



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES  
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

La Necesidad De Regular El Acuerdo De Maternidad Subrogada En El  
Ordenamiento Jurídico Peruano

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

Abogado

**AUTORES:**

Ellen Quiroz, Kassandra Carolina De Los Angeles (ORCID: [0000-0001-6516-9059](https://orcid.org/0000-0001-6516-9059))

Marin Zuta, Luis Armando (ORCID: [0000-0002-4554-9748](https://orcid.org/0000-0002-4554-9748))

**ASESORES:**

Dr. Matienzo Mendoza, Jhon Elionel (ORCID: [0000-0002-2256-8831](https://orcid.org/0000-0002-2256-8831))

Dra. Baltodano Nontol, Luz Alicia (ORCID: [0000-0002-5436-0306](https://orcid.org/0000-0002-5436-0306))

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho De Familia

TRUJILLO – PERÚ

2020

## **Dedicatoria**

Dedicamos este trabajo en primer lugar a Dios quien ha guiado nuestros pasos para lograr a culminar una etapa más en nuestras vidas, porque él ha sufrido nuestra fortaleza en nuestros momentos de debilidad.

A nuestras familias, en especial a nuestros padres porque han sido nuestro apoyo constante durante estos seis años que ha durado nuestra carrera; ya que ellos fueron testigos de todo el esfuerzo que hemos puesto a nuestra vida universitaria.

Asimismo a nuestro a nuestro maestro Jhon Matienzo quien nos ha apoyado de forma incondicional guiando nuestras ideas para este trabajo.

LOS AUTORES

## **Agradecimiento**

Queremos expresar nuestro agradecimiento a cada uno de nuestros maestros que nos han acompañado en nuestra carrera universitaria; asimismo, a todos los abogados y jueces que nos dieron parte de su tiempo para contestar nuestra entrevista y complementarnos con su conocimiento en nuestro tema de tesis.

LOS AUTORES

## **Página del jurado**

## **Declaratoria de autenticidad**

## Índice

Carátula.....	i
Dedicatoria .....	ii
Agradecimiento.....	iii
Página del jurado.....	iv
Declaratoria de autenticidad.....	v
Índice.....	vi
Índice De Tablas.....	vii
Resumen .....	viii
Abstract .....	ix
I. Introducción.....	1
II. Método .....	32
2.1 Tipo y Diseño De Investigación:.....	32
2.2 Escenario de estudio: .....	32
2.3 Participantes: .....	32
2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos:.....	32
2.5 Método de análisis de información.....	34
2.6 Aspectos éticos.....	34
III. Resultados.....	35
IV.- Discusión .....	45
V. Conclusiones.....	49
VI. Recomendaciones.....	51
VII. Propuesta.....	52
Referencias .....	58
Anexos .....	66

## Índice De Tablas

Tabla 1:	Jurisprudencia peruana sobre maternidad subrogada.....	30
Tabla 2:	Cuadro de categorización.....	33
Tabla 3:	Impactos o alcances sobre la maternidad subrogada en el Perú, importancia de abordar el tema “maternidad subrogada” .....	35
Tabla 4:	La Ley General de Salud regula el derecho de utilizar las técnicas de reproducción asistida para poder procrear.....	36
Tabla 5:	Existe un vacío legal sobre maternidad subrogada en la Ley General de Salud. ....	36
Tabla 6:	Cuales son las posibles consecuencias del vacío legal sobre maternidad subrogada. ....	37
Tabla 7:	Argumentos de la maternidad subrogada en la Jurisprudencia Internacional. ....	38
Tabla 8:	Tratamiento del acuerdo de maternidad subrogada en la Jurisprudencia Nacional. ....	39
Tabla 9:	Tratamiento del acuerdo de maternidad subrogada en la Jurisprudencia Internacional. ....	40
Tabla 10:	Se podría tomar como base la regulación que tiene el Estado de Tabasco (México) sobre maternidad subrogada, para la implementación en nuestro país. ....	42
Tabla 11:	Otras condiciones y/o requisitos que se podrían implementar para regular el acuerdo de maternidad subrogada en nuestro país. ....	42
Tabla 12:	Donde debería estar regulado el acuerdo de maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico peruano. ....	43

## Resumen

El trabajo de tesis tiene como objetivo, determinar cuál es la necesidad de regular el acuerdo de maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una norma específica que permita o prohíba celebrar este tipo de acuerdo, dejando un vacío legal respecto al tema, que está generando consecuencias negativas en la actualidad, siendo los más perjudicados la mujer gestante y el menor.

En ese sentido para poder lograr el fin que perseguimos, hemos utilizado el instrumento de la guía de entrevista y el análisis de documentos; asimismo, la doctrina, jurisprudencia nacional e internacional; con lo cual pudimos elaborar un proyecto de ley que determine cuáles son las condiciones y requisitos para el acuerdo de maternidad subrogada. El tipo de estudio es cualitativo con un diseño no experimental, de corte transversal y de nivel descriptivo, llegándose a determinar que realmente existe una necesidad urgente de regular esta figura. Por lo que concluimos que en nuestro país se debe regular el acuerdo de maternidad subrogada de manera urgente bajo ciertas condiciones y requisitos, en la modalidad de madre portadora, como una asistencia médica para casos justificados.

**Palabras claves:** Derecho a la paternidad responsable, vacío legal, necesidad, regulación, acuerdo.

## **Abstract**

The purpose of this research work is to determine the need to regulate the surrogacy of the maternity agreement in the Peruvian legal system, since our legal system does not have a specific rule that allows or prohibits concluding this type of agreement, leaving a legal vacuum regarding the issue, which is currently generating negative consequences, the most affected being the pregnant woman and the child.

In that sense, in order to achieve the goal we are pursuing, we have used the instrument of the interview guide and the analysis of documents, such as doctrine, national and international jurisprudence, in addition, the comparative normativity and from that a project can be developed law that determines the conditions and requirements. The type of study is qualitative has a non-experimental design, cross-sectional and descriptive level, reaching to determine that there really is an urgent need to regulate this figure. Therefore, we conclude that in our country there is a need to regulate the surrogacy maternity agreement urgently under certain conditions and requirements, in the form of a carrier mother, as medical assistance for justified cases.

**Keywords:** Right to responsible parenthood, legal vacuum, need, regulation, agreement.

## I. Introducción

La presente tesis va a investigar, cual es la necesidad de regular el acuerdo de maternidad subrogada en el Perú, ya que debido al avance de la ciencia y de la tecnología genética reproductiva ha generado un conflicto social y normativo, que el derecho considerado como ciencia y por lo tanto dinámico debe dar solución a los constantes cambios que sufren los seres humanos ante nuevos descubrimientos de la ciencia y tecnología, actualmente en nuestro marco normativo existe un vacío legal sobre maternidad subrogada, es decir que no existe una norma que permita o prohíba esta práctica que cada vez se está volviendo común en nuestra sociedad peruana.

Algunos tratadistas señalan, que en la actualidad la maternidad sustituta en algunos países Europeos, es uno de los temas más relevantes en el debate público de la bioética. Por ello a aparición de estas nuevas prácticas planteo nuevos retos éticos y nuevas respuestas socios culturales para nuestros países latinoamericanos.

En el ámbito internacional países como Rusia, Estados Unidos, Holanda, La India, etc, tiene un gran avance en la regulación del acuerdo de maternidad. Donde tiene un mayor impacto esta práctica es en Estados Unidos, que ha ido regulándolo mediante decisiones judiciales y normas.

Mientras que en nuestro país tenemos la siguiente realidad problemática, no existe una regulación sobre maternidad subrogada ante ello Acosta (2014) dio a conocer que “hay muchas mujeres que clandestinamente ofrecen sus vientres a parejas que desean procrear o peor aún de organizaciones que se dedican a esto, aprovechándose del vacío legal que existe en nuestro país” (p.1). Asimismo; Camacho & Faura (2006) indicaron que: “Hay una organización que se anuncia en internet y contacta a extranjeros para ofrecer a jóvenes peruanas como incubadoras vivientes” (p.1).

Por otro lado el Diario La República (2018) indicó que “mujeres en Lima y Arequipa ofrecen alquilar sus vientres por 40 mil soles, además de un pago mensual de mil soles durante el embarazo y la pareja contratante debe correr con los gastos del parto, controles médicos y vitaminas” (p.1).

El diario Perú 21 (2012) sacó una nota periodística donde “Bandas criminales se aprovechan de la ausencia de leyes que reglamenten la maternidad subrogada en nuestro país, para dedicarse al alquilar vientres ofreciéndose como incubadoras humanas” (p.1).

Además, en la doctrina no existe una posición uniforme hay argumentos en contra y a favor, los que están en contra de la maternidad subrogada indican que se trata de contratos inmorales; por lo tanto, de realizarse este tipo de contrato sería nulo, por que las personas están fuera del ámbito de comercio. Y las personas que están de acuerdo argumentan que la maternidad subrogada es una forma más para ejercer la paternidad.

En la (Ley N° 26842, 1997, art. 7) establece que:

Acceder al tratamiento de su infertilidad es derecho que tiene toda persona, además haciendo uso de las técnicas de reproducción asistida podrá procrear, siempre que la madre genética y madre gestante sean la misma persona. Para que se pueda aplicar esta técnica de reproducción asistida, tiene que haber un previo consentimiento de los padres genéticos y por escrito (p.4).

La norma citada solo permite la procreación haciendo uso de TERAS siempre y cuando la condición de madre biológica y madre gestante recaiga en la misma persona, pero la misma norma no prohíbe la posibilidad de poder a través de estas técnicas procrear un hijo, con la intervención de una tercera persona; asimismo, tampoco lo permite dando lugar a un vacío legal normativo.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 6 señala que “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad

responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir” (Const., 1993, art. 6).

En ese sentido nuestra Constitución protege a la familia, el matrimonio y la unión de hecho; por lo tanto, no es delito la aplicación de las TERAS, mediante el acuerdo de maternidad subrogada; porque no está tipificado en ninguna ley (Principio de Legalidad).

Como se puede constatar en el Perú aún se sigue debatiendo sobre lo pertinente o no, de los vientres de alquiler, mientras que en la doctrina están discutiendo que se trata de un acto jurídico nulo, por estar las personas fuera del comercio, mientras que en la realidad se está dando con más frecuencia sin limitación alguna, debemos tener en cuenta que hay muchos países que ya aceptan la maternidad subrogada de manera expresa y legal.

Nuestra jurisprudencia no es ajeno a esta figura ya que en varias oportunidades se ha pronunciado respecto al acuerdo de maternidad subrogada o alquiler de vientre, por ello contamos con las siguientes jurisprudencias:

Según la Sentencia N° 563-2011 de la Corte Suprema de Justicia del Caso del “matrimonio conformado por Dina Palomino y don Giovanni Sansone, quienes encargaron a Isabel Castro la gestación de su futuro hijo, el cual sería entregado al matrimonio tras su nacimiento”.

La Corte Suprema indico que sí se daba la figura jurídica de la adopción porque quien aparecía como padre legal de la menor en la partida de nacimiento era la pareja de la gestante. Por lo tanto, ante la ley éste era el padre legal de la menor y la madre de intención (demandante) era la tía de la menor. Además, estableció como cuestión previa que existía una controversia entre el derecho de los padres de intención a ejercer la patria potestad y el interés superior de la niña a tener una familia. Frente a ello tomando en cuenta el comportamiento de la gestante y su conviviente, resolvió fundamentando que primero está el interés superior del niño, por lo que separarlo de su familia a su temprana edad le causaría un grave

perjuicio, la Corte Suprema decidió que la niña siga viviendo con los padres demandantes, debido que le ofrecen un mejor nivel de vida.

Asimismo, tenemos la sentencia recaída en el expediente N° 6374-2016 de la Corte Superior de Justicia de Lima en materia de Acción de amparo sobre maternidad subrogada, “caso sociedad conyugal Francisco y Aurora contra la sociedad conyugal Fausto y Evelyn (Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, Sentencia N° 6374-2016, 2017)”, encontrándose los siguientes argumentos:

En el considerando sexto el juzgado resaltó que, cualquier persona que tenga problemas con su salud reproductiva tiene derecho a practicarse el tratamiento médico adecuado de su infertilidad, así mismo, a realizar otras acciones informadas y libres que sean conexos al ámbito de su salud. Por lo que, en este caso no solo está en conflicto el derecho a la intimidad o vida privada, sino también el derecho a la salud reproductiva, y el derecho al interés superior del niño, debido a que, la norma y jurisprudencia convencional al que todos nos encontramos sometidos por imperio de la ley, en el cual establece que el derecho a acceder a la salud reproductiva, sumado los derechos de la autonomía y la privacidad, reconocen la facultad de la mujer para que de manera informada pueda hacer uso de las técnicas científicas adecuadas para poder ejercer la paternidad, situación que no solo se puede llevar a cabo con el apoyo de la ciencia y la tecnología, sino también en casos especiales, con la intervención adicional e imprescindible de una tercera persona.

Como se puede apreciar de los argumentos expuestos por el juzgado, en el Estado peruano no existe una norma que regule el acuerdo de maternidad subrogada, lo que da lugar a que los jueces, cuando se encuentren con estos tipos de casos acudan a la jurisprudencia y normativa convencional, para poder garantizar los derechos de las partes en conflicto especialmente del niño. Hasta ahora en la normatividad peruana ha quedado claro que no existe una prohibición legal para celebrar un acuerdo de maternidad subrogada, lo que significa, que este acuerdo se encuentra permitido constitucionalmente; en ese sentido, este

tipo de acuerdo o contrato es válido, más aún si este método está reconocido en el ordenamiento convencional como parte del derecho que tiene toda persona a la salud reproductiva.

La maternidad subrogada debe ser regulada y vigilada por el Estado, como una forma más de acceder a la maternidad y la paternidad. Respecto a este punto (Robertson, 1995) indica que: "...la maternidad subrogada es una manera más para acceder a la paternidad y se unifica a las otras formas de acceder a la misma sin transmisión de aboengo genético..." (p. 39). Por ello el Estado debe cumplir con regular esta técnica cuidando a todos los intervinientes, fundamentalmente a la madre gestante quien viene hacer la parte más perjudicada, debido a que es ella quien tendrá al concebido durante nueve meses en su vientre, asimismo, se cuidara los derechos del niño que necesitan ser cautelados de forma especial.

Para la presente investigación hemos tomado como antecedentes los siguientes trabajos realizados en Post grado y Pre Grado, tanto a nivel internacional como nacional:

Pazmiño (2015). *La Maternidad Subrogada y la Seguridad Jurídica Patrimonial*. (Tesis de Maestría). Universidad Regional Autónoma de los Andes y Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador. En su trabajo de investigación llego a las siguientes conclusiones:

La Madre de alquiler es aquella mujer que acepta quedar embarazada mediante un acuerdo que hará con los padres de intención, en la cual ella tendrá por objeto engendrar con algunos de los métodos de la reproducción asistida, y cuando dé a luz al menor este será criado por los padres de intención o por una persona soltera (p.90).

Por otro lado, Ticse (2018). *La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana*. (Tesis de Maestría). Universidad de la Amazonia Peruana, Iquitos, Perú. Llego a la siguiente conclusión:

La pronta regulación de la maternidad subrogada, será fructífero para el sistema jurídico peruano, ya que existiría un marco normativo frente a esta práctica que tiene posiciones a favor y en contra (p.52).

Del mismo modo, Gutiérrez (2016). *Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homologa en el Perú*. (Tesis de Licenciatura). Universidad César Vallejo, Lima, Perú.

Al analizar el marco normativo Peruano se concluye que no existe una ley especial donde se regule las técnicas de reproducción asistida; que solo se cuenta con la ley general de salud, pero que resulta limitativo para la práctica de la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades (p. 126, 127 y 128).

Como **teorías relacionadas al tema** hemos **definido que es la maternidad subrogada y las controversias que existen en el orden conceptual**.

Partiendo del ámbito convencional (Mir, 2010) indica que: “la maternidad es entendida como un estado propio de la mujer, fruto de un proceso biológico o de una adopción” (p. 174).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, actualmente la ciencia y la tecnología reproductiva está dando otras posibilidades de poder ser madre, esto con el desarrollo de los métodos de reproducción artificial que dan nacimiento a nuevas formas para acceder a la maternidad.

Según López y Aparisi (2012) señalan que:

La maternidad subrogada, maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, entre otras nomenclaturas que se aluden a la solicitud que se hace a una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado (p. 257).

Asimismo, la maternidad subrogada para López et al. (2017, citado en Ortega, Álvarez, Ruiz y Sánchez 2018): “Se da cuando una mujer se presta a gestar un

niño, con el fin de entregarlo después del nacimiento a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad /maternidad” (p.1).

Es decir que a través de esta figura la madre contratada, es aquella que no tiene ningún vínculo de parentesco o teniéndola gesta al niño en su vientre para que luego de nacido se lo entregue a los padres de intención, entonces celebrar este tipo de acuerdo (maternidad subrogada) resulta una alternativa de solución para ejercer la paternidad, sobre todo para los convivientes y cónyuges que no pueden concebir sus propios hijos.

En otro orden de ideas (Souto, 2006) expresa que:

Se conoce como maternidad subrogada a la practica en donde una mujer gestara a un bebe, previo trato, nacido este la mujer tendrá que ceder todos los derechos a las personas que asumirán la paternidad (p. 182).

En el mismo sentido (Gómez, 1994) indicó que “...la maternidad subrogada tiene como fin un acto reproductor, porque la madre portadora al nacimiento del niño cederá todos los derechos de este a la madre de intención...(p.48)”.

Consideramos a la maternidad subrogada como una praxis que se basa en la decisión independiente e informada de personas adultas que ejercen sus plenos derechos civiles, sin dañarse ni dañar a terceros, motivo por el cual no puede objetarse y señalarse a las personas que ejerzan este método, porque mediante esta figura los padres de intención que tienen un problema de salud reproductiva pueden acceder a la paternidad (a través de la intervención de una tercera persona, llamada madre gestante) dándoles la alternativa de otorgar amor y los cuidados necesarios a sus hijos.

Por lo que se determina que el acuerdo de maternidad subrogada es válido, porque permite al ser humano cumplir con sus expectativas (que es formar una familia), pues le otorga la alternativa de concebir un hijo biológicamente suyo, a pesar que haya sido gestado por otra mujer.

## **Aspectos éticos en miras a la regulación del acuerdo de maternidad subrogada**

Regular jurídicamente la gestación subrogada hace frente a una problemática análoga debido a que hay países donde prohíben esta técnica y otros que lo permiten en términos más o menos amplios. Sin embargo, hay países que tienen prohibido acudir a esta técnica, pero hay personas que cuentan con capacidad económica y son solo éstas quienes van a otros países para satisfacer su deseo de ser padres. Entonces, el Estado que prohíbe la maternidad subrogada se encuentra con el dilema de que no consigue proteger el bien jurídico pretendido, y pierde la oportunidad de llevar a cabo esta técnica en su país con las garantías jurídicas que estime pertinente.

Para poder determinar si la figura de la maternidad subrogada resulta ser un acuerdo inmoral, debido a que los personas están fuera del ámbito comercial, o este acuerdo resulta ser válido, como una forma más de ejercer el derecho de paternidad y maternidad; vamos a partir desde el punto de vista de la autonomía de la gestante, toda vez que cuando se habla de Gestación Subrogada ya sea de forma altruista o comercial se suele acudir a la autonomía de la mujer gestante, porque es probablemente la clave principal de los problemas morales que suscita. En esa misma línea de idea, algunos especialistas señalan que los incentivos económicos pueden forzar la libertad y explotar a las mujeres pobres que no tienen recursos, mientras otros especialistas afirman que prohibir la Gestación Subrogada es un ejercicio de paternalismo inaceptable porque trunca la libertad de la mujer.

### **¿Autonomía o explotación de la gestante?**

Quienes se inclinan a favor de la maternidad subrogada, afirman que la mujer gestante debe tomar una decisión de forma libre e informada, asimismo sostienen que para una efectiva autonomía, se debe asegurar que la madre gestante no se encuentre condicionada

por componentes externos a la hora de que tome su decisión (Núñez, Feito & Abellán 2016, p.8).

Entonces, para poder afirmar que la Gestación subrogada es altruista sin fines de lucro es preciso corroborar que se haya recibido una información correcta, como una manifestación de libertad y voluntariedad, la misma que debe ser desde el inicio de la gestación, hasta el día del nacimiento, para que en ningún caso pueda negarse a entregar al recién nacido a la pareja que expresaron su voluntad de tenerlo (Núñez, Feito & Abellán, 2016, p.23).

El Comité de Bioética de España (CBE) señala que si se parte de la premisa de que “La mujer es dueña de su cuerpo y en el ejercicio de su autonomía puede disponer sus capacidades como quiera” (López et al., 2017, 25).

Por lo que no sólo sería lícito o válido que lo haga de manera altruista, sino que podría concebir a cambio de una contraprestación. Por otro lado, existe una diferencia entre dar una parte del cuerpo y gestar un feto, tras la cual el cuerpo de la gestante queda normalmente íntegro y en plenitud, aunque es cierto que gestar una vida no está exento de riesgos. Respecto a la comparación realizada con la prostitución, no es equiparable satisfacer un deseo erótico, para lo cual la prostituta usa su cuerpo, que gestar una vida para otra/s persona.

Respecto a la postura contraria a la gestación subrogada, donde consideran que esta técnica atenta contra la dignidad de la mujer y supone una forma de explotación, hay posiciones que defienden que la maternidad subrogada realmente no permite un verdadero ejercicio de la autonomía de la mujer gestante. Para (Guerra, 2017) “apelar sólo a la autonomía y obviar cuestiones relacionadas con la igualdad y la justicia no conduce a un verdadero entendimiento del fenómeno” (p.535). Por lo que no puede configurarse una verdadera libertad de decisión en la madre gestante sin tomar en cuenta su contexto, lo que conlleva en muchos casos a desigualdades de clase social, género o incluso de localización geográfica y geopolítica: “el ejercicio pleno de la autonomía de las personas sólo es posible desde condiciones de justicia e igualdad” (p.536).

## **La autonomía como proceso**

Según (Guerra, 2017) señala que: “invocar la autonomía para luego, acto seguido, suspenderla, es lógicamente contradictorio y éticamente aberrante pues liquida la propia autonomía como principio” (p. 536). La autora considera que el verdadero ejercicio de la autonomía supone un proceso continuo, es decir, a lo largo de la gestación y no sólo en referencia a la decisión, “La autonomía no puede cancelarse temporalmente, debe actualizarse en cada momento porque el consentimiento informado es un proceso y no un mero resultado” (Guerra, 2017, p.536). Por consiguiente, la autonomía de la madre gestante debe respetarse no sólo al tomar la decisión inicial sino también a lo largo del embarazo, e incluso debería respetarse una vez que haya nacido el bebé.

Existen dos vertientes sobre esta cuestión en los países europeos donde la gestación subrogada está permitida. En el Reino Unido se hace la entrega del bebé a los comitentes después de unas semanas. En Grecia, la tutela legal se firma al inicio del acuerdo, lo que supone que una vez nacido el bebé, la filiación pasa automáticamente a los comitentes. En el primer caso se permite a la gestante retractarse libremente de su decisión y conservar al niño una vez nacido si así lo decidiera. De esta forma se estaría disminuyendo el riesgo de explotación para la gestante, pero también se podría incrementar la inseguridad jurídica del recién nacido, ya que hasta que no acontece el parto y pasan unas semanas no podrá determinarse quiénes son los padres legales (López et al., 2017).

Núñez et al. (2016) indican que:

En cualquier caso y a pesar del celo que se ponga en cumplir todas las precauciones anteriores, los padres de intención deben saber que esta práctica puede traer ciertos riesgos que no se pueden evitar, lo que originaría que el proceso no se pueda terminar como estaba previsto y deberán asumir dichas consecuencias (p. 24).

## **Respecto a la Gestación subrogada comercial y altruista.**

La gestación Subrogada comercial, es aquella que se le paga una cuantiosa cantidad económica a la gestante, es legal en algunos países desarrollados, como algunos estados de Estados Unidos, Rusia, La India.

Mientras que la maternidad subrogada altruista cuando no se percibe una retribución o pago, sino sólo una compensación por los gastos que produce el embarazo o por la pérdida de ingresos (dejar de trabajar), como en el caso del Reino Unido etc. Por lo que surge la pregunta sí ¿Es lícito comercializar con el propio cuerpo? ¿Es lícito no ofrecer ningún tipo de compensación económica o de otros tipo?.

Según (Núñez et al., 2016), sostiene que “No debe haber un pago por someterse a esta práctica, sino una indemnización económica por las molestias, que incluye desde luego gastos médicos relacionados con el embarazo que no tenga cubiertos” (p. 24).

Asimismo, hay argumentos de peso en contra de la gestación Subrogada comercial, también hay argumentos a favor. En primer lugar, la idea liberal de que una persona puede ser libre para decidir las actuaciones realizadas sobre su cuerpo. Así lo hace quien dona un órgano, del mismo modo hay argumentos que apoya la maternidad subrogada comercial, fundamentando “que es lícita, tanto si es altruista como comercial, siempre que excluya la explotación de la mujer gestante, porque la mujer es dueña de su cuerpo y en el ejercicio de su autonomía puede disponer de sus capacidades como quiera” (López et al., 2017).

Asimismo, argumentan que no existe ningún impedimento moral para que lo haga con el fin de recibir alguna retribución. Partiendo desde esta perspectiva argumentan también que el abuso de las mujeres gestantes se podría contrarrestar integrando el pago en una normativa legal internacional.

Muchos tratadistas aceptan la maternidad subrogada siempre y cuando se realice de manera altruista, ya que de esta forma no se estaría explotando a la madre portadora; entonces, su consentimiento sería realmente libre, porque no dependería quizás de una necesidad económica. Esta es la forma de gestación

por sustitución propuesta que en nuestra investigación pretendemos incorporar para legalizar esta figura en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

A lo largo de esta revisión de los argumentos en contra y a favor sobre licitud ética que existe en torno a la gestación por sustitución se puede resumir lo siguiente.

La mayoría de los autores se muestran a favor de esta práctica y los detractores entienden que subrogación comercial incurre en un mayor riesgo de vulneración de la gestante y, por tanto, debe situarse fuera del terreno de las consideraciones éticas. Por esta razón, el debate ético debe centrarse en la maternidad subrogada altruista de la cual se desprenden tres problemáticas principales, el primero, conflictos con el principio de autonomía de la gestante; segundo, conflictos entre altruismo, igualdad y justicia global; tercera, la existencia de un derecho a la maternidad y paternidad.

En cuanto al primer punto los argumentos a favor consideran que el hecho de que la gestante tenga una motivación altruista evitaría su explotación y su consentimiento sería realmente libre. En contra se posiciona la idea de que las gestantes altruistas escasean en los países desarrollados y que para poder asumir la demanda se terminará acudiendo a gestantes de países subdesarrollados. Esto enlaza con el siguiente punto que alude a la vulnerabilidad de la mujer pobre que puede ser presa de explotación o, cuanto menos, la falta de certeza sobre la elección libre de la gestante. Las posiciones a favor, consideran estos riesgos y asumen que la prohibición absoluta de la práctica justo podría acrecentar estos peligros (la creación de un mercado negro). Finalmente, el punto tres lleva a la consideración de que no debería hablarse de un derecho, sino de un deseo de maternidad y paternidad. Este deseo, que de no ser cumplido puede generar sufrimiento, debe atenderse en la medida de las posibilidades técnicas bajo un principio de compasión que todo profesional de la salud debe asumir en su práctica.

Dar contestación a estos problemas éticos a través de distintos argumentos podrá legitimar mejor la postura a favor o en contra en torno a esta técnica. Sin embargo, es fundamental dejar claro que en bioética no es prudente reducir los fenómenos a la postura maniquea de si la técnica es buena o mala, entonces se puede estar

a favor o en contra, ya que siempre debe apelarse al caso particular a la hora de tomar la mejor decisión.

Que, según nuestra apreciación, consideramos que celebrar un acuerdo de maternidad subrogada, previo consentimiento por parte de la madre gestante de forma altruista sería válido, ya que lo único que se quiere conseguir mediante esta figura es ejercer un derecho innato fundamental, que es fundar una familia a través de lazos consanguíneos, haciendo uso de los avances científicos en salud reproductiva.

Rospigliosi (2013) indica que **las formas de maternidad subrogada** serían cuatro: “La madre Portadora; La madre Sustituta; La ovodonación y la embriodonación (p.442)”.

El presente trabajo se ha ceñido a analizar solo la maternidad Subrogada parcial también llamada por la doctrina madre portadora, porque justamente está dirigido a los cónyuges y uniones de hecho que a pesar de haber agotado todas las vías para poder procrear, no lo han podido lograr, quedando como última alternativa hacer uso de la práctica de maternidad subrogada, en donde ambos esposos y convivientes aportarán, tanto el ovulo como el espermatozoides, las mismas que serán implantadas en el útero de una tercera persona.

Las **causas para que se produzca un acuerdo de maternidad subrogada**, se deben a diferentes situaciones. La infertilidad es la causa más evidente, y va a depender de la capacidad de su óvulo para la fecundación, es por ello que la madre de intención podrá escoger o no por usar el material genético de la gestante.

También se puede dar el caso de que una mujer haya decidido no quedar embarazada, no porque no pueda sino porque ella no lo desea, pero si desea tener un hijo con sus rasgos. Por otro lado, quizás puede darse el caso de una mujer que haya fallecido, pero esta dejó un embrión congelado que necesita de un habitáculo de gestación.

Pero es que, además la gestación por vientre de alquiler se debe considerar como una gran oportunidad de satisfacer el anhelo de ser padres tanto para hombres como mujeres.

Desde otra perspectiva, se debe también tomar en cuenta las causas que empujan a la otra parte del acuerdo a gestar un hijo de otra mujer; pudiendo ser causas económicas, por caridad u otra circunstancia.

**El acuerdo de maternidad subrogada como última ratio** se genera cuando los cónyuges y convivientes optan por celebrar este acuerdo para poder acceder a la maternidad o paternidad, debido a la imposibilidad de procrear.

Según (Villalobos, 2012) “la Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la infertilidad como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (p .1).

Este es principal motivo, que determina la eficacia de los procedimientos de fecundación in vitro y la inseminación artificial asistida. Es cierto que la mujer al tener acceso al ámbito de trabajo, académico deciden ser madres en una edad más avanzada.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que a veces ni con los procesos de fecundación in vitro, ni por vía natural se puede lograr ser padres biológicos lo único que queda es concurrir a la alternativa de la maternidad subrogada. Esta opción, tal como se dijo, posibilita gestar el feto que se ha conseguido como consecuencia de fusión del material genético de una pareja heterosexual en el útero de una mujer distinta (que no es su esposa o conviviente), con la finalidad de adquirir un hijo con vinculo consanguíneo.

Para poder someterse a la práctica de los métodos de reproducción asistida, a través del proceso de maternidad subrogada, es obligatorio que todos los que intervengan expresen su **consentimiento expreso e informado de querer someterse a dicha técnica.**

Según Balarezo (1999) citado por Lucia Marín (2013, p. 30) indica que: “el consentimiento informado es una prueba que el procedimiento al cual va a ser sometido el paciente, le ha sido explicado en forma clara y que éste dio su autorización para llevarlo a cabo”.

Es por ello que es fundamental que cada etapa posea un formato, la misma que debe estar escrito en un lenguaje simple que pueda ser comprendido por personas comunes que no tienen un conocimiento biomédico, para que de esta manera sepan cuáles serán los posibles riesgos, resultados y consecuencia, esto en el sentido de proteger a la mujer que va a gestar al concebido, asimismo al niño que va a nacer para luego ser entregado a los padres de propósito.

En el **marco normativo internacional** sobre maternidad subrogada tenemos las siguientes posiciones:

**Países que no tienen una regulación expresa sobre el acuerdo de maternidad subrogada**, son los países de Latinoamérica que aún no han regulado esta figura:

**En la Constitución de la Nacional Argentina Art. 75, Inciso 23; se aprecia que:**

No está regulado de manera expresa el acuerdo de maternidad subrogada, sin embargo, deja una puerta abierta al momento de precisar, que el Estado promueve las medidas de acciones positivas, y que se obliga a dar acceso a los métodos de reproducción asistida, la misma que da a entender que cualquier persona que tome acciones positivas, para hacer uso de sus derechos en la normatividad argentina es tutelado por la constitución, hace referencia que si una persona decide seguir un tratamiento de salud reproductiva, con la finalidad de poder concebir ya sea a través de su propia persona o a través de otra, con el objetivo de ejercer un derecho fundamental que es la paternidad consagrado en la constitución argentina, es amparado y garantizado por el derecho argentino.

**El (Código Civil Chileno, 1998, art. 182)** dispone que “los padres del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida son el hombre y la mujer que se subyugaron a estas técnicas. No podrá impugnarse la filiación, ni reclamarse una distinta (p.182)”.

Como se puede apreciar, el código civil chileno sólo trata de establecer las consecuencias de la filiación, que se origina de la práctica de las técnicas de reproducción asistida, pero no que alcances y límites tendría. Cabe señalar que, de la lectura de la norma descrita, se puede dar varias conclusiones: Se descarta cualquier efecto de filiación respecto del hijo que nació haciendo uso de esta técnica, asimismo la norma señala hombre y mujer, en este punto la norma chilena está haciendo referencia que están permitidos a someterse a los métodos de reproducción asistida tanto las parejas matrimoniales como las uniones de hecho entre un varón y una mujer. Y cuando se refiere ni reclamarse una distinta, en este extremo, esta que reconoce que puede intervenir un tercero para se lleve a cabo la procreación.

#### **Países que aceptan la maternidad subrogada de forma remunerativa:**

**Rusia** lo tiene regulado en el Código de Familia de la Federación de Rusia (Código, 1995). Lamn (2012) resalta el artículo 51 de este código, donde establece que:

Los cónyuges que hayan dado su aprobación de manera escrita para la asiduidad de la fecundación in vitro se registraran en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su aprobación de manera escrita para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán registrados como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (p. 16).

Asimismo (Lamm, 2012) Indica que:

En Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener una buena salud psíquica y somática. Sólo se admite la gestación por sustitución gestacional (p. 17).

**La Constitución de los Estados Unidos de América (Const., 1971, enmienda X)**, indica que: “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, quedan reservados a los estados respectivamente o al pueblo” (p.11).

En base a este artículo, los distintos Estados han ido regulando sus propias normas, es por ello que actualmente en este país no existe una Ley federal que se aplique en todos los Estados, hay relaciones estatales que permiten el acuerdo de maternidad subrogada, como otros Estados que prohíben de manera expresa esta práctica, Entre los que la condenan de manera expresa se encuentran Arizona y Columbia y Michigan, asimismo hay Estados que permiten el método de la maternidad subrogada, así como Nueva York y Nebraska que solo prohíben estos acuerdos cuando de por medio hay una retribución. Texas y Utah, permiten este convenio, pero exige que dicho acuerdo sea aceptado por un juez., y solo lo pueden celebrar las parejas heterosexuales casadas, en donde la mujer no pueda concebir o llevar a cabo la gestación. Incluso habido resoluciones donde el juez ha determinado la filiación a favor de los padres de intención bajo la ley que existe, siempre y cuando las partes hayan llegado a un acuerdo, también hay Estados que permiten este método de manera amplia, donde la madre gestante recibe una compensación por haber alquilado o prestado su útero o haber aportado su óvulo por ejemplo, California, Virginia, etc. El Estado de California es el más liberal en practicar este método, en donde las parejas logran acudir a la maternidad subrogada, incluso existe agencias particulares. Una de las más importantes en este campo es por ejemplo Center for Surrogating Parenting, que ofrecen servicios médicos y legales necesarios para poder llevar a cabo el proceso de procreación.

Por otro lado el Estado de **Florida – Estados Unidos (Estatuto 2019, título XLIII)** establece que:

La gestación subrogada se debe ser vinculante y ejecutable entre las partes. El sustituto gestacional debe tener 18 años o más y la pareja que comisione esté legalmente casada. La madre subrogada no podrá llevar un embarazo, si este le causaría riesgo para su salud física. El sustituto gestacional acepta someterse a una evaluación y tratamiento médico razonable y a seguir instrucciones médicas sobre su salud prenatal. El sustituto gestacional acuerda renunciar a cualquier derecho parental sobre el niño. La pareja encargada se compromete a aceptar la custodia y asumir todos los derechos y responsabilidades parentales sobre el niño después del nacimiento, independientemente de cualquier problema del niño.

Requisitos del acuerdo: Se hará por escrito. Se someterá a la transferencia de embriones. Se deberá entregar la custodia física del niño resultante al padre o padres previstos inmediatamente después del nacimiento del niño (p.1).

**Ucrania**, el acuerdo de maternidad sustituta es una institución legal. Es así que el Código de Familia Ucraniana describe que la gestación subrogada comercial está autorizada, a pesar que no hace referencia alguna sobre el acuerdo de gestación sustituta en sí mismo, sobre sus efectos y el proceso en sí mismo.

**El Código de Familia de Ucrania (Código, 2002, art. 132.2)** indica que: “Una vez que en el cuerpo de otra mujer se transfieran el embrión humano concebido por los esposos (hombre y mujer) en virtud de aplicar técnicas de reproducción asistida, los padres del niño serán los esposos” (p.24).

De esta forma, una vez que las partes prestaron su asentimiento para someterse a las TERAS, los esposos ejercerán de manera ilimitada sobre el menor nacido producto de la dicha técnica la patria potestad. De esta manera queda claro que, tanto la madre gestante como el marido de ésta deben declarar de manera expresa su renuncia a ejercicio de la custodia del menor nacido de la gestación para que sea cuidado y educado por los padres de intención. Entonces nos damos cuenta que Ucrania impide alguna posibilidad de que la gestante en algún

momento quiera pedir la filiación del nacido con material genético de los padres de intención.

**Países que reconocen el acuerdo la maternidad subrogada de forma altruista:**

**El Código Civil de México Estado de Tabasco (código civil, 1997) en su artículo 92 establece que:**

Cuando los niños sean nacidos mediante la técnica de maternidad subrogada (intervención de una tercera persona), la paternidad recaerá en los padres que contrataron esta técnica, ya que esta acción implica la aceptación de la paternidad (p.19,20).

El estado de Sinaloa Órgano Oficial del Gobierno del Estado (Ley de Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada, 2013), entiende a la maternidad subrogada como:

La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gestara por nueve meses el producto fecundado por un hombre y una mujer, esto debido a que la mujer tiene imposibilidad física para gestar u otros, la relación con esta tercera persona concluye con el nacimiento del bebe (p.55).

**Brasil**, tiene un principal presupuesto para que se pueda hacer uso de los métodos de fecundación artificial es la gratuidad como sinónimo de legalidad, pues en este país se condena de manera expresa el carácter lucrativo, a pesar de no existir una ley expresa.

El Consejo Federal de Medicina (La Resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121,2015, art. 1-2) indica que:

El proceso debe darse de manera altruista. La gestante deberá tener hasta cuarto grado de consanguinidad con los padres de intención. Ni la madre de intención ni la gestante subrogada pueden superar los 50 años. La

madre de intención debe tener un problema médico que impida o contraindique la gestación. Las parejas homosexuales también pueden tener descendencia por este método (p.6).

**Israel:**

La Junta de Aprobación de Acuerdos de Transporte de Feto (Israeli Embryo Carrying Agreement Act 5756, 1996) indica que:

Los comitentes deben ser pareja, casada o no, de hombre y mujer, debiendo acreditar ésta su infertilidad o incapacidad de gestar, Sólo aceptará pagos mensuales a la gestante cuando se trate de cubrir gastos derivados de la realización acuerdo, el material genético utilizado sea de la madre comitente o de otra mujer, que no puede ser la gestante, la madre portadora debe tener entre 22 y 38 años, y ser soltera o divorciada, no debe haber actuado más de dos veces como gestante, el embarazo tiene que provocarse en un hospital público autorizado, los comitentes deben iniciar el procedimiento para obtener una orden parental, la gestante no puede resolver el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio en las circunstancias que lo requiera (p.1).

De esta manera la Ley Israelí exige que el material genético que se va a utilizar sea de la madre contratante o de otra mujer, pero no puede ser de la mujer gestante, y el espermatozoide del comitente, caso contrario el hijo será ilegítimo. Es decir, que la madre que va a gestar el niño no puede tener ninguna relación o vínculo de parentesco. También exige que esta debe tener de 22 a 38 años de edad, y deberá ser soltera o divorciada, asimismo deberá tener como mínimo un hijo propio máximo tres, que haya celebrado este tipo de convenio por primera vez, de una vez celebrado el acuerdo la madre gestante no podrá resolver el contrato.

**Portugal** (Ley de Reproducción asistida, 2006, art. 8) indica que:

Es cualquier situación en la que una mujer está dispuesta a tener un embarazo por otro y a entregar al niño después del parto, renunciando a

los poderes y deberes propios de la maternidad. La conclusión del negocio legal solo es posible de manera excepcional y gratuita, en situaciones clínicas que lo justifican. La mujer sustituta no puede, ser donante de ningún ovocito utilizado. La ejecución requiere la autorización previa del Consejo Nacional de Procreación con Asistencia Médica. Se prohíbe cualquier pago de los beneficiarios a la mujer de reemplazo por el embarazo del niño, excepto el monto correspondiente a los gastos que surgen del monitoreo de la salud realmente proporcionado. El niño nacido a través del uso de un embarazo sustituto se considera hijo de los respectivos beneficiarios. (p.2).

(Albert, 2017) Indica que:

**Reino Unido**, es el país con mayor recorrido histórico en la legalización de la subrogación uterina. No obstante, cabe señalar que no es el único de los países UE que ha dotado de validez jurídica a este tipo de contratos. (p. 186-87).

Como podemos ver que hay algunos países de la Unión Europea que admiten esta práctica de la maternidad subrogada, pero de una manera limitada o restringida, ya que solo permite que se celebren estos tipos de acuerdos siempre y cuando sea altruista, que no medie una compensación por haber gestado al niño o haber aportado el ovulo y gestado, asimismo se aprecia, que para que sea válido estos convenios exige que sea celebrado solo por matrimonios o parejas heterosexuales.

### **Situación legal actual en el Perú sobre el acuerdo de maternidad subrogada.**

En nuestro país no hay una norma que permita o prohíba celebrar el acuerdo de maternidad subrogada, según la **Constitución Política del Perú (Const., 1993, art. 6)** establece que: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir” (p.3).

Es decir, la Constitución protege a la familia, unión de hecho y matrimonio. No es delito la aplicación de las TERA, mediante acuerdo de maternidad subrogada porque tendría que estar tipificado en una ley. Asimismo, nuestra Constitución resalta el derecho de decidir, como parte del derecho de la libre determinación, con el fin de ejercer el derecho de la paternidad y formar una familia de manera responsable.

Asimismo, en la **Ley General de Salud (Ley N° 26842, 1997, art. 7)** en su artículo 7 establece que:

Acceder al tratamiento de su infertilidad es derecho que tiene toda persona, además haciendo uso de las técnicas de reproducción asistida podrá procrear, siempre que la madre gestante y madre genética recaiga sobre la misma persona. Para que se pueda aplicar esta técnica de reproducción asistida, tiene que haber un previo consentimiento de los padres genéticos y por escrito (p.4).

Como se puede apreciar la norma citada solo permite la procreación mediante el uso del método de reproducción asistida, siempre y cuando la madre gestante y madre biológica recaiga sobre la misma persona, previo consentimiento de los padres genético, pero la misma norma no prohíbe la posibilidad de poder a través de estas técnicas procrear un hijo, pero tampoco lo permite dando lugar un vacío legal normativo.

La política peruana no se hace ajeno a esta figura, pues existe interés e intención de regulación y aplicación, con la finalidad de suplir un vacío normativo. “El Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR, presentado por el Congresista Vicente Antonio Zevallos Salinas”, tenía como objetivo proponer regular la figura de la maternidad subrogada (maternidad sustituta parcial altruista) como un nuevo modelo de maternidad.

Lo que buscaba esta propuesta legislativa era modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley 26842, y así poder incorporar la forma de maternidad subrogada parcial (de forma altruista). Asimismo, el documento, hace referencia

a la finalidad del proyecto en su apartado 3, explicando que su enfoque es el fortalecimiento de la familia, es decir, que se va a respetar el derecho que tiene toda persona a constituir una familia, así como el derecho a acceder a los métodos de reproducción artificial, todo esto sin afectar el derecho de terceros. El proyecto contempla una extensión del artículo 7º de la Ley 26842 con el siguiente texto modificatorio:

El acuerdo de la maternidad subrogada parcial y altruista se efectuará con la aportación del material biológico femenino y el gameto masculino para su concepción, mediante el método de reproducción asistida los cónyuges y uniones de hecho que tienen la voluntad de procrear puedan concebir su propio hijo, donde el embrión será implantado en el vientre de una persona (mujer) que de manera gratuita aceptará el embarazo del nuevo ser.

Esto quiere decir que solamente se permite la subrogación gestacional, cuando se fusionarían espermatozoide y óvulo a través de los métodos de fecundación artificial en el útero de la mujer subrogada.

Asimismo con fecha 18 de septiembre de 2018, la congresista “Estelita Sonia Bustos Espínola, presenta un nuevo proyecto de ley N° 3404-2018-CR, que tiene como finalidad cambiar el artículo 7 e incorporar el artículo 7-A, a la ley N° 26842”, de la ley general de salud, con el único objetivo de poder evitar vacíos legales, debido que actualmente solo puede recurrir a las técnica los sujetos que tengan problemas de infertilidad, es decir, que la madre gestante y la madre biológica sean las mismas personas o terceras personas cuando elijan colaborar con el método de reproducción asistida, además este proyecto establece las condiciones y requisitos que deben cumplir las personas que de manera voluntariamente acceden a la maternidad subrogada de manera solidaria y sin que exista una contraprestación de por medio.

Por otro lado Aguilar (2010) indica que “la regulación del acuerdo de la gestación subrogada sería totalmente viable y necesario lo más pronto posible, ya que no

se debe vulnerar los derechos sexuales y reproductivos de una mujer o pareja con problemas de fertilidad” (p.32).

Además Varsi (2001, citado en Medina, 2017) expresa que “existe la urgente necesidad de que se dicte una norma especial que norme a las técnicas de reproducción asistida, debido a que deja una posibilidad abierta para traficar con menores” (p.47).

Existe un **vacío legal o laguna jurídica** en nuestra legislación peruana no encontramos una regulación expresa respecto a la maternidad subrogada, dando lugar a un problema normativo al momento que se presentan una situación o caso respecto a este tipo de práctica, ¿pero qué se entiende por vacío legal?, se entiende por vacío legal a la falta de regulación en una materia o situación determinada, y con ello se obliga a los operadores de justicia (jueces, abogados, fiscales, secretarios judiciales, etc.) a tener que aplicar técnicas sustitutivas para suplir ese vacío y poder impartir justicia.

Para llenar este vacío legal los operadores de justicia utilizan habitualmente las siguientes herramientas: aplican el derecho supletorio, que son aquellas normas que pueden regir situaciones que no son de su competencia pero están obligadas hacerlo debido que esa rama de derecho no tiene regulado tal situación; principios del derecho, son las directrices de la organización jurídica es decir los que dan sentido a la norma; analogía, los operadores de justicia pueden aplicar una norma a un supuesto de hecho distinto del que contempla, basándose en la similitud entre ambos supuestos y la interpretación extensiva, se busca un alcance más amplio de la norma interpretada.

Las **Consecuencias del vacío legal**, según López (2018):

Precisa que, ante una falta de regulación y el amplio contenido del vientre de alquiler, fomentaría esta práctica como un medio adecuado para la comisión del delito de trata de personas, dando lugar a un mercado negro de vientres de alquiler que implique la explotación de las mujeres y su utilización como máquinas reproductoras, aprovechándose de sus

necesidades y nada va impedir que también se abra un mercado para de comercialización de niños, gestados en vientres de alquiler, sin ninguna posibilidad de poder determinar su filiación (p.1).

Rodrigo (2017) señala que el **turismo reproductivo**:

Se identifica cuando una pareja tiene un problema con su salud reproductiva y el tratamiento de reproducción asistida que permite solucionar su problema no está legalmente aceptado en su país, viajan a otro lugar donde si esta aceptado en busca del deseado embarazo (p.1).

Sobre la **Impunidad en la maternidad subrogada**, Bonet & Alija (2009)

determina que:

La impunidad no sólo puede ser de hecho, por una mala administración de justicia por causas internas como la parcialidad de jueces, o externas como la obstrucción de otros poderes públicos; sino de derecho, por normas que impiden o limitan la investigación o persecución penal (p.3).

**En la jurisprudencia comparada analizaremos los siguientes países:**

**Colombia**, en su legislación aún no se encuentra regulado el acuerdo de maternidad subrogada.

Sin embargo, la (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-968, 2009) indica lo siguiente:

Caso (Salomón y Raquel vs Sarai) en este caso, se reconoce que la maternidad subrogada es un acuerdo y por lo tanto debe ser reconocida como una práctica legal. Según el marco normativo colombiano, no existe una prohiba de manera expresa celebrar estos tipos de acuerdos; asimismo la doctrina ha establecido que según el Art 42– 6 de la Constitución Nacional, permite utilizar este método de subrogación, ya que este prescribe que los hijos nacidos en el matrimonio o externamente, ya sea adoptados o concebidos de manera natural o con ayuda científica reproductiva, tienen los mismos deberes y derechos”. Por lo que los nos llevan a pensar que estos métodos de reproducción asistida están

permitidos jurídicamente. En esta sentencia la Corte Constitucional hace referencia a la maternidad subrogada en los siguientes términos: “que es el acto reproductor que va a dar origen al nacimiento de un bebé gestado por una mujer que se encuentra sujeta a un pacto, mediante el cual tendrá que renunciar a todos sus derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer quien figurará como madre legal de éste. Se trata del caso donde la madre sustituta no aportó sus óvulos”. Asimismo, concluye que cuando el niño nazca la madre gestante tendrá que entregar al bebé a los padres que tuvieron la voluntad de procrear y además por que asumieron con todos los gastos durante el embarazo y pagaron por la gestación (p. 10).

Todo esto porque se quiere asegurar que los padres de intención sean los que deben dar el material genético, y la madre portadora no brinde material genético para la procreación; y solo de esa forma poder otorgar a los contratantes todos los derechos a la relación filial con respecto al menor.

La sentencia señala que el derecho principal que está en juego, encuentra respaldo y reconocimiento en el Derecho Internacional a través del principio del interés superior del menor, contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo N° 3, Inciso 1 UNICEF - Convención sobre los derechos del niño (1989) indica que:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (p. 7).

Asimismo, la corte precisa que la maternidad subrogada no está previsto en el sistema legal colombiano pero tampoco existe una prohibición expresa, en el artículo 42.6 de la Constitución Colombiana existe un vacío normativo que permitió que se desate que los hechos y decisiones tan dañosas e irreparables de los derechos esenciales de los menores involucrados se vean afectados. Además, señala que hay una la necesidad urgente de regular esta práctica para evitar, que

utilicen este método con ánimo lucrativo entre las partes firmen este acuerdo de este tipo, lo que resulta ser un fallo de trascendencia para el Estado Colombiano, que dentro de su jurisprudencia se sienten argumentos proponiendo de manera urgente y de necesidad regular el acuerdo de maternidad subrogada.

Lo que se rescata de esta sentencia son tres puntos, que al resolver la corte hace referencia que debe primar el interés superior del menor, asimismo reconoce que el Estado Colombiano no existe una norma que permite o prohíba el acuerdo de maternidad subrogada, dando lugar a un vacío legal normativo, además en la misma sentencia hace referencia, que es de necesidad urgente regular este tipo de práctica para evitar el uso desproporcionado, permitiendo que las partes que celebran este tipo de acuerdo puedan lucrar haciendo uso de los métodos de reproducción asistida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también planteo jurisprudencia en el caso **Costa Rica vs Artavia Murillo** (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica vs Artavia Murillo, 2016) la Corte expreso que:

Costa rica era responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagradas en la Convención Interamericana (p. 15).

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la protección jurídica al concebido empieza a partir de la anidación del huevo o cigoto en el útero materno y no de la fecundación del óvulo por espermatozoide” (p.24).

El artículo N° 6 ONU - Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (1981) establece que: “las mujeres pueden decidir cuantos hijos tener, el intervalo entre ellos y tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (p.6).

Según Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Este derecho se ve vulnerado cuando una mujer no puede acceder a controlar su fecundación; por ello el derecho a la protección de la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos (Artivia Murillo vs. Costa Rica, 2012, p. 53).

Como podemos darnos cuenta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la salud reproductiva, precisando que toda persona tiene derecho a acceder a tratarse si tuviera problemas con su salud reproductiva, asimismo señala que este derecho está ligada con el derecho a la autonomía reproductiva, y al derecho de decidir y hacer uso de los avances de la ciencia en materia reproductiva, además que los Estados deben facilitar su acceso y ejercicio.

**Argentina**, en argentina Juzgado de Familia de la ciudad de Mendoza resolvió el caso de (*“A.V.O., A.C.G. y J.J.F. s/ Medida autosatisfactiva - Acción declarativa de filiación” del año 2015*), donde una pareja se contactó con una mujer mayor de edad de la ciudad de Mendoza que tenía dos hijos propios, la mujer estaba dispuesta en llevar a cabo el embarazo de un embrión fecundado in vitro con el óvulo y el semen de los cónyuges o padres de intención. Procedieron a suscribir el contrato con fecha 29 de abril de 2014. La mujer gestante ha sido sometida a estudios médicos y psicológicos con el objetivo de comprobar si se encontraba apta para practicarse el proceso. Dicha atención se prolongó durante el embarazo, el bebé nació el 9 de enero de 2015, en el Hospital Español de Mendoza, donde el médico procedió a extender certificado de nacido vivo a nombre de la mujer gestante, más adelante, los padres de intención inician una acción judicial con la finalidad de que se los reconozcan y se inscriban como hijos propios del niño nacido. El juez resolvió a su favor, y ordenó que se inscriba al niño como hijo propio del matrimonio.

Como podemos apreciar de los fundamentos del presente fallo, donde el juez ha dado prioridad principio del interés superior del niño, señalando que venir al mundo como a través de una gestación por sustitución, ello no implica que no se deba tutelar el derecho a una filiación e identidad legal, de lo contrario se debe reconocer el vínculo con sus padres que expresaron su voluntad de querer ejercer su derecho a la paternidad, que si bien existe una omisión en el tratamiento del tema en la legislación nacional de Argentina , pero eso no implica que se deba privar a los niños que nacen utilizando este método de una filiación, de llevar un nombre y una nacionalidad, ni se los puede obligar a vivir con una familia que no tuvo la voluntad de ser su padre o madre.

**Nuestra jurisprudencia peruana** no es ajeno a este tema, ya que en muchas oportunidades se ha pronunciado a favor de esta práctica, tomando en cuenta el principio superior del niño, el vacío legal normativo, además, haciendo un control de convencionalidad de la norma. Como por ejemplo tenemos las siguientes sentencias, tanto en la corte suprema como del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima.

**Tabla 1: Jurisprudencia peruana sobre maternidad subrogada.**

<i>Expedientes</i>	<i>Partes</i>	<i>Caso</i>	<i>Ius decidendi</i>
Casación N° 563-2011, Lima.	“Las partes son: el matrimonio formado por doña Dina Palomino y don Giovanni Sansone padres de intención, la madre gestante (Isabel Castro)”.	Maternidad subrogada	“Fundamentos 4 y 5, la corte suprema se funda en el principio del interés superior del niño. Por lo tanto el acuerdo de maternidad subrogada es válido”.
Expediente N° 06374-2016.	“Las partes son: la sociedad conyugal conformada por Francisco y Aurora, la sociedad conyugal conformada por Fausto y Evelyn”.	Maternidad subrogada	<p>“Fundamento sexto, preciso que Los derechos fundamentales a la salud reproductiva. la normativa convencional sí reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad.</p> <p>Fundamento noveno, no existe ninguna norma con rango de ley que establezca una prohibición de celebrar acuerdos de maternidad subrogada.</p> <p>Fundamento décimo segundo, el interés superior de los menores”.</p>

Fuente: propia

En el presente proyecto para abordar nuestra investigación nos hemos formulado el siguiente **problema**: ¿Cuál es la necesidad de regular el acuerdo de maternidad subrogada en el Perú?.

La **justificación** de esta investigación tiene varios ámbitos, justificación teórica, debido a que es una nueva teoría, es práctica porque va a solucionar un vacío legal que existe en el tema de maternidad subrogada y es metodológica porque se va usar un instrumento para la recolección de información verídica. Además, de ello tiene una justificación social porque ayudará a las personas que tiene problemas en procrear a convertirse en padres.

Asimismo, **objetivo general** que nos hemos propuesto es, determinar cuál es la necesidad de regular el acuerdo de maternidad subrogada en el Perú; asimismo el presente trabajo tiene como **objetivos específicos** los siguientes: analizar las consecuencias negativas del vacío legal sobre maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico, analizar la jurisprudencia nacional e internacional sobre el tratamiento del acuerdo de maternidad subrogada, determinar las condiciones y requisitos para regular el acuerdo de maternidad subrogada.

## **II. Método**

### **2.1 Tipo y Diseño De Investigación:**

La investigación es de tipo descriptiva de enfoque cualitativo, es un estudio de casos de diseño no experimental, de un corte transversal (porque los estudios de la investigación se realizan en base a hechos y fenómenos reales, que se da en un momento determinado).

### **2.2 Escenario de estudio:**

Es toda relación jurídica donde se corrobore la participación de una sociedad conyugal o unión de hecho con una tercera persona (mujer), quien vendría hacer la madre portadora durante la gestación.

### **2.3 Participantes:**

Son todas las sociedades conyugales o uniones de hecho, que no pueden tener hijos a pesar de haber utilizado todos los procedimientos médicos; la madre portadora, aquella tercera persona que tendrá en su vientre al concebido durante el tiempo de gestación, para luego de nacido ser entregado a sus padres de intención; expertos en derecho constitucional (1) y magistrados especializados en Derecho de familia (4), abogados especializados en civil y familia (4) quienes nos apoyaran aportando sus conocimientos sobre maternidad subrogada y su posible regulación.

### **2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos:**

Se seleccionaron las siguientes técnicas e instrumentos de investigación científica para tener una información más acertada del tema: el análisis de documentos, esta técnica fue usada en la indagación de resoluciones judiciales, ya que permite tener una información más exacta, estructurada, manejable y así poder distinguir la información jurídica más relevante sobre maternidad subrogada; el fichaje, se utilizó para la revisión bibliográfica de nuestra investigación, pudiendo así tener

los puntos a favor y en contra de diferentes expertos sobre maternidad subrogada; la entrevista, se utilizó para recabar las apreciaciones y posturas de juristas especialistas en el tema y de los operadores de justicia.

**Tabla 2: Cuadro de categorización.**

CATEGORIAS	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN OPERACIONAL	SUB CATEGORÍA	INSTRUMENTO
Maternidad subrogada	Según (Rodríguez & Martínez, 2012) dice que: “La maternidad subrogada es una figura consistente en la intervención de otra persona en el proceso de procreación, siendo esta tercera persona la mujer que desarrollará la función gestacional; además, podrá aportar su material genético mediante la donación de óvulos” (p.35).	La maternidad subrogada es el procedimiento mediante el cual una tercera persona interviene de forma voluntaria y altruista para hacer posible la procreación, es esta sin tener ningún vínculo consanguíneo tendrá durante 9 meses al concebido en su vientre, para que luego el nacido sea entregado a los padres de intención.	Jurisprudencias y Bases doctrinales en el Perú.	Análisis documental y la entrevista.
			Jurisprudencia comparada y doctrina.	Análisis documental y la entrevista.
Ordenamiento Jurídico Peruano	Según la (Real Academia Española, 2000) señala que es un: “Conjunto de reglas escritas, principios y valores que regulan la organización del poder, las relaciones con los ciudadanos y las garantías de los derechos y las relaciones entre estos, así como ordenan las políticas públicas en beneficio del interés general” (p.1).	Es un conjunto de normas, principios y valores, que limiten el poder de un Estado de derecho, para poder convivir en paz social.	Regulación legal (vacío legal)	Análisis documental y la entrevista.
			Condiciones y requisitos para regular la maternidad subrogada en el Perú.	Análisis documental y la entrevista.

Fuente: propia

## **2.5 Método de análisis de información**

Esta investigación utilizó el análisis de documentos, la tabulación donde se plasmó la jurisprudencia, análisis de casos y las encuestas que realizamos a especialistas en la materia; asimismo, utilizamos la triangulación para realizar las conclusiones de nuestras encuestas.

## **2.6 Aspectos éticos**

Nuestra investigación cumple con los parámetros establecidos del sistema APA, ya que todas las fuentes consultadas y obtenidas de los diferentes materiales (revistas, tesis, libros, páginas web, etc.) han sido citadas respetando el derecho de autor, además, todos los datos analizados se consiguieron mediante la entrevista, guardando reserva de la identidad de los entrevistados.

### III. Resultados

Esta investigación persigue el objetivo general determinar cuál es la necesidad de regular el acuerdo de maternidad subrogada en el Perú, por lo que hemos fijado ciertos objetivos específicos para que nos permitan llegar hacia el fin último ya mencionado, los mismos que fueron contrastados con la aplicación del instrumento de la entrevista con expertos y análisis de jurisprudencias obteniéndose los resultados que pasamos a describir a continuación.

#### Consecuencias del vacío legal sobre maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico peruano.

De acuerdo con lo planteado por el objetivo N° 01 sobre **ANALIZAR** las consecuencias del vacío legal sobre maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico, se utilizó el instrumento de la guía de entrevista aplicada a 09 especialistas en el tema, que contiene 04 preguntas vinculada con el objetivo bajo descripción, asimismo, se utilizó la guía de análisis de documentos, obteniendo el siguiente resultado:

**Tabla 3: Impactos o alcances sobre la maternidad subrogada en el Perú, importancia de abordar el tema “maternidad subrogada”**

Abogado especialista en lo Constitucional	04 Abogados especializados en civil y familia	04 Jueces especializados en civil y familia
Considera que los avances tecnológicos que se presentan en la actualidad, están originando derechos que ni siquiera están enunciados por la propia Constitución. Además, indico que hablar del tema es muy importante y fructífero.	Consideran, que es importante hablar del tema porque involucra una serie de factores tanto culturales, sociales y legales; además, de ello porque está de por medio el derecho de la libertad de las personas que a través de ello buscan encontrar medios para ser feliz, por lo tanto, teniendo en cuenta que el derecho debe ir avanzando de paralelo con la ciencia, para que no genere ciertos vacíos legales; por otro lado coinciden al indicar que en nuestro país ya tenemos casos de maternidad subrogada.	Sostuvieron, que es un tema importante, actual, moderno y contemporáneo, por que va de la mano con el derecho genético debido al avance científico reproductivo, que proporciona una solución al padecimiento de la infertilidad, ya que hay una necesidad de ciertas parejas que por problemas de salud no pueden convertirse en padres; además, porque es un tema que genera un impacto controversial ya que no hay una regulación detallada en nuestro ordenamiento jurídico.
<b>CONCLUSIÓN:</b> Los impactos de la Maternidad Subrogada involucran una serie de factores tanto culturales, sociales y legales, teniendo en cuenta que el derecho debe ir de la mano con los avances de la ciencia en salud reproductiva; además, por que otorga una solución al problema de infertilidad. Hablar del tema de maternidad subrogada es muy importante, fructífero y de actualidad, porque va de la mano con el derecho genético.		

Fuente: Propia

**Tabla 4: La Ley General de Salud regula el derecho de utilizar las técnicas de reproducción asistida para poder procrear.**

Abogado especialista en lo Constitucional	04 Abogados especializados en civil y familia	04 Jueces especializados en civil y familia
<p>Sostiene, que la ley general de salud es una norma infra constitucional, por ello su desarrollo de las técnicas de reproducción asistida es de manera limitada.</p>	<p>Consideran que, si regula las TERA de forma limitada, mínima y genérica, ya que está ley está más referida al tema de salud como una política pública, por lo que se necesita una regulación más específica.</p>	<p>Tres de los entrevistados sostuvieron, que la Ley General de Salud si regula las TERAS, pero su regulación es mínima y deficiente, porque no está detallado cuales son estas técnicas permitidas, el proceso a desarrollarse, las consecuencias jurídicas del tratamiento, esto debido a que la Ley general de Salud, sigue los pasos a lo ferrio del código civil, por lo cual ambas mantienen la misma línea, es así que como el código civil no tiene una modificación en esta figura la ley general de salud tampoco.</p>
<p><b>CONCLUSIÓN:</b>                      La ley general de salud regula las técnicas de reproducción asistida de manera limitada, mínima y deficiente, en la medida que no está detallada que técnicas están permitidas, cual es el proceso a desarrollarse, y cuáles son las consecuencias jurídicas del tratamiento; pero debemos tener en cuenta que tampoco se puede regular más en esta ley, debido que en el código civil no está desarrollado esta figura jurídica.</p>		

Fuente: Propia

**Tabla 5: Existe un vacío legal sobre maternidad subrogada en la Ley General de Salud.**

Abogado especialista en lo Constitucional	04 Abogados especializados en civil y familia	04 Jueces especializados en civil y familia
<p>Sostiene, que si existe un vacío legal sobre maternidad subrogada en la Ley General de Salud, y por ello debe ser cubierto por los operadores jurídicos, además indico que las sentencias emitidas por el Poder Judicial, no son suficientes para cubrir el vacío legal sobre maternidad subrogada.</p>	<p>Argumentan que, si deja un vacío legal, porque no establece para que casos debe aplicarse, no se pronuncia sobre tema, no acepta ni prohíbe que la madre genética y la madre portadora sean distintas personas.</p>	<p>Tres de los entrevistados, argumentaron que, si deja un vacío legal porque hace un cierre a la maternidad subrogada, no especifica que reproducción asistida está permitida. Asimismo, sostienen, que no se debe hacer un análisis macro, porque si el código civil no regula esta figura, tampoco estará regulado en la ley general de salud, debido que es una ley con menor rango jerárquico. Por ello la reproducción asistida debe estar primero regulado en el código civil, y por ello la ley general de salud solo será consecuencia de esta. Mientras uno de los entrevistados argumentó, que no deja un vacío legal, sino la excluye.</p>

**CONCLUSIÓN:**

La Ley General de Salud si deja un vacío legal sobre maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico peruano; sin embargo; también podríamos considerar que el vacío legal está en el código civil ya que la Ley General de Salud es una norma inferior.

Fuente: Propia

**Tabla 6: Cuales son las posibles consecuencias del vacío legal sobre maternidad subrogada.**

Abogado especialista en lo Constitucional	04 Abogados especializados en civil y familia	04 Jueces especializados en civil y familia
Argumentó, que el vacío legal siempre va a generar una consecuencia negativa, porque frente a un vacío legal las personas tratan de esconder algún tipo de maniobra ilegal, es por ello que todo tratamiento incorrecto o la falta de una regulación produce las siguientes consecuencias como: tráfico de menores, turismo reproductivo y la impunidad.	Consideran que, ante la ausencia de regulación sobre maternidad subrogada, se está dejando abierta una abierta a la impunidad; asimismo, con mayor frecuencia se está dando el turismo reproductivo. Por ello, indican que todo esto se puede contrarrestar con una legislación adecuada. Uno de los entrevistados señaló, que en su experiencia como Juez tuvo la oportunidad de tener casos respecto a este tema, donde pudo constatar que familias europeas vienen a nuestro país, aprovechándose de este vacío legal, para pagar a una tercera persona y esta se embarace y luego se puedan llevar al niño, por lo que considera que en nuestro país hay un mercado negro de la maternidad subrogada y se podría hablar de una trata de menores.	Sostienen, que entre las consecuencias de la maternidad subrogada se encuentran: el turismo reproductivo, la trata de personas, la impunidad, uno más que otra; asimismo, como consecuencia adicional que está produciendo este vacío legal, es el hecho de que se está convirtiendo en un negocio comercial y se tome a los niños como objetos de ganancias en la medida que hay parejas que están buscando utilizar esta práctica, y al encontrarse en el Perú que no está regulado suceden todas estas consecuencias, que el día que se regule podría no permitir que suceda estas consecuencias.

**CONCLUSIÓN:**

Entre las posibles consecuencias del vacío legal de maternidad subrogada se encuentran las siguientes: tráfico de menores porque se está utilizando a los niños como objetos de ganancias, turismo reproductivo e impunidad, posible tráfico de personas; asimismo, la utilización de las mujeres como objetos de incubadoras a cambio de una retribución, y debido a que las personas se aprovechan de una falta de regulación para realizar estos actos ilegales.

Fuente: Propia

Asimismo, se utilizó el instrumento de la guía de análisis de documentos aplicado a dos (02) sentencias internacionales, una de Argentina (Exp. N° 796/15 Primer Juzgado Especializado en Familia del Estado de Mendoza) y la otra de Colombia (Sentencia de Tutela N° 968/09 Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana); que se encuentra vinculada con el objetivo bajo análisis obteniendo el siguiente resultado:

**Tabla 7: Argumentos de la maternidad subrogada en la Jurisprudencia Internacional.**

Exp. N° 796/15 Primer Juzgado Especializado en Familia del Estado de Mendoza (Contrato de Alquiler)		Sentencia de Tutela N° 968/09 Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana (Contrato de Alquiler)	
Asunto	Argumentos relevantes	Asunto	Argumentos relevantes
Interponen acción de inscripción de nacimiento, en consecuencia, se ordene la emisión de la partida de nacimiento de los niños por nacer y sus respectivos DNI como hijos de los padres de intención.	“El fundamento 3 indica que regular la maternidad sustituta va a impedir la formación de un verdadero mercado negro de vientres en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa”, como consecuencia de esta práctica. A causa de la prohibición o el silencio de la ley. El fundamento 4, fomenta el turismo reproductivo”.	Acción de Tutela de derechos – derecho a la familia.	“El fundamento 8 indica que el vacío normativo ha permitido: generar decisiones y hechos perjudiciales e irremediables a los derechos de los menores involucrados, fomenta el aprovechamiento lucrativo, genera desprotección de los derechos del niño y da conflictos que se van a originar cuando exista desacuerdos entre las partes que intervienen” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-968, 2009).
<b>CONCLUSIÓN:</b> La jurisprudencia de Argentina y Colombia sostienen, que regular el acuerdo de maternidad subrogada, va a impedir una serie de posibles consecuencias negativas como: el mercado negro de vientres en alquiler, el turismo reproductivo, el uso del cuerpo para lucrar, conflictos futuros en caso de desacuerdos y daño a los derechos de los niños involucrados.			

Fuente: Propia

Como resultado final encontramos, que tanto los entrevistados y la jurisprudencia internacional concuerdan que el vacío normativo respecto al acuerdo de maternidad subrogada fomenta consecuencias negativas como: el tráfico de menores, trata de personas, abre un mercado negro de vientres de alquiler y vulneración de los derechos de los menores, en el sentido que se está utilizando a los niños como objetos para generar ganancias, además, fomenta el turismo reproductivo e impunidad.

## **Análisis jurisprudencial nacional e internacional sobre el tratamiento de la maternidad subrogada.**

Con respecto al objetivo N° 02, sobre ANALIZAR la jurisprudencia nacional e internacional sobre el tratamiento del acuerdo de maternidad subrogada, con el fin de conocer cuál es el tratamiento jurídico que se le está dando a esta figura en el ámbito nacional e internacional pese a no existir una regulación clara y expresa en su sistema jurídico, para lograr ello se ha utilizado como instrumento la guía de análisis de documentos aplicado a dos (02) sentencias nacionales y tres (3) sentencias internacional sobre el acuerdo de maternidad subrogada, ante lo cual, se ha llegado a los siguientes resultados:

**Tabla 8: Tratamiento del acuerdo de maternidad subrogada en la Jurisprudencia Nacional.**

<b>Casación N° 563-2011 Lima Corte Suprema de Justicia de la Republica Sala Civil Permanente</b>		<b>Exp. 06374-2016 Primer Juzgado Especializado en Familia – Lima.</b>	
<b>Materia del recurso</b>	<b>Fundamentos</b>	<b>Materia del recurso</b>	<b>Fundamentos</b>
Recurso de casación interpuesto por la demandada, contra la sentencia de vista que confirma la apelada que declara fundada la demanda de adopción por excepción.	“El fundamento quinto indica que, cuando nos encontramos ante un conflicto en donde se encuentren involucrados derechos fundamentales de un niño, se debe aplicar el derecho teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño y el Adolescente”.	Proceso de amparo iniciado por dos sociedades conyugales contra RENIEC. Mediante el cual se busca: Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 29-2016 mediante el cual le deniegan su solicitud de rectificación de las actas de nacimiento de los menores.	“El fundamento Sexto indica que, Cualquier persona que tenga dificultades en su salud reproductiva tiene derecho a un tratamiento médico adecuado. Fundamento séptimo, reconoce la facultad de las mujeres para que de manera informada puedan hacer uso de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Escenario a la que puede llegar con la intervención de una tercera persona. Fundamento noveno indica que, el ordenamiento jurídico peruano no existe ninguna norma que prohíba celebrar acuerdos de maternidad subrogada. Por lo que es legítimo. Fundamento decimo estipula que, utilizar esta práctica solo es factible cuando tuvieran como único fin fundar una familia”.

**CONCLUSIÓN:**

De las sentencias analizadas podemos apreciar, que cuando surgieron conflictos sobre maternidad subrogada en nuestro país, los jueces han asumido una postura a favor de regular esta práctica, debido a que al momento que resolvieron la Litis hicieron énfasis al vacío legal que existe en nuestro sistema jurídico peruano respecto a este tema, por lo que al no haber una norma clara y expresa que prohíba esta figura, se debe entender que es legítimo ejercerlo en base al principio de legalidad, siempre y cuando tenga como único fin constituir una familia, justificándose en el criterio de la CIDH que señala, que cualquier persona que tenga problemas en su salud reproductiva pueden hacer uso de las técnicas de reproducción asistida para ejercer el derecho a la paternidad, en base al derecho a la salud reproductiva, derecho a fundar una familia, derecho a la autodeterminación personal y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico. En consecuencia siendo el Estado Peruano que no regula esta figura y si la normatividad convencional, los jueces Peruanos tienen que reconocerlo haciendo uso del control de convencionalidad.

Fuente: Propia

**Tabla 9: Tratamiento del acuerdo de maternidad subrogada en la Jurisprudencia Internacional.**

Exp. Nº 796/15 Primer Juzgado Especializado en Familia del Estado de Mendoza (Contrato de Alquiler)		Sentencia de Tutela Nº 968/09 Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana (Contrato de Alquiler)		Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Materia del recurso	Fundamentos	Materia del recurso	Fundamentos	Materia del recurso	Fundamentos
Mediante esta Acción de Inscripción de Nacimiento por Vientre de Alquiler, solicitan que se ordene la emisión de la partida de nacimiento de los niños por nacer y sus respectivos DNI como hijos de los padres de intención.	Argentina no existe aún regulación legal que habilite o no la maternidad sustituta. Que, para efectos de la filiación el elemento determinante es la voluntad procreacional de querer engendrar un hijo con material biológico propio, pudiendo tener la opción de acudir al vientre de un tercero para su gestación. Regular la gestación por sustitución es una garantía del interés superior del niño, porque al momento del nacimiento el niño encuentra una	Acción de Tutela de derechos	“Fundamento 3 indica que, cuando en un conflicto se encuentren involucrados derechos fundamentales de los niños surge la obligación de protegerlos. Fundamento 19 estipula que, el alquiler de vientre no está previsto en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de acuerdos. Por lo que surge la necesidad de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y	Violaciones de Derechos Humanos como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación in Vitro	“Fundamento 146 indica que, el derecho a la autonomía reproductiva, y el acceso a servicios de salud reproductiva, involucran acceder a la tecnología médica pertinente para ejercer ese derecho. Fundamento 147 establece que, la falta de garantías legales a la salud reproductiva resulta un quebrantamiento grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Asimismo, el fundamento 150 indica que, toda persona tiene derecho a favorecerse del avance científico, para el ejercicio de la

	familia que le brindara amor y protección.		condiciones” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-968, 2009).		autonomía reproductiva y la posibilidad de constituir una familia, por lo que debe acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica vs Artavia Murillo, 2016).
--	--	--	---	--	--

**CONCLUSIÓN:**

De las sentencias analizadas, podemos rescatar que para la jurisprudencia internacional en los procesos sobre el acuerdo maternidad subrogada, se ha llegado a determinar que a pesar de existir un vacío legal en sus sistema jurídico respecto a la maternidad subrogada, reconocen que hacer uso de esta práctica es legítimo, y exhortan al legislador ordinario que de manera urgente lo regulen, porque considera que se está violando derechos fundamentales de las personas, como el derecho a fundar una familia, derecho a la vida privada, derecho a la salud sexual reproductiva y el derecho al goce de los avances tecnológicos; además, se está dejando desprotegido el principio del interés superior del niño a causa del vacío legal. Asimismo, la corte interamericana exhorta a los Estados en que deben regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud reproductiva para lograr una efectiva protección, que implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad.

Fuente: Propia

Como resultado final encontramos, que tanto la jurisprudencia nacional e internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentran argumentos o fundamentos a favor de regular el acuerdo de maternidad subrogada, debido a que se encuentran vinculados derechos fundamentales de las personas, en la cual el Estado es responsable de implementar la regulación pertinente para poder garantizarlos. En la jurisprudencia nacional encontramos los siguientes argumentos: Uno, preponderancia del derecho del niño. Dos, admite la procrear a través una tercera persona. Tres, ante una falta de regulación de la práctica de maternidad subrogada, se entiende que es legítimo celebrarlo, si tiene como único objetivo construir una familia. Cuatro, regular el acuerdo de maternidad sustituta es una garantía para el menor, porque al momento que nace va encontrar una familia que le va proporcionar amor. Cinco, existe una necesidad de regular esta práctica bajo ciertos condiciones y requisitos. Seis, el derecho a la

salud reproductiva debe de estar garantizado legalmente, toda vez que esta se encuentra vinculado con el derecho de la autonomía reproductiva.

**Condiciones y requisitos para regular el acuerdo de maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico peruano.**

De acuerdo con lo planteado por el objetivo N° 03 sobre, determinar las condiciones y requisitos para regular el acuerdo de maternidad subrogada, se utilizó el instrumento de la entrevista aplicada a 09 especialistas en el tema, que contiene 03 preguntas vinculada con el objetivo bajo descripción obteniendo el siguiente resultado:

**Tabla 10: Se podría tomar como base la regulación que tiene el Estado de Tabasco (México) sobre maternidad subrogada, para la implementación en nuestro país.**

Abogado especialista en lo Constitucional	04 Abogados especializados en civil y familia	04 Jueces especializados en civil y familia
Argumentó, que a partir de lo regulado en México se puede hacer un desarrollo normativo legal en nuestro país, asimismo, considera que estos derechos de cuarta generación deben de estar desarrollados o regulados de manera concreta.	Consideran, que si puede tomar como base o referencia lo regulado en México, pero se debe realizar un diagnóstico del tema, teniendo en cuenta que ambos Estados tienen realidades distintas. Por ello podríamos ir cambiando la regulación de México de acuerdo a nuestro contexto social, determinando que condición o requisitos si se acopla a nuestra realidad.	Tres de los entrevistados consideran, que estaría bien tomar como base esta norma, teniendo como puntos más importantes: el consentimiento y los efectos del contrato de maternidad subrogada; además, se debe tener en cuenta nuestra realidad; sin embargo, uno de los entrevistados considera que no resulta idóneo porque son dos países con realidades distintas.
<p><b>CONCLUSIÓN:</b> Si se puede tomar como referencia la regulación que tiene el Estado de Tabasco México sobre maternidad subrogada, pero se debe tener en cuenta nuestra realidad y contexto social.</p>		

Fuente: Propia

**Tabla 11: Otras condiciones y/o requisitos que se podrían implementar para regular el acuerdo de maternidad subrogada en nuestro país.**

Abogado especialista en lo Constitucional	04 Abogados especializados en civil y familia	04 Jueces especializados en civil y familia
---	---	---

<p>Sostuvo, que se debe estudiar las normas contenidas en la constitución y las disposiciones normativas existentes. Para poder regular este vacío que se presenta en la ley.</p>	<p>Consideran, que como condiciones y/o requisitos adicionales se deben de tener los siguientes: la madre portadora debe pasar un examen médico para descartar que no sufra ninguna enfermedad congénita, no debe tener antecedentes policiales y penales, debe haber un registro de madres portadoras, solo debe darse como una práctica de asistencia para casos justificados, debe ser altruista, debe darse campañas de difusión acerca del tema, las madres portadoras deben de recibir una mensualidad mientras dure el embarazo, y además se debe resguardar la integridad de la mujer que va a gestar.</p>	<p>Consideran, que se debe determinar si es un contrato o no; además, se debe brindar apoyo psicológico a los futuros padres y a la madre portadora, por ello esta última debe tener una pensión médica y seguro necesario, solo se debe permitir en casos excepcionales, debe haber un monto indemnizatorio para la madre portadora en caso presente problemas de salud después del parto. Se debe incidir más en el tema psicológico de la gestante, por ello debe existir un registro de personas aptas para poder ser madres portadoras, asimismo, uno de los entrevistados sostuvo, que la mujer que acepte gestar debe recibir una contraprestación, eso ayudaría al desprendimiento de la madre portadora con él bebe.</p>
---	--	---

**CONCLUSIÓN:**

Para la regulación del acuerdo de maternidad subrogada en nuestro país, se debe tener en cuenta las siguientes condiciones y/o requisitos: la madre portadora debe pasar por un examen médico, se deberá brindar apoyo psicológico tanto a los futuros padres de intención como a la madre portadora, se debe otorgar una pensión médica y seguro necesario para la madre portadora durante el embarazo, se debe dar una indemnización a favor de la madre portadora en caso surja algún problema después del parto, solo debe darse esta práctica para casos justificados y debe ser de forma altruista, la madre portadora no debe tener antecedentes policiales ni penales y deberá existir un registro de madres gestantes aptas para someterse a esta práctica.

Fuente: Propia

**Tabla 12: Donde debería estar regulado el acuerdo de maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico peruano.**

<b>Abogado especialista en lo Constitucional</b>	<b>04 Abogados especializados en civil y familia</b>	<b>04 Jueces especializados en civil y familia</b>
<p>Considera, que el sistema normativo adecuado es el código civil por que otorga más garantía, pero debe ir de la mano con la Ley General de Salud de manera coordinada, como segunda opción se podría tener el código de niños y adolescentes.</p>	<p>Dos de los entrevistados, consideran que el sistema jurídico pertinente para regular esta nueva figura sería el Código Civil en el libro de personas, debido que al regular la maternidad subrogada va a generar nuevas consecuencias jurídicas como por ejemplo la filiación, la sucesión, etc.; mientras que los otros dos consideran, que debe ser regulado en una Ley Especial que contemple los requisitos y procedimientos.</p>	<p>Dos Consideran, que debe ser regulado en la Ley General de Salud; uno considera, el código civil ya que de ahí se desprende el resto de normas. Y uno considera que debe estar regulado en una Ley Especial y reglamentado.</p>

**CONCLUSIÓN:**

El sistema normativo pertinente para regular el acuerdo de maternidad subrogada debe ser el código civil, porque genera más garantía; además, porque va a dar origen a nuevas consecuencias jurídicas como la filiación, sucesión, etc.; por otro lado también se podría regular en una Ley Especial, donde se pueda regular con más amplitud las condiciones y/o requisitos y los procedimientos que se debe seguir.

Fuente: Propia

Como resultado final encontramos, que los entrevistados concuerdan que se debería tomar como referencia la regulación que tiene el Estado de Tabasco México teniendo en cuenta nuestra realidad social; además, como condiciones y/o requisitos adicionales se debe tener en cuenta las siguientes: el tema psicológico de la mujer que va a gestar, debería de haber un registro de madre gestantes aptas para llevar a cabo el embarazo, que de regularse la maternidad subrogada, el sistema normativo más pertinente y adecuado es el código civil, porque da más garantías, frente a nuevas consecuencias jurídicas que va a generar esta figura, por ser esta una norma macro de rango superior que la Ley General de Salud, o podría también ser regulado en una Ley Especial.

## IV.- Discusión

Para realizar adecuadamente la discusión de resultados, se ha tenido en cuenta los resultados más relevantes para confrontarlos con los trabajos previos y con las teorías relacionadas a nuestro tema de investigación.

Respecto a las consecuencias negativas del vacío legal sobre maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico peruano, podemos apreciar que guarda relación con lo sostenido por el autor Gutiérrez (2016), mediante el cual determinó, que una de las consecuencias de este vacío normativo de la maternidad subrogada es el tráfico de menores. Por lo que este trabajo previo del autor nos sirve de respaldo para confirmar nuestra investigación, atendiendo a los resultados de las entrevistas aplicadas a los expertos, que a través de sus respuestas a las preguntas Nros 3 y 4 y al análisis de la jurisprudencia internacional que reafirman este trabajo, puesto que concuerdan y consideran que producto del vacío legal es que se producen consecuencias negativas como: el tráfico de menores, donde el niño está siendo utilizado como objeto de ganancias.

Siguiendo la misma línea, según el autor Valdivieso (2018), señala, que ante una falta de regulación y el amplio contenido del vientre de alquiler, fomentaría esta práctica como un medio adecuado para la comisión del delito de trata de personas. En el mismo sentido Rodrigo (2017), señala, que el turismo reproductivo se da cuando una pareja tiene un problema de infertilidad y el tratamiento para que pueda solucionar su problema no está legalmente reconocido en su país, migran a otro lugar donde si está permitido en busca del deseado embarazo. Del mismo modo Bonet & Alija (2009), precisa, que la impunidad no sólo puede ser de hecho; sino también de derecho, por normas que imposibilitan o restringen la investigación o persecución penal.

Por lo que estas teorías de los autores citados, nos sirve de sustento para confirmar nuestra investigación en atención a las respuestas de la pregunta 4 y al análisis de la jurisprudencia internacional, que ratifican, que las posibles consecuencias negativas del vacío legal es que facilita la trata de personas, (porque se deja una puerta abierta a un mercado negro de vientres de alquiler,

donde la mujer es utilizada como incubadoras convirtiéndolo en un negocio comercial para obtener ganancias), fomenta el turismo reproductivo, (porque en la práctica hay personas que tienen un problema de salud reproductiva viajan al extranjero en busca de poder satisfacer su deseo de ser padres, o viceversa, en el sentido de que hay parejas que vienen a nuestro país aprovechándose de la ausencia normativo), y la impunidad, debido a que no existe una norma donde se pueda subsumir esta práctica como delito, puesto que no permite ni lo prohíbe.

Con respecto al presente objetivo, sobre analizar la jurisprudencia nacional e internacional sobre el tratamiento de la maternidad subrogada, es conforme con la teoría del autor Aguilar (2010) quien precisó, que la que regular el acuerdo de la gestación subrogada sería totalmente viable y necesario lo más pronto posible. En el mismo sentido, Varsi (2001), expresa que existe la urgente necesidad de que se dicte una norma especial que norme a las técnicas de reproducción asistida. Del mismo modo Ticse (2018), concluye que regular la maternidad subrogada, sería provechoso para el sistema jurídico peruano, pues existiría un marco normativo, frente a un dilema entre la madre genética y la gestante.

Asimismo tenemos, las siguientes fuentes de información compatibles con el resultado, mediante el cual Acosta (2014), a través del Diario el Comercio informa que hay peruanas que ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet. Cipriano (2018) en el Diario la Republica manifiesta que urge una ley clara sobre vientres subrogados y reproducción asistida. Diario la República (2018) informa que hay mafias de vientres de alquiler que ofrecen sus servicios a través del Facebook. Diario Peru21 (2012) informa que se está incrementando las mafias que ofrecen vientres de alquiler. Del mismo modo Camacho y Faura (2006) informan que canal español destapa red de vientres de alquiler en Lima.

Por lo que consideramos, que estas teorías de los autores y de la información encontrada en los medios de comunicación, avala o concuerda con los argumentos extraídos de las sentencias, las mismas que nos sirve de respaldo o sustento para confirmar nuestra investigación: toda vez que encontramos argumentos a favor de regular el acuerdo de maternidad subrogada, debido a que

se encuentran vinculados derechos fundamentales de las personas, como la preponderancia del derecho del niño, admite procrear a través una tercera persona, ante una falta de regulación de la práctica, se entiende que es legítimo celebrarlo, solo es posible si tiene como único objetivo construir una familia, regular el acuerdo de maternidad sustituta es una garantía para el menor, existe una necesidad urgente regular esta práctica bajo ciertas condiciones y requisitos, el derecho a la salud reproductiva debe de estar garantizado legalmente, porque por medio de ello se ejerce el derecho de la autonomía reproductiva, en ese sentido el Estado es responsable de implementar la regulación pertinente para poder garantizarlos.

Sobre el presente objetivo específico, sobre determinar las condiciones y requisitos para regular el acuerdo de maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico peruano, partiendo del estudio y análisis de la normatividad comparada, encontramos que hay países que tienen regulado esta figura de manera amplia, en el sentido de que las partes que celebran este tipo de acuerdos lo realizan a cambio de obtener un beneficio económico, toda vez que es la misma ley que les permite o autoriza lucrar haciendo uso de esta práctica, entre ellos tenemos a Rusia artículo 1 código de familia, EE UU, Estado de florida título XLIII, y Ucrania artículo 132.2 código de familia, asimismo, hemos encontrado que hay países que tienen incorporado dentro de su ordenamiento jurídico el acuerdo de maternidad de manera limitada, toda vez que ponen como condición determinante que esta práctica solo se puede llevar a cabo de forma altruista, bajo sanción de ser declarados nulos, sin perjuicio de la sanción penal que diera lugar tal situación. Sin embargo; si ponen la opción que la madre gestante sea indemnizada por los gastos de monitoreo de su salud y en caso surjan complicaciones durante y después del parto. Entre ellos tenemos a México Estado de Tabasco, artículo 380° código civil, Brasil, Resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121 – 2015, Israel, Embryo Carrying Agreement Act 5756 y Portugal Ley N ° 25/2016, que regula el acceso al embarazo sustituto con asistencia médica.

Por lo que siendo las mismas que han sido sometidos a análisis, teniendo en cuenta nuestra realidad social, hemos encontrado que la regulación que tiene el

país de México Estado de Tabasco, tiene una enlace de compatibilidad con nuestro contexto social, las mismas que lo hemos sometido a juicio de los expertos a través de la entrevista planteada, quienes confirman nuestra investigación, que si se podría tomar como base a referencia la regulación que tiene este país, porque es el que más se adapta a la realidad peruana. Porque no hemos considerado a el modelo de los países que tiene una regulación amplia sobre este tema. Porque justamente estos países permiten a la madre sustituta reciba una contraprestación, cosa que nuestro sistema jurídico peruano sería imposible incorporarlo, toda vez que el libro de acto jurídico y contratos, que excluye a las personas del ámbito comercial, por lo que este modelo resulta ser no viable.

Por consiguiente, luego de haber hecho un análisis de la regulación que tiene el Estado de tabasco México respecto al tema, hemos determinado que la maternidad subrogada debe de estar regulado bajo las siguientes condiciones: la celebración del acuerdo de maternidad subrogada solo será posible de manera excepcional y altruista en casos justificados, el acuerdo debe ser vinculante y ejecutable entre las partes, la mujer gestante previo al acuerdo deberá pasar por un examen médico y psicológico, deberá tener entre veinte y treinta cinco años de edad, deberá manifestar su consentimiento de manera voluntaria expresa y por escrito previa información respecto al proceso y consecuencias del tratamiento al cual va ser sometida, la madre gestante deberá renunciar a cualquier derecho parental sobre el niño, el acuerdo debe ser firmado por la madre y padre de intención y la mujer gestante ante notario público, quien dará fe del contenido del acuerdo, la mujer gestante no puede ser donante de ovulo. La madre subrogada deberá acreditar a través de certificado médico su infertilidad o incapacidad para gestar, los padres de intención deberán compromete a aceptar la custodia y asumir todos los derechos y responsabilidades parentales sobre el niño después del nacimiento, independientemente de cualquier problema del niño, los padres de intención deberán asumir los gastos que se deriven del monitoreo del embarazo, alimentación y vitaminas, la madre gestante deberá ser indemnizado por los padres de intención, en caso surjan complicaciones durante el embarazo o después del parto,

Asimismo, los siguientes requisitos: ser ciudadanos peruanos, será celebrado solo por escrito, poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos civiles, la mujer gestante deberá acreditar con certificado médico su infertilidad o incapacidad de gestar, la mujer gestante debe manifestar su aceptación de forma pura y simple, solo estará permitido únicamente la implantación de dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida, solo estará permitido como una asistencia médica para casos justificados acreditados. El acuerdo de maternidad subrogada que no respeten estas disposiciones será nulo.

## **V. Conclusiones**

1. Actualmente en nuestro país existe la necesidad de regular de manera urgente el acuerdo de maternidad subrogada, toda vez que: Uno, va dar solución a un vacío legal, puesto que no contamos con una norma que prohíba o permita celebrar este tipo de acuerdo. Dos, porque está facilitando la trata de personas con mayor incidencia en los menores y fomenta el turismo reproductivo y la impunidad. Tres, deberá estar regulado bajo ciertas condiciones y requisitos.

2. Las consecuencias negativas del vacío legal sobre maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico peruano son: facilita la trata de personas con mayor incidencia en los menores, fomenta el turismo reproductivo y la impunidad, toda vez que al existir un vacío legal respecto a esta figura, las personas se aprovechan de esto para realizar actos ilegales.

3. El tratamiento del acuerdo de maternidad subrogada en la jurisprudencia nacional, se inclinan a la postura de regular esta práctica de manera urgente, debido a que en nuestro país, existe un mercado negro de vientres de alquiler, además; hay mujeres que a través de las redes sociales que se ofrecen alquilar su vientre a cambio de un beneficio económico, sin ninguna garantía tanto para

su persona ni para el niño. Asimismo, la jurisprudencia internacional, reconocen que hacer uso de esta práctica es legítimo, y exhortan al legislador ordinario que de manera urgente lo regulen, porque considera que se está violando derechos fundamentales de las personas, como el derecho a fundar una familia, y el derecho al goce de los avances tecnológicos.

4. Para la regulación del acuerdo de maternidad subrogada se debe tener en cuenta las siguientes condiciones: deberá ser celebrado de forma altruista en casos justificados, la mujer gestante deberá pasar por un examen médico y psicológico, deberá tener entre veinte y treinta cinco años de edad, deberá manifestar su consentimiento de manera voluntaria, la madre gestante deberá renunciar al niño, debe ser firmado ante notario público, la mujer gestante no puede ser donante de ovulo, deberá acreditar a través de certificado médico su infertilidad o incapacidad para gestar.

5.- Asimismo se deberá cumplir con los siguientes requisitos: ser ciudadanos peruanos, será celebrado solo por escrito, poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos civiles, su aceptación es de forma pura y simple, solo estará permitido la implantación de dos embriones fecundados en un mismo procedimiento, solo estará permitido como una asistencia médica para casos justificados acreditados. El acuerdo de maternidad subrogada que no respetan estas disposiciones será nulo.

## **VI. Recomendaciones**

Recomendación dirigida a los legisladores:

Que tomen en consideración y como base los resultados que hemos obtenido en la presente investigación, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico peruano encontramos un vacío legal respecto al acuerdo de la maternidad subrogada que deben ser resueltos, debido a que son los únicos que pueden dar solución a este problema normativa, porque desempeñan la labor legislativa como función principal, para ello se deberán promulgar una ley especial donde pueda estar determinado, el acuerdo de maternidad subrogada, su procedimiento, formalidad, las condiciones y requisitos, con la finalidad de permitir esta figura en la modalidad de madre portadora, permitiendo solo a la persona que va intervenir en la procreación solo gestic, mas no aporte su ovulo, de esta manera poder garantizar a la mujer gestante y los derechos del niño.

## VII. Propuesta

“Año de la lucha contra la corrupción e impunidad”

**PROYECTO DE LEY N°.....**

**PROYECTO DE LEY QUE PROPONE  
REGULAR EL ACUERDO DE MATERNIDAD  
SUBROGADA DE FORMA ALTRUISTA,  
HACIENDO USO DE TÉCNICAS DE  
REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

**PROYECTO DE LEY**

<p><b>LEY QUE REGULA EL ACUERDO EL MATERNIDAD SUBROGADA HACIENDO USO LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE FORMA ALTRUISTA.</b></p>
--

### **Artículo 1.- Objeto de la ley.**

La presente ley tiene por objeto regular la maternidad subrogada, haciendo uso de las técnicas de reproducción asistida de forma altruista, bajo ciertas condiciones y requisitos con ciertos requisitos y condiciones, en la modalidad de madre portadora como alternativa para ejercer el derecho a la paternidad en casos justificados.

### **Artículo 2.- Ámbito de aplicación.**

Las disposiciones establecidas en la presente ley se aplicaran a todas las sociedades conyugales o uniones de hecho que deseen procrear, mediante la técnica de maternidad subrogada.

### **Artículo 3.- Que es maternidad subrogada**

La maternidad subrogada es el procedimiento mediante el cual una tercera persona interviene de forma voluntaria y altruista para hacer posible la procreación, es esta sin tener ningún vínculo consanguíneo llevara en su vientre al concebido, para que luego el nacido sea entregado a los padres de intención.

#### **Artículo 4.- Forma Altruista**

La maternidad subrogada altruista cuando no se percibe una retribución o pago, sino sólo una compensación por gastos o pérdida de ingresos producto de la gestación.

#### **Artículo 5.- Condiciones para la maternidad subrogada.**

El acuerdo de maternidad subrogada estará sujeta a las siguientes condiciones:

##### **Madre gestante**

- a) El acuerdo de maternidad subrogada solo será posible de manera excepcional y altruista en casos justificados,
- b) El acuerdo debe ser vinculante y ejecutable entre las partes,
- c) La mujer gestante previo al acuerdo deberá pasar por un examen médico y psicológico, a fin de determinar que su entorno social sea estable y que su condición física y psicológica sea favorable para el desarrollo del embarazo.
- d) no deberán contar con antecedentes penales judiciales ni policiales.
- e) Deberán tener entre veinte y treinta cinco años de edad.
- f) Deberán manifestar su consentimiento de manera voluntaria expresa y por escrito previa información respecto al proceso y consecuencias del tratamiento al cual va ser sometida,
- g) Deberán renunciar a cualquier derecho parental sobre el niño,
- h) No puede ser donante de óvulo
- i) El acuerdo debe ser firmado por la madre y padre de intención y la mujer gestante ante notario público, quien dará fe del contenido del acuerdo, y estará obligado a exigir a las partes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones, debiendo quedar asentados el lugar, año, mes, día y hora de su celebración.
- j) Deberá ser indemnizado por los padres de intención, en caso surjan complicaciones durante el embarazo o después del parto.

##### **Madre subrogada:**

k) Deberá acreditar a través de certificado médico su infertilidad o incapacidad para gestar,

l) Los padres intencionales deberán comprometerse a aceptar la custodia y asumir todos los derechos y responsabilidades parentales sobre el niño después del nacimiento, independientemente de cualquier problema del niño,

ll) Los padres de intención deberán asumir los gastos que se deriven del monitoreo del embarazo, alimentación y vitaminas.

#### **Artículo 6.- Requisitos para su perfeccionamiento.**

1. Ser ciudadanos peruanos.

2. Será celebrado solo por escrito.

3. Las partes intervinientes deberán poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos civiles.

4. La mujer gestante deberá acreditar con certificado médico su infertilidad o incapacidad de gestar.

5. La mujer gestante debe manifestar su aceptación de forma pura y simple, asimismo, deberá obligarse a procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional.

6. Se autoriza únicamente la implantación de dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.

7. Solo estará permitido como una asistencia médica para casos justificados acreditados.

8. El acuerdo de maternidad subrogada que no respetan estas disposiciones será nulos.

#### **Artículo 7.- Filiación de la maternidad subrogada.**

Los padres de intención se consideran los padres legales desde la transferencia del embrión al útero a la madre portadora.

La madre portadora no podrá demandar filiación por el nacido, siempre y cuando esta haya suscrito un acuerdo de maternidad subrogada en vía notarial.

### **Artículo 8.- Órgano rector**

El Ministerio de Salud será el encargado de supervisar la buena aplicación de la presente ley.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y FINALES**

### **PRIMERA. - Sobre el presupuesto y gastos al Estado**

La presente ley no generará costo alguno; porque se trata de una regulación del vacío normativo que existe sobre maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico.

### **SEGUNDA. – Reglamentación**

El Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Salud, reglamentará en lo pertinente a la presente Ley, en un plazo no mayor a treinta días (60) desde la fecha de su publicación.

### **TERCERA. - Derogación**

Deróguense o déjense sin efecto las normas que se opongan a la presente ley.

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **I. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY**

En las últimas décadas, el avance de la ciencia y de la tecnología genética reproductiva ha generado un conflicto social y normativo, que el derecho considerado como ciencia y por lo tanto dinámico debe dar solución a los constantes cambios que sufren los seres humanos ante nuevos descubrimientos, actualmente nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una norma específica que permita o prohíba celebrar el acuerdo de maternidad subrogada, dejando un vacío legal respecto al tema, que a cada vez se está volviendo común en nuestra sociedad peruana y está generando consecuencias negativas, siendo los más perjudicados la mujer gestante y el menor.

En nuestro ordenamiento jurídico solo se ha regulado de forma muy genérica las técnicas de reproducción asistida, la cual lo encontramos en el Art. 7 de la Ley General de Salud, donde se permite la procreación mediante el uso del método de reproducción asistida, siempre y cuando la madre gestante y madre biológica recaiga sobre la misma persona, previo consentimiento de los padres genéticos, pero la misma norma no prohíbe la posibilidad de poder a través de estas técnicas procrear un hijo, pero tampoco lo permite dando lugar un vacío legal normativo; lo que está generando que en nuestro país vea un mercado negro de vientres de alquiler e incrementando el turismo reproductivo; por lo cual, el estado debe regular esta figura para evitar que se esté vulnerando el interés superior al niño.

### **II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La aprobación de este proyecto de Ley no supone la asignación adicional de presupuesto del tesoro público para su cumplimiento, por lo tanto no altera el presupuesto designado a otros esfuerzos públicos; al contrario, se constituye como un beneficio social para las sociedades conyugales o uniones de hecho

que tengan problemas de fertilidad. Otro beneficio es que el estado estaría salvaguardando el interés superior del niño.

## Referencias

Abellán, F., and Sánchez-Caro, J. (2009). *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*. Granada: Comares.

Aguilar, E. (2010). Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer. Colombia: universidad libre de Colombia.

Albert, M. (Marzo 2017). *La reproducción reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución*. Cuadernos de Bioética, XXVIII (2), 186 - 187. Recuperado de <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/177.pdf>

Bonet, J., Alija, R., (2009). *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Recuperado de <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho53.pdf>

Bustos, E. (setiembre 2018). Proyecto de Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre. Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR. Recuperado de [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2018/Salud/files/proyecto/preyecto\\_ley\\_3404.pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2018/Salud/files/proyecto/preyecto_ley_3404.pdf)

Cámara de Senadores. (26 de julio de 2006). Artículo 8. [Título I]. Ley sobre reproducción asistida. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/36732356\\_La\\_nueva\\_ley\\_portuguesa\\_sobre\\_reproduccion\\_asistida](https://www.researchgate.net/publication/36732356_La_nueva_ley_portuguesa_sobre_reproduccion_asistida)

Cita tomada de: Lucia Marín, P. (2013). Maternidad Subrogada. (Trabajo final de Grado de Abogacía). Universidad Empresarial Siglo Veintiuno. Córdoba, España. Recuperado de:

<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/14095/Marin%2C%20Patricia%20Lucia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cita tomada de: Medina, T. (2017). Implicancias de la falta de respaldo legal en la maternidad subrogada en la corte de justicia de Lima. Universidad Cesar Vallejo, Lima.

Código Civil de Chile [Código]. (1998) Artículo 182/Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Chile.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Chile.pdf)

Código de Familia de Ucrania [Código]. (2002) Artículo 123.2/recuperado de: <https://es.scribd.com/document/106103953/CODIGO-FAMILIA-DE-UCRANIA>.

Código Civil de México Estado de Tabasco [Código]. (1997) Artículo 92/ recuperado de: [https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/LGBTTTI/CodCivilFam/27Codigo\\_CE\\_Tab.pdf](https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/LGBTTTI/CodCivilFam/27Codigo_CE_Tab.pdf)

Congreso de la Republica de Perú. (15 de julio de 1997). Artículo 7. [Título I]. Ley General de Salud. [Ley N° 26842]. Diario oficial el Peruano/ Recuperado de <http://www.digemid.minsa.gob.pe/UpLoad/UpLoaded/PDF/LEYN26842.pdf>.

Consejo Federal de Medicina. (24 de setiembre 2015). Articulo 1 y 2. [Capítulo VII]. La Resolución del Consejo Federal de Medicina. [2.121/2015]. Recuperado de: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf).

Constitución de la Nación de Argentina [Const.] (1994) Artículo 75, Inciso 23 [Capitulo IV]. Recuperado de <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>

Constitución Política del Colombia [Const.] (2016) Artículo 42.6 [Titulo II]. Corte Constitucional, Consejo superior de la Judicatura / Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

Constitución de los Estados Unidos de América (1791). [Enmendada] X enmienda/  
Recuperado de:  
[https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution\\_Spanish.pdf](https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993) Artículo 6 [Capítulo II]. Décimo Tercera Edición Oficial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/  
Recuperado de [https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019\\_WEB.pdf](https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf)

Corte Constitucional de Colombia, Juzgado Décimo de Familia de Cali (18 de diciembre 2009) Sentencia T-968/09. [MP Calle, Vargas y Mendoza]

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (06 de diciembre del 2011) Sentencia N° 563-2011. [MP De Valdivia Cano, Huamani Llanas, Ponce de Mier, Vinatea Medina y Castañeda Serrano]

Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional. (21 de febrero del 2017) Sentencia N° 6374-2016. [MP Hugo Velasquez]

Dawkins, R. (2002). *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*. Madrid: Salvat.

Estado de Sinaloa Órgano Oficial del Gobierno del Estado. (06 de febrero de 2013). Artículo 283 [II sección]. *Ley de Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada*/ Recuperado de:

[http://www.transparenciasinaloa.gob.mx/images/stories/sss/DE\\_LA\\_REPRODUCCION\\_HUMANA\\_ASISTIDA\\_Y\\_LA\\_GESTACION\\_SUBROGADA.pdf](http://www.transparenciasinaloa.gob.mx/images/stories/sss/DE_LA_REPRODUCCION_HUMANA_ASISTIDA_Y_LA_GESTACION_SUBROGADA.pdf).

Guerra Palmero, M. J. (2017). "Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal". *Gaceta Sanitaria*, 31 (6), pp. 535-538.

Gutierrez, L. (2016). *Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homologa en el Perú*. (Tesis de Licenciatura). Universidad Cesar Vallejo, Lima, Perú. Recuperado de [http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/11703/gutierrez\\_tl.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/11703/gutierrez_tl.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Gómez Sánchez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Health Ethics, Population Health, Global & Public Health, cost centre 10800. (2019). The surrogacy pathway: Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales. London. Recovered from [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/843890/Surrogacy\\_guidance\\_for\\_intended\\_parents\\_and\\_surrogates.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/843890/Surrogacy_guidance_for_intended_parents_and_surrogates.pdf)

Junta de Aprobación de Acuerdos de Transporte de Feto. (1996). Israeli Embryo Carrying Agreement Act [5756]. Recuperado de: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>.

Kush, K. (2010). *Surrogacy Arrangements; Legal and Social Issues*. *Journal of Law Teachers India*, pp.125.

Kush, K (2013). *Custody of the Child and Surrogacy Contracts in India*. Recovered from

[https://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/57389/8/08\\_chapter%202.pdf](https://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/57389/8/08_chapter%202.pdf).

Lamm, E. (julio, 2012). *Gestación por Sustitución*. InDret Revista para el Análisis del Derecho, 17. Recuperado de: [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)

López , J., & Aparisi, Á. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. Cuaderno de Bioética, XXIII. Recuperado de: [hp://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf](http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf)

López y López, M., Montalvo Jääskeläinen, F., Alonso Bedate, C., Bellver Capella,V., Cadena Serrano, F., de los Reyes López, M., Fernández Muñiz, P., Jouve de la Barreda, N., López Moratalla, N., Nombela Cano, C., Romeo Casabona, C., Serrano Ruiz-Calderón, J. (2017). “*Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*”, Comité de bioética de España. Recuperado de: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

Los Estatutos de Florida (2019). [Título XLIII]. Recuperado de [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.15.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.15.html)

Marrama, S. (2018). Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Revista RYD República y Derecho, 3 (1). Recuperado de <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/download/107/39>

Mir, L. (julio, 2010). *La maternidad intervenida, reflexiones en torno a la maternidad subrogada*. Revista Redbioética / Unesco, 1(1), 174-188. Recuperado de: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000193204>

Núñez, R., Feito, L., Abellán, F. (2016). "*Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución*". Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad. Recuperado de <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>

ONU. (1981). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer. Artículo 6. Recuperado de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/CONVENCION-SOBRE-LA-ELIMINACION-DE-TODAS-LAS-FORMAS-DE-DISCRIMINACION-CONTRA-LA-MUJER.pdf>

Ortega, R., Álvarez, J., Ruiz, B. & Sánchez, M. *Gestación Subrogada: aspectos éticos*. Recuperado de <file:///C:/Users/Equipo/Downloads/412000248-Texto%20del%20art%C3%ADculo-2396-1-10-20180929.pdf>

Pazmiño, R. (2015). *La Maternidad Subrogada y la Seguridad Jurídica Patrimonial*. (Tesis de Maestría). Universidad Regional Autónoma de los Andes y Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador. Recuperado de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/4294/1/TUAMDC007-2016.pdf>

Presidente de la Federación de Rusia. (21 de noviembre de 2011). Orden Numero 67. Ley Federal de salud. [Ley N° 323- Φ3]/ Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/legaldocument/wcms\\_532868.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_532868.pdf).

Real Academia Española. (2000). Obtenido de <https://dej.rae.es/lema/ordenamiento-jurídico>

Robertson, J. (1995). "*Madres Sustitutas: no tan novedoso después de todo*". Buenos Aires: Sudamericana.

- Rodríguez, C., & Martínez, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XXV.
- Rodrigo, A., (2017). Babygest. Turismo reproductivo o de fertilidad: definición, características y destinos. Recuperado de <https://www.babygest.es/turismo-reproductivo/>
- Rospligiosi, V. (2013). *El Derecho Genético*. Lima: Grijley.
- Souto. (2006). *La gestación de sustitución*. España: Revista del centro de Estudios de la mujer de la Universidad de Alicante.
- UNICEF. (1989). Convención sobre los derechos del niño. Artículo 3. Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Ticse, M. (2018). *La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana*. (Tesis de Maestría). Universidad de la Amazonia Peruana, Iquitos, Perú. Recuperado de [http://repositorio.unapiquitos.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/5571/Marlene\\_Tesis\\_Maestria\\_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unapiquitos.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/5571/Marlene_Tesis_Maestria_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- The Editors of Encyclopaedia Britannica (2019). Surrogate motherhood. Recovered from <https://www.britannica.com/topic/surrogate-motherhood>
- Valdivieso, E., (2018). En Legis. Vientre de alquiler: presupuestos de su antijurídica. Recuperado de <https://legis.pe/ventre-alquiler-presupuestos-antijuridicidad/>
- Villalobos, A. (2012). *Obtenido de Centro De Especialidades Ginecológicas y Obstétricas*. Recuperado de <http://infertilidadcr.com/publicaciones/infertilidad-publi.html>

Zeballos, V. (Octubre 2013). Proyecto de Ley que modifica el artículo 7° de la Ley 26842 Ley General de Salud. Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/com2013salud.nsf/0/5bc11be1fcd74d3405257c3600675b79/\\$FILE/PL\\_2839.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/com2013salud.nsf/0/5bc11be1fcd74d3405257c3600675b79/$FILE/PL_2839.pdf)

## Anexos

### Anexo N° 1: Guía De Entrevista

#### PREGUNTAS PARA EL CUESTIONARIO DIRIGIDO JUECES Y ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO DE FAMILIA.

##### **Objetivo 1: *Analizar las consecuencias del vacío legal sobre maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico.***

1. cuáles son los impactos o alcances sobre la maternidad subrogada en el Perú, cree usted que es importante hablar sobre este tema.

---

---

---

2. Cree usted que la ley general de salud, regula el derecho de utilizar las técnicas de reproducción asistida para poder procrear. Fundamente su respuesta

---

---

---

3. Cree usted que la ley general de salud, deja un vacío legal sobre maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico peruano. Fundamente su respuesta.

---

---

---

4. Cree usted que entre las consecuencias del vacío legal sobre maternidad subrogada se encuentra: a) turismo reproductivo, b) tráfico de menores, c) tráfico de personas, d) Impunidad, e) otras consecuencias. Fundamente su respuesta.

---

---

---

**Objetivo 3 *determinar las condiciones y requisitos para regular el acuerdo de maternidad subrogada.***

5. Estaría usted de acuerdo de tomar como base la implementación en nuestro país, la regulación sobre el acuerdo de maternidad subrogada, a partir de lo regulado en el Estado de Tabasco, (México) en su código civil.

---

---

---

6. Que otras condiciones y requisitos a su parecer podría implementarse para regular el acuerdo de maternidad subrogada en nuestro país.

---

---

---

—

7. Si se llegara a regular el acuerdo de maternidad subrogada, cuál sería el sistema normativo pertinente. Explique por qué.

---

---

---

## Anexo N° 2: Ley General de Salud (Ley N° 26842)

Artículo 7º.- 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.

## Anexo N° 3: Sentencia N° 563-2011



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA  
CAS. N° 563-2011  
LIMA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número quinientos sesenta y tres – dos mil once, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo y producida la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

### 1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y tres interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, que confirma la apelada de fecha quince de abril del año dos mil diez, que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada a fojas noventa subsanada a fojas ciento seis; declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis en el Distrito de San Borja, en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz sobre adopción de menor.

### 2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta Sala mediante resolución de fecha seis de julio del año dos mil once, declaró *procedente* el recurso de casación, por causal de infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

### 3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concurra el asentimiento de su cónyuge, que

## Anexo N° 4: Sentencia del Expediente N° 6374-2016



### CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL



**EXPEDIENTE** : 06374-2016-0-1801-JR-CI-05  
**JUEZ** : HUGO VELASQUEZ ZAVALETA  
**ESPECIALISTA** : RAULTAIBE SALAZAR  
**DEMANDANTE** : FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y OTROS  
**DEMANDADO** : RENIEC  
**MATERIA** : PROCESO DE AMPARO

### SENTENCIA

**RESOLUCION:** 05  
Lima, 21 de febrero del 2017

#### VISTOS.

#### Asunto:

Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por 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 RENIEC.

#### ANTECEDENTES.

De la demanda: Fluye del texto de la demanda-folio 144 a 166-, que la parte actora pretende se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R (en adelante, "los menores") y al principio superior del niño y, en consecuencia:

- 1) Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores.
- 2) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento.
- 3) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

#### Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda:

La parte actora sustenta su demanda -en síntesis-, en los siguientes hechos:  
1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte