respetar es el derecho a la vida, al ser el bien más preciado por el ser humano.

Manuel Bermúdez Tapia, nos dice que más allá de evaluar la naturaleza jurídica del vínculo contractual entre donadores de células que generan vida y los que

ejecutan el objeto de contrato (maternidad subrogada), debemos detallar que no existe una cuestión ética o moral que pudiera impedir el surgimiento de estas formas de relación entre las personas (Bermúdez, 2017, p. 118). Si lo hay, y lo hemos recalcado líneas arriba, cuando hemos mencionado que al Comité de Ética de España sobre maternidad subrogada se ha pronunciado que *“no parece exagerado afirmar que es el interés superior del mercado el que se impone sobre las mujeres gestantes y sobre los niños nacidos mediante esta práctica”*, éticamente una cosa es el deseo de querer tener un hijo, y otra cosa es el interés de tenerlo al costo que sea.

El hecho de *“acceder a una relación familiar con respecto a una progenie, es un valor tan importante que la generación de casos de maternidad subrogada no nos resulta ni ilegales ni inmorales”*. Es más cuestionable el hecho de acceder a métodos de reproducción asistida con fines de adulteración, es decir con fines de determinar el color de ojos, cabellos o piel (Bermúdez, 2017, p. 118). El primer paso será la legalización de maternidad subrogada y el segundo será determinar las características del futuro recién nacido, sin olvidar que la maternidad subrogada también podría revolucionar en el comercio, generando industrias, en donde la mujer sería la máquina de un producto llamado recién nacido.

Ana Miluska Mella Baldovino, considera que debe necesariamente ampararse la demanda interpuesta sobre maternidad subrogada, para que de esta manera se privilegie el derecho a la identidad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a los derechos sexuales y

reproductivos, de las partes involucradas, tomando en consideración que las TERAS, son herramientas y mecanismos empleados por las personas, como parte a su derecho a la salud reproductiva (Mella, 2017, p. 78). No hay un derecho a la identidad de terceros o particulares, al contrario, se vulnera el derecho de identidad del niño subrogado, porque se le niega el derecho a conocer a sus padres biológicos; clasificándole su origen de vida, como nacido mediante TERAS, frente a otros niños que serán llamados nacidos por vía natural.

Elizabeth del Pilar Amado Ramírez, nos menciona que, en sí las TERAS se presentan como los remedios frente a la imposibilidad de los hombres y mujeres de ceder a la paternidad o maternidad de manera natural. El derecho no es un producto inmóvil o estático, siendo esto una característica de lo cambiante que puede ser, justamente para satisfacer las necesidades de gobernantes y gobernados; y porque es misión del ordenamiento jurídico regular las situaciones que se presentan en tiempo y espacio de acuerdo a la realidad social y tecnológica (Amado, 2017, p. 111). Nuestra realidad social y jurídica no lo permiten, prueba de ello son las posturas contradictorias a nivel de doctrina y jurisprudencia, es cierto también que el derecho debe de avanzar de la mano con la tecnología, pero este avance debe ser acorde al orden público y buenas costumbres.

Por consiguiente, es necesario que se replantee todo el sistema de filiación ya que la llamada filiación biológica está perdiendo fuerza frente a la llamada filiación civil, la cual nace de la voluntad de las partes y en el principio de

afectividad. Para ello debe haber una ley sobre el tema que establezca normas claras que garanticen derechos y asignen responsabilidades para los que acuden a las TERAS, la madre subrogada, el recién nacido y sus padres; máxime si hablamos de que jurídicamente existe una aparente prohibición, un vacío legal o la ambigüedad, la cual no resuelve el problema, ni el compromiso del Estado, ni del sector salud (Amado, 2017, p. 111). Es cierto que necesitamos normas claras y precisas sobre maternidad subrogada, pero también es cierto y lógico, que la interpretación de una norma debe realizarse de manera sistemática con otras normas y no a título personal

Finalmente, Amado nos menciona que hay que reconocer la excelente labor que realizan algunos jueces para este tipo de casos sobre maternidad subrogada, en donde sus pronunciamientos ponen en relevancia el interés superior del menor, y a través de los medios probatorios presentados en el proceso, analizan quien podrá ser mejor padre y madre (Amado, 2017, p. 111). Realmente no se entiende el minucioso trabajo del juzgador en el proceso de maternidad subrogada, porque si lo resumimos, no ha existido una controversia entre las partes involucradas; y si nos preguntamos ¿Por qué no ha existido esta controversia?, la respuesta es obvia, porque ha existido un acuerdo, un contrato previo entre las partes, que lo único que han buscado es una legalización judicial de esta técnica ilegal, que contraviene el orden público y las buenas costumbres.

Para Dora María Chávez Orrillo, la resolución elaborada por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucionalidad de Lima busca velar la integridad de los

menores, entorno de cada una de estas familias. El estado de bienestar y felicidad de las dos familias está trastornado por una situación anómala: los padres legales conforman sociedad conyugal con distinta persona. Los menores se consideran por una autoridad como RENIEC como “hijos extramatrimoniales”, lo cual es un absurdo, que el juez tiene el deber de atender y pronunciarse a fin de resolver la incertidumbre; por último, la finalidad de derecho es justamente resolver la incertidumbre jurídica que genera la maternidad subrogada (Chávez, 2017, p. 128). Esta incertidumbre jurídica debió ser resuelta con un criterio excepcional, buscando dar una solución jurídica a futuros casos similares, para no generar la trasgresión de derechos fundamentales y con ello la vulneración del orden público y las buenas costumbres (las cuales son distintas de acuerdo a cada sociedad).

La incertidumbre jurídica nace desde la expedición del certificado de nacido vivo que declara como padre de los dos menores a dos personas que no conforman sociedad conyugal entre ellos sino con distinta persona. El RENIEC arrastra en cada acta de nacimiento lo consignado en el certificado de nacido vivo. Además, declara improcedente las solicitudes de la sociedad conyugal de Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, por lo que los demandantes acuden en busca de tutela jurisdiccional al interponer acción de amparo; máxime ante la laguna como es la inexistencia de un procedimiento administrativo (vía previa) que regule la maternidad subrogada (Chávez, 2017, p. 128).

Los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, esperan encontrar respaldo al considerar que se vulnera al derecho a la identidad de los menores, el principio jurídico interés superior del niño, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, vida íntima, familiar y derechos sexuales y reproductivos. El RENIEC alega cuestiones de forma al postular excepciones (falta de representación y falta de agotamiento de la vía previa) sin considerar que a todas luces el tema de fondo impacta negativamente (en materia penal inclusive) en el presente y futuro de los demandantes (Chávez, 2017, p. 128). Consideramos que la legalización de la maternidad subrogada no solo impacta al ámbito penal (contravenir con el derecho a la vida), sino también contra el ámbito civil (contratos); ambas pertenecientes a nuestro orden público.

El despacho judicial respalda las pretensiones de los demandados, básicamente ordena (bajo apercibimiento de aplicar las medidas coercitivas): la nulidad de las dos resoluciones expedidas por el RENIEC, la anulación de las actas de nacimiento y la expedición de nuevas actas de nacimiento en el que conste los apellidos paternos y maternos de los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau (Chávez, 2017, p. 129). Desde nuestro punto de vista el accionar judicial respecto a la maternidad subrogada se extralimito en dar una solución jurídica a una situación que ha todas luces era inconstitucional, por vulnerar no solo derechos, sino también principios; en donde, su único apoyo jurídico eran los llamados “derechos reproductivos”, derechos mal interpretados por el juzgador.

Sussy Johanna Vargas Cabellos, nos menciona que los avances científicos de hoy en día están rebasando a las normas jurídicas (principios y leyes), según la realidad en la que vivimos se debería adoptar un modelo menos restrictivo, pues con el caso de maternidad subrogada, se confirma la prevalencia de derechos fundamentales que se contraponen. La maternidad subrogada, resulta ser una gran solución para aquellas parejas que desean tener hijos, pero por motivos biológicos no pueden tenerlos, por lo que al aportar su material genético y contactar a una mujer, esta consiente llevar en su útero el proceso de gestación de un niño, con el cual no tiene ningún tipo de vínculo. Por otra parte, la satisfacción emocional que tendrán los padres será incalculable, por lo que podría decirse que la aplicación de la maternidad subrogada gestacional constituye un verdadero milagro científico (Vargas, 2017, p. 154). La autora nos menciona, que la maternidad subrogada es una ayuda a la infertilidad de las parejas, constituyéndose una satisfacción emocional. Todo lo mencionado por Vargas Cabellos es cierto, pero desde el ámbito personal, desde el interés particular de los contratantes; pero no desde el interés superior del niño, hay que tener en cuenta que el derecho no constituye un interés personal, su función es satisfacer un interés general.

Es importante que se legisle de una forma amplia y además tolerante, otorgando respuestas a la filiación, permitiendo que aquellas familias o parejas puedan recurrir al uso de las TERAS, para que puedan alcanzar la paternidad y maternidad anhelada, siempre actuando con responsabilidad; estableciéndose límites a manipulaciones genéticas que atenten contra la dignidad del ser humano (Vargas, 2017, p. 154). Es correcto que la maternidad subrogada

necesita un límite, pero este límite es antes de permitir su uso, no se puede imponer límites a una situación antijurídica.

Esta regulación jurídica de la maternidad subrogada deberá tener como directrices, el respecto a la dignidad, la integridad física y psíquica de las personas que accedan a este tipo de TERAS, y con el interés superior del niño deberían ser ejes fundamentales, teniéndose en cuenta los conflictos nacidos de las relaciones contractuales de subrogación (Vargas, 2017, p. 155). Consideramos respecto a la primera directriz *el respeto a la dignidad, integridad física y psicológica*, se vulnera desde el momento del acuerdo entre las partes, al rebajar a la mujer como una *máquina de entrega de producto*, en donde su función, solamente es llevar a un ser humano por el periodo de 9 meses. Si esta mujer (madre biológica), se negara a entregar al recién nacido, y se la obliga hacerlo ¿no se afecta su integridad psicológica?, consideramos que, sí se le afecta, y en cuanto al interés superior del niño, en la realidad parece ser más el interés del mercado, nacido del interés personal.

Se deberá proteger a la mujer quien otorga su vientre en alquiler, pues resulta muy vulnerable en toda la etapa gestacional, para lo cual el Estado debería designar a especialistas en el uso de las TERAS, para que precautelen la integridad física y psicológica de la madre subrogada, de los padres biológicos y del niño por nacer. Asimismo, el acuerdo a la suscripción de un contrato de maternidad subrogada, debería ser certificados y supervisados por el notario público, dándole de esta manera mayor certeza a esta técnica de reproducción (Vargas, 2017, p. 155). La autora da fuerza a la relación entre maternidad

subrogada y el contrato, considerándolo como un negocio jurídico que necesita de un profesional del derecho (notario) para que, de fe de este contrato, cuyo objeto de negocio es una vida humana, un ser humano que, por su estado de indefensión, simplemente asume el interés de los particulares (contratantes).

Sussy Vargas, también sugiere que el ministerio de salud establezca un registro de casos de maternidad subrogada en coordinación con los registros notariales, para evitar cualquier tipo de fraude, extorción o atentado contra los derechos fundamentales. Agrega además la necesidad de modificar nuestras normas sustantiva (Código Civil, Código de los niños y adolescentes y Ley General de Salud), referidas al derecho de familia, para que se regule lo relativo a la filiación a través del uso de las TERAS, siendo más precisos, en los casos de maternidad subrogada, para que se logre satisfacer las necesidades de los contratantes, generando un clima de bienestar y respeto a la dignidad humana (Vargas, 2017, p. 155). Lo manifestado por Sussy Vargas es complemente fantasioso e ilógico, siguiendo con su propuesta, también tendríamos que hacer un registro de fetos nacidos con anomalías producto de TERAS, establecer consigo el índice de embriones muertos, hacer un registro de las enfermedades producto del uso continuo de maternidad subrogada; el notario deberá de constituir empresas dedicadas a este negocio, o peor aún debemos enseñar desde las escuelas que la mujer puede generar riqueza y mejorar su estilo de vida, alquilando su vientre. El uso de la maternidad subrogada genera más aspectos negativos que positivos.

4.1.2. Doctrina en contra de la maternidad subrogada

La posición de la doctrina nacional ha sido casi unánime respecto a la maternidad subrogada. Guevara Pezo, se opone a la maternidad subrogada por la deshumanización que genera, reemplazando la relación humana entre los seres por la intervención manipuladora de los laboratorios (TERAS), creyendo que estas pueden ser factorías de vida (Cárdenas, 2017, p. 28). Nosotros consideramos que la ciencia día a día va evolucionando, esta evolución debe ser para el bien común, no podemos decir que todos los avances científicos han sido dañino para el ser humano, las TERAS dependiendo a la forma de su uso, son y sirven de gran ayuda para los problemas de la infertilidad; pero este uso, debe ser aceptado por la sociedad y no debería de contravenir con el ordenamiento público, no podemos dejar que las TERAS, por su sofisticado desarrollo puedan en un futuro determinar el color de piel, ojos o el tamaño promedio de las personas; porque eso implicaría una deshumanización como personas.

Para Marlene Velásquez, considera que las prácticas de estas técnicas de reproducción asistida pueden traer consecuencias negativas para la madre subrogada como la adquisición de diversas enfermedades por el hecho de la gestación, las mismas que pueden poner en riesgo su integridad y vida así como anomalías congénitas y/o malformaciones en el concebido, lo que podría conllevar a posibles abortos; desperdicios de embriones; deficiencias físicas y/o mentales en el nacido que implicaría su abandono por los contratantes; su derecho a amar al fruto de su gestación y ha rehusarse a entregarlos a los contratantes; y, repercusiones de carácter psicológico en su persona

(Velásquez, 2015, p. 29). Completamente de acuerdo con Marlene Velásquez, el uso de la maternidad subrogada como técnica de reproducción genera mayores consecuencias negativas que positivas; quizás para las parejas infértiles pueda ser la solución más efectiva, pero para la madre gestante no lo es, ésta tendrá que pasar por todo el proceso del embarazo, teniendo consigo diversas complicaciones o hasta incluso abortos no deseados. Estas complicaciones y abortos colocan en riesgo la integridad y la vida de madre subrogada, la cual no estará resguardada o protegida por un simple acuerdo de voluntades.

Según Ronald Cárdenas Krenz, haciendo referencia a María Cano, nos menciona que las cuestiones que plantea la maternidad subrogada en lo jurídico, ético y sociológico requieren ser tratadas por profundidad y suma prudencia, a la vez que en forma interdisciplinaria. Ello demanda entonces una visión holística del problema, bajo una perspectiva bioética, más allá de deseos, prejuicios o forzadas interpretaciones (Cárdenas, 2017, p. 14). Desde nuestro punto de vista el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucionalidad de Lima, ha forzado su interpretación de las normas, estableciendo que, como no está prohibida la maternidad subrogada de manera literal en la Ley General de Salud, entonces su uso está totalmente permitido, no haciendo uso de una interpretación sistemática con otras normas como la Constitución, el Código Civil o el Código de los Niños y Adolescentes.

De igual manera este autor también considera que la legislación peruana no permite, ni tampoco debe permitir la maternidad subrogada. El hecho, en que

en la práctica exista casos, debe motivar la intervención de las autoridades correspondientes (Ministerio de la Mujer, Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional del Perú) para velar por el debido cumplimiento de la ley; evitando de que el hecho de traer hijos al mundo, sea una actividad tercerizadora. Del análisis del expediente sobre maternidad subrogada, el rol del Estado no impide que los demandantes puedan constituir una familia tal como ellos deseen; en tal sentido, la solución jurídica viable frente a los hechos del caso podría ser la adopción, reduciéndose así las posibilidades de explotación, lucro o abuso que genera la maternidad subrogada. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mencionado que las TERAS en los diversos Estados, no cuentan con un modelo de regulación de materia que se derive del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debido a que estos Estados disponen de un amplio margen de decisión respecto a su extensión y límites (Cárdenas, 2017, p. 32). Es decir, cada Estado se determina por su orden público y buenas costumbres, por tal razón, no se puede hablar de una maternidad subrogada como derecho y aplicación universal. Con la decisión judicial del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucionalidad, se está legalizando el uso de la maternidad subrogada en el Perú, además de justificarlo, al establecer que esta TERA se realiza acorde al principio del interés superior del niño, añadiendo que no contraviene el orden público y buenas costumbres, lo cual es totalmente falso.

Hay que tener en cuenta que la maternidad subrogada, implica de por sí un uso de la mujer, pese a que sea consentida, generando una nueva forma de discriminación hacia las mujeres de escasos recursos que encuentran en esta

actividad un negocio de sobrevivencia. La consagración de la figura como un acto no lucrativo termina siendo peligrosa e ingenua *“la licitud de la maternidad subrogada altruista puede acabar resultando una forma sutil de gestación retributiva o comercial, o también como una suerte de explotación consentida en la cual la mujer que gesta el niño de otro no lo hace desinteresada, sino con la esperanza de recibir algo a cambio”* (Cárdenas, 2017, p. 33). La mujer es utilizada como instrumento, aprovechándose de su condición de pobreza para generar en ella un comercio de maternidad subrogada. Resulta ilusorio pensar que la maternidad subrogada no tiene una contraprestación (dinero o algún tipo de interés), lo peor es pensar que por necesidad existan ya convenios clandestinos de maternidad subrogada, con sus consecuencias negativas, por lo cual se sugiera una rápida intervención por parte de la legislación penal.

Aun siendo gratuita la maternidad subrogada, su legalización es imprudente. El Comité de Ética de España, ha manifestado que *“el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas”*, entendiendo que la maternidad subrogada, entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor, no debiéndose aceptarse como tal (Cárdenas, 2017, p. 34). No solo explota a una mujer con ánimo de lucro, sino que también puede ponerla en riesgo, si en ella se produce la muerte al momento de gestar, volvemos a recalcar, en la maternidad subrogada no existe un interés superior del niño, sola hay un interés particular de los contratantes.

Rosario De la Fuente y Hontañón, menciona que el cuerpo humano no puede ser objeto de comercio. Los hijos concebidos en maternidad subrogada, se encuentran con que su madre legal no es ni su madre biológica, ni su madre gestante, y además que el derecho no les permite conocer la identidad de la madre biológica. Consideramos que no es deseable que estos menores, se les hurte el derecho de conocer sus orígenes biológicos. Aunque la Ley General de Salud, en su artículo 7, prevé que *toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de TERAS, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona*. Con la reproducción asistida y en particular con la maternidad subrogada se favorecen los intereses económicos de muchas clínicas y otros centros especializados que se dedican a este negocio, y que consideran al embrión como un objeto de propiedad (De la Fuente, 2017, p. 51). Será muy usual, que los hijos nacidos mediante *maternidad subrogada*, algún día deseen conocer sus orígenes biológicos o conocer a su madre biológica; los cuales no podrán, porque se le negara su derecho a la identidad genética, generando en ellos una desilusión, un trato desigual frente a otras personas.

Hay que tener en cuenta que de acuerdo al artículo V del Título Preliminar del Código Civil, el contrato de maternidad subrogada será nulo. La regulación del derecho de personas en nuestro Código Civil, en la Constitución y en otras leyes especiales, debe conducir a afirmar y proteger el derecho a la vida del nasciturus en nuestro derecho. El derecho civil debe de mantener su orientación humanística en cuanto a la protección jurídica de la persona, desde el momento

de la concepción hasta su fin natural. No existen seres humanos que no sean personas. Ser persona no es una cualidad accidental del ser humano. Conviene seguir reflexionando sobre la unicidad del cuerpo humano, sobre la irrepetibilidad del individuo sobre la insustitubilidad real de los seres. Por último, la jurisprudencia tiene una función esencial en cuanto interprete de la Constitución y del Código Civil para resolver nuevas situaciones y necesidades que la realidad sociedad va creando (De la Fuente, 2017, p. 52). Existen muchas preguntas en el aire sobre maternidad subrogada, pero la más común es ¿Por qué el juez no analizó la maternidad subrogada desde el punto de vista de otras normas? ¿Por qué trato de generar un vacío normativo en el artículo 7 de la Ley General de Salud?, si nos respondemos, diremos que el juzgador no analizó desde un inicio a la maternidad subrogada como un hecho antijurídico, al contrario, trato de darle categoría jurídica. El juzgador se encontró acorralado, porque esta TERA se había realizado con éxito y no sabía darle una adecuada aplicación al principio del interés superior del niño.

Para Morán Vicenzi, las TERAS, no deben aplicarse por ser ilícitas al vulnerar el derecho a la vida y a la dignidad de los concebidos; considera que ellas implica muchas que la mujer sea tratada como un instrumento, la maternidad subrogada es la posibilidad de generar nuevas formas de discriminación, la comercialización de la reproducción asistida, las manipulación y pérdida de embriones, la aplicación del diagnóstico pre-implantatorio como si fuera el control de calidad de un producto mercantil, la discriminación de los embriones defectuosos que lleva a “desecharlos” como simples objetos o cosas, los riesgos de taras o enfermedades genéticas, el hecho que la aplicación de estas técnicas

no remedia la esterilidad de las parejas, su uso por mera comodidad o capricho, implica su interés particular (Cárdenas, 2017, p. 28). Es un capricho, el querer tener un hijo por medio de la maternidad subrogada, porque no optar por la adopción, que es un mecanismo regulado por nuestro ordenamiento jurídico peruano.

Según Roxana Sotomarino Cáceres, nos menciona que en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, concordante con la Constitución, el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad, siendo obligación del Estado mediante sus autoridades, preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. Esta información de conocer su identidad biológica y conocer sus orígenes forma parte del ámbito íntimo del niño en protección de su interés superior (Sotomarino, 2017, p. 65). Si la maternidad subrogada, por su naturaleza de contrato o negocio, implica con ello una desunión entre el recién nacido y la madre biológica, implica con ello un desconocimiento y una privación al derecho a conocer sus orígenes, así como también su identidad genética; por ello este menor se encuentra más susceptible de ser vulnerado.

Por su lado, Valverde se opone expresamente a la maternidad subrogada, alegando que la introducción de una tercera persona en el proceso de procreación humana supone un ataque arrollador a los valores fundamentales

del matrimonio, marcando al hijo con el trauma de tener dos madres (una biológica y una genética). Valverde agrega que: *“me parece que el uso de esta técnica se atiende más los intereses de los futuros padres que a los de la criatura”* intentando convertir al niño en objeto de propiedad (cosa), en cuanto es algo de lo que no se puede disponer (por no ser un patrimonio), ni tampoco celebrar acuerdos al respecto. Agrega, además que aun cuando sea un acto gratuito (maternidad subrogada con fines altruistas), debe tenerse en cuenta que la capacidad de gestar es intransferible, que la madre gestante no solo cede su útero sino que compromete toda su personalidad y su ser, que la generosidad con otra mujer es acosta del hijo y por evitar el trauma de la infertilidad se expone al niño a otros traumas, y que se atenta contra la dignidad de la mujer, entre otras razones (Cárdenas, 2017, p. 29). Completamente de acuerdo, consideramos la existencia de un interés particular sobre el interés de bienestar del menor. Confirmamos lo que nos menciona Valverde, que no solo es el útero parte la maternidad subrogada, sino todo el cuerpo y los sentimientos de la madre; no puede legalizarse, ni generar incertidumbre en la sociedad con la permisión de esta TERA.

Marco Andrei Torres Maldonado, nos menciona que la maternidad subrogada es un tema muy delicado, debido a que de ella surte múltiples problemas relacionados con la ciencia, la ética, la moral y la ley. La sentencia del Quinto Juzgado Constitucional, es el dilema de la determinación de la filiación materna. La presunción de que la maternidad siempre se determina por el parto no tiene un carácter absoluto, toda vez que ha sido relativizado por el desarrollo de las TERAS en el Perú y de lo que resulte más acorde con el Interés Superior

del Niño. Por ende, en el momento en que se regule dicha situación, se deberá existir una adecuada discusión y análisis, para poder arribar a una solución justa y equitativa, que contemple los derechos de los padres contratantes, pero por sobre todo el Interés Superior del Niño, quien tiene derecho a su identidad, integridad, salud y educación por sobre cualquier derecho incluso, la voluntad contractual de las partes. En el presente caso, de maternidad subrogada, es una buena oportunidad para decidir si el reconocimiento de la condición de progenitores, es basado en la voluntad de la persona de ser madre y asumir, en consecuencia, las obligaciones de cuidado de esa nueva vida o si, por el contrario, se continúa dando prioridad a las relaciones puramente biológicas como la gestación (Torres, 2017, p. 86). Si realizamos un test de proporcionalidad de los derechos entre: derechos del menor y derechos de los particulares; vamos a determinar que los derechos de los menores son los más afectados por la técnica de maternidad subrogada, teniendo en cuenta que el daño que se cometa será peor aún por su estado de vulnerabilidad.

Asu vez, Rodríguez Cadilla estime que debe rechazarse la maternidad subrogada por inmoral, a si no allá lucro de por medio y se haga por motivos altruistas, pues debe cautelarse los derechos del concebido. También se oponen a la maternidad subrogada Fernández Sessarego, Gonzáles Cáceres, Rubio Correa, Cárdenas Rodríguez y Torres Flor, señala esta última que *“la posible y deplorable escisión de la maternidad y paternidad se hace más amplia y profunda”*. Para sostener su licitud debe ignorarse el personaje central de la generación *el hijo* y sus legítimos e irrenunciables derechos, para considerar únicamente las exigencias de la pareja conyugal (Cárdenas, 2017, p. 29). Es

decir, cuando se utiliza la técnica de maternidad subrogada, prácticamente estamos dejando de lado al recién nacido como un ser humano, nos olvidamos de su existencia, nos preocupamos por nuestro interés (procrear) y lo reducimos a este menor a una cosa materia de negocio.

Laura Eugenia Meléndez Sotero, precisa que es deber del Estado velar por los derechos de nuestros niños y adolescentes en concordancia con el principio del interés superior, donde estos menores se deben anteponerse ante cualquier otro interés, es decir, que los derechos de una pareja estéril, no deben ser contrarios al interés superior del niño. Ahora de permitirse el uso de esas nuevas TERAS, el Estado, en aras de los avances tecnológicos presentes en la actualidad, debería regular la figura de la maternidad subrogada al generar este vacío conflictos presentes y latentes para el correcto ejercicio y aplicación de los derechos reproductivos, sexuales, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad e intimidad, y que estas nuevas técnicas no contravengan el orden público, ni el interés superior del niño (Meléndez, 2017, p. 95). Es cierto y estamos de acuerdo que el uso de estas nuevas TERAS debería tener una regulación amplia y precisa, estando con ello, la prohibición jurídica de la maternidad subrogada, para evitar que procesos similares al expediente N Expediente N 06374 – 2016, se vuelva a repetir o traten de ser utilizado como antecedente judicial en un proceso similar.

La regulación de la maternidad subrogada debería ser como un acto altruista donde no intervenga ningún tipo de prestación económica, en el sentido de que la madre sustituta aporte tanto su útero como el material genético, vale decir,

que abstente tanto la condición de madre genética como de madre gestante y que junto con el gameto masculino propicien vía *fecundación in vitro* la concepción de un nuevo ser, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer, que prestara su consentimiento de albergar y dar a luz al hijo de la pareja impedida de concebir, sin recibir prestación económica de ningún tipo, aceptando de manera altruista la gestación del nuevo ser; salvaguardar el derecho de toda persona a formar una familia, y el derecho al acceso a nuevas tecnologías, siempre y cuando esto no afecte el derecho de terceros, en este caso que no se genere vulneración al orden público, ni al principio del interés superior del niño (Meléndez, 2017, p. 95). Sea la maternidad subrogada altruista o con una contraprestación económica, nosotros consideramos que afecta gravemente el principio del interés superior del niño, atenta contra el orden interno y buenas costumbres, en el sentido de que si mencionamos el termino altruista, implícitamente hablaremos de un contrato a título gratuito, en donde el ser humano por nacer, sigue siendo objeto de contrato o acuerdo entre particulares.

Otra posición crítica es la de Varsi, siguiendo a Carcaba Fernández, quien considera que la maternidad subrogada es un acto ilícito por cuanto no hay un objeto física y jurídicamente posible, el fin es ilícito, va contra el orden público al comercializar el cuerpo humano, contraviene la ley al ir contra las normas naturales de la filiación (determinar a quién debe considerarse madre), es un fraude de la institución de la adopción, es contrario a la moral y a las buenas costumbres, la maternidad subrogada puede generar tráfico de niños, fingimiento de preñes, alteración del estado civil, falsos reconocimientos, etc.

(Cárdenas, 2017, p. 30). Las consecuencias negativas que genera la maternidad subrogada son varias a comparación de la consecuencia positiva (procrear), los delitos que se pueden cometer son diversos (tráfico de niños, fingimiento de preñes, alteración de estado civil, etc.), frente a supuestos derechos vulnerados por parte de los particulares (derechos sexuales y reproductivos).

Nadia Núñez Masías, expresa que existe un problema inacabado en cuanto al uso de las TERAS y la connotación jurídica que lleva su uso cada vez mayor, y que ellas van generando nuevos conflictos, pero no podemos poner de trasfondo el interés superior del niño como inconveniente para generar instituciones jurídicas que no existen legalmente, porque ello supone una salida peligrosa a otras instituciones como es el caso de la disposición de órganos de manera onerosa (Núñez, 2017, p. 141). La maternidad subrogada no existe como institución jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, el principio del interés superior del niño no debería ser la base para su creación, este principio debe darse a favor de los menores, los cuales deben ser tratados en todo momento como seres humanos, y no como objetos de comercialización o de contratos gratuitos.

Es necesario cuestionar que, la solución propuesta en la sentencia del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, crea riesgos e inconvenientes desproporcionados en relación con otras ventajas ofrecidas, como la figura de la adopción que es la que trata de salvaguardar la carencia de generar familia. La maternidad subrogada, desde el punto de vista de los magistrados no trata de resolver lo mejor posible la situación de un niño, *“sino que crea esta*

situación para satisfacer el interés de una pareja sin hijos”. Por lo que esta decisión judicial en sí, “*no protege el interés superior de un niño de conocer su identidad, sino el derecho de la pareja a cumplir sus roles de padres*” (Núñez, 2017, p. 141). Los derechos sexuales y reproductivos que se hace mención en la sentencia, deben ser cotejados frente a los derechos y principios de los menores, es decir, si el uso de la maternidad subrogada como consecuencia de los derechos sexuales y reproductivos debe ser privilegiado o de rango superior del respeto al principio del interés superior del niño, el respeto de nuestro orden público y las buenas costumbres; desde cualquier óptica de la se vea, consideramos que el respeto al interés superior del niño debe respetarse y evitar este tipo de técnica de reproducción asistida.

La sentencia trata de proteger una institución jurídica que no existe, y separa la maternidad de su existencia natural, que a su vez es también intransferible; tratando de desconocer el principio *mater semper certa est*, por el que la inscripción en los registros civiles del nombre de la mujer que ha dado a la luz basta para establecer la maternidad; estaríamos por el contrario vulnerando el derecho del niño a conocer sus padres; implica reconocer que se abandona al niño al nacer por quien está llamada a tener sus obligaciones materno filiales respecto a él (Núñez, 2017, p. 142). La madre gestante tiene derechos frente al recién nacido, uno de ellos es el derecho a la lactancia, que no puede otorgarle la madre genética; el rol y los sentimientos maternos-filiales no se terminan con el nacimiento de este ser humano, el cual no tiene la culpa de ser parte de un contrato o negocio antijurídico, porque se deja de ver como un ser humano y es visto como objeto de transacciones, como un patrimonio, como una cosa.

A nivel de muchas legislaciones que amparan la maternidad subrogada, existen bastantes casos en los que, el más perjudicado es el niño, por tener malformaciones, para lo cual las partes contratantes hablaban de un cumplimiento defectuoso del contrato, y sugerirían la devolución del producto defectuoso, suena duro tal como se escucha, pero la situación es real y los tribunales de justicia sean visto en serio problemas a la hora de resolver estas cuestiones incluso en sistemas jurídicos donde si se encuentra legalizada esta forma contractual; considero que en la legislación peruana no se encuentra en esa posibilidad; porque, por encima de todo prima el niño como “*sujeto de derechos y no como objeto de transacciones patrimoniales*”; por lo que debe velarse el principio del interés superior del menor y no el interés particular de los contratantes (Núñez, 2017, p. 142). Suena trágico e ilógico, plasmar en un contrato oneroso o no, que deseo un niño/niña, sano, sin enfermedades o anomalías, y que al termino debe cumplirse; pero en caso contrario, la madre biológica se hará cargo de dicho menor, regulemos esta situación, no es lo mismo que regular un objeto. Si compramos un objeto en un supermercado y nos sale defectuoso lo devolvemos, con la maternidad subrogada ¿entregarías a un ser humano que mira, llora, respira y se siente desprotegido por su mismo estado de indefensión? Nosotros creemos que no.

La salida jurídica frente a la figura ilegal de maternidad subrogada y que se ha venido aceptando es la adopción por parte de la madre que encargo al niño, y le corresponderá a ella, con la ayuda de la psicología determinar el momento preciso en el que el niño sea capaz de conocer sus antecedentes, su historia

genética (Núñez, 2017, p. 142). Consideramos que una salida justa y pertinente para aquellas parejas infértiles, que no encuentran una ayuda total en el uso de las TERAS, es la adopción, por medio de esta se les garantizará y otorgará el derecho a formar una familia.

Mosquera refiriéndose a la maternidad subrogada observa que estos acuerdos, en donde hay una retribución económica, además de ser denigrante, tanto para la mujer que gesta al niño por encargo de terceros, como para este menor, representan una nueva forma de explotación para las mujeres pobres por parte de las compañías que se dedican a lucrar con su capacidad reproductiva. (Cárdenas, 2017, p. 30). Es una forma de aprovechamiento y explotación de las mujeres que se encuentran en un estado de necesidad, se relaciona mucho a la prostitución, porque, en ambos hay un aprovechamiento del cuerpo de la mujer, claro que en la maternidad subrogada se genera mayores riesgos, porque se trae al mundo a un menor, el cual desde su concepción ha sufrido de la vulneración de derechos.

Juan Carlos Del Águila Llanos, menciona que la filiación puede darse en la actualidad entre un presunto padre y un presunto hijo, esta misma filiación puede ser matrimonial o extramatrimonial; y no necesariamente el hijo nacido dentro de un matrimonio, deba ser reconocido por el marido para que sea considerado como su hijo. Estos criterios que se está dando en nuestra actualidad pueden ocasionar que se omita la observancia de formalidades con el objetivo de tomar decisiones que respondan al interés superior del niño cuya identidad se encuentra en debate, respecto a la aplicación de la maternidad

subrogada como una técnica de reproducción asistida (Del Águila Llanos, 2017, p. 164). Ahora le mencionaremos a un menor, que goza de un derecho a la identidad flexible, que su derecho de filiación es distinto a otros recién nacidos, tendremos que clasificarlos a los menores en dos grupos: el primero, nacidos de manera natural, mientras el segundo, nacidos mediante TERAS; y claro para protegerlos diremos, que no se ha vulnerado su derecho al interés superior, al contrario, se les ha protegido en salvaguardia de los derechos reproductivos de sus padres genéticos.

4.2. Jurisprudencia relacionada a la maternidad subrogada

4.2.1. Caso chileno de maternidad subrogada en el Perú

Los ciudadanos chilenos Jorge Tobar y Rosario Madueño fueron acusados de falsificación de documentos y trata de menores en su modalidad de venta de niños. Esta pareja de chilenos fue separada de sus hijos recién nacidos, al haber hecho todo lo posible por convertirse en padres tras casi una década de intentos fallidos (Reyes & Chuquimango, 2018, p. 1).

Isabel es el nombre la mujer peruana que gestó a los hijos de la pareja mediante la técnica del vientre subrogado, esta es una ex enfermera de la clínica Concebir, a donde llegaron los esposos chilenos para someterse a un tratamiento de reproducción asistida. Isabel llegó a un acuerdo con ellos el año 2017 en el que se ofrecía a llevar el embarazo de los hijos de la pareja. Rosario no podía concebir así que tuvieron que recurrir a dos óvulos donados que fueron fertilizados con espermatozoides de Jorge Tobar en la clínica del Dr. Luis Noriega (Reyes & Chuquimango, 2018, p. 1)

Frente a tal situación, la Fiscalía los acusó de haber falsificado documentos y de ser parte de una red de trata de personas que vende niños. Y el Poder Judicial, ordenó 12 meses de prisión preventiva para la pareja chilena (Reyes & Chuquimango, 2018, p. 1)

Es preciso aclarar que, pese a la realización de la maternidad subrogada, y el hecho de no estar regulado de manera literal en una norma penal, esta sigue siendo disputa y controversia a nivel jurídico, como ciudadano; porque para los especialistas del derecho lo consideran irregular, mientras para un sector de la ciudadanía lo consideran una práctica real, que no debería descoserse. Siendo esta la importancia por la cual se desarrolló nuestra investigación.

Estos acuerdos de maternidad subrogada, que estarían implícitos en supuestos contratos, son contrarios a la ley, desnaturalizando con ello, normas naturales de filiación, son un fraude a la institución de la adopción, así como tipifica casos delictuales como el tráfico de niños, fingimiento de embarazo, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos (García Coronado, 2014, pág. 14). Compartimos esta opinión al establecer que la maternidad subrogada desnaturaliza instituciones jurídicas como la familia, adopción y la filiación.

4.2.2. Casación N 563-2011-Lima (Madre Sustituta)

En el plano jurisprudencial, la Casación N° 563-2011-Lima, de diciembre del 2012, constituye un caso sobre vientre de alquiler, esto se dio ante el

enfrentamiento de dos hermanos en un proceso de adopción por excepción. En este caso, uno de los hermanos pidió ayuda al otro, dado que con su pareja no podían engendrar un bebé. La adopción iba a proceder sin problemas, sin embargo, la madre biológica desistió, lo que conllevó a iniciarse el proceso (Amado, 2017, p. 101).

Para este caso, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, determinó que debe prevalecer el interés superior del niño, ya que la menor, desde que nació se encontraba con sus padres adoptivos y que había recibido la adecuada asistencia para poder permanecer con ellos, pues apartarla de ellos, podría perjudicar su vida; mientras que, respecto a la parte biológica, la Corte Suprema determinó que al verse evidenciado que mantenía un interés económico para dar en adopción a la menor, quedaba poco claro el amor que podrían brindarle y la desprotección que para la menor generaría. Se declaró infundada la casación y se le otorgó el derecho de adopción a la madre no biológica (Amado, 2017, p. 101). Estamos totalmente de acuerdo que, si uno procede a la maternidad subrogada, de por sí existe un tipo de interés económico, y personas como estas no pueden cuidar a un hijo/hija, ni mucho menos velar por el cuidado de su interés superior. También consideramos que la institución jurídica de la adopción pertenece y debe regirse por las entidades a cargo de estos procesos, y no dejar hacer uso de una “*supuesta adopción*” por particulares, que para el análisis de esta jurisprudencia existía un interés económico.

Resulta difícil saber cuáles serán las reacciones y/o consecuencias psicológicas de la madre subrogada al momento de dar a luz y tener que entregar a los contratantes al ser humano que gestó en su vientre (Velásquez, 2015, p. 28). En verdad, el amor que se da durante la gestión solo lo sabe una madre, el cariño y la comprensión abarca un desarrollo fundamental en el ser humano por nacer; los cuidados y la asistencia médica cumplen un rol fundamental. Por lo que existe una relación materno-filial entre la madre y el hijo; y resulta prejuicioso para su salud desligarse de ese ser humano que, a pesar de que no sea genéticamente suyo, ella lo considera parte de él.

Las prácticas de estas técnicas de reproducción asistida pueden traer consecuencias negativas para la madre subrogada como la adquisición de diversas enfermedades por el hecho de la gestación, las mismas que pueden poner en riesgo su integridad y vida, así como anomalías congénitas y/o malformaciones en el concebido, lo que podría conllevar a posibles abortos; desperdicios de embriones; deficiencias físicas y/o mentales en el nacido que implicaría su abandono por los contratantes; su derecho a amar al fruto de su gestación y ha rehusarse a entregarlos a los contratantes; y, repercusiones de carácter psicológico en su persona (Velásquez, 2015, p. 28-29). Ya existen demasiados tachos de hospitales, con desperdicios de operaciones que muchas veces al verlos sentimos náuseas, no esperemos ver tachos con fetos humanos votados por una excesiva producción y legalización de contratos sobre maternidad subrogada; ni tampoco deseamos tener una demasía de mujeres muertas producto de gestiones llevadas por interés económicos de particulares.

Es cierto lo manifestado por la Casación N° 563-2011-Lima, es difícil pronosticar las reacciones de la madre gestante al momento de la entrega del menor a los padres biológicos, debido a que existen diversas emociones y sentimientos encontrados que son producto del proceso de gestación; los cuales podrían conllevar a un rechazo en la entrega del menor; o situaciones en que los menores subrogados nazcan con algún tipo de enfermedad o anomalía y frente al rechazo de los padres biológicos; estos mismo pueden encontrarse vulnerados y desamparados. Ambas situaciones y conductas aún no se encuentran reguladas por el derecho.

4.2.3. Casación N 4323-2010 – Lima materia: nulidad de acto jurídico (maternidad subrogada: ovodonación)

La inseminación artificial permite la posibilidad de realizar la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos de la presente casación en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación, en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado. Debe señalarse que este procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo, en virtud al axioma jurídico de que *“todo lo que no está prohibido está permitido”*, reconocido por el Tribunal Constitucional (Rodríguez Avalos, 2013, pág. 1).

Asimismo, opera el apotegma jurídico que dice que *“sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”*, y sumado al principio de que *“aquello que no está prohibido, está permitido”*, por consiguiente el

aludido procedimiento de ovodonación no es ilícito, ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial (Rodríguez Avalos, 2013, pág. 1).

4.2.4. Expediente N 183515-2006-0113 (maternidad subrogada homóloga)

Este es el primer caso peruano sobre maternidad subrogada homóloga, que se dio en el año 2006, se produce cuando el matrimonio Mendoza – See, descubre que la esposa tiene una enfermedad diagnosticada como una “insuficiencia renal neuropatía por analgésico e hipertensión arterial” que impedía o limitaba el embarazo a la señora See. Por tener un solo riñón, ya que al quedar embarazada pondría en riesgo su vida y la vida del embrión (Gutierrez Torres, 2016, pág. 104).

Es así que decidieron buscar otra manera de tener un hijo genético y decidieron optar por la maternidad subrogada, en la clínica Miraflores bajo la supervisión del Dr. Augusto Ascenzo, teniendo como madre sustituta la madre de la Sra. See. Que en realidad vendría siendo la abuela (Gutierrez Torres, 2016, pág. 104).

Pero al momento del nacimiento, se consignó a la niña como hija de la madre que la alumbró, Aurish de Oliva (abuela) y no de Carla Monic See (madre genética), quedando como hermana de la recién nacida, viéndose afectado el derecho de la filiación, patria potestad y herencia, lo cual conllevó a solicitar la impugnación de la maternidad, a lo que el juez declara fundada la demanda, declarando que la niña nacida bajo la técnica de la maternidad subrogada sea

registrada con los datos de los padres genéticos, dejando sin efecto la inscripción y reconocimiento por parte de la abuela que la gesto (Gutierrez Torres, 2016, pág. 105).

Al analizar la jurisprudencia relacionada a la maternidad subrogada, podemos concluir que si bien es cierto no contamos con una ley especial que regule las técnicas de reproducción asistida; y que como única ley y único artículo relacionado a ello es el artículo 7 de la ley general de salud, resulta también específico la limitación de la práctica de la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades, al establecer la condición de la madre gestante y madre genética recaiga sobre la misma persona.

4.3. Maternidad subrogada en el mundo

4.3.1. Países que prohíben la maternidad subrogada

A. Alemania. - Se conformó en el año de 1984 una comisión encargada de estudiar las técnicas de reproducción asistida, habiéndose arribado a la conclusión que el binomio gestante – concebido resulta fundamental para el desarrollo pleno de éste; por tal motivo, el Congreso Médico dispuso el rechazo a estas prácticas por resultar perjudiciales para el niño y por el riesgo de caer en el uso indiscriminado del alquiler de vientre, así como también opinó por el veto de estas prácticas en los establecimientos de salud. A tal efecto, se emitió la Ley alemana de Protección del Embrión N 745/90 del 13 de diciembre de 1990, la misma que e en su artículo 1 numeral 1) prohíbe la maternidad subrogada al indicar que *“Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien procediera a transferir a una*

mujer el óvulo de otra; fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección; practicará una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento” (Velásquez, 2015, p. 33). Deseamos, recalcar la parte que menciona *“rechazo a estas prácticas por resultar perjudiciales para el niño y por el riesgo de caer en el uso indiscriminado del alquiler de vientre”*, y estamos de acuerdo con ello, por la razón de que la maternidad subrogada atenta con el principio del interés superior del niño/niña; además de que si se permite su uso por un supuesto vacío normativo (artículo 7 de la Ley General de Salud) estamos indirectamente fomentando su uso indiscriminado de la maternidad subrogada en nuestro país.

B. Francia. - La Ley N 94-653 del 29 de julio de 1994 introduce el artículo 16 numeral 7) del Código Civil, prescribiendo que *“será nulo todo acuerdo referente a la gestación de un hijo por otra persona”*. Luego, el Senado presentó una propuesta de ley la misma que serviría para la emisión de normas sobre bioética (Velásquez, 2015, p. 34). Esto es cierto porque en el Código Civil de Francia, nos menciona de “acuerdo”, es decir un “convenio entre las partes”, o dicho de otra manera un contrato sobre la procreación, que, si lo trasladamos al estudio abordado en esta tesis, estamos haciendo referencia a la maternidad subrogada y su consecuente nulidad; porque sería ilógico y contraproducente hacer un contrato sobre la vida de un ser humano.

- C. Colombia.** - Mediante el Proyecto de Ley N° 202, de fecha 29 diciembre de 2016, Colombia prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos (Lorenzo & Santa, 2017, pág. 5).
- D. España.** - En la ley N° 14-2006, 26 mayo 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su capítulo II sobre “Participantes en las técnicas de reproducción asistida”, del artículo 10 sobre Gestación por sustitución, nos establece que *“será nulo el contrato de útero subrogado altruista o remunerado, siempre que ello suponga una renuncia de la filiación del hijo; el vínculo será determinado por el nacimiento; y, se deja a salvo el derecho del padre biológico a solicitar la paternidad”* (Velásquez, 2015, p. 35). En la legislación de España, se da relevancia jurídica a la filiación, no permitiéndose una filiación por técnicas de reproducción asistida, como lo manifestaba Elizabeth del Pilar Amado Ramírez; también nos menciona sobre el vínculo materno-filial, el cual se produce con el nacimiento y no con el aporte genético.
- E. Suecia:** Se prohíbe la maternidad subrogada en todas sus formas. Pero este tuvo su proceso, en sus inicios la gestación por sustitución era considerada un pacto nulo, pero en el año 2013 el Consejo Nacional de Ética Médica había propuesto su legalización, solo entre parientes o personas con una relación muy cercana. Frente a esta situación el Ministerio de Justicia solicitó un segundo informe, el cual estuvo a cargo de la magistrada Eva Wendel Rosberg, la cual durante tres años mencionó en su informe titulado *“Distintos caminos para la*

paternidad”, aconsejaba una prohibición total de la subrogación, tanto en su forma comercial como altruista porque considera imposible garantizar que ninguna mujer sufrirá explotación reproductiva como consecuencia de la legalización, incluso si se trata de legalizar exclusivamente la opción altruista. Además, se anima al gobierno a tomar las medidas necesarias para disuadir a los suecos de realizar este tipo de contratos en el exterior, por idénticas razones. Según el informe, la experiencia internacional demuestra que son los ciudadanos de países como Estados Unidos o Gran Bretaña, aquellos que en mayor número contratan vientres en el extranjero, en países en vías de desarrollo como India o Nepal (Albert, 2017, pág. 191). Como se puede observar y leer de la experiencia de Suecia, la maternidad subrogada siempre va a generar una explotación en la mujer, tratando como objeto, para satisfacer las necesidades del mercado (contratantes), por lo que es importante establecer límites jurídicos para evitar su práctica indiscriminada.

4.3.2. Países donde se permite la maternidad subrogada sólo de manera gratuita o altruista

- A. Reino Unido De Gran Bretaña.** - La Ley Británica sobre reproducción asistida estuvo basada en el Informe *Warnock*, realizado por la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana durante los años 1982 a 1984, la misma que prohibía todo tipo de contrato de maternidad por sustitución, así como sancionaba penalmente la apertura de locales que promovían y favorecían estas prácticas. Es a partir del 16 julio 1985 “*Surrogacy Arrangements Act 1985*”, el cual regula determinadas actividades relacionadas con los acuerdos de maternidad subrogada; esto comenzó a

permitir la homologación judicial de estas prácticas siempre que tuviesen una finalidad altruista, no sean ofertadas y no existan terceros intervinientes (Velásquez, 2015, p. 36). En este punto, hay que mencionar que, prohíben taxativamente la maternidad subrogada con fines económicos; y manifiesta la sanción de aperturas de locales destinados a estos fines, por lo que podemos decir que, en otros países como Reino Unido de Gran Bretaña ha existido un comercio de maternidad subrogada o vientre de alquiler.

B. Australia. - En este país se concede cierta validez a los acuerdos de útero subrogado, ello de acuerdo a lo establecido en la *Surrogacy Act de Western Australia* del 2008; de esta manera, los padres contratantes podían obtener la filiación del nacido por disposición judicial, ello por cuanto se tenía en cuenta que era mejor considerarlo hijo legal de aquellos en mérito al principio del Interés Superior del Niño, salvo se acredite lo opuesto; mas no se permitían los acuerdos de maternidad por suplantación pagados o con fines comerciales, esto bajo sanción de cárcel y/o multa. Las normas reguladas en Australia se establecieron el 16 noviembre 2010 se dio la Ley N° 102– Ley de Maternidad Subrogada; el 29 julio 2016 se dio el Reglamentación N° 464 sobre Maternidad Subrogada (Velásquez, 2015, p. 36-37). De igual manera, se prohíbe el comercio de la maternidad subrogada, pero lo inquietante es que mediante resolución judicial se otorga la filiación de este tipo de TERAS. Ahora trasladándolo a nuestra legislación nacional, se podría decir que el expediente N 06374 – 2016, viene hacer una antesala para la regulación de este tipo de técnica de reproducción y su posible viabilidad, lo cual está siendo muy

debatido a nivel de doctrina porque su inadecuada regulación, trasgrede el orden público y las buenas costumbres.

C. Brasil. - Se permite el uso de los métodos de fecundación in vitro en mérito a la Resolución CFM N° 1957/2010, de fecha 15 diciembre de 2010, el Consejo Federal de Medicina, estableció las “Normas éticas para la utilización de Técnicas de Reproducción Asistida”; estas normas establecen que siempre que no se pueda llevar a cabo la gestación de la madre biológica por advertencias médicas; y, cuando exista una relación de familiaridad entre la madre genética y la subrogada; no se permitirá su realización con fines económicos (Velásquez, 2015, p. 37). Prácticamente menciona que la maternidad subrogada está permitida, siempre y cuando la relación entre madre gestante y madre genética sean familiares, prohibiéndose también este tipo de técnica con fines de comercialización.

D. Canadá. - Aquí se facilita la utilización de la maternidad por suplantación bajo ciertas condiciones de acuerdo a la *Assisted Human Reproduction Act de 2004*, siendo una de ellas que la madre subrogada tenga mínimamente veintiún años, mas no se permite que ésta reciba una contribución remunerativa, ni el pago a un tercero (Velásquez, 2015, p. 38). En la mayoría de estas legislaciones se permite la maternidad subrogada, pero con fines altruistas; es decir, prohíben la maternidad subrogada con fines económicos.

4.3.3. Países que regulan y permiten la maternidad subrogada gratuita y onerosa

- A. India.** - En este país, la figura de la maternidad por sustitución se encuentra regulada por normas reguladas a partir del año 2002, concibiéndola como una práctica con fines lucrativos. Así, el 29 de setiembre del año 2008, la Corte Suprema se pronunció respecto al caso “*Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr*” indicando que estaba permitida la utilización de esta técnica de reproducción asistida, ello aunado a la buena logística sanitaria, los elevados contratos de útero subrogado, la alta oferta de madres subrogadas a costos médicos y la rapidez en las gestiones y obtención de documentos (Velásquez, 2015, p. 38). Resulta irrazonable establecer y dar una norma, en base a la alta demanda de contratos onerosos que produce la maternidad subrogada en este país.
- B. Rusia.** - La maternidad por sustitución se encuentra permitida y se encuentra regulada en los artículos 51.4 y 52.3 de su Código de Familia y en la Ley N 5487-1 respecto a la salud de su población (Velásquez, 2015, p. 39).
- C. Ucrania.** - Permite utilizar la técnica de útero subrogado siempre y cuando el pre embrión sea generado con los gametos del padre y la madre biológicos, ello según lo estipulado en su Código de Familia; siendo que de esta manera el recién nacido estará ligado filialmente a éstos. Sin embargo, ello debe darse en coordinación con la Orden 771 emitida por el Ministerio de Sanidad que estipula ciertas condiciones para su procedencia (Velásquez, 2015, p. 39). Es

decir, permite la maternidad subrogada, siempre y cuando el pre-embrión este conformado por los gametos de sus padres biológicos.

D. Estados Unidos De Norte América. - Estados como California (En su Código de Familia de 2017, Parte 7, artículos 7960 – 7962 “Facilitadores de subrogancia y donantes”, hace mención a los acuerdos de reproducción asistida para subrogantes y donantes de ovocitos), Texas (En su Código de Familia de 2015, Capítulo 160 – Ley de filiación uniforme, Subcapítulo I, acerca de los Contratos gestacionales, en sus artículos 160.751- 763), Florida (Estatutos de la Florida de 2017, en el Título XLIII - Relaciones domésticas, del Capítulo 742 – Determinación de Filiación, artículos 742.13-18, sobre Contrato de Maternidad Subrogada), Nevada (Estatutos revisados de Nevada de 2017, en el Título 11 de Relaciones domésticas, del Capítulo 126 sobre Filiación, en sus artículos 126.500-126.810 sobre Contratos gestacionales), y otros permiten los acuerdos de maternidad subrogada; por el contrario, en los Estados de Arizona, Michigan y Columbia no se permiten estos contratos; en tanto que, en los Estados de Arizona, Nueva York, Indiana y otros estos acuerdos carecen de eficacia; mientras que en Virginia dichos acuerdos son ser permitidos previa calificación integral de la situación y posterior autorización del magistrado (Velásquez, 2015, p. 40). No en todos los Estados y países a nivel internacional, se permite la maternidad subrogada, existen legislaciones que solo lo permiten y regulan, cuando este tipo de TERAS es con fines altruistas; mientras otros lo permiten por lo oneroso que es su comercialización, sin impórtales la trasgresión de derechos.

4.4. Legislación internacional

4.4.1. En Estados Unidos

En el ámbito internacional uno de los casos más conocidos es el de “Baby M”, ocurrido en EE.UU., en el que se incumplió un acuerdo por parte de la madre que había alquilado su vientre produciendo una disputa ante los tribunales para determinar la maternidad de un bebé gestado mediante maternidad subrogada (contrato). Aquí el Tribunal de Primera Instancia determinó que el contrato de maternidad subrogada era válido y la custodia de la menor le pertenecía a los padres no biológicos; esta decisión fue apelada y en la Segunda Instancia el Tribunal determinó que aunque el contrato de subrogación era ineficaz e ilícito, éste no se encontraba en cuestionamiento, sino que más bien lo importante era el bienestar de la bebé; concluyendo que los padres no biológicos podían proveer un ambiente estable para la menor, por lo que les concedió la custodia permanente, señalando además que la madre biológica no perdería la maternidad legal (Amado, 2017, p. 102). Se puede decir que en EEUU poco les importa el bienestar del menor, otorgándoles un ser humano a los padres genéticos para su cuidado, a pesar de la negativa de la madre biológica, que como hemos mencionado antes, no es una mujer de piedra, tiene sentimientos frente al recién nacido, a lo que se denomina relación materno – filial.

Todos estos hechos pueden ocasionar la vulneración de distintos derechos, como son el principio del interés superior del niño; sin embargo, todo esto también se enfrenta con el derecho de la madre a tener un hijo y no se le puede prohibir del todo las técnicas médicas para que se realice un procedimiento con

la finalidad de tener una familia. Lo ideal para hacer frente a estos problemas, es que debe haber un control, una regulación normativa completa y una fiscalización por parte de las autoridades encargadas (Amado, 2017, p. 103). No estamos en contra de que las parejas infértiles no hagan uso de las TERAS, estamos en contra y en total desacuerdo, que se utilicen las TERAS como la maternidad subrogada, que implica tratar a un menor como objeto y a su madre biológica como máquina de producción.

4.4.2. Derecho Comparado

El tema de maternidad subrogada en el derecho Comparado, está dividida; mientras Grecia, México, Portugal y Rusia la permiten bajo ciertas condiciones, la mayoría de países como Alemania, España, Francia, México, Noruega, Italia, Japón, Israel y Suiza prohíben esta práctica (Cárdenas, 2017, p. 27). No hay un acuerdo unánime o universal sobre el uso y la legalización de la maternidad subrogada.

A su vez, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”, definición en la que podría caer la figura de la maternidad subrogada (Cárdenas, 2017, p. 27). Por qué en sí, con la maternidad subrogada se está negociando la vida de un recién nacido; y debe de considerarse como un delito y como un acto atípico en concordancia con nuestro orden público y buenas costumbres.

Es de decir que la única institución de la Unión Europea que se ha pronunciado expresamente sobre la maternidad subrogada ha sido el Parlamento Europeo, y lo ha hecho cuestionándola claramente, en el 2015, en su Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo de 2014, estableciendo en su numeral 115 que la Unión Europea: “Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos” (Cárdenas, 2017, p. 27). Entonces ya no podemos mencionar que la maternidad subrogada, debe darse en favor de los derechos reproductivos, sino por el contrario debe de prohibirse en función de una explotación reproductiva y corporal de la mujer.

En Suecia, en el 2014, el Comité Nacional de Bioética aprobó un informe en el que contemplaba la posibilidad de regular la maternidad subrogada altruista, pero en febrero de 2016 se publicó otro informe encargado por el gobierno a una comisión multidisciplinar, en el que, a diferencia del anterior, se propuso mantener el rechazo sin paliativos de la maternidad subrogada (Cárdenas, 2017, p. 27). Es usual ver que la maternidad subrogada en un tema muy cuestionado con posiciones a favor y en contra, en donde mucho tiene que ver

las normas internas de cada sociedad, así como su aceptación genérica y mayoritaria, o su rechazo total en base a sus buenas costumbres.

4.4.3. Casos sobre legislación internacional

Es necesario mencionar algunos casos de interés en la jurisprudencia de otros países con experiencia en el desarrollo de la maternidad subrogada, así tenemos:

- a) En el 2013, un matrimonio australiano que alquilo un vientre a una mujer en Tailandia, decidió abandonar a uno de los bebés, nacidos en diciembre de 2013, porque tenía síndrome de Down y una grave afección en el corazón, volviendo a su país solo con la hermana sana, dejando al otro niño (llamado Gammy), en Tailandia (Cárdenas, 2017, p. 28).
- b) En Estados Unidos, Delaney Ott-Dahl, una niña nacida con síndrome de Down fue rechazada por quienes contrataron a su madre mediante un contrato de maternidad subrogada (Cárdenas, 2017, p. 28).
- c) En marzo de 2013, CNN reveló el caso de una pareja de Connecticut que ofreció a la madre subrogada Crystal Kelley, la suma de US\$10,000 para que aborte el niño que estaba gestando debido a que venía con una serie de defectos físicos (quiste en el cerebro, paladar hendido y una anomalía compleja de corazón). La madre se marchó a Michigan para no tener problemas legales, teniendo allí a la niña, que luego dio en adopción (Cárdenas, 2017, p. 28).
- d) En el 2010, se conoció en Canadá el caso de una pareja que solicitó a la madre de alquiler que contrataran para que aborte el feto que gestaba por tener el síndrome de Down (Cárdenas, 2017, p. 28).

- e) En Londres, The Sunday Times difundió el 26 de agosto de 2001, el caso de una mujer estéril, de 47 años, que quería que se le implante un ovulo de una donante fertilizada nada menos que por su hermano (Cárdenas, 2017, p. 28).
- f) Hace poco se conoció también un caso en Estados Unidos, en donde una mujer decidió darle a su hijo gay y soltero la posibilidad de ser padre, embarazándose ella mediante una FIV con espermatozoides de su mismo hijo y óvulos de una donante (Cárdenas, 2017, p. 28).

Las prácticas y usos de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida puede traer consecuencias negativas para la madre biológica, como la adquisición de diversas enfermedades (anomalías congénitas y/o malformaciones en el concebido), las mismas que pueden poner en riesgo su integridad y vida, así como, conllevar a posibles abortos; desperdicios de embriones; deficiencias físicas y/o mentales en el nacido que implicaría su abandono por los contratantes, tal como lo hemos demostrado.

CAPÍTULO V

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES

5.1. El principio del Interés Superior del Niño

Es entendido como un principio y una garantía que busca tutelar los intereses y los derechos subjetivos del sujeto de derechos. También podemos decir que es el derecho a desarrollarse íntegramente dentro de seno de una familia, en un ambiente de comprensión, amor y en un Estado justo y, sin discriminación. En suma, consiste en dar preferencia al niño en la aplicación del derecho que pueda corresponder a un adulto (Velásquez, 2015, p. 19). No podría hablarse de la aplicación de un adecuado principio superior del niño en función de la maternidad subrogada, cuando a este menor se priva del amor de su madre gestante, el cual es muy distinto de la madre biológica; tampoco se puede hablar de un Estado justo cuando se vulnera con ello la identidad genética del menor; lo cual nos conlleva a una grave trasgresión de este principio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en cuanto al principio del interés superior, estableciendo que todo niño, niña y adolescente tiene el derecho de establecer un proyecto de vida que debe de ser cuidado y fomentado por el Estado², para lograr su desarrollo y beneficio social. Son los padres los principales garantes del interés de sus hijos e hijas, de donde se desprende que estos

² Corte IDH, Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 191.

se encuentran bajo la patria potestad de aquellos, en beneficio de los menores, con respeto a su integridad física y psicológica y a todo aquello que les beneficie. De la misma manera, establece como obligación de los juzgadores resolver lo que más le favorezca al niño, niña, y adolescente (López, 2015, p. 55). Se menciona del respeto a su integridad física como un derecho subjetivo, pero se olvida que esa integridad física se encuentra ligada a una vida, que es objeto de un contrato o negocio, en donde muchas veces esta técnica de reproducción, no podrá garantizar un adecuado beneficio del menor (por ejemplo, nacer con anomalías físicas o enfermedades, como producto de la maternidad subrogada).

El principio de interés superior del niño y adolescente, implica una consideración prioritaria y primordial al máximo beneficio integral de un menor, en toda medida adoptada por las distintas instituciones públicas o privadas donde se afecte o vincule a un niño o adolescente; ello en razón a su manifiesto estado de vulnerabilidad natural que los colocan en situación de indefensión. Esa vulnerabilidad natural de todo menor, ha conllevado la imperiosa necesidad de cautelar sus derechos, llegando al punto de priorizar los mismos ante cualquier conflicto de derechos tutelados e intereses que se presenten y pretendan anteponerse (Mella, 2017, p. 75). Si esto lo llevamos al análisis del expediente N 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, se puede establecer que, en dicho caso, se ha protegido más el interés de particulares (padres genéticos), que los derechos de los menores.

El interés superior de los niños y niñas es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de *“niñez y adolescencia”*. Este principio se encuentra establecido de manera fundamental en el artículo 3 de la Convención Sobre los

Derechos de los niños y niñas; este principio también se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, teniendo como finalidad el bienestar general del niño, niña y adolescente. Es decir, hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir. Dicha decisión se debe considerar según lo que más le convenga al niño o niña en el caso concreto (López, 2015, p. 55). Si la maternidad subrogada, pese a que está prohibida en nuestra legislación, se llega a dar (caso del expediente N 06374-2016), y se tuviera a un menor como producto de estas TERAS, el juzgador no debe de permitir dicho acto, por atentar contra el propio interés del menor y los futuros casos.

Para poder decidir lo que más le convenga a los niños y niñas, es fundamental establecer los probables efectos que puedan surgir derivados de la decisión a tomar. Estos probables efectos se hacen referencia al conjunto de circunstancias personales, físicas, morales, familiares, de la que el niño, niña o adolescente se va a rodear. Estos efectos del entorno son los que el juzgador o entidad administrativa deberá ponderar en el momento de su decisión (López, 2015, p. 55). Es claro mencionar que, si un juez permite o falla a favor de la maternidad subrogada, esto generará una práctica indiscriminada de contratos y negocios sobre esta técnica de reproducción, dando lugar a una ventana abierta, sin ningún tipo de restricciones, en donde los más afectados son los niños o niñas.

El principio de interés superior del niño y adolescente es primordial para el logro del máximo beneficio integral de un menor, en toda medida adoptada por las distintas

instituciones públicas o privadas donde se afecte o vincule un niño, niña y adolescente; ello en razón a su estado de indefensión natural. Dicha indefensión de todo menor de edad, ha conllevado a cautelar sus derechos, llegando al punto de priorizar los mismos ante cualquier conflicto de derechos tutelados e intereses que se presenten y pretendan anteponerse (Mella, 2017, p. 76). Los intereses de los particulares por generar una estirpe, basándose su derecho de reproducción y uso de las TERAS (maternidad subrogada), no debe sobreponerse al principio superior de los menores.

La consideración prioritaria del interés superior del niño que encuentra su eco-constitucional, en la expresa protección que se hace al mismo artículo 4 de la Constitución Política que establece: “*La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)*”; así como también en el artículo 6 de la Carta Magna que dispone que “*la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la maternidad y paternidad responsables*”. Reconocen el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos; y establecen de igual manera, que los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” (Mella, 2017, p. 76). Respeto a este conjunto de derechos, deberes y obligaciones, que forman parte del interés superior del niño, cabe preguntarnos ¿se afecta el derecho de lactancia del menor con el uso de la maternidad subrogada?; respondiéndonos consideramos que sí, y que esta vulneración de derecho, no se puede suplir, por el mero capricho de intereses particulares.

Montoya Chávez, menciona que, en el ordenamiento jurídico, se han elaborado diversos mecanismos para que los niños y adolescentes, susceptibles de indefensión, puedan ser favorecidos y fortalecidos en función de su dignidad. Estos menores tendrán mayor oportunidad de ser respetados” (Mella, 2017, p. 77). Se podría hablar de una indefensión jurídica, si la maternidad subrogada, que pese a estar prohibida, se sigue dando en nuestro ordenamiento jurídico.

El niño o adolescente, por su especial situación y por encontrarse en una posición de desventaja, deben de contar con una legislación y una realidad social acorde a sus necesidades, para que, de esta manera, se cumplan el ejercicio pleno de sus derechos (Mella, 2017, p. 77). Cabe preguntarse ¿es la maternidad subrogada una necesidad fundamental de los menores?, por supuesto que no, es más una necesidad de personas inescrupulosas, que consideran a la vida del concebido como un objeto de negocio, sin el menor respeto de sus derechos fundamentales.

El principio del Interés Superior del Niño debe ser una guía en la toma de decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación o mención no constituye razón, ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede utilizarse como herramienta de la arbitrariedad, injusticia e ilegalidad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de todo elemento probatorio aportado al proceso, a partir del cual el juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño, niña y adolescente (Sokolich Alva, 2013, pág. 84). El juzgador al hacer referencia o mención del principio superior del niño, debe de

desarrollarlo de manera clara y coherente con respecto al caso judicial, la aplicación de este principio debe estar conectada con una justificación jurídica.

En aquellas decisiones judiciales o administrativas en las que únicamente se menciona el principio del interés superior del niño como frase “cliché”, sin sustento, no resuelven un problema, sino al contrario lo agravan o empeoran, por cuanto al constituir un vicio procesal que afecta el deber de motivación de resoluciones judiciales, acarrea la nulidad de la decisión judicial o administrativa (Sokolich Alva, 2013, pág. 84). Toda decisión judicial o administrativa que aplique o mencione el principio del interés superior del niño, y éste sea relevante para el proceso, debe de estar debidamente justificada y argumentada, porque la mera mención del principio no justifica su aplicación.

El deber especial de protección sobre los derechos del niño, niña o adolescente vincula no solo a las entidades públicas y privadas, sino también a toda la comunidad. Por lo que constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y adolescente, la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que se colisione o atente el interés superior del niño, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés (Sokolich Alva, 2013, pág. 88). Vale decir, que el interés superior del niño es superior al interés de los particulares, ajenos a la voluntad del menor.

El principio del interés superior del niño y adolescente constituye un valor especial, en donde los derechos fundamentales de los menores, su dignidad como persona y ser humano, tienen fuerza normativa, y no solo respecto a la creación o modificación

de la norma, sino también en cuanto a su aplicación (Mella, 2017, p. 78). Por lo que, sería pertinente adecuar la maternidad subrogada en nuestra legislación; quizás estableciendo una prohibición literal y brindándole un mejor y avanzado tratamiento jurídico; sin vulnerar el orden público y las buenas costumbres.

5.2. Orden público

El orden público es el conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos que son obligatorios para la conservación del orden dentro de una sociedad. Estos principios son fundamentales para sentar las bases de una política socioeconómica que garantice el bienestar de la sociedad dentro del Estado (Zavaleta Velarde, 2016, pág. 1). El orden público, está conformado por todas las normas internas que gobiernan a un país o nación.

El orden público garantiza la seguridad jurídica de una sociedad, y para el cumplimiento de esta finalidad, se debe analizar fundamentalmente los intereses de orden privado y los intereses de orden público. Concretamente el interés privado de ninguna manera puede ir más allá del interés público, esto es, porque siempre se velará por el bienestar colectivo, lo cual es contrario al interés privado, el cual se basa en su libre voluntad; cuando esta voluntad privada agravia los intereses colectivos de una sociedad, infringe el orden público (Zavaleta Velarde, 2016, pág. 1).

Los contratos serán nulos cuando agravian al orden público, razón porque se trasgrede los intereses colectivos de la sociedad. Pues, la sociedad se encuentra sometida a las reglas de una conducta de paz y de convivencia moral, sustentada en los valores y principios que son comunes a toda la colectividad (Zavaleta Velarde, 2016, pág. 2). Cualquier tipo de simulación de contrato o acuerdo que atente las normas internas de un país, va en contra del orden público, y por lo tanto deberá considerarse nulo.

El Derecho Público es el que imprime en la sociedad el orden público, para que éste se generalice en el ordenamiento, buscando con ello, seguridad jurídica, tranquilidad y paz social. Todo esto implica el orden público, sumado a leyes especiales, prohibiciones y sanciones correspondientes (Zavaleta Velarde, 2016, pág. 3). Las normas permisivas como aquellas que prohíben una conducta, también forman parte del orden público, por ser las normas que emanan del Estado, y de cumplimiento para todos los peruanos.

5.3. Buenas Costumbres

El término buenas costumbres *“se encuentra constituida por un conjunto de principios de orden moral que se imponen respecto de los particulares y que integran, especifican y desarrollan los principios éticos puestos como fundamentos*

del orden constituido y del ordenamiento jurídico” (Caballero, 2016, p. 109). Las buenas costumbres involucran los principios morales y éticos de cada sociedad.

Elizabeth del Pilar Amado citando a Carlos López Castro menciona que las buenas costumbres vienen a ser los actos de la persona que son aceptados dentro del campo de la moralidad pública. También es la forma de ser de la persona que se identifica dentro de su grupo, en donde su comportamiento se convierte como un acto plural y usado dentro de una comunidad por el transcurso del tiempo (Amado, 2016, p. 90). Existe una relación estrecha entre las buenas costumbres y los actos de moralidad que comprende a su vez el comportamiento de las personas.

Los valores de las buenas costumbres no se pueden determinar con exactitud porque éstos varían de acuerdo a cada época, por lo que cada autoridad judicial o administrativa será quien determine si se encuentra ante un acto de buena costumbre o no (Caballero, 2016, p. 109). Es decir que cada sociedad y cada nación tienen sus propias costumbres, no existe costumbres universales aplicables a todas las naciones.

Las buenas costumbres tienen dos vertientes, la moral y la buena costumbre propiamente dicha. La primera es definida como la forma de ser de la comunidad plural, la cual instruye a sus integrantes por las sendas del bien y del buen hacer; mientras que la segunda son los comportamientos que definen la personalidad del ser humano con la finalidad de orientarlo hacia el bien (Amado, 2016, p. 91). Se puede mencionar que las buenas costumbres son aquellas conductas buenas establecidas por una sociedad, o también vendría hacer el actuar correcto de la persona por las sendas del bien común.

Las buenas costumbres vienen a ser todos los principios morales, los actos realizados por un grupo de personas y que son aceptados por su desarrollo de la ética y que van a servir como guías y fundamentos del orden social y jurídico. Cabe precisar que éstos cambian de acuerdo al contexto de cada época, es por ello que cada autoridad que juzgue sobre las buenas costumbres, sea quien determine si se encuentra ante éstas o no.

CAPÍTULO VI

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El Juez Velásquez Zavaleta, señala que al amparo del sistema convencional del Estado peruano, si una persona acude a las técnicas de reproducción asistida, para que con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona, pueda alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de alcanzar tal técnica un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o se trate de desconocer la condición de madre, a aquella mujer o de la pareja que acudió a dicho método (De la Fuente, 2017, p. 47). Por su puesto que no se puede retrotraer el tiempo, y querer que tal técnica no se haya producido; pero resulta ilógico tratar de establecer una legalidad o tratar de estar a favor de la maternidad subrogada. Es necesario tener en cuenta, que nadie quita el derecho de los padres biológicos a establecer una filiación respecto a sus hijos; pero el método, la forma y circunstancia de como se ha logrado tener un hijo, debe ser sancionado, generando un pronunciamiento legal en favor a la vida y el interés superior del niño, más no ir contra nuestro orden público y buenas costumbres.

Si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción y para la formación de una familia, y si más bien 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 padres biológicos (De la Fuente, 2017, p. 47). Las razones son demasiado obvias, impedir el uso indiscriminado de la maternidad subrogada o contratos de alquiler, evitar que un ser humano sea visto como un producto u objeto de negocio jurídico.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la posición de Velásquez Zavaleta, respecto al uso de las técnicas de reproducción asistida, no está prohibida en la normativa peruana, por la única razón de que el niño o niña haya nacido, es incorrecta; por la razón de que nuestro sistema jurídico debería ser interpretado de manera sistemática con el resto de normas; es decir si la maternidad subrogada no está prohibida en el artículo 7 de la Ley General de Salud; esto no implica dejar de lado al Código Civil, el cual manifiesta que la vida no es parte del negocio jurídico, al ser considerado la vida un bien no patrimonial; sería ilógico establecer un determinado valor o un costo a un ser por nacer.

Nicola Coviello destacó que ninguna legislación, por comprensiva que sea, puede prever todos los casos posibles de la vida, sobre todos los casos de vida futura. Para algunos, se debe recurrir a la analogía del derecho, a la aplicación de los principios generales y analogía de la ley; cuando se recurre a una normativa que, de manera concreta, ha regulado una situación o relación análoga a la no atendida por el legislador. La analogía entonces, sería *“el medio principal para llegar a la fuerza orgánica y latente del*

Derecho” (Sotomarino, 2017, p. 59). Es decir, tratar de ver la maternidad subrogada no desde el punto de vista de la Ley General de Salud, sino también aplicar la analogía del derecho con otras ramas como la Constitución y el Código Civil.

El significado actual de la regla *mater semper certa est*: ¿tiene un carácter absoluto? La declaración de nulidad de los pactos de maternidad sustituida es una tesis que ha sido sostenida por la mayoría doctrinaria, sin embargo, de nada sirve cuando se trata de solucionar los problemas en caso de que el acuerdo se cumpla y nazca un niño que debería ser entregado a la pareja contratante. Es así que empiezan a surgir los problemas, ya que estos conflictos de filiación no se solucionan con declarar la nulidad del acuerdo, por lo que habría que atender las cuestiones de quién es la madre y determinar la relación jurídico-filial del menor (Torres, 2017, p. 83). Pero no se debe de dejar su permisión al arbitrio de las partes, al contrario, se debe buscar una solución en beneficio del menor y una sanción sobre aquellos que realizan este tipo de contrato de vientre de alquiler o maternidad subrogada.

Cuando se habla de maternidad subrogada, debemos tener en cuenta que a pesar de que la nulidad determine que carezca el negocio jurídico de los efectos pretendidos por las partes en su acuerdo, el menor que nace a través de esta técnica no será nulo. Entonces, se podría decir que *“el contrato de subrogación podrá ser nulo, pero no es nulo el niño que sale de esta técnica”*. Los juristas hemos sido siempre un tanto escépticos, porque los contratos nulos producen también efectos (Torres, 2017, p. 83). Ya no se puede anular la existencia de un ser vivo, pero tampoco se puede otorgar validez al contrato o convenio que fue el generador de esa vida humana; desde nuestro punto de vista, este hecho que aún no tiene una sanción penal, que no está literalmente mencionada en el Código Civil

y que a pesar de existir su prohibición en el artículo 7 de la Ley General de Salud debe ser tratado con pinzas por nuestros entes jurisdiccionales, buscando salidas eficientes con arreglo a nuestras normas internas, que no vulneren el orden público y las buenas costumbres.

Ante dicha situación, no podemos negar que es indiscutible que los acuerdos de maternidad subrogada pueden hacer quebrar el tradicional principio *partus sequitur ventre* (artículo 409 del Código Civil), que ha permitido atribuir el hijo sin necesidad de reconocimiento de la mujer que lo ha dado a luz (Torres, 2017, p. 83). Es un principio que, a pesar de estar en nuestra legislación vigente, con la práctica de la maternidad subrogada, se desnaturaliza y se trasgrede.

La maternidad subrogada, no solo es atípica a nuestro ordenamiento jurídico; sino que también su aplicación traería consecuencias más severas como el conflicto entre las partes, cuestionamientos acerca del origen de la filiación y una aplicación desmesurada de contratos sin base legal que fije parámetros normativos; además de cuestionamientos sobre el valor económico referencial que debería tener la vida.

6.1. Vulneración del principio del interés superior del niño y la contravención al orden público y las buenas costumbres

6.1.1. Vulneración del principio del interés superior del niño

Del análisis del expediente N 06374 – 2016, se puede advertir que, ante la respuesta negativa de la RENIEC, los demandantes recurren en vía de amparo, fundamentando su recurso, en la afectación del derecho a la identidad de los menores y en el amparo del principio del interés superior del niño, para

lograr la rectificación de las partidas de nacimiento sus hijos, lo que finalmente es resuelto en forma positiva para ellos. Vemos que, lo que el órgano jurisdiccional ha tratado de valorar, más allá de los derechos, presuntamente vulnerados, es la determinación de la validez de la maternidad subrogada, lo que nos conlleva a preguntarnos si ¿es ético y legal que un ser humano sea materia de contrato y sea considerado como un objeto del cumplimiento de obligaciones?; hasta ahora creemos que no es posible (Núñez, 2017, p. 137). El ser humano (concebido), no puede ser tratado como cosa u objeto de un negocio o contrato ilegal, en donde la mujer (madre biológica) es también utilizada como instrumento, con la intención de satisfacer intereses particulares.

Los avances científicos y tecnológicos, han cambiado la forma de ver y entender el mundo, en la esfera del derecho ha pasado lo mismo, varias instituciones jurídicas como el derecho de familia se ha visto en apuro a la hora de resolver conflictos que no encuentran en las normas jurídicas, estos conflictos nacen de las llamadas TERAS, que si bien la legislación nacional ha tratado de llenar los vacíos legales, la necesidad de superar los esquemas clásicos nos conlleva a recurrir a la lógica jurídica y a cualquier otro sistema de integración del derecho, en donde, la tarea de los jueces se vuelve de gran importancia en un escenario difícil, en donde está en juego el interés superior del niño (Núñez, 2017, p. 132). No cabe duda que el desarrollo de la tecnología siempre estará ligado a un sistema jurídico para lograr su uso adecuado dentro de la sociedad sin la necesidad de que estos avances tecnológicos vulneren derechos e interés fundamentales.

Los órganos jurisdiccionales, que están directamente involucrados, con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tienen un rol fundamental, porque por encima de las normas materiales, está el interés superior del niño. El Quinto Juzgado en lo Constitucional declaró fundada la pretensión recaída en el expediente N 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, generando como interrogante ¿Sea protegido realmente el interés de ambos niños?, o es que ¿Se estará privilegiando interés, de los padres al derecho a la procreación?, los presupuestos utilizados en la sentencia, forman parte de la base de la legalización de un contrato de maternidad subrogada, primando la autonomía de la voluntad de las partes en la Constitución, de una relación jurídica que, para nuestra normativa interna es ilícita, por el objeto de dicha contratación, a esos negocios jurídicos que algunos autores denominan contratos bio-jurídicos (Núñez, 2017, p. 132). Compartimos la postura en que se está privilegiando el interés de los particulares, sobre el interés superior del niño, menospreciando sus derechos fundamentales y sobajándolo a un objeto materia de contrato, en la salvaguarda de los derechos de procreación.

El principio superior del niño, como tal si bien se encuentra recogido en la norma, la forma de su aplicación depende del criterio de cada juez al momento de resolver. Para algunos jueces alegando la aplicación de este principio y otros bajo el argumento de aplicar este principio resolverán lo que consideren mejor para el menor (Del Águila Llanos, 2017, p. 163). Es decir, la aplicación adecuada o no del principio superior del niño, solo dependerá del juez.

En la sentencia, en realidad no se está garantizando el ejercicio de los derechos de ambos niños, se está privilegiando el derecho de los demandantes, a querer ser padres, mencionando a Beatriz Junyent, establece que *“el derecho a procrear nos da derecho a tener hijos, pero no nos da derechos sobre los hijos. Ellos son dueños de su historia, de su pasado, su presente y su futuro”* (Núñez, 2017, p. 140). Resulta contraproducente mencionar que se está protegiendo el interés superior del niño, con la permisón y legalidad de la maternidad subrogada; lo cual a todas luces es inconstitucionalidad.

El derecho a la maternidad va de la mano con el derecho a la procreación, no siendo los mismos, derechos absolutos sino derechos relativos, es decir no son derechos ilimitados, sus límites son los derechos fundamentales de los niños, como el derecho a conocer su origen biológico, a crecer en el seno de una familia y a nacer dentro de las condiciones naturales privilegiándose el interés superior del niño (Meléndez, 2017, p. 92). Entonces la maternidad subrogada, el derecho de procreación, el uso de las TERAS; tendrán como límite los derechos fundamentales y principios, por lo que la permisón del uso de la maternidad subrogada, intrínsecamente corresponde a la violación del principio del interés superior del niño.

Si los avances de las ciencias médicas abren la posibilidad de realizar actos de disposición o contratos sobre el cuerpo humano (maternidad subrogada), es necesario indicar que este tipo de comercio, contratos o negocios jurídicos ofrecen una armazón de legalidad, sin embargo ellos, en algunas ocasiones son prohibidos, como es el caso de la venta de órganos o son nulas como la

maternidad subrogada; resultando complicado, que en la sentencia comentada, se de validez de negocio jurídico a un acuerdo de voluntades, que en nuestra legislación no lo contempla como tal (Núñez, 2017, p. 133). No está permitido negociar respecto a la vida de un ser humano por venir, debido a que la vida es un bien no patrimonial, es decir esta fuera del negocio jurídico.

6.1.2. Contravención al orden público y las buenas costumbres

La maternidad subrogada puede afectar derechos fundamentales, especialmente de los seres humanos más indefensos, estamos ante un asunto que también es de interés público. Por los demás, es de recordar que el artículo V del Título Preliminar del Código Civil sanciona con nulidad los actos jurídicos que van contra del orden público y las buenas costumbres. Así, para Vila Coro, el referido contrato tiene causa y objeto inmorales y es contrario a las buenas costumbres (Cárdenas, 2017, p. 24). Es inmoral llegar a pretender que la vida de un ser humano tiene un costo, que podemos determinar el valor o cuanto nos cuesta económicamente tener un hijo, establecer un valor de mercado a un recién nacido.

Hernández, afirma que la maternidad subrogada sería nula por ir contra la moral y orden público, ya que su objeto es la persona misma y se atenta contra su dignidad; se pretende negociar con algo que es extra-comercio, no pudiendo ser entonces objeto de contrato, ni mucho menos objeto de negocio jurídico; la causa del contrato también sería ilícita; y, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las normas de familia son de *ius cogens*, no pudiendo las partes establecer cláusulas o convenios al amparo del principio de autonomía de la

voluntad que vaya contra ellas (Cárdenas, 2017, p. 24). Es interesante lo mencionado por Hernández, al establecer que, *las normas de familia son de ius cogens*, es decir no existe cláusulas, es antijurídico establecer un contrato de maternidad subrogada, con cláusulas sobre la entrega de bien u objeto (ser humano por nacer), cláusulas respecto a su entrega, cláusulas en caso de incumplimiento o peor aún cláusulas de renuncia de derechos, como conocer su origen biológico o a su identidad genética; lo cual sería contravenir el orden público y las buenas costumbres.

Maricela Gonzáles Pérez de Castro, menciona que el contrato de maternidad subrogada es nulo porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, se trata del alquiler o préstamo gratuito de la función de la maternidad que no puede ser objeto de tráfico jurídico, es un bien fuera del comercio y, por tanto, el contrato es nulo por su objeto, trasgrede y atenta contra normas de orden público, contraviene la dignidad de la mujer y del niño, supone una explotación de la madre y se produce al margen del interés del hijo, además de ir contra la moral (Cárdenas, 2017, p. 30). Contraviene la dignidad de la mujer, al ser tratada como una máquina de reproducción; contra la dignidad del niño, al ser utilizado como objeto o cosa.

Espinoza, nos menciona, que el artículo 7 de la Ley General de Salud, interpreta que la sanción de nulidad del contrato de maternidad subrogada, solo podría darse (si se ha pactado una contraprestación económica) por ser contrario al orden público, considerando admisible en cambio la figura cuando exista un motivo humanitario para permitir a una pareja la realización de su proyecto

vital (Cárdenas, 2017, p. 31). Sea los acuerdos de maternidad subrogada económico o altruista generan una explotación de la mujer, generándole no solo a ella, sino también al menor por nacer.

Asimismo, el contrato de maternidad subrogada es nulo por considerarse contrapuestas al orden público, las buenas costumbres, a las normas reguladoras de la filiación y del estado civil, son de las cuales son de carácter imperativo y de orden público por lo que son indisponibles. Además, es un contrato que atenta contra la dignidad de la persona al reducirse como un objeto de un contrato a un hijo y tratar a la mujer como un mero instrumento de procreación, supuesto que se puede asemejar incluso a la donación de órganos de personas vivas (García Coronado, 2014, pág. 27). Estas son las razones fundamentales de la contravención al orden público, vulnera los derechos de la persona (madre e hijo), identidad y parentesco del menor, a su integridad física y psíquica de la mujer, contrarios a la vida (al ser objeto de acuerdo o negocio), y al principio superior del menor (al tratar de otorgarle validez jurídica en un proceso judicial).

Sea un contrato económico o no, su naturaleza contractual es ilegal en nuestro orden público, respetamos la opinión de Espinoza, pero las circunstancias implicarían estar de acuerdo con una manifestación de voluntad contractual cuyo objeto es un ser humano, a ello, hay que recordar que el concebido es sujeto de derecho, mas no es objeto de negocio jurídico.

Contravención al orden público

Artículo 1 de la Constitución	La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado
Artículo 6 de la Constitución	La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables.
Artículo 139, numeral 8) de la Constitución	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.
Artículo 139, numeral 9) de la Constitución	Por lo que ante un vacío debemos integrar a la Constitución, el Código Civil, entre otros (optar a la analogía)
Artículo V del Código Civil	Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.
Artículo 409 del Código Civil	La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.
Artículo 1351 del Código Civil	El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.
Artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes	El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad, siendo obligación del Estado mediante sus autoridades, preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

Artículo 7 de la de la Ley N 26842 – Ley General de Salud	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.
---	---

Gonzales, señala que es nulo el contrato de maternidad subrogada debido a que se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, al recaer sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, específicamente sobre su útero. Se trata del alquiler (o préstamo en caso de ser gratuito) de una función de la mujer, tan importante, como es la maternidad, que no puede ser objeto del tráfico jurídico o negocio jurídico, además se trata de un bien extra commercium, es decir, fuera del comercio de los hombres. Pero la indisponibilidad no solo es del cuerpo humano sino también a cerca del estado civil de la persona, ya que se trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo (contraviene los derechos de paternidad y filiación). Normas que revisten carácter imperativo y de orden público, por lo que cualquier renuncia a la filiación materna por parte de la madre gestante es un acto que incide sobre un aspecto que escapa a la autonomía de la voluntad y, por tanto, en la que no cabe ni renuncia ni disposición. Asimismo, el los acuerdos de maternidad subrogada son contrario a la dignidad de la mujer y del niño. Supone una explotación y manipulación de la madre, la cual se produce al margen del interés superior del niño, quien tampoco puede ser objeto de comercio, no puede ser transferible. Se vulneran, pues principios básicos de nuestro orden público interno recogidos en normas constitucionales, civiles, y

normas y leyes especiales (por ejemplo, el Código del Niño y del Adolescente) (García Coronado, 2014, pág. 19). Por estos argumentos, el acuerdo de vientre de alquiler tiene una causa ilícita y debe de considerarse nulo, por ser extra – comercio y contravenir el orden público y las buenas costumbres.

Los acuerdos de maternidad subrogada deben ser considerado nulo debido a que los negocios jurídicos están sustraídos a la voluntad de las partes, pero con límites como el orden público, las buenas costumbres tal como lo establece el Código Civil peruano en el Título preliminar, artículo V, en este sentido las normas reguladoras de la filiación y del estado civil, son de carácter imperativo y de orden público, por lo que son indisponibles (García Coronado, 2014, pág. 25).

Tabla N 04**Contravención a las buenas costumbres**

Los acuerdos de maternidad subrogada son aberrantes al ver un fin económico, lo cual acarrea valoraciones éticas que maltratan al niño y degradan a la mujer porque se le conceptualiza como mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir todas las exigencias del gusto de los potenciales padres.

Es contrario a la dignidad de la mujer y del niño. Supone una explotación y manipulación de la madre, al margen de los intereses de los hijos, quien tampoco puede ser objeto de comercio, no puede ser transferible.

Con la técnica de maternidad subrogada, la mujer se ve reducida a la procreación, tratándola como un medio (y no como fin) para obtener un producto que las partes contratantes desean, es decir se estaría desconociendo la esencia de la persona, su unidad ontológica.

Consideramos que la nulidad del contrato no evita la celebración de estos contratos que en la práctica se siguen dando, (tal como lo hemos mencionado en el caso de los chilenos), debería implementarse sanciones a los centros médicos para que no realicen este tipo de acuerdos de maternidad subrogada, así como implementarse un programa que incluya campañas de promoción de la adopción además de la capacitación a la población de los derechos sexuales y reproductivos, en especial en las mujeres que viven en las zonas rurales que son las más propensas a ser usadas para este tipo de acuerdos.

6.2. La adopción como sustitución de la maternidad subrogada

Hay que tener en cuenta que, durante un año, 120 niños y niñas son abandonados en situación de vulnerabilidad, existiendo una sobrepoblación en los albergues a nivel nacional (Caruajulca, 2016, p. 1); a ello hay que añadir que entre el año 2014 hubieron 194 adoptados, en el año 2015 hubieron 176 adoptados, para el año 2016 aumento a 180 de niños y adolescentes adoptados, el año pasado en el 2017 hubieron 162 adoptados) y, finalmente hasta el periodo de abril de este año 2018 se cuenta con 48 adoptados (MIMP, 2018, p. 1). Por lo que, en un país con tantos niños abandonados, en vez de alterar el derecho forzando la creación de nuevas figuras jurídicas como la maternidad subrogada, con discutibles consecuencias jurídicas, debería promoverse la figura de la adopción (Cárdenas, 2017, p. 26). Esta es una adecuada solución a los problemas de infertilidad de las parejas, el deseo de generar o manipular las leyes del orden público, para generar contratos antijurídicos como la maternidad subrogada (sea esta altruista o no), que lo único que han hecho es dejar más vulnerables a los niños, dejando con ello una mala interpretación y aplicación

del principio del interés superior y la afectación de las buenas costumbres de una sociedad que rechaza la venta de seres humanos.

Cabe decir que si bien la maternidad subrogada puede parecer similar a la adopción en tanto el hijo de una familia pasa a otra como si fuera el suyo, debe tenerse presente que la adopción se da generalmente en el caso de niños que han quedado en la orfandad o en el abandono (Cárdenas, 2017, p. 26). A este procedimiento se añade su licito y las reglas que deben tener las familias al momento de acceder a la adopción, así mismo, en esta institución jurídica no existen problemas o controversias sobre filiación, identidad, ni mucho menos se ven derechos afectados en los menores.

La similitud estaría entonces con el caso de la adopción de niños que cuentan con sus padres, habiendo en ambas figuras una madre legal frente a una madre biológica. Sin embargo, existen diferencias:

- ✓ En la adopción, el punto de la atención está en el niño; en la maternidad subrogada, en la satisfacción de los padres, mediante el uso de la voluntad contractual.
- ✓ En la adopción, no hay un acuerdo previo por el que la mujer gestante cederá su hijo; en la maternidad subrogada, ese acuerdo es la causa de la gestación, prima el deseo de las partes.
- ✓ En la adopción, no puede hacerse selección de los hijos; en la maternidad subrogada, uno de sus riesgos es promover dicho tipo de selección (Cárdenas, 2017, p. 26).

Considero que la nulidad del acuerdo de vientre de alquiler no evita del todo la celebración de estos acuerdos en nuestra sociedad, debería implementarse

sanciones a los centros médicos que permiten estas prácticas, así como implementarse un programa que incluya campañas de promoción de la adopción además de la capacitación a la población de los derechos sexuales y reproductivos, en especial en las mujeres de zonas rurales que son las más propensas a ser usadas para este tipo de acuerdo (García Coronado, 2014, pág. 20). Es muy pertinente y acertado el comentario de García Coronado, y nosotros también lo compartimos, al ser fundamental la prohibición no solo de los acuerdos de maternidad subrogada, sino también sancionar a estas clínicas que brindan estos servicios al margen de la ley.

Como se puede observar, existe más ventajas y menos riesgos con la adopción que, con la maternidad subrogada, a ello también hay que agregar que un niño adoptado implica de por sí un niño feliz y una familia constituida.

CONCLUSIONES

Primera

La doctrina peruana ha establecido que la maternidad subrogada, es un problema relacionado con la ciencia, la ética, la moral y la ley, que implica el uso o instrumentalización de la mujer a una actividad con negocio de sobrevivencia; es la explotación de la mujer y un daño al interés superior del niño. En la maternidad subrogada se favorecen los intereses económicos de muchas clínicas o centros especializados que se dedican a este negocio, y que consideran al embrión como un objeto de propiedad; esta técnica se atiende más los intereses de los futuros padres que a los del ser humano por nacer, intentando convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que no se puede disponer.

La maternidad subrogada, genera la deshumanización de las personas con interferencias de las TERAS; también genera consecuencias negativas para la madre subrogada como enfermedades, que ponen en riesgo su integridad y vida, así como anomalías congénitas, malformaciones en el concebido, lo que podría conllevar a posibles abortos, desperdicios de embriones, deficiencias físicas y mentales en el nacido que implicaría su

abandono por los contratantes. De igual manera trasgrede derechos fundamentales, como conocer su identidad biológica y sus orígenes que forman parte del ámbito íntimo del niño en protección de su interés superior.

De acuerdo al artículo V del Título Preliminar del Código Civil, el contrato de maternidad subrogada es nulo, por contravenir el orden público y buenas costumbres. A nivel de doctrina es un acto ilícito por cuanto no hay un objeto física y jurídicamente posible, el fin es ilícito, va contra el orden público al comercializar el cuerpo humano, contraviene la ley al ir contra las normas naturales de la filiación, es un fraude de la institución de la adopción, es contrario a la moral y a las buenas costumbres, la maternidad subrogada puede generar tráfico de niños, fingimiento de preñes, alteración del estado civil, falsos reconocimientos, etc.

La legislación extranjera considera a la maternidad subrogada como un contrato ilícito, en la mayoría de países, se condena la práctica de esta técnica, por ser contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima con fines económicos. Otras legislaciones lo consideran nulo, por contravenir al derecho de filiación, rechazan la maternidad subrogada, por ser prácticas perjudiciales para el niño, y por el riesgo de caer en el uso indiscriminado del alquiler de vientres.

Segunda

El artículo 7 de la Ley General de Salud, prohíbe el uso de la maternidad subrogada, al mencionar la condición normativa *“siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona”*. Pero esta condición no es tomada en cuenta por los órganos

jurisdiccionales al momento de emitir sentencia; al contrario, consideran que existe un vacío legal por no estar regulada de manera literal, situación jurídica que ha generado la validez de los acuerdos de maternidad subrogada, pese a que la Ley General de Salud lo prohíbe.

Tercera

Mediante el expediente 06374-2016, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia dejó establecido que el artículo 7 de la Ley General de la Salud no prohíbe la maternidad subrogada, este procedimiento no es ilícito, al contrario, estamos ante un vacío normativo. La maternidad subrogada carece de sanción penal, lo cual no contraviene la ley, ni la moral; y no se puede clasificar como delito.

Respecto a ello, hay que mencionar que, la maternidad subrogada en el Perú no es válida, si bien no está expresamente prohibido; en el artículo 7 de la Ley General de Salud, nos indica que se permite, siempre que “la madre genética y gestante sea la misma persona”. Resulta difícil preguntarnos ¿Es mejor que se quede con quien lo gestó durante nueve meses o con quien adquirió derechos sobre él, mediante el amparo de un contrato? la respuesta es que se debe de evitar este tipo de situaciones en donde el niño es desapegado de su madre biológica apenas nacido, desconociéndole los vínculos no solo físicos sino también emocionales, que lo unen naturalmente con quien lo gestó.

Coincidimos en afirmar que el interés superior del mercado se impone sobre las mujeres gestantes y sobre los niños nacidos mediante la maternidad subrogada. En donde el derecho es un conjunto de normas, principios y valores, las normas no necesitan ser expresas, estas pueden deducirse, una de otras aplicando las leyes de la lógica, la analogía o la sana interpretación jurídica.

Cuarto

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. Lo resuelto por el Quinto Juzgado en lo Constitucional, ha generado la interrogante ¿Sea protegido realmente el interés de ambos niños?, o ¿Se estará privilegiando interés, de los padres al derecho a la procreación?, los presupuestos utilizados en la sentencia, forman parte de la base de la legalización de un acuerdo de maternidad subrogada, primando la autonomía de la voluntad de las partes, lo que para nuestra normativa interna es ilícita, por el objeto de dicha contratación. El derecho a procrear nos da derecho a tener hijos, pero no nos da derechos sobre los hijos. Los niños o niñas son dueños de su historia, de su pasado, su presente y su futuro.

El referido contrato de maternidad subrogada, tiene causa y objeto inmorales y es contrario a las buenas costumbres; es inmoral llegar a desear que la vida de un hijo tiene un costo. Jurídicamente hablando la maternidad subrogada es nula por ir contra la moral y orden público, ya que su objeto es la persona misma y se atenta contra su dignidad, se pretende negociar con algo que es extra-comercio, no pudiendo ser entonces objeto de contrato, ni mucho menos objeto de negocio jurídico.

Consideramos que también es nulo, porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, se trata del alquiler o préstamo gratuito de la función de la maternidad que no puede ser objeto de tráfico jurídico, y por ello, este contrato, trasgrede y atenta

contra normas de orden público, contraviene la dignidad de la mujer y del niño, supone una explotación de la madre, que se produce al margen del interés superior del niño.

RECOMENDACIONES

Primera

Se recomienda tener en cuenta la doctrina nacional y la postura dominante sobre la aplicación de la maternidad subrogada, de igual manera se debe tener en cuenta las implicancias jurídicas de aplicar esta técnica. Pues, es la doctrina una fuente del derecho que debería ser utilizada, cuando existe algún tipo de laguna jurídica o vacío normativo no prevista por la norma.

Segunda

La técnica de reproducción asistida denominada maternidad subrogada, si bien es cierto, no está literalmente mencionada en el Código Civil y a pesar de existir su prohibición en el artículo 7 de la Ley General de Salud debe ser tratado minuciosamente por nuestros entes jurisdiccionales (RENIEC, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, etc.), buscando salidas eficientes acorde a nuestras normas internas, las cuales no deben vulnerar el orden público y las buenas costumbres. Por lo que se recomienda hacer un análisis minucioso de todas las normas jurídicas y aplicarlas en armonía con los derechos fundamentales de las personas.

Tercero

Si hay un niño concebido mediante maternidad subrogada, no puede retrocederse las cosas en el tiempo para evitarlas, pero si tomar medidas que eviten que estos hechos se repitan. Por lo que se recomienda, no justificar el accionar de los demandantes, manifestando que, si dicha técnica de reproducción asistida fue alcanzada con éxito, se debe proteger a los nacidos, en base al principio del interés superior, porque esa justificación errada contraviene el orden público y las buenas costumbres.

Cuarto

Recomendamos a las parejas con problemas de fertilidad, hacer uso de la institución jurídica de la adopción, en vez de alterar el derecho forzando la creación de nuevas figuras jurídicas como la maternidad subrogada, con consecuencias jurídicas negativas. Tanto la maternidad subrogada como la adopción, pueden parecer similares, en tanto el hijo de una familia pasa a otra como si fuera el suyo; por lo se debe tener en cuenta, que la adopción se da generalmente en el caso de niños que han quedado en la orfandad o abandono.

REFERENCIAS

- Águila Tuesta, F. R. (2009). *Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Amado Ramírez, E. d. (2017). Un vistazo a la maternidad subrogada en el Perú. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 97-112.
- Aramini, M. (2007). *Introducción a la bioética*. Bogotá: San Pablo.
- Ayala Falla, L. E. (28 de Julio de 2014). *El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX*. Obtenido de <http://ambulemusinluminedei.blogspot.pe/2014/07/el-concebido-en-la-doctrina-y-en-la.html>
- Bermúdez Tapia, M. (Junio de 2017). La ausencia del Código Civil ante el desarrollo de las relaciones interpersonales y la biotecnología. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(48), 113-120.
- Brugo Olmedo, S., Chillik, C., & Kopelman, S. (2003). Definición y causas de la infertilidad. *Revista colombiana de obstetricia y ginecología*, 228.
- Cárdenas Krenz, R. (Junio de 2017). Una discutible sentencia: A propósito del fallo emitido por un juez admitiendo los contratos de alquiler de vientre. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(48), 13-36.

- Caruajulca, A. (30 de Octubre de 2016). *Correo*. Obtenido de <https://diariocorreo.pe/ciudad/policia-nacional-120-ninos-son-abandonados-al-ano-707848/>
- Centurion Portales, J. C. (2016). *¿El concebido es Sujeto de Derechos Humanos?* Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico.
- Chávez Orrillo, D. M. (Junio de 2017). Maternidad subrogada en litis a nivel constitucional peruano: una sentencia no consentida. *Gaceta & Procesal Civil*(48), 121-129.
- Cubillos, J. M. (2013). *Técnicas de reproducción asistida - Status jurídico del embrión humano*. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo.
- Cusi Arredondo, A. (16 de Julio de 2017). *La naturaleza jurídica del concebido*. Obtenido de <http://andrescusi.blogspot.pe/2017/07/la-naturaleza-juridica-del-concebido.html>
- Dacosta, M. (4 de Noviembre de 2011). Obtenido de <http://mildreddacosta.blogspot.pe/2011/11/tecnicas-de-fichaje.html>
- De la Fuente y Hontañón, R. (2017). La Subrogación Gestional ¿Viente o persona en alquiler? Implicancias jurídicas y éticas. *Gaceta Civil & Procesal Civil N° 48*, 37-52.
- Del Águila Llanos, J. C. (Junio de 2017). ¡El interes superior del niño siempre adelante! Analizando la institución de filiación a propósito de un caso de maternidad subrogada. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(48), 157-164.
- Enciclopedia jurídica. (2014). *Enciclopedia-juridica.com*. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/actos-inimpugnables/actos-inimpugnables.htm>

- 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*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Espinoza Espinoza, J. (2003). La autonomía privada: sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público. En W. Gutiérrez Camacho, *Código Civil Comentado* (pág. 154). Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza Espinoza, J. (2004). *Derecho de las Personas*. Lima: Gaceta Juridica.
- Eugin. (Julio de 2018). *Eugin.es*. Obtenido de <https://www.eugin.es/inseminacion-artificial/>
- Fernández Sessarego, C. (1990). *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima: Universidad de Lima.
- González Pineda, B. (2015). *Maternidad Subrogada*. España: Universitas Miguel Hernández.
- Gullón, D.-P. &. (1982). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Gutierrez Torres, L. Y. (2016). *Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homologa en el Perú*. Trujillo: Universidad César Vallejo.
- Guzmán, J. M. (2007). *Integridad Personal*. Santiago: CINTRAS.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta ed.). México D.F.: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José - Costa Rica: Editorama S.A.

- López Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias, Niñez y Juventud*, 51-70.
- Meléndez Sotero, L. E. (2017). Maternidad subrogada: cuando la condición de madre gestante y biológica no coinciden. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 89-95.
- Mella Baldovino, A. M. (Junio de 2017). La maternidad subrogada: parte del derecho a la reproducción y a la libre determinación de ser padres. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 67-78.
- MIMP. (30 de Abril de 2018). *Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables*. Obtenido de <https://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/dga/estadisticas-generales-dga.php>
- Monge Talavera, L. (2010). Código Civil Comentado. En W. Gutierrez Camacho, *Principio de la persona y de la vida humana*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Núñez Masias, N. (Junio de 2017). El problema inacabado de la maternidad subrogada: Reflexiones sobre la sentencia del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Lima. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(48), 131-142.
- Oviedo, J. (30 de Noviembre de 2013). *El Concebido*. Obtenido de <https://jesseniaoviedo.wordpress.com/2013/11/30/el-concebido/>
- Pérez Milán, F. (2012). *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. España: Sociedad Española de Fertilidad.
- Proceso de amparo, Expediente: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 (Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional 21 de Febrero de 2017).
- Ramos Nuñez, C. (2005). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

- Reyes, V., & Chuquimango, M. (9 de Setiembre de 2018). *América Noticias*. Obtenido de <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/vientre-alquiler-enfermera-que-llevo-embarazo-subrogado-da-detalles-caso-n337977>
- Rodríguez Avalos, Y. O. (23 de Mayo de 2013). *Por el mundo del derecho genético*. Obtenido de <http://genyderecho.com/JurisNac.html#Inicio>
- Sokolich Alva, M. I. (24 de Julio de 2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *Vox Juris*, 81-90.
- Sotomarino Cáceres, R. (2017). Mamá, papá, los quiero mucho. Comentarios a la sentencia del Quinto Juzgado Constitucional de Lima sobre maternidad sobrogada. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 53-65.
- Sumaria Benavente, O. (Enero de 2013). El poder Judicial resuelve el primer caso de vientre de alquiler en el país. *Actualidad Jurídica*, 133.
- Torres Maldonado, M. A. (2017). El carácter relativo de la presunción mater semper certa est en los supuestos de maternidad subrogada. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 79-87.
- Ugarte Mostajo, D., & Torres Flor, A. (2014). *Informe Jurídico*. Arequipa: Universidad Católica San Pablo. Obtenido de <http://ucsp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/11/Informe-TERHAS-UCSP.pdf>
- Vargas Cabellos, S. J. (Junio de 2017). Maternidad subrogada: cuando la condición de madre gestante y biológica no coinciden. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(48), 143-155.
- Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de Derecho de las Personas*. Lima: Gaceta Juridica S.A.

- Velásquez, M. (2015). *Necesidad de incluir el delito de Contrato de Maternidad Subrogada en el Código Penal Peruano*. Arequipa: Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez".
- Villanueva Haro, B. (23 de Noviembre de 2009). *Blogdiario.com*. Obtenido de <http://benitovillanuevaharo.blogspot.es/1259005608/teorias-de-la-naturalez-juridica-del-concebido/>
- Villena Barahona, L. H. (2015). *El concebido in vitro crioconservado como sujeto de derecho y su tratamiento dentro de un proceso de divorcio*. Lima: Universidad Femenina Del Sagrado Corazón.
- Zamudio Briceño, T. (2014). *Pre-dictamen de la comision de justicia y derechos humanos - Proyecto de Ley 1722/2012-CR*. Lima: Comisión de Justicia y Derechos Humanos.
- Zavaleta Velarde, B. (2016). El orden público y las buenas costumbres. *Integración Derecho Civil y Procesal Civil*, 1-5.

OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DEFINICIÓN DE VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	METODOLOGÍA	UNIDAD DE ANÁLISIS	INSTRUMENTOS
<p>Objetivo General: Establecer las consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano.</p> <p>Objetivos Específicos: Analizar jurídicamente la maternidad subrogada, los derechos reproductivos, el derecho a la procreación y a la filiación. Analizar jurídicamente el Expediente N 06374 – 2016 sobre acuerdo de maternidad subrogada en el Perú. Analizar la doctrina nacional y legislación extranjera sobre la maternidad subrogada. Analizar el principio del Interés Superior del Niño, Orden Público y Buenas Costumbres.</p>	<p>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 y la contravención al orden público y las buenas costumbres.</p>	<p>Consecuencias jurídicas que generan los acuerdos de maternidad subrogada en el sistema jurídico civil peruano</p>	<p>Hechos derivados del convenio por el cual una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genéticamente</p>	<p>Derecho civil</p>	<p>Ley General de Salud – Ley N° 26842</p> <p>Sentencia recaída en el Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05</p> <p>Casación N° 563-2011</p>	<p>Tipo de Investigación</p> <p>- Por la Finalidad: Básica</p> <p>- Por el Enfoque: Cualitativo</p> <p>- Por el alcance: Descriptivo</p> <p>Diseño de Investigación</p> <p>- No Experimental Transversal</p>	<p>Ley General de Salud – Ley N° 26842; jurisprudencia, legislación y doctrina sobre acuerdo de maternidad subrogada</p>	<p>Fichaje</p>
		<p>Vulneración del principio del interés superior del niño</p>	<p>No cumplir con las acciones y procesos tendientes a garantizar el desarrollo integral y una vida digna, y el máximo bienestar posible de los niños, niñas y adolescentes.</p>	<p>Código de los niños y adolescentes</p>				
		<p>Contravención al orden público y las buenas costumbres.</p>	<p>Incumplimiento del normal funcionamiento de las normas jurídicas y morales en las relaciones humanas de una comunidad.</p>	<p>Derecho civil</p>	<p>Jurisprudencia y Doctrina sobre acuerdo de maternidad subrogada</p>			

