



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**Análisis al contrato de maternidad subrogada y la necesidad de
una legislación a propósito de los casos en el Perú**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogado

AUTOR:

Sanchez Zegarra, Jean Carlos (ORCID: 0000-0001-5566-5673)

ASESOR:

Dr. Ludeña González, Gerardo Francisco (ORCID: 0000-0003-4433-9471)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Civil

LIMA - PERÚ

2020

DEDICATORIA:

Dedicado a mi madre Blanca, por todo el apoyo incondicional que me ha brindado a lo largo de estos años y que aún continúa dándome, sin ella nada de esto hubiera sido posible y sé que con este logro se va a sentir más orgullosa, Gracias por tu amor incondicional y por estar para mí en todo momento.

A mi familia por ser un ejemplo para mí, para mi formación como persona y por ser el sostén en los momentos más difíciles de mi vida.

Los amo mucho.

AGRADECIMIENTO:

A mi madre que es la luz que andará conmigo siempre.

A todos aquellos que me apoyaron para la elaboración del presente informe y por permitir lograr este objetivo tan anhelado

Índice de contenidos

Carátula.....	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento.....	iii
Índice de contenidos.....	iv
Índice de tablas	v
Resumen.....	vi
Abstract.....	vii
I. INTRODUCCIÓN.....	8
II. MARCO TEÓRICO	13
III. METODOLOGÍA.....	37
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	38
3.2. Categorías, sub categorías y matriz de categorización.....	38
3.3. Escenario de estudio	42
3.4. Participantes.....	43
3.4.1. Caracterización de sujetos.....	44
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	45
3.5.1. Entrevistas.....	45
3.5.2. Guía de entrevistas.....	46
3.5.3. Análisis documental.....	47
3.5.4. Mapeamiento.....	47
3.5.5. Muestra y criterios de selección	48
3.6. Procedimientos.....	48
3.7. Rigor científico.....	49
3.8. Método de análisis de la información.....	51
3.9. Aspectos éticos	51
4.1. Análisis e interpretación de las entrevistas	52
IV. RESULTADO Y DISCUSIÓN	53
V. CONCLUSIONES	73
VI. RECOMENDACIONES	74
REFERENCIAS.....	75
ANEXOS	80

Índice de tablas

Tabla 1: Categorización.....	39
Tabla 2: Categorización Subcategoría Ítems.....	39
Tabla 3: Participantes.....	43
Tabla 4: Validación de instrumentos	50
Tabla 5: Criterios que se debe tomar en cuenta al momento de discutir qué tipo de regulación implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú	52
Tabla 6: Criterios que se debe tomar en cuenta al momento de discutir sobre los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú	54
Tabla 7: Criterios que se debe tomar en cuenta al momento de determinar si existe una vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada	56
Tabla 8: Criterios que se debe tomar en cuenta al momento de determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico	57
Tabla 9: Triangulación de datos	58
Tabla 10: Matriz de Entrevista E1	106
Tabla 11: Matriz de Entrevista E2	109
Tabla 12: Matriz de Entrevista E3	114
Tabla 13: Matriz de Entrevista E4	119
Tabla 14: Matriz de Entrevista E5	122
Tabla 15: Matriz de Entrevista E6	128
Tabla 16: Proceso de comparación del análisis documental en relación con las categorías y subcategorías	135
Tabla 17. Técnica de análisis normativo	136
Tabla 18: Análisis de fuente documental.....	139
Tabla 19: Clasificación de gastos.....	141
Tabla 20: Cronograma y Ejecución	142

RESUMEN

En las últimas décadas se ha producido un notable avance en el mundo científico, especialmente en el campo de las técnicas de reproducción asistidas, estos avances han permitido que miles de mujeres que padecían problemas de fertilidad hayan podido cumplir su más anhelado deseo, ser madres. Asimismo, ha permitido que millones de niños nazcan con la ayuda de estas nuevas tecnologías.

El contrato de maternidad subrogada ha permitido atribuirle el carácter de padres legales a aquellas parejas con problemas de fertilidad que recurren a estas técnicas y a la ayuda de una madre gestante, a la luz de estos casos diversos estados se han visto en la necesidad de regular este tipo de contratos con un marco legal que los permita o los prohíba.

En ese orden de idea, en nuestro presente informe se ha logrado analizar la validez del contrato de maternidad subrogada y como podría regularse esta figura contractual a la luz de los casos en nuestro país.

La metodología aplicada para la elaboración del presente informe se basó principalmente en la recolección de datos de vital importancia para realizar un exhaustivo análisis del tema propuesto, para ello una de las principales técnicas empleadas fueron las entrevistas a distintos expertos en la materia entre los que destacan magistrados y especialistas del Poder Judicial y reconocidos abogados en esta rama del derecho a nivel nacional. Además, del análisis de fuente documental de la diversa doctrina y jurisprudencia a nivel nacional e internacional; además, del estudio de caso de los conflictos más emblemáticos en nuestro país del tema en mención y del análisis comparado con otras legislaciones que regulan este tipo contractual.

Palabras claves: *Contrato de maternidad subrogada, Técnicas de reproducción asistidas, Madre gestante.*

ABSTRACT

In the last decades there has been a remarkable advance in the scientific world, especially in the field of assisted reproductive techniques, these advances have allowed thousands of women who suffered from fertility problems to have been able to fulfill their most longed-for wish, to be mothers. It has also allowed millions of children to be born with the help of these new technologies.

The surrogate motherhood contract has allowed those couples with fertility problems who resort to these techniques and the help of a surrogate mother to be attributed the status of legal parents, in light of these cases, various states have found it necessary to regulate this type of contracts with a legal framework that allows or prohibits them.

In that order of idea, in our present report the validity of the surrogacy contract has been analyzed and how this contractual figure could be regulated in light of the cases in our country.

The methodology applied for the preparation of this report was based mainly on the collection of data of vital importance to carry out an exhaustive analysis of the proposed topic, for this one of the main techniques used were interviews with different experts in the field, among which stand out magistrates and specialists of the Judicial Power and recognized lawyers in this branch of law nationwide. In addition, the documentary source analysis of the diverse doctrine and jurisprudence at the national and international level; in addition, the case study of the most emblematic conflicts in our country on the subject in question and the analysis compared with other laws that regulate this type of contract.

Keywords: Surrogacy contract, Assisted reproductive techniques, Pregnant mother, preliminary investigation.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación no tiene por objetivo alimentar el ya amplio debate existente sobre el contrato de maternidad subrogada, todo lo contrario, pretende entender la verdadera naturaleza del mismo y como es que esta figura contractual tan polémica podría regularse en un país como el nuestro (si es que acaso pudiese hacerse). El contrato de maternidad subrogada, a pesar de su no regulación, es una figura cada vez más común dentro de nuestra sociedad y es quizás uno de los temas más controversiales de nuestro tiempo, dicha figura contractual se encuentra regulada en algunos países del mundo como Estados Unidos, Ucrania, Sudáfrica, México, entre otros. En el Perú, como suele suceder en muchos casos, no existe una norma específica que regule este tipo contractual; no obstante, a pesar de que este tipo contractual no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico en nuestro país se vienen celebrando este tipo de contratos en algunas clínicas privadas, pues es innegable la práctica de esta figura contractual muchas veces clandestinamente en distintas partes de nuestro país por personas o parejas que sufren de problemas de fertilidad, según De la Fuente (2017) “La maternidad subrogada es una práctica existente en nuestro país, y si bien no disponemos de una legislación sobre la reproducción asistida, hay numerosos centros médicos privados que ofrecen esta posibilidad” (p.9). Asimismo, al no existir un cuerpo normativo para este tipo contractual las clínicas privadas tienen una suerte de auto regulación.

Hace unas décadas, la posibilidad de procrear un nuevo ser mediante técnicas de procreación asistida quizás para mucho podía resultar no más allá de un cuento de ciencia ficción, sin embargo, la ciencia nos ha demostrado todo lo contrario, y es que la ciencia en los últimos años ha avanzado de manera inimaginable en todo el mundo y nuestro país no es ajeno a estas innovaciones, por esta razón es imperativo la presencia del derecho en estos avances tecnológicos mediante la regulación de una norma que permita dilucidar futuros conflictos u acontecimientos que puedan surgir a raíz de estos avances tecnológicos en nuestra sociedad, mayor razón, si es que estos nuevos métodos innovadores tienen como resultado la creación de un nuevo ser, sujeto de derecho y máxima prioridad de todo estado de derecho, sobre estas nuevas invenciones de la tecnología y su incidencia en nuestra sociedad, Cárdenas (2015) nos dice lo

siguiente “Lo importante, no está tanto en la innovación tecnológica en sí, sino en cómo saberla aprovechar debidamente, cómo incorporarla en nuestras vidas sin terminar siendo dominados por ella” (p.13). Por tal motivo es indispensable regular esta nueva figura contractual, que si bien es cierto tuvo un origen en Estado Unidos, hoy en día ya es practicada en el Perú, para hacer un correcto uso de esas invenciones tecnológicas y evitar vulneraciones de derecho en nuestra sociedad, además, es prácticamente imposible pensar que en un mundo globalizado como el nuestro las personas que no tienen la capacidad de procrear no recurran a estas nuevas invenciones científicas y a esta figura contractual, puesto que, el mayor deseo de estas personas es el de procrear un nuevo ser para formar una familia o, para algunos, realizarse como personas.

A nivel nacional, nuestra legislación no regula el contrato de maternidad subrogada, sin embargo, la Ley General de Salud, en adelante LGS, en su art. 7 nos hace una breve aproximación a la regulación de las técnicas de reproducción asistida, en adelante TERAS, dicho artículo nos señala que toda persona tiene derecho a acudir a las TERAS para subsanar su infertilidad siempre y cuando la condición de madre gestante y madre genética recaigan en una sola persona, es decir, regula la aplicación de las TERAS en una mujer o pareja, mas no cuando entra una tercera persona (una madre gestante) en el acto gestacional, es decir no regula el contrato de maternidad subrogada pero hace alusión a esta figura. Por otra parte, el Poder Judicial ha sido enfático en los últimos años al manifestar que, si bien el contrato de maternidad subrogada no está regulado en nuestro país, esta figura no se encuentra prohibida; asimismo, en el art. 30 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú se nos señala que un médico no debe prestar servicios para contratos de maternidad subrogada cuando se tiene fines lucrativos.

En el Perú a través de los años se han suscitado algunos conflictos en los contratos de maternidad subrogada por la ausencia de una norma que los regule, en ocasiones algunos de estos casos se han resuelto en el Poder Judicial. En el año 2011 la Corte Suprema resolvió el primer caso sobre esta materia en su casación 563-2011 Lima, fue un conflicto entre particulares en el cual se terminó por entregar la patria potestad a los padres contratantes de la maternidad

subrogada, esto debido a un principio universal del derecho de familia, el interés superior del niño.

Asimismo, en el año 2016, la Sala Civil de la Corte Superior de Lima tuvo a su cargo un nuevo caso de maternidad subrogada, en esta ocasión el problema radicaba entre los padres y una entidad pública, en este caso se solicitaba a la Sala que ordenara al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) que inscribiera al menor como su hijo debido a que esta entidad se había negado rotundamente a inscribir al niño como hijo de los padres contratantes debido a la falta de regulación que existe sobre el tema, finalmente el Poder Judicial ordeno a la entidad de registro que inscriba al menor como hijo de la pareja en base a ciertos derechos de la mujer y del niño.

El último caso emblemático ocurrido en nuestro país sucedió en el año 2018, fue el de una pareja chilena, la cual contrató con una mujer para que esta lleve a sus dos hijos en su vientre, al nacer los dos pequeños e intentar volver a Chile con ellos, la pareja fue arrestada por cometer el presunto delito de tráfico de menores, por tal motivo la pareja enfrentó una prisión preventiva la cual posteriormente fue revocada vía apelación, los niños fueron entregados a la pareja chilena puesto que tenían el mismo ADN que el padre chileno y los niños pudieron ser reconocidos como sus hijos, pero no sin antes pasar por toda una odisea para que esto ocurriera.

A la luz de estos casos, queda demostrada la falta de una legislación específica sobre el tema y los diversos conflictos que esto ha ocasionado, al existir un vacío legal sobre la maternidad subrogada en nuestro país, es inevitable que estos casos terminen siendo resueltos por el Poder Judicial utilizando para ello la jurisprudencia que hasta el momento se ha formado sobre estos casos y algunos principios fundamentales del derecho, produciendo innecesariamente problemas e incertidumbre a las personas que recurren a estos contratos para formar una familia, sin contar además, con la carga adicional que podría producir este tipo de casos a las salas y juzgados del Poder Judicial.

Como se puede apreciar, en nuestro ordenamiento jurídico no existen disposiciones respecto a esta figura contractual materia de nuestro estudio, solo una limitación del derecho del uso de las TERAS como lo ha señalado la LGS,

asimismo, una limitación a nivel de la ética médica contemplado en el código del Colegio Médico del Perú cuando se tiene un ánimo lucrativo, no obstante, no existe una norma expresa sobre este tema que prohíba o regule eficazmente este tipo contractual, en consecuencia, la ausencia de una norma de esta categoría ha ocasionado el poder visualizar casos como los mencionados en el Poder Judicial e incluso provocando en uno de ellos una prisión preventiva completamente injustificada.

Como se ha señalado anteriormente, esta práctica no solo es frecuente en nuestro país, sino en diversas partes del mundo en los que tampoco se encuentra regulado ya sea en países de nuestra región o de otro continente, a causa de esto no se tiene una fuente oficial de la cantidad de nacidos por medio de este tipo contractual debido a la reserva que mantienen estas clínicas, sin embargo, se estima que son miles de bebés los que nacen al año bajo esta modalidad.

El contrato de maternidad subrogada es una figura contractual muy controversial, puesto que algunos autores sostienen que hasta 6 personas podrían reclamar su derecho sobre el recién nacido, hasta el momento, el tema sobre quien tendría realmente el derecho sobre él bebé es muy controversial, al margen de este conflicto que aún se vislumbra en nuestra comunidad, también existen quienes mantienen la postura que un concebido no puede ser objeto de la prestación de un contrato, pues estamos hablando de un futuro sujeto de derecho, dicha calidad jurídica está reconocida en nuestra legislación peruana, específicamente en nuestro código civil.

Otros autores más extremistas afirman que esta figura podría alentar el tráfico de personas, en específico de las mujeres o recién nacidos, teorías y posturas como estas serán analizadas durante el desarrollo de esta investigación, claro está, que es posible que pueda producirse dicha situación si es que un estado, en este caso el Perú, no regula correctamente esta figura contractual y por el contrario desconoce la práctica de este tipo de contratos dentro de su territorio, en tal supuesto es posible que las personas que desean procrear con estas técnicas recurran a clínicas u otros centros informales que no actúen acorde a ley, en palabras de Bease (2019) “Los acuerdos de maternidad subrogada requieren una regulación meticulosa para proteger los derechos e intereses de todas las partes

involucradas” (p.4). A raíz de todo lo mencionado es que radica la importancia y la necesidad de una regulación de esta figura contractual en nuestro país.

El contrato de maternidad es considerado como un contrato más en los países en donde se encuentra regulado y es que en el ámbito internacional existen posturas que avalan este tipo contractual y otras, más conservadoras, que consideran que algo tan importante como la vida de un nuevo ser humano no debería ser objeto de un contrato como si fuera una mercancía, para adoptar una postura correcta y sobre todo acorde a derecho, es necesario recurrir a la legislación comparada, la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional, asimismo, analizar los tratados en los que nuestro país es signatario así como también los tratados internacional de la Unión Europea para efectuar un análisis sobre la decisión que adoptaron los países del primer mundo en donde en su mayoría no se encuentra permitida, salvo ciertas excepciones.

El problema general que hemos planteado para nuestra investigación de enfoque cualitativo, consiste en formular una interrogante matriz que señala el Estado de la cuestión y ésta es: ¿Qué tipo de regulación se debe implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú?

De ello se desprende que existen problemas específicos, los cuales son necesarios analizar y resolver en la presente investigación y estos son: ¿Cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú?

¿Se vulneran los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de un contrato de maternidad subrogada?

¿El contrato de maternidad subrogada es válido en nuestro ordenamiento jurídico?

Bajo esta premisa, el presente trabajo de investigación se encuentra completamente justificado debido a que aborda un conflicto de criterios de interpretación jurídica que a la fecha aún no han sido resueltos en nuestro país por diversas posturas en donde se buscan salvaguardar distintos derechos como los de los contratantes, los del niño y los de la madre gestante.

Existen diversos criterios que requieren ser debatidos y ayudar a esclarecer el panorama del contrato de vientre de alquiler respecto a una posible vulneración de derechos contra la mujer gestante y si existe la posibilidad de implementar una legislación referida a un contrato de esta naturaleza en nuestro país; asimismo, cuáles serían las consecuencias, jurídicas, económicas y sociales en nuestro país en caso de implementar una legislación sobre el tema; por último, intentaremos dilucidar quién es la persona que tendría mayor derecho sobre el recién nacido en caso de una disputa sobre su titularidad en un país en el cual no cuenta con una regulación sobre el tema como ocurre en el Perú.

El objetivo general, está explícitamente determinado en base al problema general y consiste en: Determinar qué tipo de regulación implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú.

De esto se derivan los siguientes objetivos específicos.

Analizar cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú.

Determinar si se vulneran los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada.

Determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico.

La presente tesis se encuentra cabalmente justificada de forma práctica pues en la actualidad se vienen celebrando estos contratos a pesar de no existir un marco normativo, de forma teórica, pues a la fecha el tema continúa siendo muy discutido en la doctrina peruana y extranjera y de forma legal pues es necesaria la implementación de una legislación sobre este tema, la cual debe ser discutida y analizada acorde a nuestra realidad.

II. MARCO TEÓRICO

El contrato de maternidad subrogada, si bien ha sido desarrollado en distintas ocasiones por la doctrina, tal desarrollo no ha sido recogido por el legislador mediante su regulación en nuestra legislación y es que las posiciones doctrinarias

sobre esta figura contractual no son uniformes, mientras algunos plantean distintas formas de regular esta figura contractual, otros optan por la prohibición expresa de esta figura en nuestro país por motivos que observaremos durante el desarrollo del presente capítulo, es así que es necesario efectuar un análisis sobre esta figura contractual desde el punto de vista del derecho civil, para su validez, desde la óptica del análisis económico del derecho, para sus externalidades, y la perspectiva constitucional, para un análisis de los derechos involucrados y una posible regulación acorde a nuestra legislación y nuestra carta magna.

Asimismo, en cuanto a los trabajos previos es fundamental señalar y analizar antecedentes estudiados en investigaciones anteriores y artículos de categoría nacional e internacional elaboradas por distintos especialistas en el tema a tratar, para cumplir a cabalidad los objetivos planteados en nuestra investigación, es por ello que en relación al ámbito internacional, bajo esta premisa Martínez (2015) nos señala lo siguiente, “El Código del rey Hammurabi, creado en Mesopotamia en 1780 a.c. disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación (Ley 146)” (p.2). Si bien el origen de la regulación de la maternidad subrogada es un tema controversial puesto que para ello debemos remontarnos a la historia es muy probable que estos daten del Código de Hammurabi como lo señala Martínez, puesto que este código establecía el deber de la esposa de concebir y brindar hijos a su esposo, aplicando, si el caso lo requería, la maternidad subrogada mediante el uso de una esclava, de lo contrario dicho código facultaba al esposo a tomar otras decisiones para tener descendencia.

Por otro lado, refiriéndonos más al campo del uso de las TERAS debemos remontarnos a los primeros trabajos de fecundación ocurridos durante el siglo XVI, sobre esto Burstein (2013) nos menciona lo siguiente, “Malpighi llegó a fecundar artificialmente los huevos del gusano de seda. En 1784, Spallanzani, incentivado por el éxito obtenido por Malpighi decidió realizar el mismo experimento en mamíferos” (p.13). Es así que los primeros trabajos sobre el uso de las TERAS se produjeron en animales, primero en insectos (gusanos) y posteriormente en mamíferos, para finalmente tener la base para aplicar el uso de las TERAS con la ciencia moderna en los humanos.

Aunando con los antecedentes internacionales, Hernández y Santiago (2011) nos dicen que, “en 1978, el nacimiento de Luise Brown, gracias a la fecundación in vitro y su posterior implantación embrionaria en el útero de su madre, significó un cambio en la salud reproductiva” (p.3). El caso de Louis Brown es conocido a nivel internacional como el caso de *la bebé probeta*, era la primera reproducción artificial, la primera vez que se hacía uso de las TERAS en humanos, la más conocida de ellas, la fecundación in vitro.

En cuanto al origen del primer contrato de maternidad subrogada como tal, según los registros este tuvo lugar en Estados Unidos, al respecto Meike (2001) nos reseña que, “en 1976, Noel Keane, creó la Surrogate Family Service Inc. para ayudar a parejas con dificultades para concebir facilitándole el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación” (p.6). Es así como se crea la primera compañía dedicada a ayudar a las personas o parejas que no podían procrear por sí mismos, para que estos puedan hacerlo por medio de los contratos de maternidad subrogada, esta compañía contactaba con las personas que adolecían de problemas de infertilidad y que deseaban procrear, y a las mujeres dispuestas a gestar a un bebé que no era suyo dentro de su vientre para posteriormente entregarlo a cambio de una contraprestación económica.

Además, a raíz de este suceso se crearon más compañías encargadas de contactar a mujeres que estuvieran dispuestas a participar en esta figura contractual, claro está, con la creación de estas nuevas compañías aumento la cantidad de contratos de maternidad subrogada celebrados y con ello surgieron nuevos conflictos, de los cuales algunos fueron llevados ante los tribunales, la creación de esta nueva figura contractual ha causado todo tipo de debate jurídico, social y moral.

En 1985 se celebraría un contrato de maternidad subrogada, como muchos otros, entre el matrimonio Stern y Mary Whithead, sin saber que este daría paso al primer caso emblemático en Estado Unidos conocido como *Baby M*, sobre este caso Gamarra (2018) nos comenta lo siguiente sobre el primer conflicto polémico derivado del contrato de maternidad subrogada “En 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya” (p.19). El caso

era simple, el matrimonio Stern pagaría la suma de U\$ 10.000 a Mary Whithead a cambio de que esta gestara al bebe de la pareja y lo entregara después del alumbramiento, como nos mencionó Gamarra esto no ocurrió como se había pactado, el caso fue llevado y resuelto en primera instancia por el Tribunal de New Jersey, el cual resolvió a favor del matrimonio Stern, dicha resolución fue apelada por Mary Whithead ante el Tribunal Supremo el cual finalmente declaró nulo el contrato celebrado por las parte tomando como fundamento principal el principio del interés superior del niño; sin embargo, otorgo una custodia al matrimonio Stern, y a Mary Whithead la reconocieron la calidad de madre biológica y un régimen de visitas.

En referencia a los estudios previos que se realizaron a nivel nacional, las investigaciones que se aproximan a tratar un Análisis al contrato de maternidad subrogada y la necesidad de una legislación a propósito de los casos recientes, son las analizaremos y comentaremos a continuación.

En Perú no existe acuerdo sobre el primer caso de esta figura contractual, pero se estima que desde el siglo XIX con la llegada de la prueba de ADN a nuestro país es que se iniciaron estas prácticas; asimismo, la Corte Suprema resolvió por primera vez un conflicto sobre un caso de esta naturaleza en el 2011 en su Casación N°563-2011 Lima en el que se otorgó la patria potestad del niño a los padres contratantes en base al principio de intereses superior del niño, puesto que la madre que había gestado al menor habría buscado un interés propio al extorsionar a la pareja para entregar al menor.

Asimismo, sobre la contemplación de este contrato y el uso de estas técnicas, Del Águila (2014) refiere que, “La inseminación ya se realizaba con tal éxito en nuestro país (...) estableció el destino de las crías y es que solo se puso en el supuesto de inseminación de animales; no se imaginó, que podría darse entre seres humanos” (p.231).

En nuestro país se ha intentado en algunas ocasiones regular el contrato de maternidad subrogada mediante la presentación de diversos proyectos de ley, lastimosamente algunos de estos no fueron siquiera debatidos por el Congreso de la República, sobre esto Bustamante (2017) nos refiere sobre el primero de estos, “El proyecto de ley N°2839-2013-CR, presentada por el Grupo Parlamentario

Solidaridad, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa, propone que se modifique el artículo 7° de la Ley 26842 Ley General de Salud” (p.5). Como se mencionó anteriormente este al igual que otros proyectos que buscaban regular el contrato de maternidad subrogada en nuestro país, terminaron archivados, la mayoría de estos proyectos buscaba básicamente modificar el séptimo artículo de la LGS, pues parte de la doctrina considera que este artículo prohíbe tácita o indirectamente este tipo contractual, además, se pretendía regular los parámetros para el procedimiento de la maternidad subrogada.

Por otro lado, en nuestro país hemos tenido un caso, al menos registrado en el Poder Judicial, en el cual la madre subrogante resulta ser la madre de la mujer con problema de fertilidad, tal caso se nos presenta en el Expediente 2141-2009 Lima en el cual un matrimonio conformado por Carla Monique See Aurish y Luis Eduardo Mendoza Barber celebran un contrato de maternidad subrogada con Jenni Lucero Aurish De La Oliva, madre de Carla, para que esta gesté al hijo de la pareja y se los entregue después del alumbramiento, sobre este caso Carracedo (2016) nos menciona lo siguiente “Culminado el embarazo, la menor fue entregada a Carla See y a su esposo. Sin embargo, la clínica consignó en la partida de nacimiento a Jenni Aurish como madre y por ello interpusieron una demanda de impugnación de maternidad” (p.179). El caso fue resuelto a favor del matrimonio y se ordenó a la RENIEC inscribir a Carla Monique See Aurish como madre de Daniela Mendoza Aurish en la partida de nacimiento de esta última.

Finalmente, el último antecedente registrado en nuestro país ocurrió en el 2018, los protagonistas fueron una pareja chilena, la mujer que había gestado el embarazo y los dos recién nacidos bajo la figura de maternidad subrogada, la pareja chilena vino desde el país sureño hasta el nuestro precisamente para celebrar este tipo contractual, puesto que la legislación chilena en cuanto a esta materia es un tanto más rígida, la pareja celebró este contrato con una clínica limeña y una mujer para que esta fuera inseminada artificialmente con el espermatozoide del marido, pues la mujer chilena tenía problemas de fertilidad, todo marchaba bien, la mujer entregó a los recién nacidos a la pareja chilena y ellos efectuaron el pago estipulado en el contrato, sin embargo, al intentar abandonar el país la policía intervino a la pareja acusados por el delito de tráfico de recién nacidos pues se alegaba que ellos no eran los padres, debido a esto el

caso se volvió rápidamente mediático a nivel nacional, la pareja afrontando estos cargos en primera instancia se les dictó la medida de prisión preventiva, la cual fue revocada meses más tarde por el superior jerárquico, finalmente con la prueba de ADN se pudo esclarecer que el marido era el padre biológico de los dos bebés y el INABIF procedió a la entrega de los niños a sus padres, los cuales posteriormente retornaron a Chile.

En cuanto al derecho comparado, podemos realizar un análisis al contrato de Maternidad Subrogada en Estados Unidos por otra parte nos permite observar un panorama un tanto más complejo puesto que al hablar de un Estado Federal, cada estado goza de cierta autonomía e implementa las leyes que requiera cada estado miembro, de esta forma no hay una legislación uniforme sobre este tipo contractual en todo el país, sin embargo, esta figura contractual ha encontrado su fundamento jurídico en el derecho a la privacidad y el de derecho a la procreación del que goza todo ser humano para que mediante las TERAS se pueda constituir una familia.

Cabe destacar que dentro de la legislación de Estados Unidos, esta figura contractual se encuentra regulada en diecisiete de los cincuenta estados del país Norte Americano, en los cuales se admiten la maternidad subrogada, en los supuestos en los que existe una contraprestación económica o se realiza de forma altruista, claro está que aunque este país sea el pionero en cuanto al contrato de maternidad subrogada eso no significa que no existan detractores de esta figura contractual en dicho país, todo lo contrario algunos políticos incluso han presentado proyectos de ley para prohibir esta figura y otros que buscan eliminar el carácter económico del tipo contractual para evitar un tipo de comercio.

En cuanto a la legislación mexicana sobre nuestro tema, tenemos que México al tener un sistema federal, estos estados tienen una regulación interna en cada estado, es así que podemos observar que en el código civil de Tabasco se regula el contrato de maternidad subrogada, además, se ha incorporado definiciones inherentes a esta figura, la mencionada legislación mexicana (Decreto N°205, 1997) en su art. 92 nos dice que, “los hijos nacidos bajo la modalidad de maternidad subrogada serán presumidos como hijos de la madre contratante, ya que este hecho implica su aceptación” (p.11). Sobre lo señalado anteriormente,

Gutiérrez (2016) refiere que, “este código también se preocupa en los padres de intención ya que no interesa si aportaron el material genético o no, lo cual de alguna manera se estaría desprotegiendo al menor” (p.79). De esta forma el estado de Tabasco, México regula este tipo contractual mediante este cuerpo normativo y protege a los futuros padres brindando una seguridad jurídica y evitando de esta forma una incertidumbre jurídica y contemplando una solución a los posibles conflictos que puedan surgir, como lo son la renuencia de entregar al recién nacido o que la madre gestante reclame la maternidad sobre el niño.

Asimismo, desde hace unos años la legislación ucraniana se convirtió en una de las pocas legislaciones europeas que han regulado esta práctica, en dicha legislación se han tomado en cuenta diversos aspectos propios del tipo contractual, al respecto Gonzáles (2015) refiere que “de acuerdo con las nuevas leyes ucranianas, los padres biológicos del niño gestado por una madre portadora se reconocen automáticamente como padres del mismo, sin que requiere el consentimiento de la madre de alquiler” (p.24). Sin embargo, cabe resaltar que esto ha provocado que el gobierno español se niegue a inscribir a los nacidos en Ucrania por medio de la maternidad subrogada, pues deben de realizar un proceso de filiación.

Por su parte los países europeos han tomado una postura contraria al contrato de maternidad subrogada, países como Francia, Alemania y España se han mostrado reacios a implementar una legislación favorable sobre este tipo contractual pues se considera como punto central que este contrato atenta contra la dignidad de la mujer y se pretende una comercialización de las partes de la mujer y su capacidad reproductora, al respecto Aspiroz (2017) nos menciona lo siguiente “si se autorizaran estos contratos, habrá triunfado el derecho a hacer lo que científica y técnicamente se puede hacer sobre la ética que defiende los valores de la dignidad humana” (p.87). Sin embargo, en España se ha comenzado un fuerte movimiento por parte de la comunidad LGTBIQ para que esta medida sea aprobada, pues recordemos que la unión civil en muchos países europeos está reconocida, no obstante, resulta contradictorio que la legislación española haya reconocido la unión civil, pero no les permita su derecho a formar una familia, propia de la institución del matrimonio ya que precisamente esta comunidad por

su condición genética no puede concebir y gestar hijos naturalmente y por ende no puede ejercer su derecho a formar una familia.

En cuanto a las teorías, en la doctrina existen tres tipos de posturas en cuanto a la forma de regulación de la maternidad subrogada, en las siguientes líneas se explicará brevemente cada una de ellas y nuestra opinión en cuanto a que tipo de postura y por ende regulación debería incorporarse a nuestra legislación.

Prohibición total, la primera postura, y las que más adeptos tiene, es la de prohibir el contrato de maternidad subrogada y declarar nulo todo negocio jurídico celebrado que pretenda producir tales efectos, esta postura ha sido tomada principalmente por países europeos como España, Alemania, Francia, Italia, entre otros. Esta postura tiene su como su principal fundamento la posible vulneración a la dignidad de la mujer, la contrariedad al orden público y buenas costumbres, y finalmente el hecho de que un bebe no puede ser objeto de un contrato por ser una persona.

Regulación altruista, la segunda postura permite regular el contrato de maternidad subrogada bajo ciertos parámetros y requisitos, cabe destacar que esta postura es la que se pretendía implantar en nuestro país en los proyectos de ley, esta postura regula esta figura contractual “subsannando” el fundamento del atentado contra la dignidad de la mujer y él bebé como objeto del contrato esto, según esta postura, se haría con el altruismo, es decir no sería una figura contractual (negocio jurídico), solo un acto jurídico y se debe hacer de forma altruista, que no medie dinero de por medio y que no exista ánimo de lucro en la madre gestante, esto se ha aplicado en ciertos países.

Regulación absoluta, la tercera postura, la que a nuestro juicio es la mejor para aplicar en nuestro país, consiste en permitir el contrato de maternidad subrogada ya sea a título gratuito u oneroso, esta postura ha sido adoptada y regulada en países como Estados Unidos, solo en algunos estados por tener un sistema federal, México, solo el estado de Tabasco por también tener un sistema federal, Ucrania, Rusia, entre otros. Cabe precisar, que, por el carácter especial de este contrato, se deben fijar ciertas limitaciones, los cuales serán desarrolladas más adelante.

Respecto al análisis normativo, como se había señalado anteriormente, en el Perú no hay una legislación expresa que regule el contrato de maternidad subrogada solo regulación de las TERAS usadas en una misma persona como se precisa en la LGS, la cual en su art. 7 nos señala lo siguiente “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de las TERAS, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona” (p.7). El mencionado artículo nos señala de esta forma que en un principio *toda persona tiene derecho*, luego nos limita este derecho en su parte final al condicionar que para acceder a este derecho del uso de las TERAS la condición de madre gestante y madre genética debe de recaer en la misma persona para los casos en los que se planea hacer uso de estas técnicas, es preciso preguntarse en este punto si realmente es posible que este articulado limite el derecho de usar estas técnicas, pues ello generaría sin lugar a dudas una discriminación para usar un método alternativo para concebir como lo es este tipo contractual.

Sobre nuestro tema, Varsi (2001) refiere lo siguiente “La LGS no se ha pronunciado sobre el tema de la madre sustituta, que se da cuando la madre sustituta ha aceptado ser inseminada con el material genético del marido” (p.250). Tal y como refiere Varsi esta normativa no hace referencia al supuesto de madre sustituta, la cual a pesar de no cumplir con el “espíritu de la ley” cabe perfectamente en los supuestos señalados en el mencionado artículo y se puede ejecutar bajo esta premisa sin “contradecir” lo señalado por el citado artículo.

Nuestra legislación regula el contrato en el art 1351 del Código Civil (DL N°295, 1984) el cual nos señala lo siguiente, “el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (p.480). Asimismo, el artículo 140 del mencionado cuerpo normativo nos señala los requisitos de validez del acto jurídico, “Para su validez se requiere: 1) Agente capaz, 2) Objeto física y jurídicamente posible, 3) Fin lícito, y 4) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad” (p.95). Es en este último artículo en donde la doctrina considera que este tipo contractual no cumple con los requisitos de validez, pues se argumenta que su objeto no sería jurídicamente posible pues contravendría el ordenamiento jurídico; además, se señala también que no tendría un fin lícito, por lo tanto, un contrato de esta

naturaleza debería ser declarado nulo al no cumplir con estos dos requisitos de validez, postura por la cual desde luego no estamos conforme.

Para efectos de dar una respuesta a uno de nuestros objetivos específicos, es necesario dilucidar si este tipo contractual cumple con los requisitos de validez, para ello es necesario analizar cada inciso de este artículo, en principio tenemos que el agente capaz serían el o los padres contratantes y una mujer con capacidad reproductora, cabe resaltar la capacidad de esta última pues de no tenerlo no se podría llevar a cabo esta figura contractual, por ende el primer requisito especial propio de este contrato es la capacidad reproductora de la mujer, en cuanto al objeto del contrato, a lo largo del tiempo se ha discutido sobre el objeto y su definición, y si bien en un principio se pensaba que se hablaba del objeto físico a entregar, hoy en día el tema está más que esclarecido, pues se entiende por objeto a la prestación que se encuentra obligada cada parte del contrato, sobre esto se debe señalar que en tanto la mujer tenga la capacidad reproductora el objeto será físicamente posible y también será determinado pues se sabe con certeza cuál es la prestación de cada parte, asimismo, es importante señalar que en este tipo contractual no encontramos ante una prestación de hacer y no de dar como mucho manifiestan, pues se considera la prestación a la capacidad de gestar y no la entrega del niño, en cuanto a si es jurídicamente posible, es necesario precisar que para que el objeto sea antijurídico, es decir, contrario a nuestro ordenamiento jurídico se requiere una prohibición expresa y como se ha señalado anteriormente nuestra legislación no prohíbe tal figura.

En lo que respecta al fin lícito, debemos entender por fin lícito a la causa del negocio jurídico en su aspecto subjetivo, es decir, el motivo o móvil de las partes al celebrar este contrato, y que esto no contravenga al orden público ni a las buenas costumbres y como se ha manifestado anteriormente, la única finalidad de este contrato es ayudar a aquellas personas que por determinadas situaciones no puedan concebir un hijo por sí mismas y necesitan la ayuda de terceras personas, lo cual de ninguna forma contraviene a lo señalado anteriormente, sin embargo, al considerar este un contrato especial consideramos se debería aplicar un segundo requisito especial para este contrato, "el factor humanitario" siendo este definido como el apoyo humanitario que la madre gestante da a los padres contratantes que no puedan concebir u gestar por ciertas situaciones de salud,

quedando excluidas definitivamente de este contrato a aquellas personas que si puedan hacerlo, pero que por otras razones no quiera, casos como los que se mencionaran más adelante. Finalmente, el último requisito deberá delimitarse en base a los procedimientos médicos, sin embargo, es preciso aclarar que debe ser un contrato escrito, en donde se establezca claramente todas las condiciones del contrato, esto en base a la protección del niño.

Sobre los paradigmas, Puppinc (2012) nos refiere que, “La subrogación compromete la dignidad del niño al hacerlo el objeto de un contrato. Además, compromete la dignidad de la madre, incluso si su participación es voluntaria, simplemente tratándola como un horno gestacional” (p.5). Al respecto es necesario señalar nuestra postura contraria con respecto a lo mencionado por el autor, si bien es muy discutido en la doctrina la posible existencia de la vulneración a la dignidad de la mujer en aquellos contratos en los que se reciba una contraprestación económica somos de la opinión que en lo que respecta al objeto del contrato no es el niño, por lo tanto no estamos ante una venta de un niño como si fuera una mercancía como lo señala el autor, por el contrario consideramos que el objeto del contrato es la capacidad reproductora de la madre gestante, asimismo, bajo la premisa señalada por el autor en que el pagar por una mercancía atenta contra la dignidad de la mujer, se debería entender entonces que no existiría una vulneración en los casos en los que el motivo de la madre sustituta sea el altruismo, pues son incontables los casos en los cuales distintas mujeres han prestado su capacidad reproductora a aquellas personas con problemas de fertilidad para poder procrear sin recibir una contraprestación por ello, prueba de ello es el caso recaído en el expediente 2141-2009 Lima desarrollado anteriormente en los párrafos anteriores, en el que era la abuela quien prestaba su capacidad reproductora a su hija, para que esta pueda cumplir su sueño de ser madre, casos como este ha ocurrido en distintas partes del mundo.

Sobre la posible existencia de la vulneración de la dignidad de la mujer en este tipo contractual, es necesario señalar que dicha dignidad está protegida por el art. 1 de nuestra Carta Magna, asimismo, parte de la doctrina considera que en tanto exista el altruismo en el contrato (sea a título gratuito) no se vulnera tal dignidad, a nuestro parecer esto es erróneo, pues lo que debe existir en el factor

humanitario al que hicimos alusión en líneas anteriores, pues esa es la razón de ser de esta contrato, de igual manera es necesario precisar que nuestra Carta Magna no solo tiene como fin supremo la defensa de la dignidad de la mujer, sino de la persona humana, por lo cual en defensa de esta misma dignidad, es que se debe permitir a las personas que no pueden concebir o estar haciendo mediante esta figura contractual, en base a lo señalado es indudablemente que no se estaría vulnerando los derechos fundamentales de la madre gestante, pues esta celebra el contrato libremente con todos los términos que ello implica.

Uno de los factores claves por los cuales, y principales detractores de esta figura es la religión, la cual a través del tiempo ha demostrado el poder y la influencia que tiene no solo en nuestra vida diaria, sino en nuestra legislación, prueba de ello es la no despenalización del aborto en casos de violación sexual o la no aplicación de la eutanasia, actos que sin duda contravienen las directrices de la religión católica.

No permitir a este grupo de personas acceder a este nuevo beneficio que la ciencia nos otorga y que el derecho ha adoptado para nosotros resulta completamente injusto para quienes ven truncados sus sueños de tener una descendencia y formar una familia, sobre este particular Bullard (1995) nos refiere que, "La capacidad reproductiva humana es a pesar de la tecnología un recurso relativamente escaso (...). No dejar que la capacidad reproductiva pueda ser puesta al servicio de dicha realización no sólo puede ser económicamente ineficiente sino incluso humanamente injusto" (p.13).

Algunos autores sostienen incansablemente que el deseo de ser padres y formar una familia no es suficiente para permitir este tipo de contratos en nuestra sociedad y en caso de permitirse debería ser estrictamente altruista, previo análisis psicológico de la pareja por parte del estado para que puedan verificar que esta pareja que desea celebrar este tipo contractual puedan ser buenos padres para la criatura que desean traer al mundo, es necesario señalar que en nuestra realidad hay un abismo de diferencia entre la teoría del derecho y la práctica, si bien es cierto el sector público realiza buenas gestiones en ciertos campos, en otros no lo hace necesariamente, es decir se cometen muchos errores, prueba de ello es la complejidad de un proceso de adopción, motivo por

el cual seguramente se implementaría un procedimiento mucho más largo y tedioso para este tipo contractual, llegados a este punto es necesario preguntarse ¿Por qué se debería ejercer un tipo de control sobre las personas con problemas de fertilidad, pero no sobre quienes si tienen la capacidad de procrear? hacer este tipo de diferencias podría configurar una práctica discriminatoria para todas aquellas personas que no fueron bendecidas con la capacidad de procrear, gestar o padecer de un mal hereditario, sin mencionar además del intervencionismo que se pretendería que efectúe el estado en los convenios entre privados, los cual vulneraría el principio de autonomía privada de la voluntad propio del derecho contractual.

Es cierto que existen padres desalmados que maltratan a su hijos de innumerables formas, física, psicológica y hasta sexualmente, pero aun así el estado admite que estas personas, a las que la vida otorgo la capacidad de reproducción, puedan ser padres y solo se limita a un control ex post al nacimiento en caso de alguna denuncia de maltrato, en el cual se sancionara con el retiro de la patria potestad, sin embargo, los detractores de esta figura contractual pretenden que el estado efectúe un control ex ante a aquellas personas cuyo mayor anhelo en esta vida es el de ser padres, posiblemente es cierto que las intenciones de los detractores de esta figura son las mejores para con aquellos niños que puedan nacer producto de esta figura, pues desean que viven en un ambiente sano y con personas que cuidarán de ellos como merece cualquier niño, pero proponer este tipo de medidas configuraría una discriminación tremenda a todas aquellas personas que padecen de problemas de infertilidad y que quisieran optar por esta nueva figura del derecho contractual.

Sobre la posición de prohibición de esta técnica Rupay (2018) nos refiere lo siguiente, “se sustenta en que se estaría vulnerando la dignidad de la mujer. Sin embargo, esta afirmación es falsa, pues este método se basa justamente en el altruismo por parte de esta mujer al prestar su útero para un fin noble” (p.9). En efecto, los detractores de este tipo contractual hablan de la dignidad de la mujer o del futuro niño, pero en ningún momento mencionan nada en cuanto a la dignidad de estas personas que desean ser padres, del derecho a su libre desarrollo el cual también es reconocido constitucionalmente, a la libertad de procreación y el derecho a formar una familia.

En cuanto a la doctrina, tenemos que las partes en el contrato de maternidad subrogada son: 1) la madre sustituta, la cual es contratada para la gestación del embarazo hasta el alumbramiento, y 2) quien contrata a la madre sustituta, quien a su vez puede ser: a) la mujer que adolece de problemas de infertilidad, b) el padre, o, c) una pareja.

Asimismo, el contrato de maternidad subrogada se puede realizar en distintos supuestos, de los cuales tenemos las siguientes: la Madre Portadora, en esta situación una mujer que desea concebir un hijo tiene la capacidad de generar óvulos, pero no la capacidad de gestar por algún tipo de deficiencia, por ello recurre a una mujer que si tenga la capacidad de gestar para que esta pueda culminar con el proceso, en este caso hay una maternidad parcia puesto que hasta dos mujeres intervienen en este proceso; además, se produce lo que llamamos la trigeneración humana porque intervienen hasta tres personas en este proceso, a) aporte del espermatozoide del marido, b) aporte del ovulo de la madre incapaz de gestar, y c) la capacidad de gestación de la madre sustituta.

La Madre Sustituta, es el caso de aquella mujer que no puede producir óvulos ni tiene capacidad de gestar, por lo que se debe recurrir a una mujer para que sea fecundada y geste el embarazo hasta el alumbramiento, en este caso hay una maternidad integral porque solo una mujer interviene en el proceso, en este caso no hay maternidad por sustitución, sino una técnica de reproducción asistida por cedente

La Ovodonación, es aquella situación en la cual una madre adolece de la capacidad de generar óvulos; no obstante, tiene plena capacidad de gestar, en este caso en este caso se necesita que una mujer ceda sus óvulos para que se produzca la concepción, nuevamente estamos en un caso de trigeneración, a) aporte de óvulos de una mujer, b) aporte de espermatozoides del marido, y c) la capacidad de gestar de la madre, cabe señala que la ovodonación no es una figura prohibida por nuestra legislación, esto conforme a lo señalado por la Corte Suprema en su casación 4323-2010 Lima, por lo que plantear lo contrario resultaría caer en un error.

La Embriodonación, en este supuesto la pareja, tanto hombre como mujer, adolecen de problemas de fertilidad, la mujer no tiene la capacidad de producir

óvulos, ni la de gestar, por su parte el hombre es infértil motivo por el cual deben de buscar un donante de esperma y una mujer que permita ser fecundada con este esperma y gesticione a la criatura hasta su culminación con el alumbramiento, en este caso Varsi (2010) nos refiere que, “se produce un caso de multigeneración humana. 1) El marido y la mujer son infértiles, 2) El embrión es de una pareja cedente, y 3) El embrión es gestado por una tercera mujer o por la cedente del óvulo” (p.9).

Algunos autores hablan sobre la existencia de los efectos negativos que este tipo contractual puede generar, la doctrina parece unánime al señalar que quien sufriría un mayor efecto es la madre gestante, pues se han visto casos en los cuales muchas de ellas no quieren desprenderse del recién nacido al momento de entregarlo a quienes la contrataron, en algunos casos se genera cuadros de depresión en estas madres sustitutas, recordemos que una madre durante los primeros días del alumbramiento se encuentra en un estado puerperal en el cual no se encuentra en el mismo estado en el que se encuentra normalmente, ello podría generar una negativa a la entrega lo que conllevaría a un conflicto jurídico.

Un tercer grupo que recibiría los efectos de esta relación jurídica es la sociedad, algunos autores alegan que la sociedad no permitiría bajo ninguna premisa este tipo de actos, esto debido a diferentes creencias religiosas, principios morales y éticos de cada persona y hasta por sus costumbres, sobre todo en un país pluricultural como lo es el Perú, el cual en su mayoría es un país católico desde la época de la colonia hasta la actualidad, la religión tiene aún un gran poder no solo en la población, sino entre los legisladores quienes consideran este el principal motivo por el cual esta figura no ha sido regulada ni permitida expresamente en nuestro país, y es que las creencias religiosas de nuestra población en general es contraria a esta práctica del mundo moderno; no obstante, si bien es cierto la religión a través de la historia ha marcado ciertas pautas de las decisiones de diversas naciones y su influencia a las distintas legislaciones, muchas de ellas se han derogado con el tiempo, por mucho tiempo la institución del matrimonio católico era indisoluble, hoy en día eso ha cambiado y es que la naturaleza del derecho es cambiante, se debe aplicar con relación a los nuevos tiempos, a las nuevas necesidades, a los nuevos supuestos que puedan acontecer producto de las nuevas invenciones del hombre.

De igual manera en esta figura contractual, como en cualquier otra, puede suscitarse algunos problemas más aún si como advertimos al inicio de esta investigación, existe un vacío legal sobre nuestro tema, entre los cuales tenemos los siguiente: a) que la mujer gestante no quiera entregar al nuevo ser una vez alumbrado, b) que ni la mujer gestante, ni los padres contratantes quieran tener el cuidado del nuevo ser porque este adolezca de algún enfermedad o anomalía c) que en el proceso de gestación se advierta anormalidades en el concebido y los padres contratantes quieran el aborto terapéutico, pero que la mujer gestante se niegue a realizarlo, d) que se disuelva el vínculo matrimonial de los padres contratantes durante el proceso de gestación teniendo en cuenta que la cónyuge no aportó el material genético), y, e) que los padres contratantes mueran antes del alumbramiento.

Parte mayoritaria de la doctrina nacional se muestra contraria a la regulación del contrato de maternidad subrogada y un sector en específico se fundamenta en el sexto artículo del Código Civil (DL N°295, 1984) el cual textualmente dice lo siguiente “los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos (...) si están inspirados por motivos humanitarios” (p.81). Es así que algunos autores se fundamentan en el hecho de que este tipo contractual sería contrario al orden público o a las buenas costumbres debido a lo citado en el presente artículo, sin embargo, el mismo articulado en su parte final menciona que estos serían validos si se tratan de actos humanitarios, cabe preguntarse entonces ¿no es un acto humano ayudar a una persona o pareja que carece de capacidad reproductora a conseguir su sueño más anhelado? claro está, este articulo declararía nulo aquellos contratos en los cuales una mujer a pesar de tener capacidad reproductora, no tener enfermedades hereditarias para su hijo y su pareja no padezca de infertilidad quieran contratar a una mujer para que geste a su hijo tan solo por el hecho de no querer hacerlo ella misma como es el caso de las modelos que por su profesión no pueden gestar un bebé pues perdería su figura corporal o el caso personas que simplemente no deseen reproducirse mediante el método natural como es el caso del famoso futbolista Cristiano Ronaldo, recordemos que la naturaleza de este contrato es el factor humanitario,

factor esencial para poder regular un contrato de esta naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico y sin el cual evidentemente, debería ser declarado nulo.

Por otro lado en cuanto a los principios, tenemos algunos provenientes desde la época romana, y es que hace siglos la posibilidad de procreación de vida mediante el empleo de las TERAS y este tipo contractual podría haber sido impensada, debido a esto los juristas romanos crearon el principio romano *Mater semper certa est* porque era imposible vislumbrar la problemática que se podría generar siglos más tarde a causa del desarrollo de la ciencia, lamentablemente desde la aparición de la genética en el mundo moderno estos principios han quedado obsoletos, tal es el caso del principio *Pater semper incertus estes* el cual señala que el padre siempre es incierto, esto cambió con la aparición de la prueba de ADN y dejando obsoleto este principio siendo modificado por *Pater est, quem nuptiae demonstrant*, es así como vemos el cambio en el mundo del derecho y sus principios conforme el avance de la ciencia y es por esto que se tiene la necesidad imperante de crear una nueva legislación acorde a nuestro tiempo, a nuestra realidad y creado por la nueva generación, si el derecho se ve sobrepasado por la ciencia no existirá un correcto control sobre el comportamiento del hombre en la sociedad.

Asimismo, se utiliza el principio del interés superior del niño como principio en contra a este tipo contractual, no obstante, habría que preguntarnos ¿Qué es el principio del interés superior del niño?, al respecto Delgado (2019) nos refiere sobre este principio refiere que, “constituye como una cláusula general y un concepto abstracto, susceptible de ser interpretado por el juez (...), ha de interpretarse en armonía con los demás derechos fundamentales de los que goza el menor, como ser humano” (p.73). Por lo tanto, podemos concluir que el principio superior del niño es usado por el juez cuando se vela por el bienestar primordial del menor por encima del interés de cualquier otro particular; no obstante, esto no debe ser de ninguna manera un argumento para vulnerar posibles derechos fundamentales de otras personas, asimismo, cabe destacar que el principio en mención ha sido usado en diversas ocasiones para resolver conflictos derivados de esta figura contractual.

Por su parte Cárdenas (2017) señala que, “es válido recurrir a estas técnicas, en caso de no tener la posibilidad de recurrir a otras vías y siempre que no se afecten derechos fundamentales, el derecho a la dignidad, se respete el orden público y las buenas costumbres” (p.74). En efecto no se busca implementar esta medida avasallando con ello derechos fundamentales de terceras personas, ya sea la dignidad de la mujer o los valores y principios de la comunidad en general, lo que se busca es hacer valer el derecho fundamental a la procreación de aquellas personas que no pueden concebir por sí mismas o tengan una enfermedad hereditaria susceptible de ser transmitida a su hijos, es por ello que se debe analizar cuidadosamente una posible regulación sobre este tema, pues más allá del gran debate jurídico que este tipo de contrato nos trae, debemos analizar las posibles vulneraciones no solo al ordenamiento jurídico, sino al derecho de las personas.

Asimismo, para efectos de desarrollar nuestro marco conceptual es necesario desarrollar algunos conceptos para brindar algunas nociones respecto a los elementos o términos utilizados para realizar nuestro análisis sobre el tema materia de investigación a efectos de que el lector pueda tener una idea más clara para un mejor entendimiento.

Actualmente con los avances científicos se ha hecho posible la procreación de una nueva forma de vida mediante técnicas científicas, lo cual ha dado paso a la creación de la figura de maternidad subrogada por parte del derecho.

Para ello debemos analizar la relación existente entre la bioética y los contratos de maternidad subrogada, desde una aproximación del marco conceptual, para ello debemos dar una definición de bioética, para tal fin debemos citar a Chávez el cual la define como, “la conciencia de la ciencias médicas o biológicas como practica dinámica, racional, y reguladora de los valores éticos y deontológicos con la característica de ser multidisciplinaria y que tiene como objetivo la preservación de la dignidad humana” (p.25).

La bioética es un nuevo campo que surgió producto de los avances científicos en el cual se vienen desarrollando nuevas técnicas trayendo consigo distintas consecuencias jurídicas, la bioética no es más que el sentido ético y moral que debe tener toda persona que haga uso de las TERAS y la ciencia en general

con relación al material genético del ser humano y el respeto inherente que se le debe tener; asimismo, sobre esto Cárdenas (2015) nos dice lo siguiente “podemos atrevernos a vaticinar que, al final, será en los campos de la bioética en donde se libren las más importantes batallas para defender no solo la dignidad y la integridad del ser humano, sino hasta el futuro de la especie” (p.29). Es por ello que el derecho tiene la imperativa necesidad de regular las actividades que involucren el uso de las TERAS y todo lo relacionado con las ciencias médicas que estén relacionados con el genoma humano.

Asimismo, Varsi (1995) define a las TERAS como “aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia” (p.62). Podemos denominar entonces a las TERAS como el conjunto de métodos mediante los cuales el ser humano interviene artificialmente, mediante la ciencia médica reproductiva, para facilitar o sustituir los procesos de reproducción naturales mediante los cuales se desarrolla la procreación humana, es así como estas TERAS surgieron frente al problema de infertilidad que aquejan a muchas personas con la finalidad de que la ciencia sirva de apoyo para la procreación de un nuevo ser.

La inseminación artificial en palabras de Saavedra (2018) la define de la siguiente manera “la introducción de una muestra espermática dentro del útero de la mujer (...) en los casos que los gametos masculinos sean de la propia pareja y no de un donante, no trae consigo problemas de índole jurídico, aunque sí ético” (p.7).

La Fecundación In Vitro, es una técnica de reproducción asistida la cual también denominada como Fecundación Extraterina o Extracorpórea, en esta fecundación artificial se produce la unión del óvulo y el espermatozoide, fuera del cuerpo de la mujer, mediante el uso de una probeta el cual dará como resultado un embrión para luego ser implantado en la conyugue o en caso esta no tenga capacidad de gestar, es una tercera persona.

Asimismo, podemos clasificar a la Fecundación In Vitro en dos tipos debido a la forma de su intervención: a) Fecundación In Vitro Homóloga, es aquella realiza con los componentes tanto del hombre (espermatozoide) y de la mujer (óvulo),

en este caso no habría ningún problema, puesto que si bien no se concibe mediante el método natural, es lógico indicar que el hijo es de esta pareja por el ADN que se comparte, y b) Fecundación In Vitro Heteróloga, en este proceso entra un tercero, ya sea para aportar el espermatozoide, óvulo o ambos, en esta situación es donde se podría presentar un problema, pues el material genético ahora se comparte con una tercera persona o de plano es completamente de una tercera persona.

La Fecundación In Vitro es una de la técnica más usada en los contratos de maternidad subrogada, mediante la cual es posible que las parejas o personas que presentan problemas de fertilidad puedan tener descendencia, dicha práctica es realizada en distintas partes del mundo, en algunos países de forma clandestina producto de una rígida legislación y en otros practicados de forma abierta por la permisividad de esta práctica, casos puntuales como estos son Estados Unidos y Ucrania, este último visitado en mayor medida por ciudadanos europeos que presentan los problemas mencionados. Ucrania es uno de los países a los que se suele recurrir para estas prácticas, pues su legislación en este tema contempla incluso pautas para este tipo de contratos, es decir va más allá de permitir este tipo contractual.

Podríamos denominar a la situación antes mencionada como una especie de turismo reproductivo, pues se genera el desplazamiento de una persona o pareja que carece de la capacidad de reproducción hacia un país cuya regulación permita expresamente este tipo contractual y brinde una seguridad jurídica sobre el resultado del mismo, otra de las causas es el menor costo que puede ofrecer un país, pues es lógico que el costo de este tipo contractual es mucho menor en un país en donde se regula esta práctica que en un país en donde se puede realizar clandestinamente.

Los Derechos Reproductivos por su lado, son aquellos que garantizan a todas las personas disfrutar un acceso igualitario a la planificación familiar y a poder ser atendido en lo que a salud reproductiva refiere, al igual que tener pleno ejercicio sobre su decisión de reproducción y el número de hijos que sea tener, es así que el derecho de reproducción es uno de los derechos más importantes y propios del ser humano, puesto que el acto de procrear a un nuevo ser significa

tener una descendencia en la cual, de cierta forma, se puede plasmar una parte de nosotros, una parte de nuestra esencia, proyectarnos de alguna manera en este nuevo ser, de esta forma trascender más allá de nuestra vida reflejados en nuestra descendencia, la cual pasara de generación en generación, sin mencionar además que el formar una familia mediante la procreación es parte del desarrollo esencial del ser humano, parte de un ciclo natural desde los primeros días del hombre.

El contrato de maternidad subrogada, tema de vital importancia hoy en día, es una de las nuevas creaciones de la ciencia y del derecho contractual, es una figura que surge como respuesta para aquellas personas que sufren de problemas de fertilidad pero que aun así tienen el anhelo de procrear y formar una familia, en nuestro país existe un vacío legal respecto a esta figura por lo cual quienes desean procrear mediante estos contratos se ven obligados a celebrarlos desde la clandestinidad, lo cual produce ciertos riesgos como el que la madre gestante se niegue a entregar al hijo después del alumbramiento, casos como estos se han visto a nivel nacional e internacional, provocando así una incertidumbre jurídica en las personas que desean celebrar este tipo contractual, mientras no exista una seguridad jurídica de la entrega del hijo siempre se correrá un riesgo el cual debería de ser eliminado mediante una correcta legislación sobre el tema.

El contrato de maternidad subrogada tiene diferentes denominaciones en distintas partes del mundo como gestación subrogada, madre sustituta, gestación por subrogación o como vulgarmente se le denomina “contrato de vientre de alquiler”, de igual forma adopta otras denominaciones, sin embargo, a nuestro parecer el nombre correcto de esta figura contractual es el que mencionamos en nuestro título, esto debido a los efectos que busca producir este contrato; asimismo, a efectos de establecer una definición sobre esta figura, debemos citar a Banda (1998) quien define a esta figura como “la mujer, siendo incapaz de desarrollar el embarazo, alquila a otra para que la sustituya en dicha función, o estando capacitada para ello, no desea que el proceso de la gestación se desarrolle en su propio cuerpo” (p.10), por su parte Rodríguez (2012) lo define como “un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante la inseminación artificial, para luego, entregar al bebe, renunciando a los derechos sobre el recién nacido, y recibiendo una compensación” (p.2), en base

a esto podemos definir al contrato de maternidad subrogada como el convenio privado mediante el cual una mujer con capacidad de gestar acepta concebir el hijo ajeno de los padres contratantes dentro de su vientre mediante el uso de técnicas de reproducción asistida y gestarlo hasta el alumbramiento para luego entregarlo, renunciando previamente a ejercer los derechos de madre que le pudieran corresponder, pudiendo hacerse a título oneroso o gratuito.

A decir de Yáñez (2013) nos refiere que el contrato de maternidad subrogada “es un pacto que da el carácter de cosa al feto para que de esta manera sea sujeto de derechos, convirtiéndolo en un objeto de deseo que momentáneamente prescinde de identidad, porque se convierte en huésped temporal” (p.30). Dicha postura a nuestro entender es errónea, pues no se le puede atribuir la calidad de objeto a un potencial futuro sujeto de derecho, de igual manera no se puede prescindir de un derecho de identidad, sino que más bien esta estará ligada a los padres contratantes, que, en la medida de lo posible, compartirán parte del material genético con el niño.

En los tiempos actuales con el apogeo del Análisis Económico del Derecho, en adelante AED, se viene planteando y efectuando un análisis desde el punto de vista económico de las implicancias y efectos de ciertas figuras contractuales en personas “ajenas” al contrato, esto en el campo de la economía es mejor conocido como externalidad, las externalidades son aquellos efectos que pueden producir las relaciones jurídicas de particulares, estas pueden ser positivas o negativas, entre los mismos particulares o hacia terceros, este planteamiento se realiza en base al teorema de Coase.

En cuanto a las externalidades, en palabras de Bullard (2018) refiere lo siguiente “Una externalidad es un costo (o beneficio) no contratado, un costo que uno le genera a un tercero. El acuerdo define los costos que se causan. Pero cuando ello no es posible, es necesario que el juez internalice la externalidad” (p.96). En síntesis, las externalidades son los efectos producidos a raíz de un contrato que son derivados y afrontados por los terceros, en nuestro caso una externalidad sería el costo de la sociedad de tener que aceptar la práctica de este tipo contractual, evidentemente no hablamos de un costo monetario, sino tal vez para algunos moral o ético.

Asimismo, realizando un análisis sobre la legislación extranjera, podemos ver que la legislación portuguesa regulo por primera vez este tipo contractual en el 2006 mediante la Ley N° 32/2006 la cual fue modificada 10 años después por la Ley 25/2016, dicha ley señala que las mujeres o parejas, independientemente de su estado civil u orientación sexual, pueden acudir a este tipo contractual subsidiariamente, siempre que medie un problema de fertilidad o una enfermedad, y que además se celebre a título gratuito, es decir, que no exista una contraprestación económica de por medio.

En Sudáfrica estos contratos se encuentran regulados en una ley especial, sin embargo, dicha legislación es estricta en cuanto a la celebración de este contrato a título gratuito e implementando una serie de requisitos para su verificación por parte de los tribunales de la jurisdicción, sancionando con la nulidad en caso de su incumplimiento. Al respecto Nicholson & Bauling (2013) refieren que “Antes de legislar la gestación subrogada, se cree que la práctica era clandestina. El hecho de que la subrogación ahora esté legislada plantea la pregunta: ¿por qué las partes persisten en desobedecer la ley?” (p.536).

Es interesante el panorama en Sudáfrica, país en el que a pesar de existir una legislación que regula este contrato enfrenta una población que prefiere seguir celebrándolo de forma clandestina, desde nuestro punto de vista el problema puede radicar en el excesivo control que se ejerce sobre la gratuidad de este contrato, pues no todas las personas deseosas de ser padres pueden encontrar a una mujer dispuesta a gestar un bebé sin una contraprestación.

La nulidad como sanción en los contratos de maternidad subrogada puede producir una gran problemática, sobre esto Guimarães (2018) refiere que “Dado que el contrato es nulo, no existen efectos jurídicos, aunque pueden existir efectos de facto. Las prestaciones ya otorgadas deben, ser devueltas, lo que plantea problemas especiales, ya que la gestante dio a luz en cumplimiento del contrato nulo” (p.82).

En efecto, como señala Guimarães si bien se puede declarar la nulidad de estos contratos por no cumplir con los requisitos de una futura legislación y evitar que estos a su vez produzcan efectos jurídicos, no se puede evitar que se produzcan efectos de facto una vez producido el alumbramiento, es en este punto

en el que debemos preguntarnos ¿Qué pasará con el recién nacido? Pues si bien este tipo de contratos crea una presunción de madre a la beneficiaria, esta presunción no operaría en caso de declararse nulo el negocio jurídico.

La solución más factible a la interrogante formulada sería una que la legislación portuguesa ha contemplado en su primera legislación sobre el tema, y es que la madre gestante sea quien deba ser reconocida como madre legal del bebé, esto debido a que el contrato no puede producir los efectos deseados por la parte y que el bebé debe ser reconocido, esto en salvaguarda del derecho a la identidad, el derecho a la familia y el principio del interés superior del niño.

A fin de evitar posibles nulidades de estos contratos y las consecuencias derivadas de los mismo, es que desde esta tesis proponemos la creación de un órgano adscrito al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables que sea la encargada de autorizar estos contratos solo si es que se cumplen con los requisitos señalados anteriormente, esto con el fin de evitar futuras nulidades y evitar que se distorsione el espíritu de este contrato.

Niekerk (2015) refiere que “los tribunales deben considerar la capacidad de los futuros padres, su idoneidad e intención de ser padres. No se debe negar el uso de la gestación subrogada a las personas porque no pueden cumplir con el requisito del vínculo genético” (p.15).

Finalmente, como señala Jordaan (2016) “El requisito de umbral pretende equilibrar el derecho a establecer una familia con el propósito del gobierno. de evitar acuerdos de gestación subrogada por conveniencia y de reservar” (p.115).

Lo señalado por el autor previamente, se considera que la maternidad subrogada debería de ser usado como un medio de último recurso para que las parejas puedan procrear, un mecanismo excepcional, y no una regla general.

Asimismo, Zurriarán (2019) refiere que “[...] conlleva abortos o «devoluciones» de hijos «imperfectos» o el abandono del bebé comprado al final de la relación de pareja antes de su nacimiento”. (p.1271).

En efecto, lo señalado por el autor anteriormente es un temor por parte de la población, pues se debería querer a un niño en las condiciones en la que este venga y no regularse de la forma en la que lo ha hecho Ucrania en donde se puede

abortar en casos de alguna enfermedad del niño, esta situación en nuestro país estaría prohibida pues el aborto está prohibido salvo en los casos en que se ponga en riesgo la vida de la madre.

Sobre la cada vez más común práctica de este contrato, por su parte Field (2014) refiere que “una vez que el público sabe que la subrogación puede cumplirse científicamente, será practicado, legal o ilegalmente. El deseo de tener un hijo genéticamente relacionado es suficientemente fuerte que aparecerá un vigoroso mercado negro si no hay otro mercado disponible” (p.1181).

Por su parte Johnson (2019) refiere que “Es poco probable que la subrogación comercial termine porque las personas tienen una necesidad de procrear. De hecho, los intentos de limitar y prohibir la práctica han creado un mercado clandestino que ha causado un conjunto adicional de problemas” (p.726).

Finalmente, de lo señalado anteriormente por los autores, se puede colegir que, es necesaria una ley que permita y regule el contrato de maternidad subrogada, pero que no imponga tantas trabas administrativas y legales como en Sudáfrica, pues si cumplir la ley es tan costosa (en términos de dinero y tiempo) los padres de intención buscarán otras opciones.

III. METODOLOGÍA

La presente investigación se elaboró bajo el enfoque cualitativo, con el objetivo de describir y evaluar bajo distintas técnicas que se mencionarán en esta etapa de la investigación, las herramientas que a continuación se describirán nos sirvieron para examinar rigurosamente la información que fue adquirida en la recolección de datos.

Siguiendo esta línea podemos afirmar que el enfoque cualitativo tiene por objetivo estudiar la importancia y la envergadura de los presupuestos aplicados en nuestra investigación, de esta forma los expertos de la materia y de nuestro tema a investigar dieron un veredicto para respaldar o rechazar las postulaciones que se presentan mediante la absolución a las interrogantes formuladas, de esta forma se determinó la veracidad o incongruencia de las postulaciones que plantea nuestra investigación

Por su parte Ramos (2007) nos refiere que “las investigaciones relacionadas a la ciencia del derecho se realizan en base a los siguientes métodos: exegético, dogmático o institucional, iusnaturalismo, sociológico y funcional” (p.109).

Asimismo, nuestro proyecto de investigación tiene, como se reitera, un enfoque cualitativo, al contar con un carácter objetivo como una de sus principales cualidades, pues los sujetos, hechos y fenómenos son profundamente estudiados, pues se entiende que existe una problemática que debe ser analizada y comprendida, lo que va a permitir comprender, ahondar, interpretar y complementar el estudio para nuestra investigación.

3.1. Tipo y Diseño de Investigación

La presente investigación es de tipo básica, y tiene como diseño estudio de caso y teoría fundamentada, asimismo, teniendo como finalidad el producir un aporte teórico novedoso el cual debe dar una solución a una problemática, ya sea esta de característica natural o social, esto debido a que tiene como objetivo principal estandarizar, mejorar y afinar los resultados para ellos se utiliza distintas fuentes del derecho así como producción científica y jurídica de distintos autores reconocidos, reconociendo su debida creación, con el objetivo que obtener información para el planteamiento supuestos y posibles resultados opciones para incorporarlas en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, nuestra investigación posee un nivel descriptivo exploratorio, esto quiere decir que se describe la problemática abordada por medio de una triangulación de datos y de esta manera construir una teoría fundamentada debido a la poca interpretación jurídica sobre el tema.

3.2. Categorías, sub categorías y matriz de categorización

En la presente investigación se utilizó el método de estudio fenomenológico; asimismo, se desarrolló un estudio de caso, acorde a nuestro tema de investigación el cual refleja la problemática a abordar, esto concordante con un análisis sistemático y hermenéutico de nuestra legislación y uno comparado con legislaciones extranjeras con el objetivo de fijar un criterio de razonabilidad en los casos identificados de maternidad subrogada en nuestro país, tomando como

punto inicial los casos emblemáticos y la legislación comparada de otros países en donde este tipo contractual se encuentra prohibida en algunos estados, y en otros, permitida como cualquier otro tipo de contrato.

Además, en nuestra investigación contamos con la categorización elaborada a raíz de los supuestos, teorías o capítulos temáticos los cuales desarrollaron el conocimiento que esta investigación haya podido brindar en relación a nuestro tema materia de investigación, sirviéndonos para este caso de la ayuda del marco teórico, el respectivo material bibliográfico de las fuentes utilizadas y los anexos correspondientes para la validez de nuestros instrumentos.

Tabla 1: Categorización

Categorías A	Categorías B
Posibles regulaciones para implementar respecto del contrato de maternidad subrogada a la luz de los recientes casos en el Perú	Problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú
La posible existencia de vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada	La validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2: Categorización Subcategoría Ítems

OBJETIVOS	CATEGORIZACIÓN	SUBCATEGORÍA	ÍTEMES (PREGUNTAS)
Determinar qué tipo de regulación se requiere implementar	Posible regulación para implementar respecto del contrato de maternidad	Vacío legal sobre el contrato de maternidad subrogada en el Perú	<i>¿Cuál es su opinión sobre la falta de regulación respecto al contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</i>

<p>respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú</p>	<p>subrogada a la luz de los recientes casos en el Perú</p>		<p><i>¿Cuál es su opinión respecto de regular o implementar el contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú?</i></p> <p><i>¿Considera usted que debería permitirse o prohibirse el contrato de maternidad subrogada? ¿Por qué?</i></p> <p><i>¿De qué forma se ha regulado el contrato de maternidad subrogada en el plano internacional?</i></p>
<p>Analizar cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú</p>	<p>Problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú</p>	<p>Derecho Comparado en el contrato de maternidad subrogada</p> <p>La jurisprudencia como fuente del derecho</p>	<p><i>¿Cuáles considera usted son las principales consecuencias que genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</i></p> <p><i>¿Qué casos emblemáticos o jurisprudencia se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y cómo se resolvieron?</i></p> <p><i>¿Cómo considera usted que se deben</i></p>

<p>Determinar si existe una vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada</p>	<p>Posible vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada</p>	<p>La aplicación del interés superior del niño en los casos de maternidad subrogada</p> <p>La dignidad de la madre gestante en los contratos de maternidad subrogada</p> <p>Los derechos fundamentales en los contratos de maternidad subrogada</p> <p>Los requisitos de validez del art. 140 del Código Civil</p>	<p><i>resolver los conflictos de los contratos de maternidad subrogada en nuestro país?</i></p> <p><i>¿Considera que se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?</i></p> <p><i>¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?</i></p> <p><i>¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental en los contratos de maternidad subrogada?</i></p> <p><i>¿El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez del Código Civil?</i></p>
---	--	--	--

<p>Determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico</p>	<p>La validez del contrato de maternidad subrogada según la legislación peruana</p>	<p>La autonomía privada de la libertad en los contratos de maternidad subrogada</p> <p>La controversia del objeto en el contrato de maternidad subrogada</p>	<p><i>¿Considera usted que se debería implementar requisitos especiales para la celebración y validez de los contratos de maternidad subrogada?</i></p> <p><i>¿Debería permitirse una libre autonomía en este tipo contractual o el estado debería fijar ciertos parámetros?</i></p> <p><i>¿Según su opinión cual sería el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?</i></p>
---	---	--	--

Fuente: Elaboración Propia.

3.3. Escenario de Estudio

El escenario de estudio es aquel espacio físico en el que se realizó la recolección de datos necesarios para nuestra investigación mediante el uso de los instrumentos propios del enfoque cualitativo, tal es el caso de las entrevistas a los magistrados del Poder Judicial, así como a los abogados y docentes especializados en la materia los que serán el objetivo en la presente investigación, esto por la experiencia que adquirieron en su larga trayectoria en la resolución de conflictos relacionados a este tipo contractual que tuvieron a su cargo y el análisis u conclusiones que pudieron formar a raíz de estos.

La investigación por su naturaleza analítica y el lugar en donde se llevó a cabo la recolección de datos y posteriores resultados, es propia del escenario de estudio fenomenológico y estudio de caso en Lima Metropolitana durante el primer semestre del año 2020.

3.4. Participantes

Para efectos del desarrollo de nuestra investigación se tuvo a bien contar con diez participantes, magistrados y especialistas abogados, asimismo se ha tenido a bien analizar una casación 563-2011 Lima expedida por la Corte Suprema, así como importantes sentencias como la casación 4323-2010 Lima o el caso de la pareja chilena.

Conforme a lo expresado, queda establecido que los participantes son los siguientes:

Tabla 3: Participantes

	Nombres y Apellidos	Escenario de entrevista	Escenario de estudio	Años de experiencia
1	Gloria Amelia Casas Quispilay (Jueza)	2do juzgado de paz letrado MBJ Condevilla	2do juzgado de paz letrado MBJ Condevilla	7 años
2	Giancarlo Michelli Tolentino Valladares (juez)	Noveno Juzgado de Paz Letrado de SMP y Los Olivos	Noveno Juzgado de Paz Letrado de SMP y Los Olivos	8 años
3	Adolfo Gustavo Arribasplata Cabanillas (juez)	Juzgado de Familia MBJ Condevilla	Juzgado de Familia MBJ Condevilla	10 años
4	Lidia Maribel Valdivia Gatica (especialista legal)	2do juzgado de paz letrado MBJ Condevilla	2do juzgado de paz letrado MBJ Condevilla	5 años
5	Nancy Vilma Picón Aiquipa (especialista legal)	Juzgado de Familia MBJ Condevilla	Juzgado de Familia MBJ Condevilla	5 años
6	Fernando Medina Puma (especialista legal)	Juzgado de Familia MBJ Condevilla	Juzgado de Familia MBJ Condevilla	5 años

Fuente: elaboración propia.

3.4.1. Caracterización de Sujetos

En cuanto a la caracterización de sujetos, se sugiere a 10 entrevistados entre los que resaltan magistrados, operadores judiciales, abogados y expertos en el tema a abordar para efectos de nuestra investigación.

La caracterización de sujetos, nos brinda una visión de la cualificación de los expertos entrevistado que han sido tomados en cuenta para esta investigación, los cuales nos brindaran un aporte clave para entender la problemática de esta investigación. En palabras de Bernal (2017) “durante esta fase de la investigación, el objetivo es el definir quiénes y que cualidades deberán tener los sujetos para nuestra investigación” (p. 160). En síntesis, sobre lo mencionado podemos concluir que el empleo de la caracterización se utiliza en investigaciones con nuestro tipo y diseño.

La información recopilada, se llevó a cabo gracias al método de recolección de datos los cuales son de diversas fuentes que se caracterizan por ser libres, confiables y no probabilísticos, esto con el objetivo de obtener los mejores datos y conocimiento que tuvieron a bien brindar nuestro entrevistados, para posteriormente emplearla como fuente de datos y fuente de información para nuestra investigación considerándose las entrevistas (1, 2 y 3) a magistrados especialistas con visión de aclarar qué tipo de legislación se debe implementar respecto al contrato de maternidad subrogada en nuestro país, del mismo modo los magistrados (4, 5 y 6) quienes mantienen un posición uniforme respecto de la validez del contrato de maternidad subrogada logrando absolver la el primer problema general y el último problema específico respectivamente.

Al respecto Hernández (2014) manifiesta que: “La recolección de datos en un trabajo cualitativo, es un acopio de información en los lugares donde se desarrollan los sujetos objeto de estudio” (p. 397). En síntesis, estos datos han sido recopilados en el área descrita anteriormente, analizados y procesados para llegar a las conclusiones más idóneas a las interrogantes planteadas en la investigación, las mismas que tienen por objetivo dilucidar los problemas planteados y cumplir con los objetivos propuestos.

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para efectos de nuestra investigación, durante la etapa de recolección de información, nos hemos valido de los elementos necesarios para una investigación con enfoque cualitativo, sobre esto, Hernández, Ramos, Indacochea y Moreno (2018) nos señalan que, “las técnicas mejoran la obtención de resultados, nos permiten recoger información, analizarla, y contrastarla con otras fuentes a fin de obtener un resultado” (p.80).

La información generada a raíz de los datos recolectados previamente, fueron analizados para comprender más acerca de la problemática abordada en esta investigación, de esta forma, se pudo adquirir el conocimiento necesario para responder a las preguntas formuladas; asimismo, de esta forma se logró generar un mayor conocimiento sobre el tema.

Para la elaboración de este trabajo de investigación, como cualquier otro, fue necesario una recopilación de datos en el área elegida, y de esta forma corroborar y validar la información respecto las variables elegidas para nuestra investigación. Al respecto Supo (2015) nos dice que “la documentación, es la técnica que tiene por objeto copiar la información respecto de los documentos disponibles” (p. 56). De acuerdo a lo mencionado, se ha optado por la técnica de documentación para nuestra investigación, debido a que se analizó diversa información contenida en distintos textos de especialistas que tratan nuestro tema, a fin de entender y dar una solución a nuestra problemática planteada para nuestra investigación líneas arriba.

El empleo de esta técnica fue fundamental puesto que nos ayudó a visualizar cuales son los efectos producidos por el vacío legal existente acerca del contrato de maternidad subrogada y los posibles efectos que produciría una eventual regulación sobre el tema en nuestro país.

3.5.1. Entrevistas

La entrevista es una técnica en la cual una persona realiza una serie de interrogantes previamente seleccionados a otra, con la finalidad de obtener respuestas que nos ayudan a entender y ahondar acerca de nuestro tema o problema materia de investigación. La entrevista se utiliza en las investigaciones

con enfoque cualitativo y sirve para una adecuada recolección de datos provenientes de expertos en nuestro tema a investigar.

Para dar una aproximación a la definición de la técnica a emplear en nuestra investigación, en palabras de Hernández (2014) las define como: “una reunión de personas, un entrevistador y uno o varios entrevistados, con la finalidad de recolectar los datos necesarios para la investigación” (p. 403).

En síntesis, la entrevista es una técnica mediante el cual podemos efectuar una correcta recopilación de datos en base a la información que necesitamos recolectar de nuestros entrevistados para las necesidades que requiera nuestra investigación.

Como se mencionó anteriormente, se utilizó la entrevista a fin de recolectar la información más idónea para visualizar con mayores luces y efectuar un mayor análisis sobre la problemática a tratar, los alcances de esta y las posibles soluciones a los problemas planteados con relación al vacío legal y la necesidad imperante que existe en nuestro país respecto al contrato de maternidad subrogada.

El cuestionario, en palabras de Muñoz (2016) “Es toda la recopilación de información que efectuamos mediante interrogantes que permitan a los entrevistados expresarse o de otra índole” (p. 119). Podemos afirmar entonces, que el pliego de preguntas es el conjunto de interrogantes previamente escritas que los entrevistados en base a su conocimiento y su experiencia absolvieron conforme el análisis ya realizado en caracterización de sujetos.

3.5.2. Guía de entrevistas

La guía de entrevistas nos permite obtener las respuestas necesarias para nuestro tema a raíz de la relación de interrogantes las cuales pueden ser abiertas de forma que permitan al entrevistado ahondar en el tema o pueden ser cerradas para una respuesta más precisa.

Las preguntas abiertas conforme a nuestra matriz de categorización contaron con interrogantes diseñadas a raíz de la categorización de nuestro estudio en un cuestionario absuelto en razón de las experiencias de los

magistrados respecto del tema que tuvieron a bien responder en base a los objetivos de la investigación

3.5.3. Análisis Documental

Es un instrumento utilizado posterior a la recolección de datos, con la finalidad de alcanzar una certeza respecto a un hecho, esto nos permitirá realizar un análisis crítico sobre la información recepcionada a través de los instrumentos mencionados anteriormente para filtrar la información recibida y utilizar la información ideal en nuestra investigación.

Asimismo, para la elaboración del análisis documental se ha considerado una vasta doctrina contenida en libros de los juristas más destacados en la materia y artículos de revistas indexadas en los repositorios, y bibliotecas físicas y virtuales a nivel nacional e internacional, así como también, jurisprudencia emitida por tribunales nacionales e internacionales, las cuales sirvieron como fuente de información para la elaboración del presente informe, la cual estará sujeta a un análisis crítico que nos permita elaborar

3.5.4. Mapeamiento

Mediante el diseño del mapeo, logramos ubicar a nuestra investigación en la realidad a abordar, se categorizó conforme a las unidades de estudio y se llevó a cabo una interacción y socialización, de acuerdo al mapa de proceso de Triangulación entre las que podremos observar entrevistas a especialistas en nuestro tema y a personajes del sistema judicial.

3.5.5. Muestra y Criterios de Selección

En lo que respecta a nuestra muestra, se consideró para nuestra investigación a diferentes magistrados, abogados y docentes especializados en el tema a nivel de Lima Metropolitana.

3.6. Procedimientos

La investigación tiene un enfoque cualitativo por ello fue imperativo implementar algunas técnicas, herramientas e instrumentos que nos permitieron una adecuada recolección de datos, los cuales nos sirvieron durante el procedimiento metodológico, debido a que son necesarios para tener el conocimiento necesario para abordar los objetivos y problemas de la investigación.

Los datos obtenidos para el desarrollo de esta investigación tuvieron una secuencia cronológica, la cual comenzó con la recolección de información bibliográfica para estructurarlas dentro de nuestro marco teórico, para luego dar paso a la aplicación de un instrumento que nos permitió la recolección de información de los sujetos de estudio, para esto se elaboró una guía de entrevista, la cual contiene interrogantes abiertas las cuales permitieron a los entrevistados expresarse en sus ideas y brindar sus aportes sobre el tema y la problemática abordada en nuestra investigación. Asimismo, se efectuó un análisis correspondiente en base a la información obtenida por medio de la técnica de triangulación de datos.

Además, para la elaboración de nuestro informe de investigación se efectuó un análisis de fuente documental tomando para ello diversos artículos científicos en revistas indexadas de gran prestigio, asimismo, una vasta colección de libros y tratados nacionales e internacionales los cuales tienen una considerable información en lo que se refiere al contrato de maternidad subrogada.

Adicionalmente, para la elaboración del estudio de caso se analizó importante jurisprudencia emitida por Corte Suprema del Perú y por las Salas Civiles Superiores de la Corte Superior de Lima.

Finalmente, para el análisis comparado se tuvo a bien analizar jurisprudencias y sentencias emitidas por tribunales de justicia extranjeros y

tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asimismo, se efectuó un análisis sobre la legislación comparada en países donde se regula el contrato de maternidad subrogada.

El proceso de triangulación de datos se realizó en la discusión con los datos brindados por los entrevistados en base a las interrogantes formuladas en el cuestionario, lo cuales sirvieron para la recopilación de datos necesaria para el desarrollo de los objetivos de nuestra investigación.

El análisis cualitativo de la información recolectada tuvo un proceso cuyo objetivo fue crear un debate entre las teorías planteadas, el cual fue un tanto flexible puesto que se pudo ir modificando durante el desarrollo de nuestro trabajo, bajo esta premisa se tuvo que analizar cada información y compararla con otras para tener un análisis sistematizado que nos permitió obtener conclusiones verídicas.

Para un mayor análisis {de la información recopilada es necesario ubicar nuestras unidades temáticas, en el escenario de Lima Metropolitana 2020.

La presente investigación fue sometida a una validación respecto de nuestra guía de preguntas para las entrevistas y del análisis documental, ambos instrumentos mencionados anteriormente líneas arriba, por parte de expertos en la materia, ello en base al desarrollo de nuestra matriz de categorización de las unidades de estudio establecidas a partir de los objetivos previamente planteados.

3.7. Rigor científico

El rigor científico con el cual cumplió nuestra investigación responde a la exigencia de realizar un trabajo de investigación de alta calidad, cuyos datos recopilados y la información utilizada deben seguir la línea de los estándares exigidos por la comunidad científica.

En esta fase de la investigación nos enfocamos a la necesidad de una creación auténtica enmarcados en los valores éticos en las distintas etapas del desarrollo de nuestra investigación, es por ello que cada etapa de investigación se desarrolló con el deber ético, moral y profesional que es debido en un trabajo

de investigación, en especial de una investigación de la rama del derecho civil, esto se ve reflejado en el crédito otorgado a cada autor, cuyo valioso aporte fue fundamental para el desarrollo de nuestra investigación, para ello se empleó el manual de publicación de la American Psychological Association (APA), en su Séptima edición.

La presente investigación tiene como misión cumplir con el rigor científico exigido por la comunidad para tener un valor de conocimiento de alta calidad, incluso a un nivel de posgrado, la cual se desarrolló los siguientes aspectos, credibilidad, transferencia y confirmabilidad.

Credibilidad, porque tuvo su fundamento en diversas fuentes confiable según lo enmarcado por las normas APA, las cuales nos sirvieron de sustento para la construcción de nuestro marco teórico.

Transferencia, debido a que los resultados y conclusiones obtenidas de esta investigación son de calidad, la cual podrá ser empleada para futuras investigaciones que aborden la misma problemática o el tema materia de esta investigación.

Confirmabilidad, debido a que las conclusiones al final del trabajo son concordantes con toda la información que fue recolectada previamente, estableciendo una relación de confirmabilidad suficiente, para considerar nuestra investigación como una de alta calidad y confiable, la cual podrá ser corroborada en cualquier momento con otro tipo de investigación o similares.

Tabla 4: Validación de instrumentos

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS (GUÍA DE ENTREVISTA)		
DATOS GENERALES	EXPERTO	PORCENTAJE
Enrique Jordan, Laos Jaramillo	Doctor en Derecho	95%
Gloria Amelia Casas Quispilay	Magister en Derecho	95%
Lidia Maribel Valdivia Gatica	Magister en Derecho	95%
PROMEDIO		95%

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS (ANÁLISIS DE RESOLUCIONES)		
DATOS GENERALES	EXPERTO	PORCENTAJE
Ludeña Gonzales, Gerardo Francisco	Doctor en Derecho	95%
PROMEDIO		95%

3.8. Método de análisis de la información

La presente investigación se circunscribe en el método del análisis económico del derecho y el método sistemático; asimismo, con un método de estudio de caso considerando además métodos subsidiarios afines como: el Método de teoría fundamentada.

El análisis cualitativo de datos, el cual fue empleado en la presente investigación, tiene por objeto, como ya se ha mencionado líneas arriba, la recolección de datos para efectuar un análisis exhaustivo de estos datos, para posteriormente interpretarla y aplicarla a nuestra investigación.

En esa línea, Hernández (2014) señala que “en los trabajos cualitativos la recolección de datos y el análisis son simultáneos, a través de un esquema de acuerdo a cada estudio” (p. 419).

El método de análisis de datos se realizó a través de la aplicación de las técnicas e instrumentos de recopilación de información mencionada y detallada en los párrafos anteriores; todo ello realizado concordante a nuestro enfoque cualitativo, con la finalidad de tener una mejor aproximación a la problemática estudiada, asimismo analizar diversas posturas y plantear una propia que permita entender mejor nuestro tema y como abordarlo desde la óptica del derecho.

3.9. Aspectos éticos

La presente investigación, es original, única y posee un diseño metodológico sui generis, esto debido a la integración de instrumentos como los ya mencionados,

con una interpretación de autorías propia, valiéndose para ello de citas de autores, así como de textos de cualquier índole que aborden nuestro tema de investigación.

Nuestra investigación cumplió con expectativas de una creación jurídica de calidad ya que será confiable, auténtica y cuyos resultados serán fácilmente demostrables y contrastables.

Afirmamos que nuestro trabajo cumplió los requisitos y expectativas de calidad porque para ello se recolectó información de diferentes libros, artículos e investigaciones científicas de la materia sin modificar su esencia, fuentes donde se ha extraído la información más resaltante y sin la cual no hubiera sido posible la elaboración de la presente investigación.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Análisis e interpretación de las entrevistas

Según las entrevistas y el resumen de las mismas según las categorías de estudio se tiene:

Tabla 5: Criterios que se debe tomar en cuenta al momento de discutir qué tipo de regulación implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú

Entrevistado	Ideas fuerza
	El contrato de maternidad subrogada un convenio privado que no se encuentra regulado en nuestra legislación, para una correcta implementación se debería de tomar en cuenta el principio del interés superior del niño.
Giancarlo Michelli Tolentino Valladares	En el Perú existe un vacío legal sobre la maternidad subrogada o “vientre de alquiler”, no obstante, debería regularse de tal forma que les permita a las partes de este contrato tener un margen de autonomía privada de la libertad como en cualquier otro contrato.
Adolfo Gustavo	Es necesario una legislación sobre la maternidad subrogada en favor de aquellas personas que no pueden procrear por sí mismas y que solo podrían hacerlo mediante la ayuda de una tercera persona, siempre

Arribasplata Cabanillas	respetando el principio del interés superior del niño y la dignidad de la mujer.
Lidia Maribel Valdivia Gatica	Es imperativa la creación que una legislación que regule el contrato de maternidad subrogada debido a que la LGS no prohíbe este contrato como muchos creen, es necesario que se fijen los parámetros para esta figura contractual, siempre con apego a las leyes, la constitución y los principios del derecho civil y familia.
Nancy Vilma Picón Aiquipa	Se debe crear una ley especial que regule el contrato de maternidad subrogada en nuestro país, y que fije la modalidad y si es factible realizarla a título gratuito u oneroso, además de prever los posibles conflictos que puedan surgir de la celebración de este contrato.
Fernando Medina Puma	En cuanto a la implementación de la maternidad subrogada en nuestro país, debe tenerse en cuenta el principio del interés superior del niño, ya que dicho principio ha sido clave para resolver conflictos de esta naturaleza a nivel nacional e internacional.

Corolario: Respecto de los criterios que se deben tomar en cuenta para definir qué tipo de regulación implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú, los entrevistados parecen unánime al coincidir en la necesidad que se implemente una legislación para los contratos de esta naturaleza, pues actualmente tenemos un vacío legal en esta materia con lo cual podríamos tener conflictos derivados de estos contratos y no tener una base legal para solucionarlos; asimismo, la mayoría de los entrevistados fijan como criterio la necesidad de aplicar una ley en base al principio del interés superior del niño debido a que los procesos de esta naturaleza se resuelven en base a este principio.

Respecto a los procesos judiciales sobre este contrato, estos se han resuelto en base a la jurisprudencia internacional (como el caso *baby M*) y los principios del derecho de familia ante el vacío legal sobre el tema en nuestra legislación, es por ello que los entrevistados 1,3,4 y 5 concuerdan que la legislación que se debe implementar en nuestro país debe tener como base al principio del interés del niño.

Tabla 6: Criterios que se debe tomar en cuenta al momento de discutir sobre los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú

Entrevistado	Ideas fuerza
Gloria Amelia Casas Quispilay	El vacío legal respecto al contrato de maternidad subrogada ha producido que las personas que desean celebrar este convenio no tengan un marco normativo en el cual respaldarse, es decir, no tienen una plena certeza de que el contrato de cumplirá a cabalidad pues en caso de algún existir conflicto un juez resolvería en base a la jurisprudencia.
Giancarlo Michelli Tolentino Valladares	En nuestro país hasta la fecha no se ha regulado el contrato de maternidad subrogada por diversos motivos, ello ha conllevado a que aún no tengamos un marco normativo que nos permita solucionar los conflictos que deriven de esta figura contractual.
Adolfo Gustavo Arribasplata Cabanillas	No tener una legislación que aborde la maternidad subrogada es un grave riesgo en nuestro país, prueba de ello es el caso de la pareja chilena que celebro este contrato y termino en una prisión preventiva por supuestamente cometer un delito de tráfico de menores al intentar llevar a su hijos a Chile.
Lidia Maribel Valdivia Gatica	La ausencia de una legislación sobre el contrato de maternidad subrogada produce una incertidumbre sobre los efectos que este pueda llegar a tener en las partes, pues no existe una plena seguridad jurídica respecto a sus efectos.
Nancy Vilma Picón Aiquipa	La falta de una regulación que permita o prohíba esta figura contractual provoca que hasta la fecha en nuestro país se discuta sobre los efectos jurídicos o las posibles nulidades que puedan acarrear en este contrato.
Fernando Medina Puma	Ante el vacío jurídico respecto al contrato de maternidad subrogada nuestro sistema judicial se ha visto en la imperiosa necesidad de acudir al derecho comparado, a la doctrina y a los principios del derecho para resolver las causas que tengan a su cargo en torno a este contrato.

Corolario: Los criterios que se debe tomar en cuenta al momento de discutir sobre los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú se deben sujetar a los problemas que se han

visualizado a nivel nacional e internacional, así como prever los posibles escenarios que este vacío pueda producir. Si se analiza desde el aspecto contractual podemos vislumbrar que pueden surgir problemas derivados de este contrato por más que las partes intenten autorregular todo dentro del mismo, por poner solo un ejemplo, en un supuesto en el que los padres contratantes fallecieran antes del alumbramiento del niño, no habría quien se hiciera cargo de este, este aspecto debe de regularlo una norma en caso permita esta figura contractual, asimismo, si analizamos el tema desde un punto de vista judicial, tal y como lo señalan el entrevistado 6 los jueces no tienen un marco normativo sobre el cual basar sus resoluciones judiciales, esto produce que estas resoluciones tengan otras fuentes en las que sustentarse como lo señala la entrevistada 1, esto produce evidentemente que no todas las decisiones sean adoptadas de una forma similar, pues la decisión recaería en el mejor criterio que tenga el juez al momento de resolver con lo cual no habría una unificación de criterios.

El vacío legal que existe sobre la materia como lo señala el entrevistado 2 son por muchos motivos, religiosos, políticos, entre otros no obstante esto ha producido una serie de consecuencias que afectan a distintas personas, una de ella como lo señala el entrevistado 3 es el caso de la pareja chilena, quienes enfrentaron una prisión preventiva injustamente porque las autoridades desconocían de la maternidad subrogada y pensaban que se había cometido un delito, otro problema como lo señalan los entrevistados 1, 4 y 5, es la inseguridad jurídica producida a raíz del vacío legal, pues si un juez considera que este contrato es nulo de pleno derecho (aunque no lo sea) no habría forma de hacer cumplir las obligaciones a las que se comprometieron las partes dejando de esta forma a este contrato completamente ineficaz.

Un análisis desde el aspecto legal nos dice que es posible una regulación de este contrato en nuestro país, pues actualmente no se tiene una ley que prohíba u impida la celebración del mismo, asimismo, ni la propia ley general de salud ha prohibido la maternidad subrogada pues no lo hace una referencia expresa a esta, de igual forma el Poder Judicial ha reconocido públicamente que esta modalidad contractual no se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, es por ello que el Perú tiene una gran oportunidad de diseñar una

legislación apropiada sobre la materia, como lo han hecho países como Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Sudáfrica, entre otros.

Tabla 7: Criterios que se debe tomar en cuenta al momento de determinar si existe una vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada

Entrevistado	Ideas fuerza
Gloria Amelia Casas Quispilay	Para determinar la existencia de una posible vulneración hay que tomar en cuenta cuales son los efectos que el contrato va a producir en la madre gestante, ya que de estos se puede analizar la existencia de un posible daño.
Giancarlo Michelli Tolentino Valladares	Ningún contrato podría vulnerar un derecho fundamental de una persona, de ser el caso este sería nulo por contravenir el ordenamiento jurídico, no obstante, considero que en este contrato no existe tal vulneración, todo lo contrario, lo considero un acto humano u altruista por parte de la madre gestante.
Adolfo Gustavo Arribasplata Cabanillas	La dignidad de la madre gestante podría verse en una situación muy controvertida en el marco de este tipo contractual, considero que podría existir una vulneración si este contrato fuera realizado a título oneroso, en cambio, si fuera a título gratuito esto podría cambiar.
Lidia Maribel Valdivia Gatica	Es difícil argumentar una vulneración a la dignidad de la mujer en este contrato cuando este es de mutuo acuerdo y en el marco de la autonomía privada de la libertad.
Nancy Vilma Picón Aiquipa	La dignidad de la mujer podría verse comprometida en el marco de un contrato a título oneroso, es decir, si la madre gestante recibiera una contraprestación por gestar el embarazo y entregar al bebe.
Fernando Medina Puma	El tema de la dignidad de la madre gestante en este tipo de contratos es muy controversial, para ello se debe recurrir a la bioética y analizar si este contrato atenta o no contra tal dignidad reconocida por la constitución, sin sería materia de un amplio análisis.

Corolario: Los Criterios que se debe tomar en cuenta al momento de determinar si existe una vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada deben ser tomados en cuenta desde varios puntos de vista, el primero de ellos, como lo señala el

entrevistado 6, es el de la bioética pues esta ciencia analiza la ética que se aplica en los procesos de invención, recordemos que el contrato de maternidad subrogada hace uso de las TERAS, por ello que es necesario analizar si esto contraviene con la ética y por ende atenta contra la dignidad de la mujer, como se puede visualizar los entrevistados parecen coincidir en que no se vulnera la dignidad de la mujer, pero no parecen unánime al definir en qué casos se podría afectarse y en qué casos no, mientras que los entrevistados 2 y 4 argumentan que no existiría una vulneración a la dignidad de la mujer, los entrevistados 3 y 5 señalan que en efecto no existiría tal vulneración, siempre y cuando el contrato se celebre a título gratuito.

En esa línea, los entrevistados 1 y 6 no señalan una postura definida respecto a la vulneración o no de la dignidad de la madre gestante, sin embargo, señalan que para definir esta situación tendría que realizarse un amplio análisis concordante con nuestro ordenamiento jurídico.

Tabla 8: Criterios que se debe tomar en cuenta al momento de determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico

Entrevistado	Ideas fuerza
Gloria Amelia Casas Quispilay	De una análisis del art. 140 del Código Civil y demás disposición referidas al contratos podríamos afirmar que el contrato de maternidad subrogada si cumple con cada uno de los requisitos de validez y por ende es completamente valido.
Giancarlo Michelli Tolentino Valladares	La validez de la maternidad subrogada es un tema controversial en nuestro país, mientras algunos alegan que contraviene el requisito de bien jurídicamente posible y fin licito, otros afirman que si los cumple, desde mi perspectiva, me inclino por la segunda opción.
Adolfo Gustavo Arribasplata Cabanillas	La maternidad subrogada no contraviene lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico, de tal modo el contrato es completamente valido y susceptible de producir los efectos para lo que fue concebido.
Lidia Maribel Valdivia Gatica	La validez de la maternidad no se encuentra en tela de juicio, la mayoría de sus detractores argumenta que esta está prohibida, sin embargo, el

propio Poder Judicial del Perú ha reconocido que eso no es así y lo ha ratificado mediante la casación que realizo sobre ese tema.

Nancy Vilma
Picón Aiquipa

En cuanto a la validez de este tipo contractual, gran parte de la doctrina señala que este contrato será válido siempre que se celebre a título gratuito, lo contrario acarrearía una nulidad manifiesta para este contrato.

Fernando
Medina Puma

Este tipo contractual cumple con lo establecido en el Código Civil y no existe hasta la fecha una ley que prohíba la celebración de este contrato, por lo cual este contrato es completamente valido, es más, se celebra en nuestro país de manera pública e incluso parejas extranjeras vienen a celebrarlo a nuestro país.

Corolario: Criterios que se debe tomar en cuenta al momento de determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico, parece que existe un consenso en los entrevistados al señalar que el contrato de maternidad subrogada es completamente valido, no solo por estar dentro del marco del Código Civil y el que no se contraponga alguna otra norma, sino también que, como lo señala la entrevistada 4, el propio poder judicial de nuestro país lo ha reconocido de esa forma.

Los entrevistados en su totalidad manifiestan la validez del contrato de maternidad subrogada, no obstante, la entrevistada 5 señala que esto solo sería así, si es que el contrato se celebra a título gratuito, caso contrario a lo que manifiestan los entrevistados 1, 2, 3, 4 y 6, quienes no condicionan la validez de este contrato a la forma en como este se celebre, es decir, respetan el principio de la autonomía privada de la libertad entre las partes.

4.2. Proceso de triangulación de datos en relación con los criterios seleccionados de las categorías y sub categorías. Análisis e interpretación de técnicas.

Tabla 9: Triangulación de datos

Estudio de caso	Análisis documental	Análisis comparado	Criterios seleccionados del Análisis e interpretación de las
-----------------	---------------------	--------------------	--

			entrevistas a partir de las categorías y subcategorías
De la Casación N° 563-2011 Lima se desprenden los criterios para resolver los controversiales casos de maternidad subrogada en nuestro país y cimiento las bases para reconocer a este contrato de forma válida en nuestro país.	Análisis de la casación 2141-2009 Lima en el que la Corte Suprema señalo que este contrato es válido y que el RENIEC debe de inscribir al menor como hijo de la madre contratante, lo contrario sería atentar contra el derecho de identidad del niño.	El Tribunal Supremo de New Jersey en Estados Unidos resolvió el caso más polémico de la historia en el mundo en lo que respecto a la maternidad subrogada “el caso Baby M”, en ese caso se analizaba con quien debería quedarse él bebe, con la madre gestante o los padres contratantes.	En base al análisis de la información recolectada de los entrevistados, sobre el primer objetivo los entrevistados coinciden en la necesidad de implementar una legislación sobre el contrato de maternidad subrogada, que tenga como base el principio del interés superior del niño. Asimismo, el contrato de maternidad subrogada es completamente valido, no solo por estar dentro del marco del Código Civil y el que no se contraponga alguna otra norma, sino también que, el propio poder judicial de nuestro país lo ha reconocido de esa forma.
El polémico caso de la pareja chilena arrestada en nuestro país por un supuesto	De un análisis del Código Civil se puede concluir que el		Finalmente, los entrevistados señalan que el contrato de maternidad subrogada es un contrato

tráfico de infantes cuanto en realidad se trataba de una contrato de maternidad subrogada dejo en evidencia las graves consecuencias de no implementar una legislación que regule este contrato en nuestro país.	contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos que debe tener todo contrato y ningún articulado del citado cuerpo normativo se contrapone a los fines de este contrato.		valido y eficaz pues es un contrato atípico que cumple con los requisitos generales que exige el código civil y no se contrapone a ninguna norma
--	---	--	--

Tipos de triangulación	Aplicación en esta investigación
Triangulación de datos	Los datos recogidos en la investigación evidencian la necesidad que existe en nuestro país de la creación de una ley que regule la maternidad subrogada, la cual debe ser reglamentada en base al derecho comparado, a la realidad de nuestro país y al principio del interés superior del niño.
Triangulación de investigadores	Algunas investigaciones realizadas sobre el tema como De la Fuente (2017) señalan que la celebración de este contrato es una práctica comúnmente realizada a pesar del vacío legal existente. Asimismo, Bease (2019) precisa que es imperante una legislación debidamente estructurada que proteja los derechos de las partes.
Triangulación de métodos	Hernández (2014) señala que en las investigaciones que sean de enfoque cualitativo la recolección de datos y el análisis de los mismos deben de ser simultáneos.

Triangulación de teorías	El estudio se sustenta en la teoría del análisis económico del derecho, pues un tema como la implementación de una legislación requiere de este análisis, como señala Bullard (2018) se requiere del análisis económico del derecho para conocer las ventajas y las externalidades positivas y negativas que puede producir una ley. Bajo esta premisa es vital un análisis de una ley en el contexto de nuestra realidad como sociedad. Asimismo, es necesario aplicar el principio del interés superior del niño como principio rector en esta nueva ley a implementar en nuestro país y la protección de los derechos de las partes vinculadas a este contrato.
--------------------------	--

Triangulación múltiple	La triangulación múltiple permite el abordaje de los casos derivados de los contratos de maternidad subrogada desde la perspectiva de la normativa legal y constitucional en los casos peruanos más destacados a nivel del Poder Judicial en los últimos tiempos.
------------------------	---

Fuente: Elaboración propia

De los Criterios seleccionados y del Análisis e interpretación de las entrevistas cabe señalar que, se requiere una legislación observando las distintas posturas legislativas adoptadas por los demás países que han abordado esta materia y si bien hasta la fecha no tenemos una legislación, esto no afecta la validez de este contrato.

Del análisis documental se precisa que, el contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez aplicables para los contratos en general, además, de que este contrato no se contrapone con ninguna norma, pues hasta la fecha no existe una legislación que prohíba esta figura contractual.

Del estudio de caso, hemos tenido diversos conflictos a nivel del poder judicial, el cual aplico el principio del interés superior del niño para resolverlos y que, además, reconocido la validez de estos contratos mediante la aplicación de la adopción por excepción.

Corolario / Interpretación.- Desde que nació la idea de crear el presente informe de investigación siempre se tuvo como objetivo general “Determinar qué tipo de regulación implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú”, es por ello que por intermedio de las entrevistas realizadas a magistrados, especialistas legal y abogados conocedores del tema, se logró determinar una serie de interrogantes que nos permitieran llegar a un resultado verás sobre los objetivos de nuestro informe, por esta razón planteamos a los entrevistados la siguiente interrogante “¿cuál es su opinión sobre la falta de regulación respecto al contrato de maternidad subrogada en nuestro país?” sobre esto los magistrados Casas, Tolentino y Arribasplata, junto a los especialistas legales Valdivia, Medina y Picon determinaron que es imperativo que en nuestro país se adopte legislación sobre la maternidad subrogada para dejar el vacío legal que existe actualmente y que tantos problemas ha ocasionado; asimismo, la totalidad de entrevistados respaldaron la propuesta de una legislación que permita la maternidad subrogada en favor de aquellas personas que por motivos naturales se encuentran impedidas de procrea por sí mismas, por ello en base a las opiniones vertidas por nuestros entrevistados y su vasta fundamentación consideramos que la propuesta que respaldan de una legislación que permita la maternidad subrogada es la mejor opción en nuestro país.

La segunda interrogante que realizamos para determinar el objetivo principal fue “¿cuál es su opinión respecto a la aplicación de una posible legislación sobre la maternidad subrogada en nuestro país?”, sobre la presente interrogantes la totalidad de los entrevistados argumentaron que es necesaria una legislación que regule la maternidad subrogada en el Perú y que por lo tanto estaban de acuerdo con una posible regulación de este tipo contractual.

Finalmente, se estableció la tercera interrogante “¿cómo debería regularse el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?”, ante esta interrogante los entrevistados en la mayoría compuesta por Casas, Tolentino, Arribasplata, Valdivia y Medina apoyaron que el contrato de maternidad subrogada debería regularse en el marco de la autonomía privada de la libertad como cualquier otro contrato, es decir, que no se debería imponer restricciones y debería dejarse a las partes la libertad de regularse como mejor lo deseen

dentro de su esfera jurídica privada, no obstante, la entrevistada Picón se inclinó por la idea de restringir este contrato a uno que se realice solo y exclusivamente a título gratuito bajo sanción de nulidad, esto debido a que lo contrario podría resultar en una desnaturalización del fin altruista que persigue el contrato.

El criterio del primer objetivo específico del presente informe fue “analizar cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú”, en base a ello hemos establecido la siguiente interrogante “¿qué implicancias genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?”, sobre esto los entrevistados nos señalaron que una de las mayores implicancias que no contar con una legislación sobre la maternidad subrogada es la falta de seguridad jurídica que provoca en las partes que celebran este contrato y la incertidumbre que puede provocar en las partes sobre los efectos del mismo. Asimismo, el entrevistado y magistrado Arribasplata nos recalcó el polémico caso de la pareja chilena, quienes precisamente celebraron este contrato con una clínica peruana y una madre gestante, y que luego de que ambas partes cumplieron sus obligaciones cuando la pareja se disponía a retornar a su país con sus dos hijos recién nacidos fueron intervenidos bajo el presunto delito de tráfico de menores, afrontando por ello una injusta prisión preventiva, a la luz de estos hechos podemos afirmar que el mantener un vacío legal sobre la maternidad subrogada puede producir más casos como este.

En ese sentido, para efectos de continuar analizando el primer objetivo específico planteado, se formuló a los entrevistados la siguiente pregunta: ¿qué casos emblemáticos se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?”, sobre esto, la entrevistada Casas nos mencionó la casación 563-2011 Lima, señalándonos que fue la primera casación sobre maternidad subrogada en nuestro país y la cual de alguna manera ha sentado las bases para la solución de conflicto de esta naturaleza; asimismo, el entrevistado Arribasplata nos señaló el caso de la pareja chilena, en el cual si bien no existió una disputa por la titularidad de la maternidad, si se puso en tela de juicio la paternidad del padre contratante y no fue sino hasta el resultado de una prueba de ADN que pude despejarse tal duda y ordenar el levantamiento de la prisión preventiva.

Para el desarrollo de nuestro tercer objetivo específico, les preguntamos a los entrevistados “¿qué jurisprudencias se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y como se resolvieron?”, en ese sentido la entrevistada Valdivia nos comentó sobre la casación 2141-2009 Lima la cual tenía por objeto el reconocimiento de la madre contratante como la madre legal ante el RENIEC, pues esta entidad se había negado a inscribir y reconocer a la madre contratante como la madre legal y había inscrito como madre legal a la madre gestante, finalmente la Sala Constitucional y Social le dio la razón a los padres contratantes y ordeno a la entidad inscribir al menor como hijo de la madre contratante. Asimismo, los entrevistados Casas, Medina y Picón nos comentaron sobre la casación 563-2011 Lima la cual resolvió la primera disputa sobre el contrato de maternidad subrogada, dejando como base la aplicación del principio de interés superior del niño para la resolución de estos casos, esto quiere decir, que no determino necesariamente quien debe tener la titularidad de la maternidad en estos casos, sino, que se debe atribuir dicha titularidad según sea lo más conveniente en cada caso.

Para el desarrollo de nuestro tercer objetivo específico realizamos las siguientes preguntas a nuestros entrevistados, la primera, “¿se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?” ante ello, los entrevistados en su mayoría han manifestado que el contrato de maternidad subrogada no vulnera la dignidad de la madre gestante como mujer, independientemente de la forma en la que decidan celebrar y regular las partes este contrato, diferente postura tiene la entrevistada Picón la cual señala que si bien la naturaleza de este contrato no es la de vulnerar la dignidad de la madre gestante, esto podría darse en caso se le otorgue una contraprestación económica por sus servicios, pues el fin de este contrato debe ser enteramente altruiste.

En segundo lugar tenemos la siguiente pregunta, ‘¿qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada? Ante esta interrogante, los entrevistados Casas, Arribasplata, Valdivia y Picón señalaron que los derechos fundamentales que se encuentran presentes en la parte contratante (los padres contratantes) son el

derecho a formar una familia y el tener una vida digna, derechos que son reconocidos por nuestra carta magna, por su parte los entrevistados Tolentino y Medina señalaron que el derecho presente en la madre gestante es el de la libertad de contratar, el cual también se encuentra reconocido por la propia constitución.

Finalmente, se les formulo la tercera pregunta “¿considera usted que se vulnera algún derecho fundamental en los contratos de maternidad subrogada?”, sobre esto los magistrados en su mayoría señalaron que el contrato de maternidad subrogada no vulnera ningún derecho fundamental de ninguna de las partes, por su parte la entrevistada Casas señalo que por el contrario, consideraría que podría existir una vulneración a tales derecho en caso se prohibiera este tipo contractual, por otro lado, la entrevistada Picón argumento que no se vulnera ningún derecho fundamental, siempre y cuando hablemos de un contrato a título gratuito, lo contrario sería vulnerar al principio – derecho a una vida digna (de la madre gestante).

Para concluir con las entrevistas de este objetivo, les preguntamos a las entrevistados “¿el contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez del Código Civil?” a lo que los entrevistados de forma unánime respondieron que el contrato de maternidad subrogada cumple con cada uno de los requisitos generales del contrato regulado en el art. 140 del Código Civil, las entrevistadas Casas y Valdivia señalaron que si bien existe polémica en cuanto al “objeto jurídicamente posible” en este tipo contractual, este si lo cumple pues no hay ninguna norma que expresamente prohíba el objeto del contrato de maternidad subrogada, por otro lado, los entrevistado Tolentino y Medina señalaron que tampoco existiría problema en cuanto al “fin licito” pues se entiende por esto a “la causa” del contrato, la cual no tiene una finalidad ilícita, la cual es la concepción y entrega del bebe a los padres contratante. Finalmente, los entrevistados Picón y Arribasplata manifestaron que el contrato no contraviene el ordenamiento jurídico ni las buenas costumbres, algo fundamental para todo acto jurídico y, por lo tanto, para todo contrato.

La segunda pregunta de nuestro último objetivo específico es “¿se deberían colocar requisitos especiales para la celebración y validez de los

contratos de maternidad subrogada? Ante esta pregunta los entrevistados por unanimidad señalaron que si se debería colocar requisitos especiales para este contrato, pues estamos hablando de la concepción de un nuevo ser por lo cual se deben tomar todas las previsiones del caso, por su lado la entrevistada Picón señaló que uno de los requisitos especiales es que el contrato se realice a título gratuito para garantizar el “altruismo” en este contrato, posición con la que no estuvieron de acuerdo los demás entrevistados, además, los entrevistados Casas, Tolentino, Medina y Arribasplata señalaron que se debería colocar un requisito que garantice un “fin altruista” pues es la verdadera naturaleza de este contrato. Finalmente, Valdivia consideraron que sería una buena opción que un juez o un órgano adscrito al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables se una aprobación previa para la celebración de este tipo de contratos.

La tercera pregunta es “¿debería permitirse una libre autonomía en este tipo contractual o el estado debería fijar ciertos parámetros?” sobre esta interrogante los entrevistados tuvieron una postura distinta, los entrevistados Casas, Arribasplata, Tolentino, Medina manifestaron que, si bien deben colocarse requisitos especiales en este tipo de contrato, esto no puede vulnerar el principio de autonomía privada de libertad de los contratos, por su parte Picón y Valdivia manifestaron que si se deberían fijar ciertos parámetros por parte del estado, como un control por parte de un ente gubernamental.

Finalmente, la cuarta y última pregunta fue “¿cuál es el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada? a lo que los entrevistados respondieron de forma unánime que, el objeto jurídico del contrato de maternidad subrogada es la capacidad de gestación de la madre gestante, es decir, se busca un servicio y no la compra venta de un “objeto” como afirman muchos juristas pues esto último contendría un objeto jurídicamente imposible pues estaríamos ante un tipo de compra venta de un ser humano.

Ahora bien, para nuestro análisis documental en relación al objetivo general efectuamos un análisis de la casación 563-2011 Lima el cual versa sobre el proceso de filiación por excepción del primer caso de nacimiento por contrato de maternidad subrogada llevada a nivel judicial, mediante esta importante

sentencia la Corte Suprema valida el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y otorgándole la calidad de madre legal a la madre contratante.

Esta casación cobra vital importancia al marcar un precedente a nivel de sistema judicial en el cual los jueces que tengan a su cargo este tipo de cosas en el futuro tengan una línea jurisprudencial sobre la cual enmarcar sus acciones y basar sus fallos.

Asimismo, esta casación enmarcó al principio del interés superior del niño como principio rector para resolver este tipo de casos, situación similar al caso de *Baby M* en el que el Tribunal Supremo en Estados Unidos se valió de dicho principio para dictaminar su fallo.

Continuado con la guía de análisis documental en relación al primer objetivo específico, efectuamos un análisis de la casación 2141-2009 Lima el cual versa sobre la decisión de la Corte Suprema sobre la negativa del RENIEC de reconocer a la madre contratante como madre legal e inscribiendo a la madre contratada (madre natural) como la madre legal.

Esta casación toma vital importancia pues la Corte Suprema mediante su fallo ordena al RENIEC reconocer e inscribir como madre legal a la madre contratante pues ese era el acuerdo que se había pactado entre la madre contratante y la madre gestante, cabe resaltar que la madre contratante era hija de la madre gestante, es decir, la madre contratante dio alumbramiento a su nieto (legalmente hablando) y este contrato se realizó a título gratuito.

Con este fallo la Corte Suprema ratifica nuevamente la validez del contrato de maternidad subrogada en nuestro país, asimismo, convalidó de esta forma el acuerdo privado entre las partes en sede judicial dejando un precedente para futuras negatorias por parte del RENIEC de inscribir a las madres contratantes como madres legales cuando se celebren este tipo de contratos.

Para el segundo objetivo específico, se analizó el caso *Baby M* el cual versa sobre el primer conflicto derivado del contrato de maternidad subrogada llevado a sede judicial en el mundo, el Tribunal Supremo fue el encargado de resolver la disputa entre la madre contratante y la madre gestante quienes se

disputaban una batalla legal por ser reconocidas como madre legal y por tener la custodia del bebe.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos analizó la legalidad de este contrato, pues al momento de la celebración y del fallo no existía una legislación como la hay actualmente en el país norteamericano por lo que se tuvo que recurrir al principio del interés superior del niño, sirviendo esto como base para los otros altos tribunales de distintos países que tuvieron que resolver estos casos en su momento.

El fallo del Tribunal Supremo termino por convalidar el contrato de maternidad subrogada y reconociendo a la madre contratante como la madre legal del bebe, de esta forma Estados Unidos se convirtió en la cuna de este tipo contractual, figura que se esparciría al resto del mundo.

Para el tercer objetivo específico se analizó el Decreto Legislativo 295 – Código Civil, para esto se tuvo que utilizar el principio de unidad, es decir, efectuar un análisis de los artículos de este cuerpo normativo como uno solo, empezamos con el art. 140 el cual contempla los requisitos de validez del acto jurídico lo cuales se aplican a los contratos en general.

Este artículo nos señala que para el acto jurídico (y los contratos) se debe de manifestar la voluntad de las partes y que estas a su vez sean agentes capaces, lo cual se puede cumplir perfectamente en este contrato y no merece mayor debate, la discusión entra a tallar a partir del segundo requisito, el objeto, el mismo artículo nos menciona que el objeto debe ser físico y jurídicamente posible, es aquí donde parte de la doctrina señala que si bien puede haber un objeto físicamente posible, este no es jurídicamente posible pues contravendría el art. 7 de la ley general de salud, pues bien, somos de la opinión que este es un análisis errado, puesto que el citado articulado no contempla una prohibición expresa, motivo por el cual no nos encontramos ante el escenario de un objeto jurídicamente imposible, cabe resaltar que aunque no se encuentre en el mismo artículo, otro requisito del objeto es que este sea determinado o determinable, por ello es necesario regular este punto expresamente en el contrato.

El tercer requisito es el fin lícito, requisito sobre el cual también existe una controversia pues muchos piensan que este contrato es en realidad una

compra venta porque señalan que el objeto es él bebe, esto no es así, en principio se debe señalar que el objeto no es él bebe, sino la capacidad reproductiva y gestacional de la madre gestante, con lo cual no nos encontramos ante una figura de una compra venta (la entrega de un objeto) sino ante una prestación por parte de la madre gestante a la parte contratante, motivo por el cual no existiría un fin ilícito, pues el fin hace mención a la causa del contrato, y en este caso la causa es el que los padres contratantes puedan cumplir su más anhelado sueño, tener un hijo.

El cuarto y último requisito no necesita un análisis exhaustivo, pues nos hacer referencia a la forma en la cual los contratos deben de celebrarse, no obstante, es necesario precisar que un contrato de esta naturaleza debería celebrarse estrictamente de forma escrita para evitar futuros conflictos y dudas de su existencia, más aún, cuando se habla de la maternidad de un menor, así como celebrarse contemplando los requisitos especiales que se recomiendan y hemos desarrollado en la presente investigación. Finalmente, se debe hacer mención a que los contratos no deben de contravenir el ordenamiento jurídico ni las buenas costumbres, sin embargo, como ya hemos señalado líneas arriba, este tipo contractual no contraviene lo citado por la legislación peruana.

Por último, para nuestro cuarto objetivo específico tuvimos a bien analizar el art. 7 de la Ley General de Salud la Ley Nro.27842, el citado artículo contempla el uso de las técnicas de reproducción asistida, reconociendo en su primer párrafo que es un derecho que tienen las personas para tratar su infertilidad y para procrear, no obstante, al finalizar el párrafo el mismo artículo restringe el uso de las TERAS señalando que solo pueden hacerse si la condición de madre genética y madre gestante recaen en la misma persona, y si bien no hace una prohibición expresa este artículo realiza una abierta discriminación pues no se puede conmutar tal derecho.

Finalmente, es preciso señalar que, si bien no reconoce el derecho de las madres gestantes a recurrir al contrato de maternidad subrogada, tampoco la prohíbe, motivo por el cual no afectaría a la validez del contrato puesto que no se contraviene ninguna prohibición expresa al no existir está en la citada ley.

4.2. Discusión y análisis de constructos

4.2.1. Constructo 1

Con respecto a nuestro objetivo general y de la información recolectada, se ha llegado a evidenciar que los entrevistados para el presente trabajo de investigación y en relación al objetivo general antes señalado, consideran:

Primero. - Que nuestro país necesita de una legislación que regule la maternidad subrogada y si bien parte de la doctrina alega que la ley general de salud prohíbe este contrato, esto no es así, asimismo sería recomendable que se modifique dicha ley a fin de evitar discordancia entre la doctrina de nuestro país.

Segundo. - Nuestro país debe adoptar una legislación similar a la que han adoptado países como Estados Unidos, México (Estado de Tabasco) y Ucrania, pues son un ejemplo en lo que refiere a la implementación de la maternidad subrogada, sin embargo, es necesario también señalar que se debe tomar en cuenta la realidad de la sociedad peruana, pues no se puede pretender incorporar una ley textualmente sin antes estudiarla y evaluar sus posibles efectos mediante un análisis económico del derecho y sus posibles externalidades.

Tercero. - Finalmente, la legislación que regule este contrato debe garantizar la autonomía privada de la libertad, pues las partes deben de decidir cómo quieren autorregularse en el marco de su esfera privada, por lo cual el estado solo debe limitarse a implementar los requisitos especiales y los supuestos en los cuales habría algún conflicto y como debería resolverse, si de forma general a lo que se haría en un contrato cualquiera o de forma especial conforme al principio del interés superior del niño, en la presente investigación hemos analizado este último principio y reconocemos la importancia de este en este tipo contractual, por ello consideramos que esta última es la mejor opción.

4.2.2. Constructo

Respecto al objetivo específico primero, habiendo utilizado las técnicas de análisis de las entrevistas, además del análisis de fuente documental y todo lo abordado en la presente investigación, se ha determinado con respecto al primer

objetivo específico que, la mayoría de los entrevistados tuvieron a bien manifestar que:

Primero. – Que, se ha generado una gran cantidad de problemas en nuestro país debido al vacío legal que existe, como el caso de la pareja chilena y las casaciones sobre maternidad subrogada que tenemos en nuestro país, y posiblemente se generen nuevos casos pues el último proyecto de ley sobre esta materia se dio luego de que la pareja chilena mencionada afrontara una prisión preventiva, pero desde su archivamiento no se ha vuelto a tocar el tema hasta la actualidad.

Segundo. – En nuestro país el Poder Judicial ha visto diversos casos derivados de estos contratos, en los que las partes piden ser reconocidos como padres legales ante las instancias judiciales, precisamente la casación 4323-2010 Lima es una de ella que llegó ante la Corte Suprema, en la cual se pedía que ordenen al RENIEC reconocer a la madre contratante como madre legal, justicia que se logró alcanzar.

Tercero. - La Corte Suprema ha desarrollado la casación 563-2011 Lima la cual implementa el principio de interés superior del niño para resolver los conflictos de maternidad subrogada en nuestro país, pues al margen de la posición que tengan las partes el juez debe de elegir lo que sea mejor para el bebé.

4.2.3. Constructo 3

Respecto al segundo objetivo específico, los entrevistados dieron un sólido punto de vista el cual se resume de la siguiente manera:

Primero. – Los entrevistado consideraron que este contrato no genera una vulneración a la dignidad de la madre gestante, pues ella hace uso de su derecho a la libertad para celebrar este contrato y por el contrario este contrato evita que se vulnere la dignidad de la pareja que no puede concebir hijos por sí misma, pues los ayuda a desarrollarse como personas y la construcción de una familia.

Segundo. - Este contrato no vulnera ningún derecho de las partes o de la sociedad en general, por el contrario, es un mecanismo mediante el cual pueden

ejercer efectivamente los derechos que se han desarrollado en esta investigación y que los entrevistados han mencionado.

Tercero. - Este contrato como cualquier también tiene por objeto satisfacer necesidades, pues eso es lo que busca todo contrato, satisface las necesidades de una o ambas partes, dependiendo cuales sean las prestaciones a las que se obliguen las partes, por esta razón es necesaria una autonomía privada en este contrato, ya que con esto serán las partes quienes decidan cuáles son sus intereses y como las pueden satisfacer.

4.2.4. Constructo 4

Finalmente, para nuestro último objetivo específico, los entrevistados fueron enfáticos en señalar lo siguiente:

Primero. – El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez exigidos por el art. 140 del Código Civil, y no se contraviene ninguno de ellos como lo señala parte de la doctrina, además, al no existir una norma que prohíba este contrato estaría ante un contrato completamente valido y eficaz.

Segundo. - Se entiende por objeto de contrato a la prestación, y en este caso la prestación es la capacidad reproductora y gestacional de la madre gestante y no el niño como lo señala parte de la doctrina, de esta forma el objeto es jurídicamente posible, razón por la cual puede celebrarse un contrato de esta naturaleza en nuestro país.

Tercero. - Consideramos necesario implementar requisitos especiales en una eventual legislación sobre este contrato, por ejemplo, el motivo humanitario que deben tener las partes, pues esta fue la concepción inicial de este contrato y la cual debería seguir existiendo hasta la fecha, eso quiere decir que solo se podría usar este contrato en determinadas situaciones y no en cualquier momento como se viene realizando en determinados lugares.

Cuarto. - Como ya se ha señalado anteriormente, es necesaria respetar la autonomía privada de la voluntad de las partes, por lo cual el estado debe a libre elección de las partes decidir si desean celebrar este contrato a título oneroso o gratuito, pues el universo de personas que quisieran ser padres

mediante este contrato abarcaran enormemente al universo de mujeres que estarían dispuestas a prestar su capacidad de reproducción de forma gratuita.

V. CONCLUSIONES

La primera conclusión que nos ha dilucidado este informe es que existe una necesidad imperativa de una legislación que regule el contrato de maternidad subrogada en nuestro país, ello con el fin de brindar una seguridad jurídica a las personas y evitar futuros conflictos como los analizados, es por ello que desde esta investigación proponemos una legislación que regule este tipo contractual y que este pueda ser celebrado de la forma más conveniente para las partes, es decir, que sean las partes que decidan si se realizará a título gratuito u oneroso y las reglas que regirán dicho contrato.

Asimismo, **la segunda conclusión** arribada, es que este vacío legal que hasta la fecha existe en nuestro país ha dejado graves consecuencias las cuales van desde largos e interminables batallas judiciales entre las partes, contra entidades públicas y hasta errores judiciales con consecuencia de prisión preventiva, siendo perjudicados en gran medida la parte contratante de este convenio privado, pero más aún, siendo los más afectados los menores quienes estarán en una posición de incertidumbre y zozobra jurídica, situaciones que deben culminar con la propuesta legislativa presentada en la presente investigación.

Por otro lado, como **tercera conclusión**, podemos afirmar que los fundamentos sobre una posible vulneración a la dignidad de la madre gestante por parte de un sector de la doctrina adversa al contrato de maternidad subrogada carecen de fundamentos, pues en este contrato la madre gestante manifiesta su intención de celebrar este contrato de forma libre y consiente, inspirada únicamente en un motivo humanitario, ayudar a la parte contratante a concebir el hijo que la naturaleza les negó.

Finalmente, como **cuarta conclusión** y última conclusión, pudimos concluir durante el desarrollo de este informe por medio del análisis de los casos a nivel nacional e internacional, y de un análisis realizado en base a nuestra legislación peruana que el contrato de maternidad subrogada cumple con cada

uno de los requisitos exigidos por ley y no contraviene ninguna disposición de nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual los efectos jurídicos derivados de este tipo contractual son completamente válidos y eficaces y así han sido reconocidos por nuestro sistema judicial.

VI. RECOMENDACIONES

Primera: Implementar una legislación que regule el contrato de maternidad subrogada como una ley especial la cual contemple los requisitos especiales, la formalidad de su celebración y los posibles conflictos derivados de este contrato y sus respectivas soluciones en virtud del principio del interés superior del niño, o en su defecto, que se incorpore al Código Civil en el libro de los contratos.

Segunda: En ese mismo sentido, tener una legislación que reconozca y regule este tipo contractual ayudará a evitar futuros conflictos y problemas que ya hemos desarrollado a lo largo de nuestro informe, asimismo, brindar una mayor información sobre este contrato en especial a los miembros del Poder Judicial, Ministerio Público, RENIEC y las Redes de Salud a nivel nacional para que se familiaricen con este contrato y reconozcan la validez del mismo.

Tercera: Incorporar como requisito especial el “factor humanitario” entre los demás desarrollados en nuestro informe, pues este requisito cobra vital importancia en este tipo contractual, toda vez que la razón de ser de este contrato es el ánimo altruista de ayudar a las personas que quieren tener un hijo y no pueden por causas naturales o padecen de alguna enfermedad por la cual no deberían procrear de forma natural.

Cuarta: Regular los requisitos especiales desarrollados en nuestro informe, como la necesidad de que la madre gestante (madre contratada) tenga la capacidad reproductiva y gestacional, ya que esta es indispensable para la prestación y, que la madre o padres contratantes tengan problemas de fertilidad o que tengan alguna enfermedad susceptible de ser transmitida a sus hijos motivo por el cual no debería procrear de forma natural y finalmente, que se limite a la cantidad de dos veces el apoyo que pueda brindar una mujer como madre gestante en este tipo de contratos, pues el fin de este contrato es ayudar a las personas y no hacer de este un negocio.

REFERENCIAS

- Aspiroz, J. (2017). *El contrato de alquiler de vientres, la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias*. Madrid, España.
- Bease, M. (2019). *The Ratification of inadequate surrogate motherhood agreements and the best interest of the childs*. University of Cape Town South Africa. DOI: <http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2019/v22i0a6083>
Recuperado de: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S172737812019000100024&lang=es
- Banda, A. (1998). *Dignidad de la persona y reproducción humana asistida*. Revista Jurídica. Universidad de Valdivia. Chile.
- Bernal, C. (2017). *Metodología de la investigación*. Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia.
- Bullard, A. (1995). *Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual*. Revista IUS ET VERITAS, 5(10), 51-64. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15475>
- Bullard, A. (2018). *Análisis económico del derecho*. Lima, Perú. Editorial: Fondo Editorial PUCP.
- Bustamante, G. (2017). *La contratación de la Maternidad Subrogada en las clínicas de Fertilización de Lima Metropolitana en el año 2016*. Universidad César Vallejo, Lima, Perú.
- Burstein, A. (2013). *Los derechos del embrión in vitro frente a la paternidad: ilegitimidad de las técnicas de reproducción asistida extrauterinas*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Cárdenas, R. (2017). *Autonomía de la voluntad y reproducción asistida*. Revista: Consensus, 1(19), 73-90. Recuperado de: https://www.unife.edu.pe/centro-investigacion/revista/N19_Vol2/Artu00EDculo%206.pdf

- Cárdenas, R. (2015). *Acerca de la importancia del principio de autonomía de la voluntad y sus límites en el ordenamiento jurídico*. Revista: Vox Juris, 37(1), 103-131. Recuperado digitalmente a partir de <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/issue/view/11>
- Chávez, G. (2009). *Derecho Genético*. Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote. Ancash, Perú.
- Decreto N°205. Periódico Oficial del Estado de Tabasco, Tabasco, México, 09 de abril de 1997.
- De la Fuente, R. (2017). *La subrogación gestacional: ¿vientre o persona en alquiler? Implicancias jurídicas y éticas*. Editorial: Gaceta Civil & Procesal Civil Registral / Notarial, 48(1), 37-52. Recuperado a partir de: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3033>
- Decreto Legislativo N°295. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 24 de julio de 1984.
- Del Águila, F. (2014). *Identidad Genética y Filiación*. Revista Vox Juris, 28(2), 225-249. Recuperado digitalmente a partir de: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/issue/view/8>
- Delgado, A. (2019). *Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional* (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Lima, Perú.
- Field, M. (2014). *Compensated Surrogacy*. Washington Law Review. N° 89, 1155 – 1184. Recuperado digitalmente a partir de: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol89/iss4/5>
- Gamarra, J. (2018). *Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia* (tesis de maestría). Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú.
- González, B. (2015). *Maternidad subrogada, realidad actual, problemas y posibles soluciones*. Universidad Miguel Hernández, Madrid, España.

- Guimarães, (M). (2018). *As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/20181*. Revista de Bioética y Derecho. Nº 44, 179 – 200. Recuperado digitalmente a partir de: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S188658872018000300013&lang=es
- Gutiérrez, L. (2016). *Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homologa en el Perú*. Universidad César Vallejo, Trujillo, Perú.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. Universidad de Celaya, Ciudad de México, México.
- Hernández, R. y Santiago, J. (2011). *Ley de maternidad subrogada en el distrito federal*. Universidad Autónoma de México. Recuperado a partir de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n132/v44n132a11.pdf>
- Hernández, A., Ramos, M., Placencia, B., Indacochea, B., y Moreno L. (2018). *Metodológica de la investigación científica*. Ciudad de México, México. Editorial: Editorial: McGraw-Hill.
- Johnson, L (2019). *Commercial Surrogacy Is the Sale of Children? An Argument That Commercial Surrogacy Does Not Violate International Treaties*. Washington International Law Journal. Nº 28, 700 – 726. Recuperado de: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wilj/vol28/iss3/9>
- Jordaan, D. (2016). *Surrogate motherhood in illness that does not cause infertility*. Revista The South African Medical Journal, 106(7), DOI [10.7196/SAMJ.2016.v106i7.10668](https://doi.org/10.7196/SAMJ.2016.v106i7.10668), Recuperado a partir de: <http://www.samj.org.za/index.php/samj/article/view/10668/7488>.
- Meike, S. (2001). *Maternidad subrogada: ética y justicia legal*. National Reference Center for Bioethics Literature. Estados Unidos.
- Muñoz, C. (2016). *Como elaborar y asesorar una investigación de tesis*. Naucalpan de Juárez, México. Editorial: Pearson.

- Nicholson, C. & Bauling, A. (2013). *Surrogate motherhood agreements and their confirmation: A new challenge for practitioners?*. Revista De Jure Law Journal. 46(2), 510 – 538. Recuperado digitalmente a partir de: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S222571602013000200009&lang=en
- Niekerk, C. (2015). *Section 294 of the Children's Act: Do roots really matter?*. University of the Western Cape, South Africa. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4314/PELJ.V18I2.11>, http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-37812015000200012&lang=es
- Puppink, G. (2012). *Surrogate Motherhood: a violation of human rights*. European Centre for Law and Justice. Recuperado de: <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/surrogacy-motherhood-icjl.pdf>
- Ramos, C. (2007). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento.*, Lima, Perú. Editorial: Gaceta Jurídica
- Rodríguez, C. (2012). *El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense*. Revista de derecho Valdivia. 25(2), 59-81. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>. Recuperado a partir de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003
- Saavedra, A. (2018). *El uso de las TERAS y el derecho a la reproducción* (tesis de pregrado). Universidad de Piura.
- Supo, J. (2015). *Cómo empezar una tesis*. Arequipa, Perú. Editorial: Bioestadístico EIR.
- Yáñez, A. (2013). *Propuesta de contrato de maternidad subrogada elaborado según los principios de la legislación civil ecuatoriana*. Universidad de las Américas, Quito, Ecuador.
- Varsi, E. (1995). *Derecho genético: principios generales*. Lima, Perú. Editorial: Normas Legales.

Varsi, E. (2010). *Filiación y reproducción asistida*. Revista de Derecho de familia y de las personas, 2(10), 78-87. Recuperado de: https://works.bepress.com/enrique_varsi/20/

Varsi, E. (2001). *Derecho Médico Peruano: Doctrina, Legislación & Jurisprudencia*. Lima, Perú. Editorial: Grijley.

Zurriarán, R. (2019). *The subrogate maternity: «solidarity» or «exploitation»?*. Medicina y ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica. N° 3(4), 1255-1276. Recuperado digitalmente a partir de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7323719>

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de categorización

Análisis al contrato de maternidad subrogada y la necesidad de una legislación a propósito de los casos en el Perú

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	SUB CATEGORÍA	FUENTE	TÉCNICA	INSTRUMENTO
<p>En el Perú, no existe una legislación acerca del contrato de maternidad subrogada pese a que este tipo contractual ya es una realidad desde hace ya algunos años, esto ha ocasionado diversos conflictos entre particulares los cuales en su mayoría han sido resueltos por el Poder Judicial en base a la doctrina, jurisprudencia y los principios rectores del derecho de familia, nuestro país, como casi siempre ocurre, nuevamente no esta a la vanguardia en lo que a la regulación del</p>	<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿Qué tipo de regulación se debe implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar qué tipo de regulación implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú</p>	<p>Posibles regulaciones para implementar respecto del contrato de maternidad subrogada a la luz de los recientes casos en el Perú</p>	<p>Vacío legal sobre el contrato de maternidad subrogada en el Perú</p> <p>Derecho Comparado en el contrato de maternidad subrogada</p>	<p>Cortes de Lima</p> <p>Fiscales</p> <p>Jueces</p> <p>Abogados litigantes</p> <p>expertos en derecho civil y constitucional</p> <p>Docentes en derecho civil y constitucional</p>	<p>Entrevistas</p> <p>Fuente documental</p> <p>Observación</p> <p>Análisis de la legislación</p> <p>Análisis de jurisprudencias</p>	<p>Guía de preguntas de entrevista</p> <p>Ficha de análisis de fuente documental</p> <p>Ficha de observación</p> <p>Ficha de análisis de jurisprudencia</p>
	<p>PROBLEMA ESPECÍFICO 01</p> <p>¿Cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS 01</p> <p>Analizar cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú</p>		<p>Problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú</p>		<p>La jurisprudencia como fuente del derecho</p> <p>La aplicación del interés superior del niño</p>	

<p>uso de las TERAS y su aplicación en este tipo contractual respecta a diferencia de otros países de la región y del mundo, es por ello que se necesita una legislación sobre este tema.</p>	<p>PROBLEMA ESPECÍFICO 02</p> <p>¿Se vulneran los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de un contrato de maternidad subrogada?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS 02</p> <p>Determinar si se vulneran los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada</p>	<p>La posible existencia de vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada</p>	<p>La dignidad de la madre gestante en los contratos de maternidad subrogada</p> <p>Los derechos fundamentales en los contratos de maternidad subrogada</p>			
	<p>PROBLEMA ESPECÍFICO 03</p> <p>¿El contrato de maternidad subrogada es válido en nuestro ordenamiento jurídico?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS 03</p> <p>Determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico</p>	<p>La validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico</p>	<p>Los requisitos de validez del art. 140 del Código Civil</p> <p>La autonomía privada de la libertad en los contratos de maternidad subrogada</p> <p>La controversia del objeto en el contrato de maternidad subrogada</p>			

Anexo 4 Guía de entrevista

Guía de entrevista

Título:

Análisis al contrato de maternidad subrogada y la necesidad de una legislación a la luz de los casos en el Perú

Entrevistado: ENRIQUE JORDAN LAOS JARAMILLO

Cargo/Profesión/Grado Académico: DOCENTE UNIVERSITARIO/ABOGADO/DR. EN DERECHO & CIENCIAS POLÍTICAS

Lugar: LIMA Fecha:27/09/2020 Duración:2 HORAS

Institución: UNIVERSIDAD CESAR VALLEJO LICENCIADA POR LA SUNEDU

Objetivo general

Determinar qué tipo de regulación se requiere implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú

Enrique Jordan Laos Jaramillo
ABOGADO DE LIMA
Registro CAL 45000
Dr. en Derech^r

1. ¿Cuál es su opinión respecto a la falta de regulación sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?
2. ¿Cuál es su opinión respecto a una futura legislación sobre el contrato de maternidad subrogada ante el vacío legal que existe en el Perú?
3. ¿Considera usted que debería permitirse o prohibirse el contrato de maternidad subrogada? ¿Por qué?
4. ¿Cuál es su opinión respecto de regular o implementar el contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú?

Objetivo específico 1

Analizar cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú

1. ¿Cuáles considera usted son las principales consecuencias que genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?
2. ¿Qué casos emblemáticos o jurisprudencia se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y cómo se resolvieron?
3. ¿Qué problemas percibe usted debido a los vacíos legales en el Perú respecto del contrato de maternidad subrogada?

Objetivo específico 2

Determinar si existe una vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada

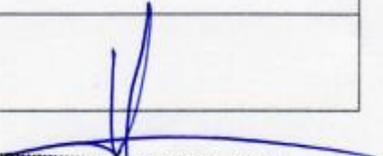
- 1- ¿Considera que se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?
- 2- ¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?
- 3- ¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental de la madre gestante en los contratos de maternidad subrogada?


Enrique Jordán Laos Jaramillo
ABOGADO DE LIMA
Registro CAL 45000
Dr. en Derecho

Objetivo específico 3

Determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico

1. ¿El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez establecidos en el Código Civil?
2. ¿Considera usted que se debería implementar requisitos especiales para la celebración y validez de los contratos de maternidad subrogada?
3. ¿Considera usted que debería permitirse una libre autonomía o el estado debería fijar ciertos parámetros en este tipo de contratos?
4. ¿Según su opinión cual sería el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?

Nombre del entrevistado	Sello y firma
ENRIQUE JORDAN LAOS JARAMILLO	

Enrique Jordán Laos Jaramillo
ABOGADO DE LIMA
Registro CAL 45000
Dr. en Derech

Guía de entrevista

Título:

Análisis al contrato de maternidad subrogada y la necesidad de una legislación a la luz de los casos en el Perú

Entrevistado.....

Cargo/Profesión/Grado Académico.....

Lugar.....Fecha ... Duración...

Institución.....

DIPIE PODER JUDICIAL DEL PERU
DIPIE
GLORIA AMEZCUELA SORRIBES PILAY
SEGUNDO GRADO DE PAZ LETRADO MAJ CONDEVILL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

Objetivo general

Determinar qué tipo de regulación se requiere implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú

1. ¿Cuál es su opinión respecto a la falta de regulación sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?
2. ¿Cuál es su opinión respecto a una futura legislación sobre el contrato de maternidad subrogada ante el vacío legal que existe en el Perú?
3. ¿Considera usted que debería permitirse o prohibirse el contrato de maternidad subrogada? ¿Por qué?
4. ¿Cuál es su opinión respecto de regular o implementar el contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú?

Objetivo específico 1

Analizar cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú

1. ¿Cuáles considera usted son las principales consecuencias que genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?
2. ¿Qué casos emblemáticos o jurisprudencia se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y cómo se resolvieron?
3. ¿Qué problemas percibe usted debido a los vacíos legales en el Perú respecto del contrato de maternidad subrogada?

Objetivo específico 2

Determinar si existe una vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada

- 1- ¿Considera que se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?
- 2- ¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?
- 3- ¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental de la madre gestante en los contratos de maternidad subrogada?

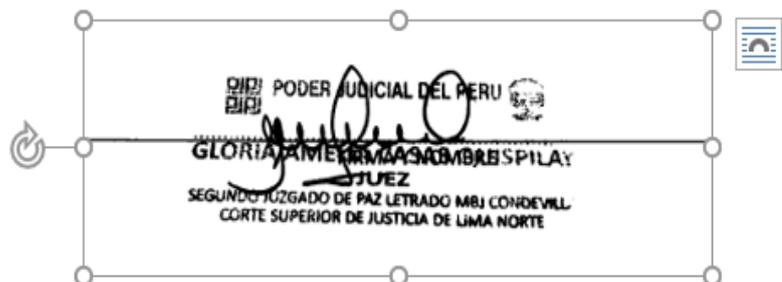
Objetivo específico 3

Determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico

1. ¿El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez establecidos en el Código Civil?
2. ¿Considera usted que se debería implementar requisitos especiales para la celebración y validez de los contratos de maternidad subrogada?
3. ¿Considera usted que debería permitirse una libre autonomía o el estado debería fijar ciertos parámetros en este tipo de contratos?



4. ¿Según su opinión cual sería el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?



Guía de entrevista

Título:

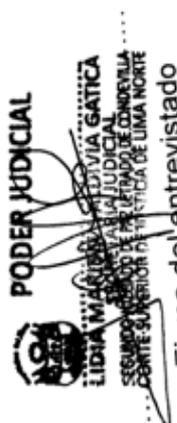
Análisis al contrato de maternidad subrogada y la necesidad de una legislación a la luz de los casos en el Perú

Entrevistado.....

Cargo/Profesión/Grado Académico.....

Lugar..... Fecha ... Duración...

Institución.....



Objetivo general

Determinar qué tipo de regulación se requiere implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú

1. ¿Cuál es su opinión respecto a la falta de regulación sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?
2. ¿Cuál es su opinión respecto a una futura legislación sobre el contrato de maternidad subrogada ante el vacío legal que existe en el Perú?
3. ¿Considera usted que debería permitirse o prohibirse el contrato de maternidad subrogada? ¿Por qué?
4. ¿Cuál es su opinión respecto de regular o implementar el contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú?

PODER JUDICIAL
LIDIA MARIANA GARCÍA
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA
CENTRO SUR ZONAS URBANAS DE LIMA NORTE
- del entrevistado

Objetivo específico 1

Analizar cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú

1. ¿Cuáles considera usted son las principales consecuencias que genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?
2. ¿Qué casos emblemáticos o jurisprudencia se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y cómo se resolvieron?
3. ¿Qué problemas percibe usted debido a los vacíos legales en el Perú respecto del contrato de maternidad subrogada?

Objetivo específico 2

Determinar si existe una vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada

- 1- ¿Considera que se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?
- 2- ¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?
- 3- ¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental de la madre gestante en los contratos de maternidad subrogada?

Objetivo específico 3

Determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico

1. ¿El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez establecidos en el Código Civil?
2. ¿Considera usted que se debería implementar requisitos especiales para la celebración y validez de los contratos de maternidad subrogada?
3. ¿Considera usted que debería permitirse una libre autonomía o el estado debería fijar ciertos parámetros en este tipo de contratos?
4. ¿Según su opinión cual sería el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?



Validación de la guía de entrevista



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1 Apellidos y Nombres: Enrique Jordán Laos Jaramillo
- 1.2 Cargo e institución donde labora: Docente en la Universidad César Vallejo y la Universidad Nacional Federico Villa Real
- 1.3 Nombre del instrumento motivo de evaluación: **Guía de Entrevista**
- 1.4 Autor de Instrumento: **SANCHEZ ZEGARRA JEAN CARLOS**

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	No cumple con su aplicación						Cumple en parte con su aplicación			Si cumple con su aplicación			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje apropiado.												X	
2. OBJETIVIDAD	Se expresar la realidad como es, indica cualidad de objetivo y la adecuación al objeto investigado												X	
3. ACTUALIDAD	Esta de acorde a los aportes recientes al derecho.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Cumple con los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las Categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos y supuestos, basado en los aspectos teóricos y científicos												X	
9. METODOLOGÍA	El instrumento responde al objetivo de la Investigación: Tipo, diseño, categorías, escenario de estudios y participantes.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento tiene sentido, enfrenta un problema crucial, está situado en una población en territorio, es interdisciplinaria, tiene relevancia global, y asume responsablemente las consecuencias de sus hallazgos.												X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

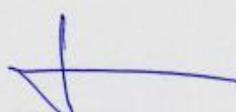
- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento cumple en parte con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con los requisitos para su aplicación

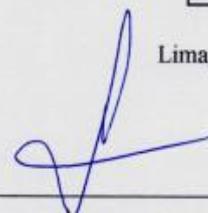
SI

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

95 %

Lima, 27 de septiembre 2020


Enrique Jordán Laos Jaramillo
 ABOGADO DE LIMA
 Registro CAL 45000
 Dr. en Derech


 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE
 Nombres: ENRIQUE JORDAN LAOS JARAMILLO
 DNI No: 09911151 Telf.: 997201314

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO
II. DATOS GENERALES

- 1.2 Apellidos y Nombres: Casas Quispilay Gloria Amelia
 1.2 Cargo e institución donde labora: Jueza – Poder Judicial
 1.3 Nombre del instrumento motivo de evaluación: **Guía de Entrevista**
 1.4 Autor de Instrumento: Jean Carlos Sanchez Zegarra

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	No cumple con su aplicación						Cumple en parte con su aplicación			Si cumple con su aplicación			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje apropiado.												X	
2. OBJETIVIDAD	Se expresar la realidad como es, indica cualidad de objetivo y la adecuación al objeto investigado												X	
3. ACTUALIDAD	Esta de acorde a los aportes recientes al derecho.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Cumple con los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las Categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos y supuestos, basado en los aspectos teóricos y científicos												X	
9. METODOLOGÍA	El instrumento responde al objetivo de la Investigación: Tipo, diseño, categorías, escenario de estudios y participantes.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento tiene sentido, enfrenta un problema crucial, está situado en una población en territorio, es interdisciplinaria, tiene relevancia global, y asume responsablemente las consecuencias de sus hallazgos.												X	

V. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación

El Instrumento cumple en parte con los Requisitos para su aplicación

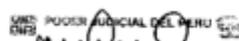
El Instrumento no cumple con los requisitos para su aplicación

Si

VI. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

95 %

Lima, 01 de octubre 2020


GEORGINA DOMESTICA CASASQUIPILAY
JUEZ
 MESA DE TRABAJO DE PAZ LETRADA MEL CORDOVA
 CUARTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE
 Nombres: Gloria Amelia Casas Quispilay
 DNI No: 10200184 Telf.: 955704749

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1 Apellidos y Nombres: Valdivia Gatica Lidia Maribel
 1.2 Cargo e institución donde labora: Especialista legal – Poder Judicial
 1.3 Nombre del instrumento motivo de evaluación: **Guía de Entrevista**
 1.4 Autor de Instrumento: Jean Carlos Sanchez Zegarra

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	No cumple con su aplicación						Cumple en parte con su aplicación			Si cumple con su aplicación			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje apropiado.													X
2. OBJETIVIDAD	Se expresa la realidad como es, indica cualidad de objetivo y la adecuación al objeto investigado													X
3. ACTUALIDAD	Esta de acorde a los aportes recientes al derecho.													X
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.													X
5. SUFICIENCIA	Cumple con los aspectos metodológicos esenciales													X
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las Categorías.													X
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.													X
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos y supuestos, basado en los aspectos teóricos y científicos													X
9. METODOLOGIA	El instrumento responde al objetivo de la Investigación: Tipo, diseño, categorías, escenario de estudios y participantes.													X
10. PERTINENCIA	El instrumento tiene sentido, enfrenta un problema crucial, está situado en una población en territorio, es interdisciplinaria, tiene relevancia global, y asume responsablemente las consecuencias de sus hallazgos.													X

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
 El Instrumento cumple en parte con los Requisitos para su aplicación
 El Instrumento no cumple con los requisitos para su aplicación

Si

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

95 %

Lima, 01 de octubre 2020


PODER JUDICIAL
 LIDIA MARIBEL VALDIVIA GATICA
 ESPECIALISTA LEGAL AL P.O. DE LIMA NOROCCIDENTE
 FUENTE: RESULTADOS DE LA ENTREVISTA

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE
 Nombres: Lidia Maribel Valdivia Gatica
 DNI No: 40932123 Telf.: 993618078

FICHA DOCUMENTAL

Ficha documental 1

OBJETIVO GENERAL

Determinar qué tipo de regulación implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú

Fuente	Análisis de la casación 563-2011 Lima
Contenido de la fuente	Resolución sobre el proceso de filiación por excepción del primer caso de nacimiento por contrato de maternidad subrogada llevada a nivel judicial
Análisis	La Corte Suprema resuelve la casación mediante la aplicación del principio del interés superior del niño, en base a ello consideró que era mejor reconocer a la madre contratante como madre legal del menor
Recensión	La Corte Suprema en su sentencia reconoce al contrato de maternidad subrogada como un contrato válido y acepta la filiación por excepción que había planteado la demandante, pues su esposo si era el padre biológico de los menores

Ficha documental 2

OBJETIVO ESPECÍFICO 1
Analizar cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú

Fuente	Análisis de la casación 2141-2009 Lima
Contenido de la fuente	La Corte Suprema resuelve un caso en el que la madre contratante demanda la impugnación de maternidad, pues el RENIEC se negaba a reconocerla y registrarla como madre
Análisis	La Corte Suprema resuelve la casación reconociendo que se celebró un contrato de maternidad subrogada entre la madre contratante y su propia madre, es decir la abuela presto su vientre para gestar a sus nietos
Conclusión	La Corte Suprema reconoce que si bien la abuela (madre gestante) llevo el embarazo, él bebe debía de ser inscrito en el RENIEC consignando como padres a los padres contratantes y no a la abuela como se había hecho

Ficha documental 3

OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Determinar si existe una vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada

Fuente	Caso Baby M
Contenido de la fuente	El Tribunal Supremo de New Jersey en Estados Unidos resolvió el caso más polémico de la historia en el mundo en lo que respecta a la maternidad subrogada, en ese caso se analizaba con quien debería quedarse el bebe, con la madre gestante o los padres contratantes.
Análisis	En este caso el Tribunal analiza el estado en que la madre se comprometió a la entrega del bebe y su alegada incapacidad para desprenderse de esta; asimismo, analizo en base al principio de interés superior de niño cual sería la mejor decisión para el bebe
Conclusión	Este caso deja un claro precedente a nivel mundial para resolver este tipo de conflictos, pues siempre se debe tener en cuenta el principio del interés superior del niño, criterio que ha sido recogido por la Corte Suprema del Perú

Ficha documental 4

OBJETIVO ESPECÍFICO 3

Determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico

Fuente	EXPTE. 714 OAV Mendoza, Argentina
Contenido de la fuente	El expediente trata de un caso llevado ante un juzgado en Argentina solicitando la nulidad del contrato pues consideran no cumplía con los requisitos de validez del mismo.
Análisis	El juzgado analiza cada requisito del negocio jurídico para determinar si es que este tipo contractual era válido o no, analizando principalmente el objeto del contrato y determinando que podía o no ser objeto del mismo
Conclusión	Se concluye que en efecto el contrato cumple correctamente con los requisitos de validez según su legislación y por ende validan dicho contrato ordenando la filiación y la inscripción respectiva del menor y los padres contratantes.

ESTUDIO DE CASO

Título:

Análisis al contrato de maternidad subrogada y la necesidad de una legislación a la luz de los casos en el Perú

FICHA DE ESTUDIO DE CASO

Casación 563-2011 Lima
Principio del interés superior del niño

Fuente	Análisis de la Resolución
Contenido	En cuanto advierte que el contrato de maternidad subrogada no se encuentra regulado en la legislación peruana, motivo por el cual es difícil resolver este tipo de conflictos.
Análisis	La Corte Suprema señala que se debe resolver los conflictos de esta naturaleza en base al principio del interés superior del niño, con lo cual en base a dicho principio resuelve en este caso que el menor estaría mucho mejor con los padres contratantes que con la madre gestante en este caso en particular, pues esta intento sobornar a los padres contratantes a cambio de entregar al menor.
Contexto Ubicación geográfica	Lima, Perú

ESTUDIO DE CASO

Título:

Análisis al contrato de maternidad subrogada y la necesidad de una legislación a la luz de los casos en el Perú

FICHA DE ESTUDIO DE CASO

Caso de maternidad subrogada: La pareja chilena
Problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú

Fuente	Análisis de la Resolución
Contenido	La Primera Sala Penal de Apelaciones del Callao revoca la prisión preventiva de la pareja chilena acusada de tráfico de personas, cuando se trataba de un caso de maternidad subrogada
Análisis	La pareja chilena vino a la ciudad de Lima para celebrar un contrato de maternidad subrogada con la clínica "Concebir" y una mujer a la cual se le pagaría 800 soles por conceptos de alimentos y gastos durante el embarazo, el material genético usado es el espermatozoide del padre chileno y el ovulo de la madre peruana, luego de la entrega del menor la pareja intenta retornar a Chile siendo acusado de un delito.
Contexto Ubicación geográfica	Callao, Perú

ESTUDIO DE CASO

Título:

Análisis al contrato de maternidad subrogada y la necesidad de una legislación a la luz de los casos en el Perú

FICHA DE ESTUDIO DE CASO

La Nro.27842 Ley General de Salud
Vulneración del derecho de igualdad y la dignidad humana

Fuente	Análisis de la Ley
Contenido	En cuanto advierte que para acceder a las TERAS se requiere que la condición de madre genética y madre gestante recaigan en la misma persona.
Análisis	Esta condición vulnera el derecho de igualdad pues conculca un derecho para quienes no van a poder procrear aun incluso mediante el uso de las TERAS con lo cual no solo se configura un acto de discriminación, sino que atenta contra la dignidad humana
Contexto Ubicación geográfica	Perú

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1 Apellidos y Nombres: Ludeña González, Gerardo Francisco

1.2 Cargo e institución donde labora: Docente universitario en la UCV

1.3 Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de Análisis de fuente Documental

1.4 Autor(A) de Instrumento: Jean Carlos Sanchez Zegarra

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN:

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. PRESENTACIÓN	Responde a la formalidad de la investigación.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Considera información actualizada, acorde a las necesidades reales de la investigación.												X	
4. INTENCIONALIDAD	Está adecuado para valorar las categorías.												X	
5. COHERENCIA	Existe coherencia entre los objetivos y supuestos jurídicos.												X	
6. METODOLOGÍA	La estrategia responde a una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												X	
7. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN:

95%

Lima, 20 de noviembre del 2020



Gerardo F. Lydena González
ABOGADO
CAL 19211 CAA 347

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI N° 28223439

ORCID: 0000-0003-4433-9471

RENACYT: P0103573 – Carlos Monge Medrano –
Nivel IV

Tabla 10: Matriz de Entrevista E1

Entrevistado	Pregunta	Respuesta	Categoría	Sub categoría	Codificación
Gloria Amelia Casas Quispilay	¿Cuál es su opinión sobre la falta de regulación respecto al contrato de maternidad subrogada en nuestro país?	Considero que ya es necesaria una legislación sobre este contrato, se han visto casos en los últimos años sobre disputas judiciales debido precisamente a la falta de una legislación sobre el tema.			E1
	¿Cuál es su opinión respecto a la aplicación de una posible legislación sobre la maternidad subrogada en nuestro país?	Considero necesaria un amplio análisis y debate sobre el tema para definir cuál sería la mejor legislación para implementar en nuestro país, pues que si bien es cierto hay otros países que ya han adaptado una legislación sobre este tema, no se trata de simplemente "importar" una legislación, sino de analizar y discutir cuál sería su impacto en una sociedad como la nuestra.			E1
	¿Cómo debería regularse el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?	Debe ser un contrato que favorezca la necesidad o deseo de las personas que quieren concebir un hijo por medio de una tercera persona, muchos juristas alegan que este contrato debe de celebrarse a título gratuito pero la verdad es que sería muy difícil encontrar a una mujer dispuesta a realizar esto sin ninguna contraprestación, por otro lado, el estado no tendría los recursos para corroborar que en efecto no exista una contraprestación de por medio, entonces no se podría aplicar una ley la cual no se respetaría por la cantidad de trabas que generaría, un caso sobre esto es Sudáfrica, que si bien tiene una legislación sobre el tema las personas no la respetan por la cantidad de trabas que la misma ley impone.			E1

	¿Qué implicancias genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?	Considero al mayor caso emblemático a la casación 4323-2010 Lima, pues en este caso los padres contratantes se enfrentaron en una batalla legal al RENIEC para que reconozcan como madre legal a la madre contratante y no a la madre gestante, batalla en la que logran alcanzar justicia después de muchos años.			E1
	¿Qué casos emblemáticos se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?	Este contrato genera una inseguridad jurídica en las partes, pues si alguna actúa de mala fe se tendría que recurrir a instancias judiciales para poder hacer cumplir lo pactado por las partes, precisamente ya hubo un caso sobre esto que llegó hasta la Corte Suprema.			E1
	¿Qué jurisprudencias se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y como se resolvieron?	El caso mencionado anteriormente se resolvió mediante la casación 563-2011 Lima a raíz de la cual la Corte Suprema reconoció la validez de este contrato y fijó la primera jurisprudencia en nuestro país sobre este contrato, la cual si bien no es obligatoria puede servir para que otros magistrados con casos similares puedan tomarla para fundamentar sus decisiones.			E1

	¿Se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?	No, este contrato no vulnera la dignidad de la madre gestante ni afecta de forma indirecta a la sociedad como lo señalan algunas personas, pues estamos ante un contrato que busca satisfacer necesidades legítimas de las partes.			E1
	¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?	No, este contrato no vulnera la dignidad de la madre gestante ni afecta de forma indirecta a la sociedad como lo señalan algunas personas, pues estamos ante un contrato que busca satisfacer necesidades legítimas de las partes.			E1
	¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental en los contratos de maternidad subrogada?	No, como ya lo he señalado anteriormente, este contrato solo busca satisfacer necesidades legítimas y ayudar a las personas a ejercer sus derechos mediante el uso de la tecnología de forma eficiente.			E1
	¿El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez del Código Civil?	A mi parecer este contrato puede cumplir perfectamente con los requisitos de ley, de igual forma lo ha señalado la Corte Suprema en reiteradas ocasiones, pues a la fecha no existe una norma que prohíba el contrato de maternidad subrogada en específico o algunos de sus alcances, por lo cual no colisiona con ninguna norma o afecta algún derecho.			E1
	¿Se deberían colocar requisitos especiales para la celebración y validez de los contratos de maternidad subrogada?	Considero que, si sería prudente colocar estos requisitos, como por ejemplo que solo aquellas personas que no pueden tener hijos por causas naturales puedan celebrar este contrato, pues la razón de ser del mismo es el ayudar a que estas personas puedan tener un hijo y no que cualquiera pueda acogerse a este contrato.			E1
	¿Debería permitirse una libre autonomía en este tipo contractual o el estado debería fijar ciertos parámetros?	Si, una vez que el estado implementar una norma con los requisitos especiales que considere pertinente debe terminar su participación en el mismo, pues el resto compete única y exclusivamente a las partes.			E1

	¿Cuál es el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?	El objeto jurídico sería la capacidad de gestación de la madre gestante, la cual prestara a los padres contratantes para ayudarlos a concebir un hijo para posteriormente entregarlo luego del alumbramiento.		E1
--	---	---	--	----

Tabla 11: Matriz de Entrevista E2

Entrevistado	Pregunta	Respuesta	Categoría	Sub Categoría	Codificación
Adolfo Gustavo Arribasplata Cabanillas	¿Cuál es su opinión sobre la falta de regulación respecto al contrato de maternidad subrogada en nuestro país?	El contrato de maternidad subrogada es un contrato cada vez más común y celebrado dentro de nuestro mundo jurídico, por ello considero que ya es tiempo de regular este contrato al igual que lo han hecho otros países como Estados Unidos y otros pertenecientes a la Unión Europea.			E2

<p>¿Cuál es su opinión respecto a la aplicación de una posible legislación sobre la maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>Es necesaria una legislación que regule este contrato, considero que ya es tiempo de implementar una legislación moderna acorde a los avances tecnológicos y a las nuevas tendencias, el derecho debe regular y adaptarse a las nuevas demandas y necesidades de las personas, pues la tecnología no puede sobrepasar la regulación de la ley o se crearían vacíos legales como en este caso.</p>			<p>E2</p>
<p>¿Cómo debería regularse el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>Es necesario tener en cuenta el principio del interés superior del niño, por ello considero que en esta ley se debería de incluir a este principio, además, es necesario que la ley contemple todos los imprevistos que puedan surgir durante o al finalizar este contrato, pues se debe velar por la seguridad, integridad y bienestar del niño.</p>			<p>E2</p>

<p>¿Qué implicancias genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>La falta de una ley sobre la maternidad subrogada ha provocado distintos escenarios en nuestro país, desde disputas en el Poder Judicial por el reconocimiento de la maternidad del menor, hasta sanciones penales por errores de las autoridades que confunden este contrato con un tráfico de infantes.</p>			<p>E2</p>
<p>¿Qué casos emblemáticos se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>En nuestro país tenemos el caso de la pareja chilena que celebro este contrato en nuestro país con una clínica limeña, la casación 4323-2011 Lima que fallo a favor de los padres contratantes contra el RENIEC y la 563-2011 Lima.</p>			<p>E2</p>

<p>¿Qué jurisprudencias se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y como se resolvieron?</p>	<p>Como principal jurisprudencia nombraría a la casación 563-2011 Lima la cual estableció la aplicación del principio del interés superior del niño para resolver este tipo de contratos.</p>			<p>E2</p>
<p>¿Se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?</p>	<p>No me parece que este contrato pueda atentar contra la dignidad de la madre gestante, la mujer es libre de celebrar o no este contrato en base a su derecho de contratar y ser contratado.</p>			<p>E2</p>
<p>¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?</p>	<p>El derecho a una vida digna se manifiesta en los padres contratantes, pues ellos buscan desarrollarse como personas a través de un hijo que no pueden concebir por sí mismo y con la ayuda de este contrato podrían lograrlo, la madre gestante por su lado tiene el derecho de contratar, el cual puede ejercer en caso desee celebrar este contrato.</p>			<p>E2</p>

<p>¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental en los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>No, por el contrario, este contrato es una forma de ejercer el derecho a la familia, el derecho a una vida digna y el derecho de contratar a quien una desee.</p>			<p>E2</p>
<p>¿El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez del Código Civil?</p>	<p>Si, este contrato puede cumplir con cada uno de los requisitos establecidos por le legislación civil, pues a la fecha no hay una norma que establezca una posición contraria a este contrato.</p>			<p>E2</p>
<p>¿Se deberían colocar requisitos especiales para la celebración y validez de los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>Es posible colocar algunos requisitos especiales pues es un contrato de una naturaleza especial, única, ello es virtud del principio del interés superior del niño y el salvaguarde de su bienestar.</p>			<p>E2</p>

¿Debería permitirse una libre autonomía en este tipo contractual o el estado debería fijar ciertos parámetros?	Si claro, no por ser un contrato especial significa que el estado va a regular absolutamente todo lo relacionado a este, ello significaría vulnerar la autonomía privada que tienen las partes en los contratos, el estado solo debería limitarse a regular este contrato en su aspecto general y a sus requisitos especiales (en caso los hubiera).			E2
¿Cuál es el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?	El objeto jurídico de este contrato es sin lugar a dudas la capacidad reproductiva y gestacional de la madre contratada, pues ello es lo que necesitan los padres contratantes para satisfacer su necesidad (concebir un hijo).			E2

Tabla 12: Matriz de Entrevista E3

Entrevistado	Pregunta	Respuesta	Categoría	Sub Categoría	Codificación
Giancarlo Michelli Tolentino Valladares	¿Cuál es su opinión sobre la falta de regulación respecto al contrato de maternidad subrogada en nuestro país?	Un vacío legal siempre es un tema serio, mayor razón si es que la norma deja desamparada a un niño como puede suceder en los contratos de maternidad subrogada, nuestros legisladores deberían crear una norma que regule este contrato después de los problemas causados por el vacío legal que hemos tenido hasta la fecha.			E3

<p>¿Cuál es su opinión respecto a la aplicación de una posible legislación sobre la maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>Es necesaria la implementación de una norma sobre este contrato en nuestra legislación porque estos contratos se siguen y seguirán celebrando independientemente de la aplicación o no de esta.</p>			<p>E3</p>
<p>¿Cómo debería regularse el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>Debe ser una norma que regule todas las consecuencias de este contrato, por ejemplo, en un supuesto de la muerte de los padres en pleno estado de gestación, en nuestro país no podría producirse un aborto por ser contrario a derecho, un delito, entonces quien tendría a cargo al niño, es un tema importante que debería verse en una eventual normal.</p>			<p>E3</p>
<p>¿Qué implicancias genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>Al no tener una legislación que regule este contrato, los jueces tienen que resolver en base a la jurisprudencia nacional e internacional y al principio del interés superior del niño, pues se tiene que dar una solución a los conflictos de las partes o buscar que es lo mejor para el niño.</p>			<p>E3</p>
<p>¿Qué casos emblemáticos se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>En el Perú los casos más emblemáticos es el caso de la pareja chilena, la cual verso más en materia penal que civil y la casación 563-2011 Lima que aplico el principio de interés superior del niño, sin embargo, hay muchos casos que tratan sobre este tema pero no todos toman la relevancia correspondiente, pues estos casos no tienen el nombre propio de “maternidad subrogada” sino adopción por excepción, y es que si bien los bebés nacen bajo esta</p>			<p>E3</p>

	modalidad al no existir una legislación se aplica esta adopción por excepción.			
¿Qué jurisprudencias se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y como se resolvieron?	La jurisprudencia más relevante es la casación 563-2011 Lima a nivel nacional, a nivel internacional podemos citar el emblemático caso Baby M, ambos casos desarrollan el principio de interés superior del niño y si bien en ambos casos los padres contratantes salieron victoriosos, esto no quiere decir que la parte contratante siempre ganara un juicio de esta naturaleza, pues lo que busca este principio es el bienestar del menor.			E3
¿Se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?	Considero que este contrato no vulnera en ningún sentido la dignidad de la madre pues conforme a nuestra constitución existe la libertad de contratar y ser contratado, por ello es completamente factible que si una mujer con capacidad reproductora desea celebrar este contrato puede hacerlo sin ningún inconveniente.			E3

<p>¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?</p>	<p>En este contrato podemos ver el derecho a la libertad de contratar y ser contratado por un lado y por el otro el derecho a una familia y a una vida digna.</p>			<p>E3</p>
<p>¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental en los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>No, este contrato no vulnera ningún derecho fundamental, si esto fuera así este contrato devendría en un contrato nulo de pleno derecho, pues ningún contrato puede atentar contra el ordenamiento jurídico o las buenas costumbres.</p>			<p>E3</p>
<p>¿El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez del Código Civil?</p>	<p>Si, el contrato de maternidad subrogada cumple los requisitos exigidos por el Código Civil en su art. 140, así como el requisito de objeto determinado o determinable, y no contraviene el ordenamiento jurídico ni las buenas costumbres, asimismo, como ya sabemos los contratos atípicos.</p>			<p>E3</p>
<p>¿Se deberían colocar requisitos especiales para la celebración y validez de los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>Si, este contrato por su naturaleza no puede ser considera como un contrato general, sino como uno especial el cual debe contener requisitos especiales, como ser celebrado por escrito bajo sanción de nulidad, que la madre gestante tenga capacidad de reproductiva y gestacional, entre otros.</p>			<p>E3</p>

<p>¿Debería permitirse una libre autonomía en este tipo contractual o el estado debería fijar ciertos parámetros?</p>	<p>Si, como todo contrato el estado no puede interferir en exceso en la relación contractual, pues esto podría afectar el principio de la autonomía privada de la libertad, en el cual son las partes quienes regulan las reglas que regirán el contrato, el estado solo podría limitarse a fijar determinados requisitos especiales para la celebración de este.</p>			<p>E3</p>
<p>¿Cuál es el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>Una parte de la doctrina señala que el objeto de este contrato es la entrega del bebe, es decir, hablan de una obligación de dar y la otra parte señala que el objeto es la capacidad reproductora de la madre gestante, me inclino por esta última postura pues lo que se busca es una obligación de hacer y no de dar como erróneamente señala parte de la doctrina.</p>			<p>E3</p>

Tabla 13: Matriz de Entrevista E4

Entrevistado	Pregunta	Respuesta	Sub Categoría	Frases Codificadas	Codificación
Lidia Maribel Valdivia Gatica	¿Cuál es su opinión sobre la falta de regulación respecto al contrato de maternidad subrogada en nuestro país?	Es necesaria una legislación que abarque esta figura contractual, desde que llego a nuestro país desde Estados Unidos estos contratos se han celebrado sin ningún marco normativo y si bien se han presentado proyectos de ley que pretendían regularlo, estos nunca llegaron a aprobarse.			E4
	¿Cuál es su opinión respecto a la aplicación de una posible legislación sobre la maternidad subrogada en nuestro país?	Me parece lo más adecuado para nuestra sociedad, si este contrato se incorpora a nuestra legislación y pasa de ser un contrato atípico a un contrato típico otorgará una mayor seguridad jurídica a nuestro sistema y las partes tendrán plena seguridad de los efectos que buscan por medio de este contrato.			E4

<p>¿Qué implicancias genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>La falta de una regulación ha provocado que alguna de las partes (generalmente la madre gestante) actué de mala fe y no quiera cumplir con la prestación a la que ella misma se obligó voluntariamente, obligando así a la otra parte a recurrir al órgano jurisdiccional para poder hacer valer su derecho.</p>			<p>E4</p>
<p>¿Qué casos emblemáticos se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>En el Perú el caso más emblemático es la 563-2011 Lima, el cual es un claro ejemplo de lo mencionado anteriormente, pues la madre gestante luego de recibir el pago acordado exige otro pago para proceder a la entrega del bebé bajo la amenaza de no entregarlo a los padres contratantes, razón por la cual ellos recurren a las instancias judiciales en donde se les da la razón.</p>			<p>E4</p>
<p>¿Qué jurisprudencias se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y como se resolvieron?</p>	<p>La misma casación 563-2011 Lima es la de mayor relevancia en cuanto a jurisprudencia nacional se refiere, pues en ella la Corte Suprema desarrolla el principio del interés superior del niño en estos contratos, señalando que su implicancia es de observancia obligatoria para resolver ese tipo de caso, posición similar han adoptados otros altos tribunales de otros países para resolver estos conflictos.</p>			<p>E4</p>

<p>¿Se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?</p>	<p>Considero que no, no podríamos hablar de la existencia de una vulneración cuando la propia madre gestante es la que desea celebra este convenio con fines enteramente altruistas en favor de los padres contratantes que no pueden concebir un hijo.</p>			<p>E4</p>
<p>¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?</p>	<p>Un derecho presente es el derecho a formar una familia, considero a este derecho como núcleo central de este contrato pues la concepción del mismo en Estados Unidos se dio debido al deseo de las personas de formar una familia y que no podían hacerlo por alguna enfermedad.</p>			<p>E4</p>
<p>¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental en los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>Para nada, por el contrario, gracias a este contrato a la tecnología se puede ejercer el derecho a formar una familia.</p>			<p>E4</p>
<p>¿El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez del Código Civil?</p>	<p>Este contrato puede y debe cumplir con todos los requisitos del art. 140 del Código Civil, si bien es cierto estamos hablando de un contrato especial, debe cumplir con los requisitos generales de todo contrato, cualquier contrato atípico que no cumpla con ella sería inválido.</p>			<p>E4</p>

<p>¿Se deberían colocar requisitos especiales para la celebración y validez de los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>Ya que hablamos de la concepción de un nuevo ser sujeto de derecho y de que es un contrato especial por su propia naturaleza creo que si se podrían plantear ciertos requisitos especiales para su celebración, esto con la finalidad de evitar futuros conflictos entre las partes, especialmente al momento de la entrega del menor.</p>			E4
<p>¿Debería permitirse una libre autonomía en este tipo contractual o el estado debería fijar ciertos parámetros?</p>	<p>Al margen de la regulación que el estado tenga a bien implementar, se debe respetar la autonomía privada de las partes, pues el estado no se puede inmiscuir en temas relacionados al ámbito de la esfera privada de las personas.</p>			
<p>¿Cuál es el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>Entendemos como objeto del contrato a la obligación que cada parte asume, considero que en este caso la prestación por parte de la madre gestante es el prestar su capacidad reproductora o gestacional (dependiendo que TERA se use).</p>			

Tabla 14: Matriz de Entrevista E5

Entrevistado	Pregunta	Respuesta	Categoría	Sub Categoría	Codificación
--------------	----------	-----------	-----------	---------------	--------------

Nancy Vilma
Picón
Aiquipa

<p>¿Cuál es su opinión sobre la falta de regulación respecto al contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>A mi parecer es un tipo contractual que debe regularse en nuestro país para reforzar la seguridad jurídica contractual y evitar futuros casos como el de la pareja chilena hace algunos años.</p>			<p>E5</p>
<p>¿Cuál es su opinión respecto a la aplicación de una posible legislación sobre la maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>Me parecería una decisión acertada y necesaria, pues mediante una ley especial se podrían abarcar más aspectos esenciales referidos a este contrato y a sus efectos.</p>			<p>E5</p>

<p>¿Cómo debería regularse el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>Debe crearse una ley tomando en cuenta el principio del interés superior del niño, pues si bien es un contrato que como cualquiera busca satisfacer las necesidades de las partes, es primordial tener en cuenta el bienestar del menor por encima de estas, hablaríamos de un contrato especial sui generis.</p>			<p>E5</p>
<p>¿Qué implicancias genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>El vacío legal respecto de este contrato provoca que en caso de alguna disputa entre las partes tengan el riesgo que al momento de recurrir al juez este declare nulo dicho contrato, pues al no existir un marco normativo que apoye este contrato no se tiene una base legal para resolver sobre el mismo.</p>			<p>E5</p>

<p>¿Qué casos emblemáticos se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>En nuestro país tenemos el caso de la pareja chilena que celebros este contrato en nuestro país con una clínica limeña, la casación 4323-2011 Lima que fallo a favor de los padres contratantes contra el RENIEC y la 563-2011 Lima.</p>			<p>E5</p>
<p>¿Qué jurisprudencias se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y como se resolvieron?</p>	<p>Tenemos casos emblemáticos como la casación 4323-2011 Lima emitida la Corte Suprema en la que ordena al RENIEC reconocer como padres legales a los padres contratantes de un menor nacido de este tipo contractual, de igual forma, el caso de la pareja chilena mencionada anteriormente la cual tuvo que afrontar una prisión preventiva por el desconocimiento de nuestras autoridades sobre este contrato.</p>			<p>E5</p>

<p>¿Se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?</p>	<p>Considero que podría existir una posible vulneración a la dignidad de la madre gestante en caso de que este contrato se celebre a título gratuito, es decir, que medie un pago de los padres contratantes a la madre gestante, solo en los casos de altruismos sin ningún beneficio podría subsanar esta posible vulneración.</p>			<p>E5</p>
<p>¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?</p>	<p>El principal derecho fundamental que resalta de los efectos de este contrato es que se podrá ejercer el derecho a la familia, muy independientemente de otros derechos ejercidos relacionados al ámbito contractual.</p>			<p>E5</p>
<p>¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental en los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>Como lo mencione anteriormente, es posible que se vulnere la dignidad de la madre gestante si hay una contraprestación económica, atentando de esta forma contra el art 1 de la Constitución.</p>			<p>E5</p>

<p>¿El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez del Código Civil?</p>	<p>Este contrato es completamente valido, pues además de cumplir con los requisitos del art. 140 no contraviene el ordenamiento jurídico (al no existir una norma que contravenga este contrato o su objeto) ni las buenas costumbres.</p>			<p>E5</p>
<p>¿Se deberían colocar requisitos especiales para la celebración y validez de los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>Si, considero que se debe regular este contrato de tal forma que solo pueda realizarse a título gratuito, de esta forma se podrá tener una certeza de que el motivo que inspira a la madre gestante de celebrar este contrato es el altruismo.</p>			<p>E5</p>
<p>¿Debería permitirse una libre autonomía en este tipo contractual o el estado debería fijar ciertos parámetros?</p>	<p>Si, como todo contrato debería respetarse la autonomía privada de la libertad y brindarle cierto margen de autonomía a las partes para auto regularse, bajo los parámetros que hemos recomendado líneas arriba.</p>			<p>E5</p>

<p>¿Cuál es el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>El objeto jurídico en este tipo de contratos es la prestación y en este caso la prestación por parte de la madre gestante es la capacidad reproductora que utilizará para concebir y gestar al bebé a solicitud de los padres contratantes.</p>			<p>E5</p>
--	--	--	--	-----------

Tabla 15: Matriz de Entrevista E6

Entrevistado	Pregunta	Respuesta	Categoría	Sub Categoría	Codificación
--------------	----------	-----------	-----------	---------------	--------------

Fernando
Medina
Puma

<p>¿Cuál es su opinión sobre la falta de regulación respecto al contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>Considero que es una institución que debería regularse en nuestro país para cubrir el vacío legal que existe actualmente, la doctrina y jurisprudencia ya ha desarrollado las pautas para ello.</p>			<p>E6</p>
<p>¿Cuál es su opinión respecto a la aplicación de una posible legislación sobre la maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>En mi opinión se debería de aplicar una ley especial para regular un contrato de tanta complejidad como lo es este contrato, más aun, cuando estamos hablando de la vida de un bebé.</p>			<p>E6</p>

<p>¿Cómo debería regularse el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>El estado debería crear una ley especial que regule todas las aristas de este contrato, desde la forma en la que se debe celebrar hasta los efectos y consecuencias que este va a traer a la realidad.</p>			<p>E6</p>
<p>¿Qué implicancias genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>La falta de regulación de este contrato en nuestra legislación genera una incertidumbre jurídica en las partes que celebran este contrato, pues muchos de ellos no tendrán plena seguridad de que la otra parte cumplirá lo pactado, ya hemos visto casos como estos en el Perú y el resto del mundo en donde estos casos terminan en instancias judiciales.</p>			<p>E6</p>

<p>¿Qué casos emblemáticos se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p>	<p>En nuestro país se tiene casos como la casación 563-2011 Lima emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema, resolviendo el primer caso judicial de maternidad subrogada, otro caso es el de una pareja chilena que fue acusada de un delito cuando en realidad había celebrado este contrato que al parecer era desconocido por los fiscales del Ministerio Público.</p>			<p>E6</p>
<p>¿Qué jurisprudencias se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y como se resolvieron?</p>	<p>En nuestro país la jurisprudencia más importante es la desarrollada en la casación 563-2011 Lima, la cual señala que para resolver los casos de maternidad subrogada se debe tomar en cuenta el principio de interés superior del niño, cabe resaltar que este criterio fue adoptado gracias al Tribunal Supremo de Estados Unidos, quien resolvió de manera similar el caso Baby M.</p>			<p>E6</p>

<p>¿Se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?</p>	<p>Este contrato no vulnera la dignidad de la madre gestante pues la madre gestante decide libremente si celebrar el contrato o no, eso en base al derecho constitucional de contratar, por otro lado, considero que este contrato protege la dignidad de la parte contratante, pues el art. 1 de la Constitución Política del Perú señala que el fin supremo del estado es la defensa de la persona humana y su dignidad, y mediante este contrato los padres contratantes pueden desarrollarse como personas y por lo tanto salvaguardar su dignidad.</p>			<p>E6</p>
<p>¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?</p>	<p>En este contrato podemos ver el derecho a contratar y ser contratados manifestado en ambas partes, y el derecho a una familia manifestado por la parte contratante.</p>			<p>E6</p>
<p>¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental en los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>No, este contrato no lesiona ningún derecho fundamental de ninguna de las partes o de la sociedad general como señalan algunos autores, es un contrato más del gran abanico de contratos existentes.</p>			<p>E6</p>

<p>¿El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez del Código Civil?</p>	<p>Si, de un rápido análisis al art. 140 del Código Civil, se puede concluir que este contrato cumple con cada uno de los requisitos establecidos en este cuerpo normativo, razón por la cual es un contrato plenamente valido y eficaz.</p>			<p>E6</p>
<p>¿Se deberían colocar requisitos especiales para la celebración y validez de los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>Considero que podría ser prudente puesto que estamos hablando del alumbramiento de un nuevo ser, por lo que se debería proceder con cautela en la celebración de este contrato, razón por la cual se podrían incorporar requisitos especiales en una eventual legislación sobre este contrato.</p>			<p>E6</p>
<p>¿Debería permitirse una libre autonomía en este tipo contractual o el estado debería fijar ciertos parámetros?</p>	<p>Si debería permitirse una libre autonomía, pues esta es la razón de ser de los contratos, en base al principio de la autonomía privada de la libertad las partes son libres de regular su relación contractual sin que ello signifique el desconocimiento de la legislación vigente.</p>			<p>E6</p>

<p>¿Cuál es el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?</p>	<p>Este ha sido un punto muy controvertido en la doctrina desde la aparición de esta figura contractual, soy de la opinión que el objeto jurídico de este contrato es la capacidad reproductora de la madre gestante y no el niño como han manifestado otros autores.</p>			<p>E6</p>
--	---	--	--	-----------

Tabla 16: Proceso de comparación del análisis documental en relación con las categorías y subcategorías

Análisis documental 1	Análisis documental 2	Análisis documental 3	categorías	Subcategorías
Análisis de la casación 563-2011 Lima	EXPTE. 714 OAV Mendoza, Argentina	Caso Baby M	Problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú	La jurisprudencia como fuente del derecho
La Corte Suprema en su sentencia reconoce al contrato de maternidad subrogada como un contrato válido y acepta la filiación por excepción que había planteado la demandante, pues su esposo sí era el padre biológico de los menores	El juzgado analiza cada requisito del negocio jurídico para determinar si este tipo contractual era válido o no, analizando principalmente el objeto del contrato y determinando que podía o no ser objeto del mismo	Este caso deja un claro precedente a nivel mundial para resolver este tipo de conflictos, pues siempre se debe tener en cuenta el principio del interés superior del niño, criterio que ha sido recogido por la Corte Suprema del Perú	La validez del contrato de maternidad subrogada según la legislación peruana	Los requisitos de validez del art. 140 del Código Civil

Tabla 17. Técnica de análisis normativo

ANÁLISIS NORMATIVO						
Tipología	Perfil de significación normativa ad literam	Interpretación argumentativa exegética	Interpretación argumentativa dogmática	Interpretación argumentativa sistemática	Tiempo y espacio	Concordancia
Código Civil	<p>Art. 6.- Actos de disposición del propio cuerpo: Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.</p> <p>Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de</p>	Los actos de disposición que causen disminución permanente están prohibidos.	Realizar este tipo de actos atenta contra la integridad física de la persona.	Se puede realizar acto de disposición del propio cuerpo siempre que corresponda a un estado de necesidad de orden médico o estén inspirados en motivos humanitarios.	1984 Perú	ART. 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)”.

<p>Código Civil</p>	<p>seres humanos son regulados por la ley de la materia.</p> <p>Art. 140.- Requisitos esenciales del Acto Jurídico: El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:</p> <p>1.- Agente capaz.</p> <p>2.- Objeto física y jurídicamente posible.</p> <p>3.- Fin lícito.</p> <p>4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.</p>	<p>Para celebrar un acto jurídico se requiere cumplir con los requisitos del art. 140</p>	<p>Un acto jurídico que no cumpla con algunos de estos requisitos es un acto jurídico invalido.</p>	<p>Los contratos son actos jurídicos, razón por la cual también deben cumplir los requisitos de este artículo.</p>	<p>1984 Perú</p>	<p>ART. 62 de la Constitución Política del Perú “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (...)”.</p>
<p>Ley General de Salud</p>	<p>Art. 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida,</p>	<p>Una mujer puede recurrir a las TERAS para procrear siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaigan sobre ella</p>	<p>El articulo reconoce el derecho de toda persona a recurrir a las TERAS</p>	<p>El mencionado artículo no señala una prohibición expresa para el caso de la maternidad subrogada, es más, no se</p>	<p>1997 Perú</p>	<p>ART. 1. de la Constitución Política del Perú “Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.</p>



se requiere del consentimiento
previo y por escrito de los padres
biológicos

pronuncia
sobre ello

Tabla 18: Análisis de fuente documental
Análisis de la casación 563-2011 Lima

CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA	MOTIVACIÓN	ACTORES	PERFIL	CONTRAPRESTACIÓN	REQUISITOS ESPECIALES	PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
<p>El contrato de maternidad subrogada es un contrato en el cual una mujer (madre gestante) se compromete a concebir un hijo por encargo de una pareja que no puede concebirlo por sí misma para posteriormente luego del alumbramiento entregar al bebé a esta pareja, este contrato puede celebrarse a título gratuito u oneroso (mediando una contraprestación de por medio).</p>	<p>La principal motivación y razón de ser de este contrato es el factor humanitario que tiene la madre gestante, quien desea ayudar a la pareja que desea concebir un hijo pero que por motivos naturales no puede o por alguna enfermedad hereditaria no debería tener un hijo</p>	<p>En los contratos de maternidad subrogada tenemos dos partes, la madre gestante (quien tiene la capacidad de gestación y/o reproducción y el o los padres contratantes (quienes no pueden concebir un hijo por sí mismo), en ocasiones también hay casos en donde los hospitales que realizan estos procedimientos actúan como intermediarios, pero no son propiamente una parte en esta relación contractual, solo</p>	<p>Sobre el perfil de las partes, se requiere que la mujer que ayudara a concebir al niño (madre gestante) tenga la capacidad de reproducción y gestación para hacerlo.</p> <p>Por otro lado, es necesario que la pareja que desea celebrar este contrato adolezca de alguna enfermedad que impida que puedan concebir por sí mismos o que alguno de los conyugues tenga alguna enfermedad susceptible de ser transmitida al niño</p>	<p>La pareja (padres contratantes) tienen la opción de celebrar el contrato a título gratuito u oneroso, dependiendo del convenio al que arriben con la madre gestante.</p> <p>En el primer supuesto no existiría una contraprestación, pues el móvil de la mujer gestante sería el altruismo, situación que se dio en la casación 4323-2010 Lima en donde la madre gestante era la madre de uno de los conyugues.</p> <p>En el segundo supuesto si existiría una contraprestación pecuniaria para la madre gestante, esta es la modalidad más usada</p>	<p>Factor Humanitario</p> <p>En concordancia con el art. de nuestro Código Civil, se debe tener un factor o motivo humanitario para celebrar un contrato de esta naturaleza, cabe resaltar que independientemente del aspecto legal, este contrato fue concebido precisamente para ello, ayuda a las parejas que tenían problemas de fertilidad.</p> <p>Capacidad reproductora gestacional</p> <p>En estos contratos la pareja puede o no aportar su material genético, dependiendo de ello se requiere que la madre gestante tenga necesariamente la</p>	<p>Mediante este principio se resolvió la casación 563-2011 Lima, con la que se señala que para resolver los conflictos derivados de este contrato se debe tomar en cuenta este principio y resolver conforme a lo que sea mejor para el menor.</p>

		se encargan de la parte médica y tecnológica.	durante el embarazo.	en estos contratos pues es justo que la mujer tenga un pago por sus servicios, esta situación sucedió en la casación 563-2011 Lima, en donde la pareja entregó una cantidad de 10 mil dólares a la madre gestante.	capacidad de reproducción o de gestación, pues sin esto sería imposible que lleve a cabo la prestación a la que se ha obligado, deviniendo el objeto en un físicamente imposible.	
--	--	---	----------------------	--	---	--

Tabla 19: Clasificación de gastos

2.3.15.112	Papelería en general, útiles y materiales de oficina			
	Papel bond	05 mil	15.50	77.50
	Resaltadores	20 unidades	1.80	36.00
	Lapiceros	35 lapiceros	1.00	35.00
	Plumones	08 unidades	2.50	20.00
	Fólderes	08 unidades	4.00	32.00
	Post id	07 unidades	3.00	21.00
2.3.199	Compras de otros bienes			
2.3.1991	Compras de otros bienes			
2.3.19913	Libros, Diarios, Revistas y Otros Bienes Impresos no Vinculados a Enseñanza			
	Libros	22 unidades	54.00 prom.	528.00
	Revistas	8 unidades	23.00 prom.	184.00
2.3.21.2	Viajes Domésticos			
2.3.21.21	Pasajes y Gastos de Transportes			
	Pasajes de los viajes urbanos	166	2.00	332.00
2.3.22.2	Servicios de Telefonía e Internet			
2.3.22.23	Servicio de Internet			
	Servicio de internet	20	84	1680.00
2.3.22.4	Servicios de Publicidad, Impresiones e imagen institucional			

2. 3. 2 2. 4 4	Servicios de impresiones, encuadernación y empastado			
	Impresiones	2185 hojas	0.05	109.25
	Anillado	18	3.50	63.00
	Empastado	03	27.00	81.00
			TOTAL	3.218.00

Tabla 20: Cronograma y Ejecución

Actividad	A b r i l	M a y o	J u n i o	J u l i o	A g o s t o	S e t i e m b r e	O c t u b r e	N o v i e m b r e	D i c i e m b r e
Generalidades - Tema de Investigación.									
Planeamiento del problema, Marco Teórico, Antecedentes.									
Justificación, Supuestos Jurídicos y Objetivos.									
Diseño, Tipo y Nivel de Investigación.									
Categorías de estudio.									
Revisión de avance del proyecto									
Sustentación del primer avance.									
Población y Muestra.									
Técnicas e instrumentos de recolección de datos.									

Elabora: Técnicas e Instrumentos de obtención de datos, métodos de análisis y aspectos administrativos									
JORNADA DE INVESTIGACIÓN Sustentación del Proyecto de Investigación.									
DESARROLLO DE TESIS Generalidades, Recolección de datos.									
Procesamiento de datos, Descripciones de resultados.									
DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS									
Discusión de resultados, Conclusiones y Recomendaciones.									
SUSTENTACIÓN DE TESIS									

Figura 1: Mapeamiento de procesos de triangulación de datos



Figura 2: Momentos del desarrollo de la recolección de datos y resultados

1° Momento

2° Momento

3° Momento

