



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN  
MATERNA POR EL VIENTRE DE ALQUILER EN EL PERÚ, 2016**

**PRESENTADO POR:**

Raúl Alejandro Sumari Chang

**ASESORES:**

Walter Guerrero Carbonel

Edwin Barrios Valer

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**LIMA, PERÚ**

**2016**

## **DICTAMEN DE EXPEDITO DE TESIS N° 043 -T -2016-OIYPS-FDYCP-UAP**

**Visto;** el Oficio N° 082-2016-FDYCP-UAP, de fecha 28 de setiembre de la Oficina de Grados y Títulos, en el que se solicita la revisión final de Trabajo de Investigación presentado por el bachiller **RAÚL ALEJANDRO SUMARI CHANG** fin que se declare expedito para sustentar la tesis titulada **"LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN MATERNA POR EL VIENTRE DE ALQUILER EN EL PERÚ, 2016"**.

### **CONSIDERANDO**

Que, las disposiciones normativas relacionadas con las funciones de la Oficina de Investigación de la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, comprenden el Reglamento de Investigación Científica aprobado por Resolución N° 904-2000 de fecha 15/09/2000) y el Reglamento de Grados y Títulos aprobado por Resolución N° 991-2001 de fecha 25/07/2001).

Que, de la revisión de la tesis, se aprecia que ésta cuenta con el informe del asesor temático, Mg. Walter Guerrero Carbonel, de fecha 06 de setiembre de 2016, y el informe del asesor metodológico Dr. Edwin Barrios Valer 26 de setiembre de 2016, informes que señalan que la tesis ha sido desarrollada conforme a las exigencias requeridas para el trabajo de investigación correspondiente al aspecto temático y procedimiento metodológico.

### **DICTAMEN**

Atendiendo a estas consideraciones y al pedido del bachiller **RAÚL ALEJANDRO SUMARI CHANG** esta Jefatura **DECLARA EXPEDITA LA TESIS**; intitulada **"LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN MATERNA POR EL VIENTRE DE ALQUILER EN EL PERÚ, 2016"** debiendo el interesado continuar y cumplir con el proceso y procedimientos para que se le programe el examen oral de sustentación de Tesis.

La Victoria, 29 de setiembre de 2016

INFORME DE ASESORÍA DE TESIS

**A :** Dr. Ricardo Díaz Bazán  
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política  
Universidad Alas Peruanas

**DE :** Mg. Walter Oswaldo Guerrero Carbonel  
Asesor Temático

**ASUNTO :** Asesoría Temática de Tesis  
“LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN  
MATERNA POR EL VIENTRE DE ALQUILER EN EL PERÚ, 2016”  
Bachiller: RAÚL ALEJANDRO SUMARI CHANG

**REFERENCIA :** Resolución de Asesoría N° 2169-2016-OGYT-FDYCP-UAP

**FECHA:** 06/09/2016

---

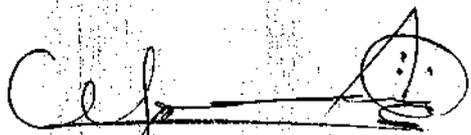
De mi especial consideración:

 Me dirijo a Usted, para informarle que estando concluida mi labor de Asesoría de Tesis del Bachiller RAÚL ALEJANDRO SUMARI CHANG requisito para optar el Título Profesional de Abogado, debo manifestar que se ha cumplido en forma satisfactoria con los requisitos que se requieren para la presentación del mencionado documento, en lo que corresponde al procedimiento temático que a continuación se detalla:

De los aspectos preliminares y de fondo de acuerdo al esquema de tesis de la Escuela Académico Profesional de Derecho, problema de investigación, marco

teórico, hipótesis y variables, marco temático, conclusiones y las recomendaciones.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large 'W' followed by 'Oswaldo' and 'Carbonel' in a cursive style. The signature is written over a horizontal line.

Mg. Walter Oswaldo Guerrero Carbonel  
Asesor Temático

**INFORME DE ASESORÍA DE TESIS**

**A** : Dr. Ricardo Díaz Bazán  
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad Alas Peruanas

**DE** : Dr. Edwin Barrios Valer  
Asesor Metodológico

**ASUNTO:** Asesoría Metodológica de Tesis  
"LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN  
MATERNA POR EL VIENTRE DE ALQUILER EN EL PERÚ,  
2016"  
Bachiller: RAÚL ALEJANDRO SUMARI CHANG

**REFERENCIA:** Resolución de Asesoría N° 2169 – 2016– OGYT-FDYCP-UAP

**FECHA :** 20 de septiembre del 2016

De mi especial consideración:

Me dirijo a Usted, para informarle que estando concluida mi labor de Asesoría de Tesis del Bachiller **RAÚL ALEJANDRO SUMARI CHANG**, requisito para optar el Título Profesional de Abogado, debo manifestar que se ha cumplido en forma satisfactoria con los requisitos que se requieren para la presentación del mencionado documento, en lo que corresponde al procedimiento metodológico que a continuación se detalla:

De los aspectos preliminares y de fondo de acuerdo al esquema de tesis de la Escuela Académico Profesional de Derecho, problema de investigación, hipótesis y variables, marco teórico, conclusiones y recomendaciones.

Atentamente.

  
\_\_\_\_\_  
Dr. Edwin Barrios Valer  
Asesor Metodológico

## **DEDICATORIA**

Dedico el presente trabajo a mis maestros académicos, por la colaboración, paciencia, y sobre todo por el apoyo que me brindaron y me brindan.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a mi familia por el esfuerzo y apoyo a lo largo de mis años de estudio de esta maravillosa carrera profesional.

## **RECONOCIMIENTO**

Hacer un reconocimiento especial a mi maestro académico encargado de apoyarme en el aspecto metodológico de la tesis, sin el cual, con total certeza, no se hubiera podido llevar a cabo la ejecución del presente trabajo de investigación.

## ÍNDICE

	Página
Carátula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Reconocimiento	iv
Índice	v
Resumen	vii
Abstract	viii
Introducción	ix
<b>CAPÍTULO I. PROBLEMA DEL PROBLEMA</b>	
1.1. Planteamiento de la realidad problemática	10
1.2. Delimitación de la investigación	13
1.2.1. Delimitación espacial	13
1.2.2. Delimitación social	14
1.2.3. Delimitación temporal	14
1.2.4. Delimitación conceptual	14
1.3. Problema de investigación	14
1.3.1. Problema principal (general)	14
1.3.2. Problema secundario (específicos)	14
1.4. Objetivos de la investigación	15
1.4.1. Objetivo general	15
1.4.1. Objetivos específicos	15
1.5. Supuesto y categorías de la investigación	15
1.5.1. Supuesto	15
1.5.2. Categoría y sub categoría	15
1.6. Metodología de la investigación	16
1.6.1. Tipo y nivel de la investigación	16
a. Tipo de investigación	16
b) Nivel de la investigación	16
1.6.2. Método y diseño de la investigación	16
a. Método de la investigación	16

b. Diseño de la investigación	16
1.6.3. Población y muestra de la investigación	17
a. Población	17
b. Muestra	17
1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	18
a. Técnicas	18
b. Instrumentos	19
1.6.5. Justificación, importancia y limitaciones	19
a. Justificación	19
b. Importancia	21
c. Limitaciones	21
<b>CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO</b>	
2.1. Antecedentes	23
A nivel internacional	23
A nivel nacional	25
2.2. Bases teóricas	26
2.2.1. Regulación del contrato de subrogación materna	28
2.2.2. Vientre de alquiler	52
2.2.3. Legislación comparada	76
2.3. Definiciones de términos básicos	79
<b>CAPÍTULO III. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS</b>	
3.1. Análisis de tablas	84
3.2. Discusión de resultados	94
3.3. Conclusiones	97
3.4. Recomendaciones	99
3.5 Fuentes de información	101
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	101
<b>ANEXOS</b>	103

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación tuvo como problema general: ¿Cómo es la regulación del contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler en el Perú? cuyo objetivo principal es determinar la forma de regular el contrato de subrogación materna en Perú.

El tipo de investigación es básica de nivel explicativo, con un diseño no experimental. La muestra estuvo conformada 3 abogados especialistas en Derecho de Familia. Se utilizó la técnica de la entrevista además de la recolección de datos.

Finalmente, la investigación llegó a la conclusión de que es necesaria la regulación del contrato de subrogación materna en Perú, 2016.

---

**Palabras Claves:** Vientre de alquiler, maternidad, subrogación materna.

## **ABSTRACT**

This research had as general problem: How is the regulation of contract maternal subrogacy of uterus rental in Peru? whose main objective is to determine how to regulate surrogacy contract in Peru .

The type of research is basic explanatory level , with a non- experimental design. The sample consisted of three lawyers specializing in family law. the interview technique was used in addition to data collection .

Finally , the investigation concluded that the regulation of surrogacy contract in Peru , 2016 is necessary.

---

**Keywords :** surrogacy , motherhood, gestational surrogacy .

## INTRODUCCIÓN

Tratamos de una función biológica primitiva de nosotros en calidad de especie evolutiva y eminentemente materia de riguroso estudio social para aplicarse en la realidad, por tanto debe provocar interés en todos. Este estudio pretende brindar lo recaudado en información para disipar, en la medida de lo posible, los problemas con respecto a esta figura producto de algunos vacíos y promover la información.

En el capítulo I, del estudio se expone la situación problemática del vientre de alquiler, la justificación de la investigación, las limitaciones, el objetivo general y los específicos y los antecedentes nacionales e internacionales. Así como el marco metodológico del estudio donde se ubican los supuestos de la investigación, las variables, la metodología del estudio, población y muestra.

En Capítulo II, se desarrolla el marco teórico donde se plasma las diversas teorías, conceptos y leyes vigentes de las bibliografías investigadas, relacionadas a la regulación del contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler.

En el Capítulo III, se compone de la interpretación y discusión de resultados, la técnica e instrumento de recolección de datos y el método de análisis de datos.

Finalmente, se especifica cada una las conclusiones y sugerencias a las que ha arribado la investigación, ultimando se presenta las referencias bibliográficas usadas, y los anexos diversos.

## **CAPÍTULO I:**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1 Descripción de la realidad problemática**

Actualmente, en esta sociedad moderna, donde casi todo es factible, en donde la ciencia es progresista y avanzada, y propicia que se mantenga en constante actualización de manera que pueda adaptarse a las necesidades de hoy, ya sean temas industriales, ecológicos, sociales, etc. Se están generando revoluciones de varios tipos, las cuales nos llevan a innovar y a mantenernos al tanto en cuanto a sus respectivos avances tecnológicos, científicos e ideológicos.

Esta determinación humana de desarrollarse a través de su entorno natural, consiste en adaptarse a su medio, valerse de éste y generar medios que le permitan subsistir en relativa comodidad. Observamos, pues, que incluso desde el origen de los tiempos hasta nuestra sociedad actual, al hombre lo rige la naturaleza y lo rige bajo el orden natural de desarrollo biológico que consiste en colmar sus etapas, sean estas la de nacer, alimentarse, crecer, relacionarse reproducirse y morir; siendo todos los procedimientos de este ciclo vital cuestión de regularidades sociales, religiosas, jurídicas, etc.

Debemos comprender que esta circunstancia de constante adaptación, ya sea esta biológica o tecnológica, ha motivado, desde siempre, a los hombres a realizar tareas conjuntamente, a apoyarse, a relacionarse, a establecer vínculos

entre ellos y servirse de estas relaciones para poder llevar a cabo, quizás inconscientemente, este plan universal de la subsistencia humana. Durante el curso de establecer relaciones humanas en pos del progreso y el avance particular y general, se dio origen a una de las instituciones más antiguas: La familia.

La familia, base y núcleo social, materia de estudio filosófico, religioso, político y jurídico, desempeña un rol fundamental, prioriza la importancia de los vínculos afectivos entre un grupo cerrado de distintas personas, en donde, tal vez, por costumbre, se determinan roles, se delegan funciones y se establecen particularidades a cada miembro conformante. Es esta la que permite al hombre llegar a su etapa plena de independización, pues colabora en su fase inicial de desarrollo, para que se abra camino a progresar social y personalmente.

Una de las funciones básicas que se da lugar en la familia es el hecho de la reproducción, este tema nunca ha sido irrelevante bajo ninguna perspectiva, pues es vital. Consiste, naturalmente, en la creación de un nuevo ser de la misma especie mediante un proceso biológico, y que, además, promueve la conservación de la misma, manteniendo diversos rasgos o características físicas propias de los parientes predecesores.

Sabemos que la familia, incluso en tiempos modernos, tiene un fin social, que se desarrolla, como podríamos apreciar, en distintas, varias y particulares formas de acuerdo a su religión, su ideología o su política, etc. Pero existen particularidades independientes a estas variables, como lo es la organización, es decir, padres, hijos, abuelos, nietos, tíos, primos, etc. Y también la manera de mantener su vigencia, de mantener el apellido o los caracteres familiares, que es a través de la reproducción, el método que, se puede decir, es el más natural.

Es la reproducción el método único y factible para concebir y de esta manera conseguir esparcir el linaje, pues así ha sido desde los primeros tiempos de la humanidad. Y es, precisamente, porque la original tendencia humana que huye a lo habitual y anticuado hacia lo moderno, lo que nos ha conducido a las circunstancias tecnológicas de las que gozamos hoy; lo que podría también, acaso, llevarnos a orientar un método biológico y natural hacia una nueva época,

perdiendo sus características esenciales, transformándose en un detalle genético, manipulado, y usado por el hombre como uno más de sus experimentos innovadores para resolver sus prioridades; y de esta manera hacer que este proceso biológico habitual, común y natural que constituye uno de los fines sociales primordiales de la familia, sea desarrollado de forma distinta. Lo que traería consigo el planteamiento de una adaptación en diversos aspectos.

Entonces, ¿es la familia una institución tradicional que debe mantener sus formalidades o es acaso un tema más que debe adaptarse a las necesidades actuales es decir una institución atiborrada de costumbres que deben dejarse de lado ante la tentativa de un desarrollo universal que incluye también cambios drásticos al concepto que se le tuvo antes? . Se repite una cuestión parecida con el tema de la función de reproducción, pues, ¿esta atapa podrá también ser sujeta a adaptaciones, aun considerándose un proceso natural establecido, determinado y definido para su culminación? ¿Podría ser manipulada la reproducción sirviendo de mecanismo evolutivo y de conservación de la especie a la vez que se incorporan nuevos teoremas a la institución de la familia?

Las interrogantes antes planteadas constituyen el pilar de la duda, de una duda social que no deja de transcurrir y hacerse más hermética al lado de los avances tecnológicos y científicos. Considerándose como tema controvertido y flujo de opiniones provenientes de diversos campos, ya sean estos, antropología, biología, sociología, psicología, etc. Pero hay un tema clave, el cual hace de portal generador de todas estas dudas y controversias, un tema suspicaz, que se debe de tratar con suma delicadeza y con la requerida rigurosidad como implicancia social que significa, nos referimos a l tema de estudio de esta investigación: la subrogación materna.

La problemática que se suscita entorno a la subrogación materna, con respecto a la regulación jurídica formal, es el otro eje de la presente investigación, por lo que se ha tenido en cuenta para estos fines congrega, por un lado, lo que representa la figura de reproducción por subrogación materna en el aspecto social y, del otro, lo que se debe considerar al transgredir ésta lo establecido por la naturaleza, aplicándose los lineamientos u ordenamientos analógicos formulados en cuanto a una nueva figura jurídica de reproducción

asistida. Por lo que resulta un vacío en el sistema jurídico que requiere de aportes académicos de investigación que de no concluir ocasionaría más problemas entre las personas que acuden a la maternidad subrogada, por diversos motivos, y al verse desamparada por la ley en un innovador aspecto de su derecho a la reproducción no podrían acudir a la justicia.

Es en este sentido, el socio-jurídico, del que se desprende la razón de esta investigación, con fines de esclarecer y precisar los puntos controvertidos sobre una figura que no está, todavía, contemplada en el ordenamiento jurídico peruano, de tal forma que se abarca la razón social de la necesidad actual de prevenir jurídicamente un tema que incurre actualmente en casi todos los países de manera profusa y casi siempre con un proceso oculto y privado, siendo este un problema no eventual, sino que debe corregirse y actuar en tiempo presente hacia el futuro; y, además, se tratarán sobre las formalidades que debiera cumplir este proceso al adecuarse a una posible regulación jurídica, como sí sucede en otros países.

Podemos entender, entonces, que la subrogación materna y su consecuente necesidad de regulación, como aspecto social que se considera, es, pues, motivo de implementación, de análisis, de argumentación y de reflexión en general y para todos. Es de esta manera que el desarrollo de la investigación sobre este tema implica atender cuestiones de perfil socio-jurídico, y consumir, además, un vacío legal, que aparece a causa de la novedad académica que trae consigo la aparición de este tema, y que se vuelve una necesidad el desarrollarlo y proponerle más métodos y teorías que faciliten su comprensión.

## **1.2 Delimitación de la investigación**

### **1.2.1 Delimitación espacial**

El lugar de estudio en que se realizó gran parte de la presente investigación fue en la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, ubicada en el distrito de La Victoria, Lima, en su respectiva biblioteca, y paralelamente en la Biblioteca Nacional de Lima.

### **1.2.2 Delimitación social**

El presente trabajo de investigación sugiere analizar los factores sociales y jurídicos que se deben aplicar para una regulación del contrato de subrogación materna, destinado a cubrir un factor social en la realidad nacional, el cual requiere, por ser un aspecto del hombre en sociedad, ser regulado jurídicamente.

### **1.2.3 Delimitación temporal**

El período de estudio de la presente investigación comprende desde el mes de Agosto del año 2015 hasta el mes de Julio del año 2016.

### **1.2.4 Delimitación conceptual**

La presente investigación pretende satisfacer los vacíos legales que provocan los adelantos científicos genéticos, los cuales al hacerse efectivos en la sociedad son materia de regulación jurídica y por lo tanto se hace necesaria la propuesta normativa, en este caso con respecto al vientre de alquiler, que promueve la presente investigación.

---

## **1.3 Problema de investigación**

### **1.3.1 Problema principal**

¿Cómo es la regulación del contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler en el Perú?

### **1.3.2 Problemas secundarios**

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?

¿Cuáles son los efectos de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?

¿Cómo es la determinación de la filiación en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?

. ¿Cuál es la atribución de la maternidad legal en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?

## **1.4 Objetivos de la investigación**

### **1.4.1 Objetivo general**

Determinar la forma de regular el contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler en el Perú

### **1.4.2 Objetivos específicos**

. Identificar la naturaleza jurídica de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú.

. Describir los efectos de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú.

. Analizar la determinación de la filiación en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú.

. Establecer la atribución de la maternidad legal en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú

## **1.5 Supuesto y categorías de la investigación**

### **1.5.1 Supuesto**

Es necesaria la regulación del contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler en el Perú

### **1.5.2 Categoría y sub-categorías**

#### **a. Categoría**

La regulación del contrato de subrogación materna en el Perú

## **b. Sub-categorías**

- . La naturaleza jurídica.
- . Efectos de la regulación.
- . Determinación de la filiación.
- . Atribución de la maternidad legal

## **1.6 Metodología de la investigación**

### **1.6.1 Tipo y nivel de la investigación**

#### **a. Tipo de investigación**

Por el tipo de la investigación, el presente estudio reúne las condiciones metodológicas de una investigación básica puesto que "es aquella que trata de responder a los problemas teóricos o sustantivos o específicos, en tal sentido, está orientada, a describir, explicar, predecir o retro decir la realidad, con lo cual se va en búsqueda de principios y leyes generales que permita organizar una teoría científica. En este sentido, podemos afirmar que la investigación sustantiva al perseguir la verdad nos encamina hacia la investigación básica o pura." (Sánchez, 2006)

La presente investigación es, por su tipo, básica, ya que se trata de investigaciones que, dentro del marco de determinadas teorías sociales, tienen el propósito de estudiar algún aspecto de la realidad, la comprobación de hipótesis, la solución de determinados problemas sociales, etc. Y aplicarlas al proceso de regulación del contrato de subrogación materna.

#### **b. Nivel de investigación**

La investigación reúne por su nivel las características de un estudio explicativo porque "no sólo persigue describir y acercarse a un problema, sino que intenta encontrar las causas del mismo". (Sabina, 1992)

La presente investigación es de nivel explicativo porque su desarrollo proporciona un sentido de entendimiento del fenómeno a que hacen referencia.

## **1.6.2 Método y diseño de la investigación**

### **a. Método de la investigación**

El método utilizado en el presente estudio de investigación es inductivo, con el que “se aplica en los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios”. (Sampieri, 2008)

Con un enfoque cualitativo por la necesidad de profundizar en el estudio de caso y tener contacto directo con el mismo y “estudia la realidad en su contexto natural y cómo sucede” (Blasco y Pérez, 2007)

En la presente investigación se tomara el enfoque cualitativo con la aplicación del método inductivo, es decir, que se explorara y describirá el fenómeno en estudio para obtener perspectivas teóricas de la investigación que se realizara.

### **b. Diseño de la investigación**

El diseño de la investigación es de tipo no experimental por cuanto “la investigación que se realiza sin manipular deliberadamente variables. Es decir, se trata de estudios donde no hacemos variar en forma intencional las variables independientes para ver su efecto sobre otras variables” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010)

En la presente investigación lo que se hace es observar los fenómenos tal como se dan en su contexto natural para después analizarlos, sin manipular deliberadamente variables.

## **1.6.3 Población y muestra de la investigación**

### **a. Población**

La población o universo según Morales (1944) “se refiere al conjunto para el cual serán válidas las conclusiones que se obtengan: a los elementos o unidades (personas, instituciones o cosas) involucradas en la investigación”.

La población objeto de la presente investigación estuvo compuesta por 7 abogados especialistas en derecho de familia. El criterio que se utilizó para

determinar la población se basó en la cercanía y disponibilidad de las personas, como también de su grado académico y cultural.

Lugar	N° Personas	Especialidad
Universidad Alas Peruanas	7	Derecho de Familia

Fuente: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Universidad Alas Peruanas

#### **b. Muestra**

Según (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010) "la muestra es, en esencia un sub grupo de la población. Digamos que es un subconjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sub características al que llamamos población (...). Básicamente categorizamos las muestras probabilísticas. En esas últimas todos los elementos de la población tienen la misma posibilidad de ser escogidos y se obtienen definiendo las características de la población y el tamaño de la muestra (...) en las muestras no probabilísticas, la elección de los elementos no dependen de la probabilidad, si no da causas relacionadas con las características de la investigación o de quien hace la muestra. Aquí el procedimiento no es mecánico, ni con base de formula-probabilidad, sino depende del proceso de toma de decisiones de una persona o de un grupo de personas, y desde luego las muestras seleccionadas obedecen a otros criterios de investigación".

La muestra con la que se trabajó la presente investigación es no probabilística intencionada. El criterio que se utilizó para delimitar la muestra estuvo relacionado con la especialidad del derecho de familia de abogados y la accesibilidad y disponibilidad de los mismos para las entrevistas de la presente investigación.

Lugar	N° Entrevistados	Especialidad
Universidad Alas Peruanas	3	Derecho de Familia

Fuente: Elaboración propia

#### **1.6.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

##### **a. Técnicas**

Según (Arias, 2006) "las técnicas de recolección de datos son las distintas formas o maneras de obtener la información. Son ejemplos de técnicas, observación directa; la encuesta en sus dos modalidades (entrevista o cuestionario), el análisis documental, análisis de contenido, etc."

Para realizar el acopio de información relevante y objetivo, que contribuya al tema de investigación se emplearon las siguientes técnicas:

La entrevista, a efectos de recopilar datos respecto de opiniones y conocimientos de abogados especializados en derecho de familia y derecho genético. Según Munch, L. (1968) señala que "la entrevista puede ser uno de los instrumentos más valiosos para obtener información, se puede definir como el arte de escuchar y captar información".

La recopilación documental, a efectos de revisar la documentación de carácter teórico doctrinario y la legislación sobre la materia.

##### **b. Instrumentos**

Los instrumentos en la investigación según (Arias, 2006), son "los instrumentos son los medios materiales que se emplean para recoger y almacenar información". Por ejemplo fichas, formatos de cuestionarios, guías de entrevista, grabadores, etcétera.

En función al problema planteado para la presente investigación, el principal instrumento utilizado es la guía de entrevista.

Según los autores (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010) consideran acerca del instrumento utilizado en la presente investigación, que "la guía de entrevista tiene la finalidad de obtener la información necesaria para comprender de manera completa y profunda el fenómeno de estudio".

## **1.6.5 Justificación, importancia y limitaciones de la investigación**

### **a. Justificación**

El desarrollo de la presente investigación se justifica en distintos aspectos:

**Teórica:** El presente estudio pretende una comprensión significativa acerca de la regulación de un contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler para reducir los puntos controvertidos que genera este tema, con nociones socio-jurídicas colabora a incrementar los conocimientos acerca de la maternidad subrogada; por lo tanto su importancia radica en ser un aporte más de información, sus hallazgos contribuirán a acrecentar los antecedentes y referencias de futuras investigaciones relacionadas a los temas tratados en el presente estudio de investigación.

**Práctica:** La presente investigación establece los lineamientos necesarios para aplicar la regulación del contrato de subrogación materna; siendo la esterilidad la causa mayor del recurrir al procedimiento de arrendar un vientre ajeno, además de las parejas homosexuales o las personas solteras; se pretende velar sobre todo por el interés superior del niño, además que como hecho social que es y que amerita la necesidad de formalización jurídica para que las partes recurrentes no se vean perjudicadas ni perjudiquen al menor.

**Metodológica:** Este estudio busca analizar la relación entre la realidad y la teoría con respecto a la regulación del contrato de subrogación materna, mediante la guía de entrevista dirigida a los especialistas en el tema y el análisis del contenido para aplicarse a la comprensión de este hecho social, materia de referencia para diversos campos de estudio.

**Legal:** El fin de la presente investigación responde a la falta de regulación jurídica sobre la maternidad subrogada, reflejada en el vacío legal del código civil peruano de 1984 con respecto a éste tema. Se pretende establecer cuáles podrían ser los parámetros requeridos para determinar jurídicamente la regulación de un contrato de subrogación materna. O sea, al tener claros los aspectos sociales relacionados a la maternidad subrogada se puede encarar el problema de la falta de su regulación, siendo este proceso necesario al perseguir

un fin urgente de solución inmediata, pues el problema en mención es una realidad en el estado peruano así como en muchos otros, una realidad oculta pero latente, que podría dejar de ocasionar desvaríos y de generar acuerdos inexigibles legalmente, para así lograr armonía y paz entre las gentes que es el fin primordial que busca el Derecho, y que podría hacerlo en este caso cuando se cubran las necesidades sociales actuales al tener regulada jurídicamente esta figura.

#### **b. Importancia**

La presente investigación tiene una gran importancia en el campo social y jurídico. Puesto que los hechos que acontecen en la realidad social representan una necesidad de regulación jurídica, por lo que cada legislación debe imponer un sistema legal que cubra estos hechos sociales. Tal es el caso de la implicancia que tienen los siempre innovadores avances científicos en nuestra realidad, que proponen a la realidad constantes cambios en aspectos sociales, culturales, jurídicos, etc.

El desarrollo de estas técnicas científicas, ha servido para apoyar parte del ciclo vital como seres humanos: la concepción; la cual desde tiempos remotos y en todas las culturas se llevaba a cabo únicamente por el coito entre un hombre y una mujer, y que se ha visto alterada por los métodos científicos que han podido aplicar técnicas, y que varían los factores necesarios para llegar a una fecundación como tradicionalmente se lograba.

Entonces las técnicas de reproducción humana asistida, se reflejan en el campo jurídico como una necesidad de regulación normativa. Así, tenemos el vientre de alquiler, una técnica en la que se reemplaza a la madre en la función gestacional, el hombre mantiene su paternidad genética, y la madre portadora del material genético. Este proceso implica el uso de la ciencia sobre la naturaleza humana, a su vez representa un nuevo camino a la creación de normas destinadas al aporte del derecho en general, y específicamente en el derecho genético y de familia.

Por lo que se puede concluir que el camino a la regulación del contrato de subrogación materna, materia de la presente investigación, es un tema de suma importancia para estudios de materia social y jurídico-legal.

### **c. Limitaciones**

El desarrollo de la investigación presenta las siguientes limitaciones:

**Bibliográfica:** Existe poca bibliografía referente a la variable de vientre de alquiler, al igual que tesis sobre ambas variables, sin embargo esto se pudo complementar con libros extranjeros y con la aplicación del instrumento apropiado.

**Espacial:** El lugar en el que se realizó gran parte de investigación, la biblioteca, está ubicada muy distante, por lo que el viaje con regularidad resultaba complicado.

**Recursos:** Los materiales que se requieren para realizar la investigación son sumamente costosos básicamente libros, ya que se necesitan mayores recursos económicos para solventar esos gastos, además se ve obstruido por lo que se tiene que emplear en la averiguación, pero todo se superó realizando una planificación adecuada para realizar la investigación.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1 Antecedentes de la investigación**

#### **A nivel internacional**

Se tiene la investigación de Líger Aldás (2013), ecuatoriano, con su tesis denominada: "Propuesta para la regulación jurídica de la maternidad subrogada a través de las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador" En la investigación documental realizada se ha plasmado los siguientes contenidos teóricos y científicos: la descripción y estudio de las tecnologías de reproducción asistida y sus distintas técnicas dentro del ámbito médico. Por otro lado, elementos paralelos como la donación de gametos desde una perspectiva jurídica; la maternidad subrogada estudiada doctrinariamente, su modalidad como contrato y su incorporación en otras legislaciones; finalmente, la filiación, sus sistemas, teorías y la maternidad legal en nuestro país. En la investigación de campo se ha realizado el análisis de entrevistas a médicos especialistas y jueces, al igual que encuestas a la ciudadanía, en cuyos resultados se demostró alto grado de conocimiento y aceptación por parte de la población de estos avances científicos y de la subrogación materna. Igualmente se constató el retraso evidente de nuestra ley respecto de la filiación de niños y niñas, paradójicamente existiendo un prominente número de casos que han sido atendidos en las clínicas médicas consultadas, las mismas que no cuentan con

normas que reglen su accionar referente a la aplicación y a los protocolos de seguimiento de estas técnicas.

De igual forma no existe legislación alguna que contemple o siquiera mencione como establecer el vínculo filial entre los padres y los hijos nacidos a través de estos procesos y en el caso de la maternidad subrogada en especial, no existen normativa que avale y marque la pauta para la celebración de acuerdos considerados lícitos que no se presten a posibles arbitrariedades y vulneraciones a los derechos fundamentales, generalmente producidas por el abuso del principio de autonomía y de contratación de las partes, que siempre requiere límites. La propuesta por su parte se compone de cuatro partes. La primera aborda las consideraciones jurídicas de un posible contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico vigente nacional desde la visión constitucional, civil y del derecho de la niñez y de la adolescencia; segundo, las posibles condiciones o elementos que tendría que observar la celebración de este contrato en el país ajustándose a su realidad; como tercer punto, un análisis de como el consentimiento puede convertirse en el elemento determinante de la filiación en la maternidad subrogada; y por último, el producto jurídico en sí, que es una reforma del Código Civil, consistente en la incorporación de un apartado que aborde, lo ya mencionado referente a la filiación derivada de las TERA y de la Maternidad Subrogada.

Del mismo país, Ecuador, los autores Héctor Fernando Ulloa Paucarima y Johana Alexandra Vaca Santamaría (2011) en su tesis titulada "Filiación del nacido vivo en un vientre de alquiler", determinan la relación jurídica del concebido frente a la maternidad gestacional y la genética, y la problemática que podría causar al menor en tanto existen peculiaridades respecto a su parentesco o procedencia familiar, entonces compete proteger este derecho de filiación del niño, dejando de lado un poco, los derechos de reproducción, debido a su falta de regulación con respecto a esta figura.

También está Rocío Mayrelle Quincosa Marquez (2010) México D.F., con su tesis "Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en Mexico"; comenta que su investigación que el avance y desarrollo de la ciencia ha crecido a pasos inimaginables, y ha invadido los aspectos más insospechados

de la esfera humana, de tal modo que el desarrollo de la humanidad ahora puede basarse en la denominada reproducción asistida, cuyo antecedente de mayor impacto y más reconocido a nivel mundial se encuentra en e Inglaterra con el nacimiento del primer bebe nacido de forma artificial, Louise Brown, mediante la fecundación de un óvulo en laboratorio en 1974, constituyendo así no solo un parteaguas en el campo de la medicina reproductiva sino también en otros campos como en las figura de las relaciones de familia a medida de que dichas técnicas se fueron perfeccionando, por lo que, indica, es necesaria tu urgente regulación, así como se establece analógicamente en esta investigación pero sobre la realidad peruana. Basa su investigación, también, en lo que ha causado el avance tecnológico en México y que a la vez ha provocado cambios radicales en aspectos como la reproducción, y que sin lineamientos jurídicos no limitan los comportamientos humanos sobre el vientre de alquiler.

Está también la tesis de María Amparo Sagrero Cervantes (2009) titulada: "Los contratos de maternidad subrogada a la luz del Código Civil para el Estado de Michoacan" que señala que como en México no se encuentra regulada esta figura, a la vista de la tecnología que ya se difunde, genera un problema social que sólo puede resolverse con la regulación, además hay un tema específico por cuanto en el Estado de Michoacan se considera, el contrato de subrogación materna, ilícito por pensarse que va en contra de la moral, el orden público y el buen derecho, una medida a tener en cuenta en el tema de la regulación para el orden jurídico peruano.

### **A nivel nacional**

Por su lado Diógenes Jiménez Domínguez (Jimenez Dominguez, 2010), autor de la tesis "Legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna en el Perú", una investigación de tipo descriptivo – explicativa ex post facto, utilizó también el diseño no experimental-transversal de tipo explicativo. Desarrolló una posible formulación de los elementos para la legalización de la contratación de alquiler de vientre, ciñéndose a la fecundación extra corpórea in vitro homóloga, por cuanto los padres genéticos contratan a una tercera para arrendar su útero con el fin de que concluya el proceso de gestación. Deja de lado los demás métodos de reproducción asistida, pues este caso, el de

fecundación extracorpórea genéticamente homóloga, es más controversial y además el más urgente de regulación, pues intervienen los deseos de maternidad, de procrear, y la posibilidad de que la madre gestante adopte un nexo o un vínculo afectivo con el embrión que está gestando.

También el Dr. Leyasser León (2009), en su informe: "Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos", invoca la estrecha relación que existe entre la determinación de la filiación entre la maternidad gestacional y la maternidad genética, promoviendo el interés a conveniencia de los padres, y rescatando, dentro del marco jurídico peruano, los derechos del concebido por esta manera artificial de fecundación. Explicando detalles jurídicos exactos sobre la maternidad y la filiación y la nueva adopción conceptual que deben tener estos términos cuando recaen sobre la figura del vientre de alquiler. Además recalca, los desafíos y beneficios que han ocasionado las técnicas de reproducción asistida, así como sus consecuencias problemáticas, y su original fin de reestablecer de algunas forma a parejas incapaces de procrear.

## **2.2 Bases teóricas**

Siendo el derecho un producto de los hechos de la vida social, compete a esta ciencia realizar funciones de autorización, fiscalización y control en el contrato de subrogación materna. Dado que varias personas a nivel mundial recurren profusamente a este método de reproducción asistida, en específico el vientre de alquiler, para suplir su incapacidad de reproducción y conseguir o concebir a un niño, compete a los especialistas en las ciencias del Derecho pronunciarse.

Sin embargo, puesto que en varios países, uno de ellos el Perú, todavía no se encuentra debidamente regulada la contratación para realizar el vientre de alquiler; la gente que acude a este proceso, se ve, de algún modo, desamparadas en razón de que no se cumpla estrictamente con lo pactado con la tercera cedente del útero, y como esta figura genera un pseudo-contrato jurídicamente inexigible, no pueden clamar a la justicia resolver la controversia que origina un hecho social no regulado.

## **A) Marco Legal**

La ley N° 26842 – Ley General de Salud, refiere en su art. 7 lo siguiente:

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

La Constitución Política del Perú de 1993 en el inc. 1 del artículo 2 refiere:

Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece

El Código Civil Peruano de 1984 indica en su artículo 1:

Artículo 1.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

### **2.2.1 Regulación del contrato de subrogación materna**

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

El contrato es una variedad de negocio jurídico bilateral, conformado por el acuerdo de dos o más partes con el objeto de constituir, modificar o extinguir relaciones de derecho de carácter patrimonial, a través de la composición de intereses opuestos (Kaune, 1981).

Entonces el contrato de subrogación materna sería un contrato pactado entre dos partes, con el fin de generar obligaciones recíprocas: por una parte (madre gestacional) a gestar al embrión hasta el momento del parto del niño y entregarlo sin formar vínculos materno-filiales; y la otra (padres genéticos) a dar algo a cambio, como sería una remuneración económica o de manera gratuita. Contrastando con el Código Civil Peruano, en su artículo 1351:

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En razón a este artículo se puede afirmar que, en la actualidad, todos tenemos goce de pactar con otras personas algún acuerdo con beneficios recíprocos. En este caso, si se aplicara a la figura de subrogación materna, generaría un pacto con cláusulas y estipulaciones establecidas y aceptadas por las partes intervinientes, es decir la pareja contratante y la tercera cedente de útero. Sin embargo en nuestra regulación vigente, de acuerdo al artículo 1354 del Código Civil peruano:

Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

La formalidad del contrato de subrogación materna debe estar previsto por la ley, y no efectuarse libremente sin estipulaciones legales justificadas. Además afirma Borda:

Con frecuencia los contratos suponen un negocio complejo que exige estudio y prolija consideración de sus cláusulas (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II, 1998).

Confirmando la necesidad de que la regulación de este contrato en la legislación peruana sea riguroso y meticulado, tratando de establecer con cuidado cada detalle del pacto jurídico.

Podemos entonces definir al contrato de subrogación materna como un complejo y controversial acto jurídico por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer, que, por técnicas de fecundación asistida, se logre un embarazo de esta última para que gestante al niño y lo entregue a los comitentes luego del nacimiento.

Este contrato debe adoptar cláusulas sumamente rigurosas sobre la mujer gestante, y una sencilla o inexacta regulación podría fomentar la explotación y la comercialización de la vida humana.

### **2.2.1.1 Naturaleza jurídica del contrato**

Sobre el Contrato de Maternidad Subrogada al respecto señalan:

Se trata de un contrato innominado, ello con abstracción de su ilicitud y de la nulidad de pleno derecho decretada por el legislador sobre tal acuerdo, que no puede encasillarse ni parificarse con otras tradicionales figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto, en cuanto participa de la locatio operis, de la locatio operarum, del mandato, requiere la colaboración de terceros, centro sanitario y médicos, puede ser onerosa o gratuita, está sujeta en cuanto a su consecuencia a una condición mixta. En fin, la complejidad es muy grande y no permite su encuadre en las

habituales figuras contractuales (Martínez-Pereda Rodríguez & Massigoge Benegiu, 1994).

El contrato de maternidad materna es, de acuerdo a la propuesta de esta investigación, un contrato pactado entre dos partes que generan obligaciones recíprocas, por una parte la de culminar el proceso de gestación de un embrión que no le corresponde genéticamente; y por otra parte dar una remuneración económica.

#### **A) Finalidad**

El contrato de subrogación materna tiene como objetivo fundamental regularizar el comportamiento y las obligaciones de las partes que acudan al vientre de alquiler.

Esta figura debe adecuarse al ordenamiento tomando el criterio legal de los contratos en general fundamentado con la doctrina relacionada, para que sea aplicable al vientre de alquiler.

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

De acuerdo al Código Civil Peruano de 1984:

Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

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

Sobre la moral y las buenas costumbres, Guillermo Borda indica:

La libertad de las convenciones tiene aquí una limitación: los actos jurídicos deben ser conformes a la moral y a las buenas costumbres (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999).

Sobre el comentario precedente Borda, reafirma la nulidad de los actos contrarios a la moral y las buenas costumbres, que según el mismo autor refiere que las buenas costumbres se refieren a la moral media de una sociedad en un momento dado. Sin embargo, aclara que la moral no es algo que deba resolverse por criterios mayoritarios o de masa, por lo que en la doctrina o en la práctica (el juez) debe considerar el caso en concreto con un criterio prudente y coherente, pues lamentablemente la perfección moral no es patrimonio del ser humano, señala Borda.

En el código civil peruano vigente, al respecto se regula con el título Actos de disposición del propio cuerpo:

Artículo 6.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

En la presente investigación se considera, a partir de la doctrina y la leyes vigentes, que la regulación del contrato de subrogación materna por vientre de alquiler puede ser válida de acuerdo a una exigencia social o por motivos humanitarios, ya que las personas impedidas por la naturaleza de constituir una familia pueden verse apoyadas con las innovaciones genéticas, específicamente por el vientre de alquiler. Siempre que se regule positivamente para conseguir eficazmente su objetivo: el de garantizar el derecho de procreación y sobre éste el Interés Superior del Niño.

## **B) Características**

**a- Contrato Bilateral:** Para Miranda los contratos bilaterales:

Son aquellos en los que los sujetos de la relación jurídica tienen la doble calidad recíproca de acreedor y deudor (Miranda Canales M. , 1983).

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

Cuando el contrato de subrogación materna genera obligaciones a ambas partes de dar una contraprestación recíproca, es necesario que ambas prestaciones coexistan, es decir que surjan al mismo momento. En este supuesto se entrega la retribución pecuniaria a la madre gestante a la vez que ésta deberá entregar el niño a los contratantes. En estos contratos una de las partes no puede exigir el cumplimiento del contrato sino probase haber cumplido su obligación u ofreciera cumplirla.

Sin embargo, se considera que el contrato de subrogación materna podría tener también carácter unilateral cuando sólo una de las partes está obligada con la otra, en este caso la tercera cedente, que arrendaría su útero para la función de gestación como si fuera una donación, en la que una parte se compromete a cumplir una prestación sin recibir nada a cambio.

**b- Contrato Oneroso:** El contrato de subrogación materna puede constituirse en oneroso a la vez que en bilateral, pues significa que cada parte tiene un compromiso de entregar algo a cambio, por lo que existen dos obligaciones recíprocas. En el caso de la tercera gestante recaería la obligación de un sacrificio físico y psicológico, mientras que en la pareja sería una prestación económica (gastos del laboratorio, tratamientos, pago a la mujer gestante, etc.)

Para Miranda, los contratos onerosos:

Suponen en los sujetos enriquecimiento y empobrecimiento correlativos. (Miranda Canales M. , 1983)

El contrato de subrogación materna es oneroso, por cuanto existen contraprestaciones mutuas, que reportan un beneficio para las partes; por un lado el beneficio económico y por el otro el beneficio de conformar una familia con el niño o niña.

Arámbula Reyes, aportando a la doctrina sobre la legislación mexicana, explica:

La maternidad subrogada se clasifica de: comercial, cuando por prestar el útero, se paga una cantidad de dinero; y altruista o gratuita, cuando por prestar su útero, no se le remunera, cuando más la pareja paga los gastos del embarazo y del parto (Arámbula Reyes, 2008).

Se considera que en el contrato de subrogación materna, además de que los contratantes asuman los gastos para concluir la gestación y el parto saludablemente, debe implicar una contraprestación económica equivalente al desgaste físico y psicológico de la mujer gestante, aplicada con un criterio discrecional, sin llegar a los extremos económicos ni propiciar una comercialización o abuso comercial de la figura.

Pero, como se ha mencionado en doctrina, el contrato de subrogación materna también puede ser gratuito, en tanto la tercera cedente esté dispuesta de buena fe a realizar un acto humanitario en beneficio de la pareja imposibilitada de llevar a cabo la continuación de la prole. Este sería también un caso unilateral en que la tercera cedente del útero se compromete a llevar a cabo la gestación, y luego a entregar al niño o niña a la pareja, sin recibir ninguna retribución económica, salvo los gastos que incurran por el bien de su salud y la del niño.

**c- Contrato Conmutativo:** Para el autor Miranda Canales:

Los contratos conmutativos están caracterizados por la seguridad, en los que las prestaciones de ambas partes se tienen por equivalentes (Miranda Canales M. , 1983).

Entonces, el contrato de subrogación materna se caracteriza a su vez de oneroso, en conmutativo, ya que existe un beneficio que cada parte pretende obtener de la otra y el sacrificio que ofrece a cambio de aquellas, ya que las partes al momento de contratar deben fijar la equivalencia de los beneficios de forma semejante. Ambas partes quedarán satisfechas, la primera utilizando el vientre de la otra para gestar a su hijo y la segunda recibiendo una retribución a cambio.

**d- Contrato Consensual:** Sobre el carácter consensual, Miranda define:

El contrato es consensual cuando se perfecciona por simple consentimiento (Miranda Canales M. , 1983).

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

**e- Contratos No Formales:** Borda, explica sobre esta característica de los contratos:

Se llaman contratos no formales o puramente consensuales, aquellos cuya validez no depende de la observancia de una forma establecida en la ley; basta el acuerdo de voluntades, cualquiera sea su expresión: escrita, verbal, y aun tácita. Son formales los contratos cuya plena validez depende de la observancia de la forma establecida en la ley (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II, 1998).

Para el contrato de subrogación materna definitivamente se requiere la voluntad de las partes, primero el deseo de paternidad y segundo la disposición de someterse al proceso de gestación. Pero se requiere también de algunas regularidades previstas por ley, en caso, por ejemplo, de desistimiento de alguna

de las partes, frente a lo que Derecho actuaría coercitivamente sobre esta conducta.

**f- Contratos Innominados:** Borda, define esta característica como:

Los contratos innominados o atípicos no están legislados en el Código y resultan de la libre creación de las partes. No pierden su carácter de innominados por la circunstancia de que en la vida de los negocios se los denomine de alguna manera,... Muchas veces ocurre que nuevas necesidades van creando formas contractuales que tienden a tipificarse espontáneamente y a llevar una denominación común; cuando esa forma contractual adquiere importancia suficiente como para merecer la atención del legislador, éste la reglamenta: el contrato queda transformado en nominado (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II, 1998).

El contrato de subrogación materna en el Perú, así como en otros países, no está regulado jurídicamente, por lo que, además de surgir por la voluntad de las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad para dar existencia al contrato y cumplir con los requisitos de éste, se requiere una reglamentación específica y especializada sobre ésta institución, por ser una necesidad social y recurrente en la realidad, y para que las partes se ciñan a los límites establecidos en un marco legal.

**g- Contrato de Tracto Sucesivo:** Según Borda en los contratos de tracto sucesivo:

De ejecución sucesiva, continuada o periódica: las relaciones entre las partes se desenvuelven a través de un período más o menos prolongado (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II, 1998).

Agrega Miranda, sobre el tracto sucesivo:

Son aquellos en que las obligaciones de las partes o de una sola de ellas consisten en prestaciones periódicas y continuas. Es necesario

el decurso del tiempo para que la prestación se cumpla (Miranda Canales M. , 1983).

El contrato de subrogación materna es de tracto sucesivo ya que se ejecuta de forma continua y perdura en el tiempo mientras dure el proceso biológico de gestación, es decir, nueve meses aproximadamente. En este contrato, es necesario el transcurso del tiempo para conseguir el resultado deseado por la parte contratante: la entrega del niño.

**C) Consentimiento:** Otra parte fundamental del contrato, que forma parte también de su naturaleza jurídica, y además es elemento esencial en el caso del contrato de subrogación materna para que se perfeccione.

Al respecto del consentimiento contractual, Borda define:

El consentimiento contractual es precisamente una declaración de voluntad (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II, 1998).

El consentimiento es un elemento vital de las partes en el acuerdo de voluntades. Pues para formalizar un acto jurídico se requiere exteriorizar la voluntad. Se debe entender entonces que el consentimiento es el acuerdo expreso de voluntades de cumplir sus obligaciones en beneficio de la contraparte.

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

Artículo 1373.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Sobre el consentimiento Borda indica:

El consentimiento se presume válido en tanto el que lo prestó no demuestre que ha estado viciado por error, dolo o violencia. Pero si concurre alguno de estos vicios, el acto es anulable, porque ellos

suponen la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros falta intención: en el último, libertad (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999, pág. 1118).

En el contrato de subrogación materna cualquiera de los vicios del consentimiento volvería al contrato un acto anulable, por lo que debe considerar el actuar de las partes.

**a- Error:** En nuestro código civil vigente el error se considera como vicio de la voluntad:

Artículo 201.- El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.

Se considera un factor determinante de la voluntad, es una apreciación falsa e inexacta de la realidad y si se le demuestra mediante los medios probatorios puede ser causa de anulación. El error de derecho, que recae sobre las normas, no vicia el consentimiento. En esta investigación se persigue determinar esos lineamientos normativos de manera eficaz. Al respecto Borda define:

Para que el error determine la anulabilidad del acto, debe recaer sobre las cualidades sustanciales, que son aquellas tenidas principalmente en mira al contratar, o sobre la persona, si ésta fue motivo o causa determinante de la obligación contraída. (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999)

En el caso de la regulación del contrato de subrogación materna se considera error de hecho sobre la persona con quien se quiere contratar y esta vicia el consentimiento, por error la especie del acto, identidad o calidad del objeto y persona con que se contrata. Puede darse el error de hecho sobre la naturaleza del acto por la mala comprensión del acto de subrogación materna. El error de una de las partes es suficiente para viciar el consentimiento, aunque la otra parte haya procedido con el contrato de buena fe.

**b- Dolo:** En la legislación peruana vigente considera la anulabilidad por dolo:

Artículo 210.- El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Se entiende entonces al dolo como el conjunto de artificios, maquinaciones o artimañas de las que se vale una de las partes para conseguir el consentimiento de la otra parte. Es decir es un error provocado o inducido por una de las partes contratantes. Según Borda define:

El dolo supone siempre un engaño: es inducir deliberadamente en error a una persona con el propósito de hacerle celebrar un acto jurídico (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999).

En el contrato de subrogación materna, se consideraría al dolo como vicio del consentimiento cuando una de las partes lo causa y la otra parte contrata a causa de este. Al igual que el error debe ser probado, de que una de las partes haya actuado de mala fe para lograr el consentimiento de la otra. El caso de que la ~~mujer portadora oculte su identidad matrimonial a las partes contratantes.~~

**c- Violencia:** En la legislación del código civil vigente se considera causa de anulación:

Artículo 214.- La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él.

Así, se considera violencia aquella fuerza o intimidación que se ejerce sobre la voluntad de una de las partes o de ambas, obligándolas a consentir y realizar el acto contractual. Al respecto señala Borda que:

Cuando el consentimiento ha sido arrancado bajo la presión de violencias físicas o morales, el acto, a pedido de la víctima, debe ser anulado (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999).

Entonces, según el autor Borda, para que la fuerza pueda viciar el consentimiento ésta debe ser injusta, grave y determinante, ya sea física o moral.

En el caso de la regulación de la subrogación materna puede darse el caso de que la pareja contratante debido a su imposibilidad física para procrear proponen a su trabajadora doméstica que sea la encargada de gestar la criatura y ante su negación la pareja amenaza con despedirla, ocasionándole un daño moral.

Con la regulación del contrato de subrogación materna, se busca evitar estas posibles variables del caso del vientre de alquiler, y asegurar la protección eficiente de las partes contratantes, garantizando sus derechos y a la vez exigiendo sus obligaciones, haciendo prevalecer, al nacimiento de la criatura, el Interés Superior del Niño y la constitución del núcleo familiar ideal.

#### **D) Disolución e invalidez del contrato**

Para que el contrato de subrogación materna sea válido, debe cumplir con las formalidades del artículo 140 del Código Civil Peruano de 1984, que establece:

Artículo 140. El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Además se requiere la capacidad de los padres contratantes como de la madre gestacional. También el contrato es imperfecto o inválido cuando carece de alguno de los elementos de invalidez, ya sea esencial o accidental o cuando tales elementos están afectados por vicios, o bien cuando el contrato es ilícito o inoponible, o cuando transgrede normas jurídicas o cuando sus efectos no son cumplidos, por dificultad sobreviniente o excesiva onerosidad.

La invalidez de un contrato puede deberse a causas coetáneas a su nacimiento que son la nulidad y la rescisión y a causas por efectos sobrevinientes que dan lugar a su resolución.

**a- Nulidad.-** Para definir la nulidad, se agrega una cita del autor Guillermo Borda quien manifiesta al respecto:

Nulidad es la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración. Tres son, por consiguiente, las notas características de la nulidad: 1) está establecida en la ley; 2) importa privar de sus efectos normales al acto; 3) la causa de la sanción es contemporánea con la celebración (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999).

Según el autor la nulidad es la sanción prevista por la ley impuesta por el juez a los contratos que carecen de requisitos esenciales de formación. Produce la invalidez absoluta del contrato. Según el código civil peruano vigente las causales de nulidad son:

Artículo 219. El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.

Se puede demandar la nulidad de los contratos cuando los contratantes son incapaces, cuando el consentimiento este viciado o el objeto no exista o carezca de sus elementos esenciales; cuando la causa es ilícita o no existe, o cuando se transgreden normas judiciales imperativas. La nulidad invalida el contrato en absoluto, pues no es subsanable y además es imprescriptible. La nulidad la puede demandar cualquier persona con interés legítimo.

Las causas de nulidad de los contratos de subrogación materna en base a la doctrina de los contratos en general, son los siguientes:

1. Falta de la forma prevista por la ley, según la normativa para la contratación de subrogación materna.

2. Falta de los requisitos del objeto.
3. Cuando el objeto del contrato no llega a tener existencia.
4. Cuando el canon de arrendamiento no se encuentre determinado.

En la presente investigación se considera necesario determinar las obligaciones y la buena fe de las partes contratantes para evitar el supuesto de nulidad y anulabilidad del acto contractual ya que perjudicaría no solamente a las partes sino el desarrollo del futuro menor en la etapa pre o post natal.

**b- Anulabilidad.-** Sobre la anulabilidad, Guillermo Borda considera que:

La anulación depende de circunstancias de hecho, es flexible, variable, susceptible de valoración judicial. La invalidez no resulta ya de una simple comprobación de la existencia de los presupuestos legales, sino que el juez debe integrar con su juicio lo dispuesto en la norma, para llegar a ese resultado (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999).

En el comentario precedente el autor considera necesario el criterio discrecional del juez apoyado en la normatividad respectiva. La anulabilidad es distinta a la nulidad, pues produce un grado de invalidez menos grave por lo que es subsanable, en tanto la nulidad genera la invalidez absoluta del contrato y es insubsanable. La anulabilidad sirve para impugnar un acato o contrato viciado, con el objeto de eliminar el daño que derriba de él para quien fuese obligado a respetar el negocio, y la pueden demandar sólo las personas a favor de quienes se realizó el contrato. Según el Código Civil peruano de 1984 indica:

Artículo 221. El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.

Entonces las causas que derivan de la anulabilidad de los contratos, aplicadas en el contrato de subrogación materna analógicamente, son:

1. Por incapacidad jurídica de obrar de una de las partes contratantes.

2. Por falta de consentimiento en la celebración del contrato.
3. Por violencia, dolo, error sustancial sobre la cualidad del objeto.
4. Por error sustancial sobre la cualidad o identidad de la persona.

En los supuestos de nulidad y anulabilidad del acto contractual se considera como causales en nuestra legislación además de las mencionadas, la declaración de ley que en el caso del contrato por vientre de alquiler se debe apoyar en los lineamientos normativos propuestos en la presente investigación.

### **2.2.1.2 Elementos del contrato**

#### **A) Capacidad**

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

Sobre la capacidad contractual Borda define:

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

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

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

### **B) Causa**

La causa del contrato, es uno de los problemas más debatidos que ha dado lugar a enfoques distintos y encontrados dentro de los estudiosos del Derecho Civil. La causa contractual para el autor Guillermo Borda es:

Causa es el fin inmediato y determinante que han tenido en mira las partes al contratar, es la razón directa y concreta de la celebración del acto, y precisamente por ello, resalta para la contraparte, que no puede ignorarla (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999).

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

### **C) Objeto**

Para definir el objeto, se citar al autor Guillermo Borda, quien explica:

El objeto de los actos jurídicos es la cosa o hecho sobre el cual recae la obligación contraída. En otras palabras, es la prestación adeudada (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999).

Para el autor el objeto es la prestación de las partes, entonces el objeto en contrato de subrogación materna es la obligación que genera dicho contrato sobre las partes.

Entonces se entiende que el objeto del contrato de maternidad subrogada es el uso del útero de la mujer y de su función gestacional para gestar al embrión. Que en la realidad social por no estar regulado es un contrato que carece de fin lícito, por lo que la presente investigación postula la regulación y formalización del contrato.

#### **D) Forma y requisitos**

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

Para ampliar la concepción de la formalidad se cita a Borda, que describe:

Los actos formales se clasifican en solemnes y no solemnes. En el primer caso, la forma es exigida como requisito inexcusable de la validez del acto (*ad solemnitatem*); el incumplimiento de ella trae aparejada la nulidad del negocio jurídico, aunque se pruebe de manera inequívoca la expresión de voluntad. En el segundo, en cambio, la forma es exigida sólo como un medio de prueba (*ad probationem*) (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999).

En la presente investigación se considera que el contrato de subrogación materna debe ser de carácter solemne y formal, es decir que el consentimiento de la voluntad debe ser libre, consciente y formal (escrito), y bajo la posible regulación de la figura contractual.

Los requisitos formales para la contratación por subrogación materna deben ser explícitos, en la presente investigación se proponen los lineamientos

normativos a tomar en cuenta ante una posible regulación, es así que apoyada en la doctrina se ha considerado a la modalidad de los contratos como elemento contractual adicional.

Aunque la modalidad no corresponde, según la doctrina, a los elementos o requisitos del contrato; en esta investigación se ha considerado puesto que hay diversas modalidades, pero las más importantes, la condición y el plazo, constituyen de alguna manera parte o elemento a la hora de concretizar un contrato. Las modalidades son múltiples pero se entiende generalmente que se trata solo de la condición y del término y plazo, que son modalidades por excelencia:

**a- Condición.-** Para el caso del contrato de subrogación materna, no es posible la total aplicación de la condición en el sentido jurídico estricto del término, ya que las partes no pueden imponer ciertos procedimientos necesarios para asegurar el eficaz desarrollo contractual en el caso del vientre de alquiler; en relación Guillermo Borda explica que:

---

La condición sólo puede surgir de la voluntad de las partes. Es verdad que a veces la propia ley hace depender ciertos derechos de un acontecimiento incierto. Pero la condición legal no es una modalidad de los actos jurídicos; sus efectos están dispuestos en cada caso por la ley (Borda, Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999).

Aunque de acuerdo a la propuesta normativa de la presente investigación es admisible ciertos aspectos de la condición, por ejemplo: determinar el establecimiento médico adecuado, escoger la persona apta (además de su consentimiento de voluntad), determinar el precio (en relación al desgaste físico de la mujer y considerando su posición humanitaria) y las cuotas, etc.

**b- Plazo.-** El término plazo es un acontecimiento futuro e incierto de cuya llegada depende el ejercicio o la extinción de un derecho. Borda señala al respecto:

Plazo o término es la cláusula en virtud de la cual se diferieren o se limitan en el tiempo los efectos de un acto jurídico (Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II, 1999).

El contrato de subrogación materna por ser de tracto sucesivo, se ha considerado que es celebrado necesariamente por un cierto tiempo y no por carácter perpetuo, es decir que las partes fijan, estipulan y aceptan la duración del contrato hasta que nazca el niño.

En la presente investigación se considera además que en el contrato de subrogación materna que es de tracto sucesivo, ya que es necesario el desarrollo periódico de la gestación, conforme a los plazos las partes contratantes van entregando cuotas del precio pactado a la mujer gestante, para garantizar su propósito económico en razón del desgaste físico y emocional al que se somete; estas cuotas se dan de acuerdo al plazo periódico natural es decir, una cuota en la etapa pre natal, una segunda cuota durante la etapa de gestación (a convenir entre las partes) y una última cuota al final del proceso natural o etapa post natal.

### **2.2.1.3 Efectos**

Todo contrato constituye una fuente generadora de obligaciones entre las partes ya sean estas recíprocas o unipersonales, estas obligaciones crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Una vez pactadas estas obligaciones, lo que sigue, en el mejor de los casos es que se consuma con éxito y se realice en este caso la entrega del concebido a la pareja contratante sin más problema, o por otro lado que se produzca la disolución del contrato, por distintos motivos.

Los efectos de los contratos son las obligaciones que este genera. Este tipo de contratos tendrá efectos obligatorios y personales, porque origina obligaciones de hacer que se expresan en la prestación de un servicio que realiza la mujer gestante a favor de los padres biológicos quienes aportaran con su material genético, a cambio de una retribución económica.

Podemos afirmar que el contrato de subrogación materna tiene efectos obligatorios, ya que no transfieren ni constituyen derechos reales, sino que conceden el uso del vientre en forma temporal.

Entre los efectos que genera el contrato de subrogación materna se considera tres supuestos en los cuales es la voluntad de las partes la que deja sin efecto jurídico a la relación contractual:

**A) Rescisión:** El diccionario jurídico de Cabanellas define rescisión al hecho de privar de su eficacia ulterior o con efectos retroactivos una obligación o contrato.

Para Guillermo Borda, quien amplía el término jurídico:

La rescisión típica o bilateral es un acuerdo de voluntades por el cual se deja sin efecto un contrato. Por ello se la llama también distracto. Puesto que el acuerdo de voluntades puede crea un vínculo jurídico, puede también extinguirlo o aniquilarlo (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II, 1998).

Al adaptar el contrato de subrogación materna al marco doctrinario general de los contratos, se puede asumir que también es susceptible de rescisión, por cuanto se manifiesta la voluntad de contratar y, por ello, también la de desistir del contrato. Borda, agrega:

Los efectos de la rescisión dependen de la voluntad de las partes: éstas pueden acordar que el contrato originario quede sin efecto retroactivamente, con obligación de las partes de restituirse mutuamente lo que hubieran recibido la una de la otra, o bien pueden acordar que el contrato deje de producir sus efectos en adelante, quedando firmes los efectos ya producidos. (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II, 1998)

El autor del comentario precedente explica que para la rescisión importa dejar sin efecto para el futuro un acto jurídico, por mutuo consentimiento de las partes. Esta institución es una consecuencia obvia y necesaria del principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia de contratos

La rescisión invalida y, consiguientemente, deja sin efecto el contrato de subrogación por causas coetáneas a su formación. Existen dos tipos de rescisión, por estado de peligro y por lesión.

. Por estado de peligro, el contrato de subrogación materna es rescindible por estado de peligro, cuando el motivo determinante de la parte necesitada radica en la necesidad de salvarse a sí mismo o a terceras personas, o de precautelar el patrimonio o el interés de un peligro inminente y actual.

. Por lesión, el contrato de subrogación materna es rescindible por estado de lesión, en el caso de contrato de subrogación es el perjuicio económico que sufre una de las partes contratantes por su ligereza, inexperiencia, ignorancia o necesidad.

## **B) Resolución o revocación**

**a- Resolución:** Sobre el término jurídico, Borda afirma sobre la resolución contractual que:

Supone la extinción del contrato por virtud de un hecho posterior a la celebración; hecho que a veces es imputable a la otra parte (como es, por ejemplo, el incumplimiento) o que puede ser extraño a la voluntad de ambas (como ocurre en ciertos supuestos de condiciones resolutorias). La resolución del contrato puede operar ipso jure (como sucede en la condición resolutoria) o bien puede requerir la manifestación de voluntad de la parte interesada en ella (como ocurre en la que se funda en el arrepentimiento o en el incumplimiento de la contraria) (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II, 1998).

Según Borda la resolución es la extinción de un acto jurídico en virtud de una cláusula expresa o implícitamente contenida en él. La causa de la ineficacia está prevista en el acto mismo, pero depende de un acontecimiento posterior.

La resolución es un medio de invalidez de los contratos bilaterales, por causa sobreviniente al incumplimiento culpable, o excesiva onerosidad en una de las

prestaciones, que la deja sin efecto con carácter retroactivo, no obstante haber surgido plenamente a la vida del derecho.

La resolución en el contrato de subrogación materna es siempre sobreentendida para el caso en que una de las dos partes no satisfaga su compromiso, puesto que es un contrato bilateral

Por causa sobreviniente de incumplimiento culpable es la forma de invalidar el convenio de vientre debido al incumplimiento de las prestaciones, cuando por causas sobrevinientes imprevistas e insuperables no imputables a las partes no se puede cumplir con la prestación estipulada. Estas causas imposibilitan la ejecución del contrato y motivan la aplicación de la teoría de los riesgos; por otro lado la resolución por excesiva onerosidad se le aplica al contrato de subrogación materna de tracto sucesivo y de carácter conmutativo, cuando se produce un desequilibrio entre las prestaciones. Por causas imprevisibles, la prestación de una de las partes se hace muy gravosa, mientras que la otra obtiene una ventaja injustificada. Se pide al juez que restablezca el equilibrio de las prestaciones y si es posible pronuncie una resolución sin imposición de daños y perjuicios porque el desequilibrio se produjo por causas ajenas a las partes. Esta petición prospera siempre que la obligación no haya sido cumplida.

Cabe recalcar que la resolución opera con carácter retroactivo entonces existirá una situación muy especial. El contrato se puede resolver antes de la fecundación in vitro y no una vez realizado el mismo puesto que las partes caerían en el campo penal (aborto). Pretendiendo la resolución del contrato en pleno embarazo.

Bajo estos supuestos se puede dar 1- Resolución implícita, es la resolución prevista en el ordenamiento jurídico y se encuentra inserta en todos los contratos que tienen prestaciones recíprocas y cuando una de las partes incumple por su voluntad la obligación, o 2- Resolución expresa, es otra forma de pedir la resolución por incumplimiento culpable, que se expresa como una modalidad particular de los contratos en cuya virtud las partes contratantes convienen que al solo incumplimiento de las prestaciones antes de la fecundación in vitro produce de pleno derecho la resolución, y 3- Resolución no pactada, que opera

de pleno derecho cuando el término concedido por una de las partes antes de la transferencia dentro del útero del embrión es considerado esencial en interés de la otra, y vencido con el mismo no se realiza la inserción del embrión.

**b- Revocación:** Las partes, por mutuo consentimiento, pueden revocar los contratos. En realidad es un desistimiento lícito, siempre que no exista prohibición. Pues la revocación unilateral del contrato es una retractación autorizada por la ley y manifestada mediante declaración de voluntad. La revocación unilateral sirve para poner fin al contrato entre sí, y solo como consecuencia mediada pone fin a la relación obligatoria.

Según Borda define la revocación como el acto que:

Exige una causa jurídica que la justifique; así, por ejemplo será necesario que medie ingratitud del donatario o incumplimiento de los cargos que le fueron impuestos. Pero el motivo que da lugar a la revocación no opera ipso jure; es menester que el donante, fundado en esa causa, manifieste su voluntad de revocar (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II, 1998).

El autor del comentario precedente considera que la revocación de un acto supone dejarlo sin efecto por la sola voluntad de una de las partes. La revocación deja sin efecto el acto retroactivamente, no se adapta al vientre de alquiler.

### **C) Responsabilidad contractual**

Existe responsabilidad contractual cuando el acuerdo no obtiene de su deudor la prestación prevista en el contrato de subrogación materna, de acuerdo al plazo, al tiempo y obligaciones que han sido estipuladas

La responsabilidad contractual consiste en la obligación de reparar el daño causado que nace del incumplimiento del contrato. Una persona es responsable civilmente cuando está obligada a reparar un daño sufrido a la otra. Borda indica sobre la responsabilidad contractual:

El fundamento de la responsabilidad contractual es el principio de la autonomía de la voluntad; el hombre es libre para ligarse o no con sus semejantes por vínculos jurídicos. Pero si se compromete a cumplir

determinadas obligaciones y no lo hace, debe responder por los daños ocasionados el contratante que confió en su compromiso (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo I, 1998).

Entonces en el contrato de subrogación materna las partes contratantes deben asumir su responsabilidad legal de acuerdo a lo pactado.

Cuando la obligación contractual incumplida es una obligación de prudencia y diligencia el acreedor debe probar, para establecer el incumplimiento de una imprudencia o negligencia del autor del daño. En el contrato de subrogación materna se puede dar que los padres puedan demandar la negligencia de la mujer gestante en caso de aborto si es que fuera a causa de ella.

#### **D) Eficacia del contrato**

Cuando el contrato se perfecciona y adquiere fuerza de ley entre las partes no puede ser disuelto. En lo moral, tiene su base en el principio "pacta sunt servanta" que radica en la palabra empeñada, porque de lo contrario sería algo inmoral que las personas no cumplan con lo pactado. Borda define al respecto:

Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II, 1998).

Según el autor nadie puede prevalerse de los términos estrictos de una convención, cuando se interpreta además la buena fe y la intención de las partes; obrando estos con cuidado y previsión. Ya que el fin de la regulación del contrato de subrogación materna busca en sus efectos jurídicos regular la conducta y obligaciones de las partes, a la vez que garantiza sus derechos; prevaleciendo el Interés Superior del Niño.

Las partes convienen como el fin del contrato el parto y el sometimiento legal o custodia de l menor bajo los padres contratantes aportantes del m aterial genético, según lo aceptado por ambas partes. Es así que este acto de entrega o disposición legal del menor, debe atribuirse a los padres contratantes y surtir los demás efectos legales que les correspondan de acuerdo a la relación paterno-filial.

### **2.2.2 Vientre de alquiler**

El vientre de alquiler constituye la base social y científica del tema de investigación, pero debe entenderse que su significado en esta presente investigación se ciñe estrictamente al término, es decir al alquiler o arriendo de la cavidad uterina, útero o vientre; por lo que queda reducido a esta figura: una madre gestante sin vínculo genético con el embrión producto de la fecundación con los gametos sexuales de una pareja que serían los denominados padres legales y genéticos.

Por lo que se debe entender que para esta figura se consideran, en primer lugar a una mujer contratante que presenta una deficiencia que le impide gestar, sin embargo puede producir óvulos sanos, entonces junto con su marido, también fértil, llamados pareja contratante, son quienes aportan todo el material genético; y en segundo lugar a una mujer con capacidad biológica para gestar que sería quien arrienda su útero para llevar a cabo todo el proceso de gestación hasta su fase final en la que se da a luz un niño que no posee su misma carga genética, sino de la pareja contratante.

Entonces estamos frente a un método de reproducción asistida denominado homólogo, por cuanto los gametos o células sexuales que fecundaron para dar lugar al embrión, proceden de una pareja unida por vínculos de concubinato o conyugales; y denominado además extracorpóreo, por cuanto el proceso de fecundación se realiza en un laboratorio es decir fuera del cuerpo de la mujer, mediante la fecundación in vitro, para luego trasladar el producto a cuerpo de una tercera, la madre portadora, es decir la mujer que se contrata para que concluya el proceso gestación de un embrión que genéticamente no le corresponde.

Aunque algunos autores coinciden en que el término de arriendo o alquiler no es apropiado ya que alude a un contrato de arrendamiento y en materia humana esto es imposible; se le ha llamado también, gestación subrogada, maternidad suplente, gestación por cuenta ajena, maternidad por encargo, etc. Pero todos estos términos hacen referencia al útero de la mujer que lleva dentro de sí al embrión con carga genética de una pareja ajena a la mujer gestante.

También, en el término maternidad, según la ciencia médica, se puede distinguir la maternidad como la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre; y la maternidad gestacional como aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación.

Para Miranda Canales el vientre de alquiler como figura contractual:

Se da como un contrato. Se da cuando un matrimonio contratante pone los gametos y el embrión resultante, es implantado en una mujer extraña, quien gestará y dará a luz al niño, con el compromiso de entregarlo a los solicitantes al nacer. Aquí se trata de una madre sólo gestadora, por el préstamo del útero, para que se desarrolle el niño con genes de sus verdaderos padres (Miranda Canales M. J., 2007).

Para identificar los criterios necesarios para la regulación del contrato de subrogación materna dentro del tema del vientre de alquiler se han diferenciado tres puntos alternos vinculados, los que serían: a) Maternidad y Paternidad genética, b) Maternidad gestacional y c) Determinación de la filiación. Que se relacionan respecto de los sujetos que participan en estas figuras, sobre ellos recaen los efectos legales al recurrir al vientre de alquiler.

#### **A) Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

La reproducción es una función biológica fundamental de los seres vivos y tiene como fin la preservación de la especie. Este proceso requiere dos seres humanos de distinto sexo, pues el inicio del proceso se lleva a cabo dentro del cuerpo de la mujer una vez que el varón, mediante el coito, expulsa millones de espermatozoides (gametos o células sexuales masculinas) dentro de la vagina de la mujer con la función de fecundar el óvulo (gameto o célula sexual femenina), y cuando esto sucede comienza el desarrollo embrionario dentro del útero de la mujer, atravesando un período de gestación de aproximadamente nueve meses de duración que finaliza con el parto es decir con la expulsión del feto al exterior del útero.

Este proceso ha sido utilizado desde el origen de los tiempos perpetuando la especie humana. El tema es que nunca antes hubo la necesidad de pensar en

la regulación de un acto tan natural, determinado e invariable. Pero los recientes avances tecnológicos provocan la necesaria normativa de nuevos hechos, pues la reproducción dejó de ser un acto en que participaban sólo dos sujetos, o en el que era evidente quién era la madre como indica el precepto latino "mater semper certa est". Y es que la reproducción ha perdido un concepto que se pensó único y, a la vez que se considera otro proceso, recae en esta figura una necesidad de regulación jurídica tanto como adaptación social.

Este cambio, radicaba principalmente en lo que significa la esterilidad para las personas, incluso en tiempos antiguos se consideraba como infelicidad y pérdida del matrimonio familiar, por lo que tener descendencia era de vital importancia como ha seguido siéndolo hasta nuestros tiempos.

El vientre de alquiler es también denominado arriendo de la cavidad uterina o cesión de gestación de un embrión que no le corresponde genéticamente a la mujer que realiza esta función. Por lo que interviene una madre portadora que no mantiene vínculo de su información genética con el concebido.

El vientre de alquiler se apoya científicamente en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS), que son las técnicas que con el apoyo de la ciencia y la innovación en el campo genético permiten a las personas someterse a diversos tratamientos para concluir una etapa de procreación o gestación. Varsi señala respecto a los TERAS que:

Las técnicas de reproducción asistida son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso, podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente pallian los efectos de la esterilidad (Varsi Rospigliosi, 2013).

Entonces las TERAS están desarrolladas con el objetivo de suplir las deficiencias físicas o biológicas de las personas que les impiden a estas generar su descendencia en razón del derecho a la reproducción positiva.

La técnica del vientre de alquiler pertenece a la fecundación homóloga extracorpórea ya que interviene el material genético los dos miembros de la

relación, asimismo es extracorpórea porque la fecundación se realiza in vitro, inseminándose el cigote en la matriz de la mujer portadora.

El vientre de alquiler o cesión de cavidad uterina corresponde a las prácticas de maternidad subrogada, es la técnica de asistencia reproductiva en la que un hombre y una mujer unen su material genético para que una tercera que aporta su útero únicamente para la cesión de la función gestacional, lleve a cabo el proceso de gestación del embrión de dicha unión, en la que no aporta material genético, y a la que se considera madre gestacional o madre portadora. Varsi define al respecto:

Madre portadora.- La mujer genera óvulos, pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar, por lo que debe buscar una mujer que colabora con ella en dicha labor biológica. Es un caso de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Aporte de espermatozoides del marido, 2) Aporte de óvulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera (Varsi Rospigliosi, 2013).

Se considera que deben determinarse los requisitos físicos, psicológicos y legales de ambas partes, para que el contrato de subrogación materna por vientre de alquiler surta los efectos ideales para alcanzar la máxima protección del menor y la relación jurídico-social con los padres contratantes o genéticos y con la mujer portadora.

#### **2.2.2.1 Determinación de la filiación**

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

Sin embargo, la filiación no sólo es biológica, como en la adopción, o ya sea frente a las TERAS, pero que no pierde su esencia, ni los efectos jurídicos o

sociales que trae consigo el vínculo de padres e hijos legales, así explica Arámbula Reyes que:

Con las prácticas de fecundación asistida, se intenta primar también filiación del afecto, de la voluntad, de la intención, de la apariencia, pero en el seno de una normativa ajustada a la filiación biológica. Por ello el choque es inevitable (Arámbula Reyes, 2008).

Así, Arámbula, explica que sobre la filiación recaen efectos sociales también, como el afecto o la voluntad paternal para tener un vínculo de filiación con el menor, además de los efectos jurídicos necesarios para velar por la calidad de vida integral del menor. El hecho de la filiación establece una relación entre padres e hijos, así explica Miranda Canales:

El término filiación, es correlativo de las palabras maternidad y paternidad, expresiones que designan el mismo vínculo que une a la madre o al padre con su hijo; pero, apreciándolo desde un punto de vista diverso (Miranda Canales M. J., 2007).

En el comentario precedente el autor hace referencia a la relación entre padres e hijos, vínculo que además se aprecia desde diversos aspectos ya sean estos legales o sociales. Por lo tanto la acepción filiación se refiere a la relación inmediata existente entre el hijo y sus padres, generando una relación de sangre y de derecho a la vez. Asimismo origina una relación de parentesco de primer grado, la cual genera también efectos jurídicos. Así agrega Miranda:

Constituye un hecho natural, como es la procreación, y un hecho jurídico, puesto que determina consecuencias jurídicas, de aquí que pueda distinguirse entre filiación biológica y filiación jurídica (Miranda Canales M. J., 2007).

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

Para la concepción jurídica de la filiación, citamos necesariamente a Miranda Canales quien explica que:

Como acto jurídico familiar, la filiación, significa emplazar a dos personas, de distinto sexo, en el estado de padre y madre y, a una tercera, en el estado de hijo. Vínculo biológico, más emplazamiento jurídico en el estado paterno-filial, integran el acto de la filiación (Miranda Canales M. J., 2007).

El autor en la cita que antecede hace referencia al estado jurídico de filiación del hijo con respecto a sus padres, sin embargo es necesario adaptar la filiación de los hijos nacidos con el apoyo médico de las TERAS, y específicamente, a efectos de la presente investigación, al caso del vientre de alquiler para determinar la relación o el vínculo jurídico en el contrato de subrogación materna. Entonces la filiación además de ser un estado jurídico fundamentado en el hecho natural de la procreación, en el caso del vientre de alquiler será la relación del hijo con sus padres genéticos y quienes a su vez tuvieron la voluntad de ser padres, para cumplir sus obligaciones jurídicas que generan el hecho de la filiación.

Es así, que el régimen legal de filiación del menor, en el caso del contrato de subrogación materna por vientre de alquiler debe de ser otorgado a la madre contratante, es decir la que aporta el material genético, la que apoya económicamente y en cuidados a la madre gestacional y que finalmente deberá ser la madre legal conjuntamente con su pareja. Sobre esto refiere Arámbula Reyes

El régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la maternidad y la paternidad, ya que la maternidad de acuerdo con la máxima romana *mater semper certa est*, se define y se prueba por el hecho del parto y de la identidad de hijo o hija, mientras que la paternidad se funda en la maternidad cierta y se identifica jurídicamente, mediante presunciones (Arámbula Reyes, 2008).

Esta máxima romana en la actualidad ha perdido vigencia ya que con el uso de las TERAS no siempre existe coincidencia entre la madre biológica y la madre

portadora, siendo por lo tanto la mujer que realiza el parto persona distinta de la que aportó el material genético femenino y de la que en la presente investigación será la madre legal, razón por la cual es de imperiosa necesidad la modificación de nuestra legislación vigente con relación a la filiación materna; la misma que por los avances científicos y tecnológicos ha dejado de lado presunciones y máximas romas planteadas en el código civil vigente y en la doctrina aplicada al mismo.

La filiación también se clasifica en filiación natural o biológica, de la cual se desprende la filiación matrimonial y extramatrimonial; y la filiación por adopción.

Como lo señalara Arámbula Reyes líneas arriba, la filiación matrimonial es la más completa, puesto que reposa en una serie de presunciones y principios legales, mientras que la filiación extramatrimonial es imperfecta por cuanto reposa solamente sobre el reconocimiento del padre o madre y sobre el emplazamiento judicial.

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

#### **A) Derecho a la vida**

Respecto a la concepción sobre el derecho a la vida del menor Miranda Canales explica:

El Código Civil peruano de 1984, en su artículo 1°, reconoce al concebido la categoría de sujeto de derecho para todo cuanto le favorece y, al igual que el código argentino, expresa que la vida humana comienza con la concepción. Este precepto está amparado en el inciso 1° del artículo 2° de la Constitución del Estado, de 1979, que prescribe: "Al que está por nacer, se le considera nacido para todo lo que le favorece (Miranda Canales M. , 1983).

Tanto el Código Civil de 1984 como la Constitución Política vigente del 1993 y el Código de los Niños y Adolescentes del 2000, reconocen la concepción como el inicio de la vida del ser humano y le otorgan protección jurídica como sujeto de derecho.

Actualmente con respecto al inicio de la vida humana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo internacional al cual el Perú se ha adherido; en la resolución de fecha 26 de febrero del 2016 "CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012) acepta la teoría de la concepción como inicio de la vida humana, es decir desde el instante mismo de la anidación del embrión en la matriz de la madre. Para la Corte, el término "concepción" referido al inicio de la vida humana no se interpreta como coincidiendo con la "fecundación" y debe interpretarse como equivalente a implantación y además afirma que el embrión humano concebido fuera del seno materno no sería persona si no está implantado porque fuera del seno materno no tiene posibilidad de sobrevivir. Por lo que nuestra legislación necesariamente tiene que adherirse a los postulados de la Corte considerándose por ende como el inicio de la vida al embrión anidado convirtiéndose como sujeto de derecho desde esa etapa.

## **B) Derecho a la identidad**

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

El derecho a la identidad es sin duda un derecho complejo, que comprende a su vez otros derechos fundamentales como el de derecho al nombre, a la nacionalidad, el género, la filiación, entre otros. Una definición inicial de este derecho se propone en el Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011-2015 que recoge Grández Mariño:

Concebimos la identidad como un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad de las personas, constituido por un conjunto de elementos con rasgos propios y originales que identifican y diferencian a las personas frente a los demás. Es esta individualidad

-con rasgos y particularidades cuantitativas y cualitativas, estáticas y dinámicas- la que conforma la realidad de lo que cada uno es. (Grández Mariño, 2014).

La identidad según Fernández Sessarego en "Derecho de las Personas" distingue una identidad estática de una identidad dinámica. Entendida la primera como aquellos rasgos y datos inamovibles del ser humano, es decir que no cambian con el tiempo como por ejemplo: la fecha de nacimiento, el nombre, el sexo, etc. Mientras que la identidad dinámica son aquellos caracteres que van a variar con el transcurso del tiempo, como son la personalidad, el domicilio, etc.

En relación al tema Varsi Rospigliosi señala sobre la identidad genética que:

Corresponde a la constitución genética de la persona, tanto muerta como viva. En un sentido objetivo es el nivel más íntimo (Varsi Rospigliosi, 2013).

Resulta irrelevante la divulgación de la identidad de la madre gestacional como parte del derecho a la identidad y de conocer el origen biológico para el niño y futuro hombre, ya que esta madre portadora sólo ha contribuido con la función de gestación más no es la aportante del material genético ni la que ha tenido la intención ni el afecto de procreación de un nuevo ser, la cual será solamente la madre biológica y la madre legal.

### **C) Origen biológico**

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

Constituye el presupuesto básico, y significa que el hijo haya sido engendrado y concebido por quienes aparecen o figuran como sus padres. El elemento biológico, es necesario, pues, tiene su razón de ser en sí mismo, ya que sin él, no puede existir el acto jurídico de la

filiación e implica condición natural cumplida con antelación al acto en sí (Miranda Canales M. , 1983).

En el contrato de subrogación materna, se constituye la figura de alquilar el vientre de una mujer prescindiendo de su material genético y sólo de su función gestacional, por lo que no mantiene con el niño alguna relación genética, es en este sentido que no representa parentesco con el niño en este aspecto. De esta manera, el niño que, en el futuro, pretenda recurrir a una posible investigación de su origen biológico no arribaría a una conexión genética con la mujer que lo gestó.

Así respalda Varsi Rospigliosi por cuanto el niño mantiene el derecho de saber sobre su origen, sin verse de alguna manera vulnerada la intimidad de la mujer gestante:

En algunos casos es de interés de un sujeto saber lo encontrado en él, es decir, conocer su patrimonio genético, su esencia como ser biológico, tener en cuenta qué es hoy y qué será mañana, pues con ello puede redefinir o reorientar su comportamiento (Varsi Rospigliosi, 2013).

En el caso de análisis la madre portadora no es determinante para la formación del nuevo ser, caso diferente el de la madre biológica la cual tendrá una participación activa y de colaboración en todo momento con la madre portadora, pues le une el interés y la motivación de ser la madre desde el inicio hasta el final del proceso contractual y biológico.

#### **D) Interés superior del niño**

Sobre este principio garantista Miranda Canales señala:

Más allá de la ética, la moral y la razón, las leyes, a través de sus ejecutores naturales, los jueces, deben restablecer el delicado equilibrio social. Los esfuerzos de los padres, parientes, abogados, peritos (médicos genetistas) y jueces, deben estar encaminados a lo que se denomina "el mejor interés del niño" o "interés superior del niño". Bajo ninguna circunstancia, debe olvidarse este principio, pues,

el mismo, protege al niño y, por consiguiente, al núcleo social que es la familia (Miranda Canales M. , 1983).

Mediante el Principio garantista del Interés Superior del Niño los estados garantes de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente se comprometen a privilegiar y favorecer en la normatividad vigente de cada país al niño respecto de los demás ciudadanos. Por lo que en mérito a este principio, se considera que la filiación de los niños nacidos bajo la figura de subrogación materna debe estar taxativamente regulada por el ordenamiento legal vigente, evitando vacíos legales que vulneran el derecho de Interés Superior del Niño.

Según el Código de los Niños y Adolescentes – D.L. 27337 en su artículo 1:

Artículo 1. A la vida y a la integridad.- El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Con este artículo el Código de los Niños y Adolescentes vigente, vela por los derechos del menor como sujeto de derecho desde la concepción.

#### **2.2.2.2 Maternidad y paternidad genética**

Para determinar la relación de los padres genéticos o contratantes con respecto al menor, primero se debe comprender que son ellos quienes tienen el profundo deseo o la necesidad vital de constituir una familia por medio de la procreación, y cuando la naturaleza les quita la posibilidad de satisfacer este aspecto de su vida, las personas recurren al apoyo tecnológico, como en el caso del vientre de alquiler.

Así puede verse desvariada la figura común de familia, que podría considerarse, en contraste con Varsi Rospigliosi:

Todo hombre por naturaleza nace, crece y convive en una familia. Este hombre es producto biológico de dos progenitores de sexos complementarios quienes le han engendrado genéticamente y que,

por lo demás, están casados. Éste es el ideal de la procreación social (Varsi Rospigliosi, 2013).

Debido a los avances tecnológicos, algunas figuras jurídicas sufren cambios, como es el caso de la maternidad, la cual ha adquirido una nueva variante: la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. La primera es la madre genética, la cual es portadora únicamente del material genético, en éste caso el óvulo, y la segunda es aquella que cede la matriz a efecto de que se de en su vientre el proceso gestacional, la cual será, por ende, la que concluya el parto, convirtiéndose así en la madre gestacional.

Debido a esto, resulta importante determinar qué es la maternidad y definir sus alcances e implicancias legales en los supuestos de maternidad subrogada, a fin de determinar a cuál de las dos se le debe atribuir la maternidad legal.

Desde el punto de vista natural existe certeza de la maternidad, como acoge nuestra legislación, debido a que la mujer ha sido diseñada con el fin exclusivo de procrear y llevar en su vientre al nuevo ser, basta que la mujer haya estado embarazada y que luego haya dado a luz al nuevo ser. Sin embargo, esta situación tan arraigada en la vida cotidiana como en la realidad, está sufriendo modificaciones con los avances de la ciencia, ahora ya se puede hablar de presunción, ya que la mujer que da a luz, es decir, la que ha estado embarazada y luego parido, no necesariamente tiene que ser la madre.

La antedicha disociación entre maternidad genética y maternidad gestacional genera al derecho una nueva perspectiva. A lo largo del tiempo hubo empeño porque el hijo tuviera desde su nacimiento quien se encargara de él, es decir su progenitor, considerándose a la madre siempre cierta por el hecho del parto, en base a las leyes de la biología, que hoy han superado ampliamente al derecho, cuando la que alumbró puede no estar genéticamente vinculada al nacido, lo cual provoca un desajuste social y biológico.

Por un lado, está la mujer capaz de proporcionar su material genético que puede encontrarse impedida para gestar, por lo que acude a otra mujer para que la complemente. La intención maternal, el vínculo genético, recaen sobre la

mujer que no alumbró. Es la mujer que quiere ser madre jurídica y el Derecho le cierra las puertas al no regular taxativamente esta figura, ya que en la actualidad se deja sólo al arbitrio de la relación contractual entre las partes, la cual no siempre arriba a un buen término, siendo el órgano jurisdiccional el que dirima las diferencias contractuales, de acuerdo a su criterio y no a una regulación específica. Arámbula Reyes explica:

A diferencia de lo que sucede en el caso de la paternidad, en la que la figura del padre se suele presentar como una función social y jurídica, la maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el período de la gestación. Por lo mismo, una de las primeras interrogantes es si se puede escindir la figura de la maternidad de aquél presupuesto biológico (Arámbula Reyes, 2008).

Rompiendo así los paradigmas del clásico de derecho romano "mater semper certa est" y que la maternidad siempre está dada por el parto. Por lo que en mérito a la experiencia actual la ciencia ha trastocado el derecho dándose una realidad distinta en la que la madre que alumbró no coincidentemente es la madre gestante. Entonces, resulta imperante que el Derecho al no poder poner un límite a los avances progresivos de la ciencia regule esta realidad socio-familiar, dándose las modificatorias necesarias en la legislación peruana.

Sobre el aspecto jurídico Arámbula Reyes menciona

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente (Arámbula Reyes, 2008).

En la legislación nacional vigente para la determinación de la maternidad, en mérito a la ley N° 27048 conocida como Ley de ADN se aplica como técnica biológica a efecto de tener certeza jurídica la prueba de ADN, a fin de determinar

si la categoría de madre biológica coincide con la categoría de madre legal. Por ello es necesario regular taxativamente la figura de maternidad gestacional con la finalidad de modificar la figura de que la maternidad se determina sólo por el parto, ya que la actualidad científica revela una realidad diferente, como es el caso de la maternidad gestacional.

Por lo que en la presente investigación se considera que los padres contratantes y portadores del material genético serán los que ostenten la filiación materna y paterna.

#### **A) Derecho a constituir una familia**

La Constitución Política vigente establece una serie de Principios Constitucionales referentes al tratamiento de la familia, de la madre y del niño; por lo que el Derecho de Familia contempla dentro de sus postulados principales el Principio de Protección de la Familia, consagrado en el artículo 4 de la C.P.P. de 1993, principio por el cual el Estado protege a todos los tipos de familia existentes en la sociedad y protege el derecho de todo ser humano de formar y constituir una familia:

##### **Artículo 4°.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio**

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

En mérito a este Principio Constitucional, el Estado tiene la imperiosa necesidad de regular la subrogación gestacional, la cual no solamente se debe aplicar a familias de corte matrimonial sino también a familias extramatrimoniales debidamente constituidas (uniones de hecho propias).

El autor Guillermo Borda señala con respecto a la familia que:

En la penetración del Estado en la familia hay un fundamento ético. No es tolerable ya el ejercicio arbitrario y abusivo de las potestades familiares; las responsabilidades y deberes que éstas implican

asumen un carácter preeminente, y la sociedad debe velar por su cumplimiento (Borda, Tratado de Derecho Civil - Familia - Tomo I, 1998).

Según el autor, el compromiso del Estado para apoyar y promocionar la institución de la familia es relevante. En la presente investigación se considera a la familia como un núcleo importante para todo ser humano, y el Estado debe garantizar su desarrollo ideal para proteger la integridad social de los sujetos. Es así que se considera que se debe garantizar que el niño nacido por vientre de alquiler encuentre en sus padres ese deseo fraterno de constituir una familia, para asegurarle un núcleo familiar óptimo.

#### **B) Derecho a procrear**

La paternidad y la maternidad no se pueden considerar como una obligación, ni el niño puede ser considerado como tal, sino que es un sujeto de derechos y no un objeto de derecho.

Partiendo de esta premisa debemos distinguir los derechos reproductivos de los de procreación, citando a Varsi Rospigliosi:

Llamarlos derechos reproductivos no implica una relación esencial con el ser humano ya que éste no se reproduce sino procrea, de allí que la denominación más adecuada para designar estos derechos sea la de derechos procreativos (Varsi Rospigliosi, 2013).

El derecho a la procreación es el conjunto de derechos individualistas es decir la sola facultad del ser humano para procrear, a diferencia de los derechos reproductivos en que está la predisposición del Estado de impulsar y protegerlos de manera especial. Además, explica Varsi Rospigliosi:

Se entiende como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera. Este derecho ha obtenido mayor connotación con la utilización de las técnicas de reproducción asistida (Varsi Rospigliosi, 2013).

Según Varsi Rospigliosi, los derechos reproductivos tienen dos áreas, la negativa que se refiere a la planificación familiar y la positiva que se refiere al caso del derecho a la procreación (TERAS) materia de la presente investigación.

La procreación entendida como la creación conjunta, goza de protección jurídica, ya que todo ser humano tiene derecho de transmitir vida, es decir, generar descendencia, lo que linda con el derecho a la reproducción, el cual se puede ejercer en dos aspectos, como son: el aspecto positivo de generación humana y el aspecto negativo mediante la aplicación técnicas anticonceptivas o planificación familiar. El autor Miranda Canales al respecto sostiene que:

La procreación crea vínculos, hace nacer deberes y derechos que perduran durante toda la vida de padres e hijos e, incluso, se prolongan más allá de la muerte... Objetivo natural del matrimonio es la procreación, pues, la función biológica de la familia, asegura la perpetuidad de la especie, dentro de las formas más favorables desde el punto de vista moral y social (Miranda Canales M. J., 2007).

Como facultad inherente al ser humano la procreación como derecho deriva del derecho a la vida, del derecho a la integridad y del derecho a la libertad de la persona. Puesto que la procreación es una etapa que complementa a la persona, dirigida a la constitución de una familia, el Derecho debe preocuparse por regularizar la figura en caso que los padres en disposición de su derecho a procrear recurran al apoyo de las técnicas de reproducción asistida como en el vientre de alquiler.

Sin embargo el derecho a la procreación no es un derecho absoluto sino relativo, para apoyar el contexto se recalca el importante valor del aporte de Varsi Rospigliosi que explica:

La capacidad de procrear de la persona no es ilimitada, sino que debe ser realizado dentro de ciertos parámetros esenciales. Uno de ellos es la defensa, respeto y consideración que se debe tener con la vida a generarse, que dicho sea de paso debe ser dual, de allí el término procrear (crear en conjunto). Prima, de esta manera, el interés superior del niño, que si bien aún no existe –pues no ha sido

concebido- tiene todo el derecho de nacer dentro de condiciones naturales, de encontrarse con una familia establecida y de contar con un hábitat adecuado (Varsi Rospigliosi, 2013).

El derecho a la procreación no puede prevalecer sobre el interés superior del niño sino más bien que aquél debe velar por este último que merece la más alta protección que merece según su vulnerable estado físico y legal, y sobre todo por el hecho de que es un ser humano y sujeto de derechos.

Además de la protección integral hacia el menor, el contrato de subrogación materna debe determinar la relación de este con respecto a los padres contratantes que aportaron el material genético y la mujer gestante, en el aspecto legal y social. Así manifiesta Arámbula Reyes en aporte a la doctrina legal mexicana:

La existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre. Por ello en opinión del citado autor se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero, no se hubiese efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano. Así, en los supuestos de maternidad subrogada o alquiler de vientre se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quien desea ser la madre legal (Arámbula Reyes, 2008).

Es necesario determinar la relación del menor con sus padres. Así la autora de la cita antecedente manifiesta que en el caso del vientre de alquiler se debe considerar en el ámbito legal a la mujer contratante como la madre legal del menor, puesto que ha sido ella quien dio origen al contrato de subrogación materna y por lo tanto fue quien tuvo la voluntad de ser madre del menor conjuntamente con su pareja, además de ser los colaboradores del material genético que generó al embrión, para que una tercera mujer contratada lleve a cabo la gestación, de tal forma son los padres contratante quienes mantienen un vínculo además genético con el niño.

### **C) Infertilidad / Esterilidad**

La fecundación exige una serie de requisitos anatómicos, fisiológicos y endocrinos adecuados, básicamente, normales, para que la misma se produzca, su producto se mantenga y llegue, felizmente, a término, para el nacimiento.

Conforme a la definición presentada por la Organización Mundial de la Salud estamos frente a una posible infertilidad: "cuando no se ha podido concebir un hijo después de un año de relaciones sexuales sin mediar métodos anticonceptivos. Para el autor Varsi Rospigliosi:

Actualmente la esterilidad es uno de los problemas de salud más comunes. Está referido a la pareja, no al individuo. Es producto de incompatibilidad, a pesar de que uno y otro sean fértiles. Es decir, la corriente moderna analiza el origen de este mal conjunto, no de manera unitaria. Más que una enfermedad, la esterilidad es un síntoma de una condición general subyacente, o propiamente una enfermedad endocrina o genital, que afecta el funcionamiento adecuado del sistema reproductivo (Varsi Rospigliosi, 2013).

Esta esterilidad de la pareja encuentra una pronta solución en la técnica de reproducción asistida del vientre de alquiler, que sin bien resulta sumamente compleja resulta ser una salida alentadora que requiere regularse y positivarse en nuestra legislación.

### **D) Procreación asistida**

En mérito a la realidad actual de la fuerte demanda en el uso de técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) resulta de imperiosa necesidad la regulación normativa a efecto de evitar la práctica abusiva de la subrogación gestacional, e incurrir en la desprotección del menor, y que las personas que tengan el verdadero deseo de ser padres, se puedan ver respaldadas legalmente en la figura de vientre de alquiler.

En la realidad actual en general y en la realidad nacional en Perú en particular se puede observar el cambio de los factores sociales relacionados al vientre de alquiler, es decir que el desarrollo de esta técnica de asistencia reproductiva

genera efectos sociales para las personas, tales como la variación biológica de la familia, por cuanto existe una tercera mujer que alquila su útero para asistir a los padres contratantes con el fin de procrear. En relación al tema Arámbula Reyes señala que:

La sociedad industrial y de la promoción de la educación general, firmemente educadas en la idea de que una clase de familia es "normal" y otras un tanto sospechosas, si no "aberrantes", gran número de personas mantienen una actitud de intolerancia ante la nueva variedad de estilos familiares. Además, las leyes y organizaciones comunitarias siguen implícitamente orientados hacia la familia nuclear. Las nuevas agrupaciones sufren una discriminación sutil y abierta (Arámbula Reyes, 2008).

La autora del comentario precedente hace referencia a las familias como resultado del aporte médico de las técnicas de reproducción asistida en que incurren más personas a parte de la pareja común, para llegar al fin que es tener un niño.

Así, mientras la naturaleza le niega a algunos la posibilidad de ser padres naturales, no puede aplacar la necesidad de serlo, tal es la realidad que hay personas que recurren a diversos métodos de asistencia reproductiva; y hay otros que teniendo la facultad física de ser padres, simplemente declinan a su favorable condición. Así remarca Arámbula Reyes:

Y mientras un sector importante elige deliberadamente la vida sin hijos, creando un estilo propio de independencia, otros, que no pueden tenerlos, buscan desesperadamente uno,... y lo necesitan de la ciencia (Arámbula Reyes, 2008).

De este modo una parte de la sociedad encuentra su alivio en los avances científicos genéticos para satisfacer su verdadera necesidad de constituir una familia y convertirse en padres, cosa que al ser parte de la sociedad el derecho debe adaptarse y proteger los derechos de sus ciudadanos, para que estos no se vean desprotegidos legalmente cuando recurran a la figura del vientre de alquiler y de esta forma no se vea amenazada la relación genética con el menor.

### 2.2.2.3 Maternidad gestacional

La figura de maternidad gestacional recae sobre la mujer que aporta únicamente la función gestacional, es decir, el aporte del útero o cavidad uterina con sus funciones gestacional. Encargada de llevar a cabo la gestación del embrión fecundado por la pareja contratante con su propio material genético. Esta figura no se podía constituir antes, ahora es posible debido a los avances tecnológicos y científicos sobre la reproducción asistida. Así agrega Arámbula Reyes:

Para la mujer, el principio *mater Semper certa est*, suponía la identificabilidad de la maternidad con la persona que alumbraba al hijo; no cabía otra posibilidad, salvo la adopción. Años atrás era impensable que dicha mujer no fuera además la madre genética. Circunstancia que política y legalmente se ha utilizado para que los nacidos no quedaran desprotegidos facilitando la determinación de ese lazo jurídico (Arámbula Reyes, 2008).

---

Consiste en la mujer que únicamente cede la función gestacional sin mantener vínculo genético con el menor.

Se conoce como maternidad gestacional a la situación en la que una mujer queda embarazada y tiene un hijo que será para otra mujer, la cual carece de capacidad física para hacerlo. Por tanto, la mujer que queda embarazada, denominada madre sustituta, tiene claro desde el principio que ha de entregar al bebé en el momento del nacimiento a sus padres. Así explica Miranda Canales:

El caso de las denominadas "madres alquiladas" que ha creado la más profunda polémica, denominándose también madres "por encargo", "por sustitución" o "subrogadas" cuando no se habla simplemente de "alquiler de vientres" o "de úteros", presentándose casos como el arrepentimiento de la "madre biológica" o gestante, frente a la exigencia de cumplimiento por parte del comitente (padre genético) y su cónyuge, que esgrime la maternidad de deseo, todo lo cual, crea diversas situaciones, ya sean humanitarias, comerciales o jurídicas (Miranda Canales M. J., 2007).

Por tanto es aquella que porta al embrión, fecundado por la pareja de padres genéticos contratantes, durante todo el tiempo que dura la gestación, generando en ella sentimientos, quizás inevitablemente, hacia el ser que crece y se desarrolla en su vientre, y es quien atraviesa los trastornos del embarazo y da a luz al concebido, que no posee su material genético. Además Arámbula Reyes respecto al nivel médico describe que:

La naturaleza médica de este método de reproducción asistida,... consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto (Arámbula Reyes, 2008).

Esta es una figura considerada de subrogación gestacional, pues en la subrogación tradicional la madre gestacional también es la que aportó el óvulo y se le puede considerar madre genética, pero en este caso lo aporta la mujer de la pareja contratante junto con el semen del marido o futuros padres.

#### **A) Derecho a disponer de nuestro cuerpo**

Los actos de disposición del propio cuerpo se encuentran regulados en el Código Civil:

Artículo 6.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

Se vincula al vientre de alquiler a la cavidad uterina, por cuanto hace parte del sistema reproductor femenino, compuesto entre otros por los siguientes órgano: trompas de Falopio, ovarios, vagina y además, es parte del respectivo aparato reproductor; siendo más precisos, el contrato de subrogación gestacional lleva consigo prácticamente el alquiler del útero,

que es el órgano que permite la implantación y posterior gestación del feto que en un tiempo progresivo y en las condiciones óptimas será una persona; entonces cuando nos referimos al vientre de alquiler, se está refiriendo al útero, órgano indispensable para este caso, por lo tanto la mujer apta para celebrar el contrato de subrogación gestacional es aquella que posee este órgano en saludables condiciones.

## **B) Derecho a la salud**

El derecho a la salud se encuentra regulado en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú:

Artículo 7°.- Derecho a la salud.

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

Las técnicas de reproducción asistida, en específico el vientre de alquiler, elemento del presente estudio, están sustentadas en la medicina y en aportes de la ciencia genética con el fin de brindar la máxima protección en la salud del ser humano. Con respecto al derecho a la salud Arámbula explica:

La consideración del derecho a procrear como parte del derecho a la salud posibilita el reclamo al Estado, ante la esterilidad que puede ser tratada mediante las técnicas de fecundación artificial (Arámbula Reyes, 2008).

En el contrato de subrogación materna, se debe resguardar la salud íntegra de la mujer gestante para llevar a cabo el proceso de gestación de saludable calidad, que debe comprender distintas facetas tales como:

- . Asesoramiento médico en torno a la gestación, con pruebas que diagnostiquen su facultad para el propósito de alquilar su vientre.
- . Cuidado médica desde la aceptación del contrato, es decir, que comprenda la fase pre-implantatoria, prenatal y postnatal.

. Transmisión de la información sobre la salud de la mujer gestante a los padres contratantes.

En este proceso pueden participar los distintos especialistas de la salud como ginecólogo, pediatra, psicólogo, etc. que contribuyan a la eficacia del fin del contrato y la salud de las partes, en especial de la salud física y psicológica de la mujer gestante y la salud del niño a lo largo de la gestación.

El hecho de que las madres subrogadas hayan consentido previamente con la pareja comitente gestar a la criatura y entregarlo una vez nacido, no significa que se pueda predecir cuáles serán sus actitudes hacia los niños que dan a luz, además, porque la entrega de los bebés las hacen propensas a posibles trastornos emocionales. Sin embargo esta situación es controlable y es por esto que no cualquier mujer puede ser madre subrogada, debiendo la misma cumplir con un perfil físico y psicológico previo que la acredite para intervenir en este proceso, no basta solo con el consentimiento que expresa la voluntad. De igual manera sería adecuada la atención de un profesional después del nacimiento y la entrega del infante para así evitar esta clase de riesgos en la salud mental de la gestante.

### **C) Intimidad genética**

La intimidad genética es la facultad que tiene la mujer gestante de reservar los datos, experiencia o información biológica se denomina intimidad genética, que pretende proteger a la persona de divulgar tal información, otorgándole confidencialidad genética, facultad que deriva del derecho a la vida privada para excluir del conocimiento de terceros los aspectos vinculados a la propia persona. Varsi Rospigliosi considera que:

Como derecho, la intimidad genética es la facultad con la que cuenta el sujeto de derecho a fin de mantener su bioautonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a la información que se desprenda de ella (Varsi Rospigliosi, 2013).

El derecho a la intimidad genética se sustenta en la prohibición de divulgar información privada a terceros, es decir toda intromisión arbitraria y toda

publicidad posterior, protegiendo el ámbito íntimo inviolable de cada persona. Está relacionado con el derecho a la identidad genética, y se considera por la doctrina que debe ser un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico.

Desde un punto de vista jurídico, se considera como un medio eficaz para evitar que a la tercera gestante se le recurra para una acción de maternidad. Hacer prevalecer el derecho a su intimidad, entendida en el sentido de que otras personas no puedan saber el empleo que hace de su útero, intimidad que podría verse lesionada si fuera investigada y conocida la cesión de su función gestacional.

#### **D) Mercantilización**

El contrato de subrogación materna pretende con su regulación jurídica evitar que el alquiler de vientre sea tomado como medio para comercializar y ver a la mujer como un objeto y al niño como una mercancía.

En la doctrina social también se aprecia, por ejemplo Fernández Ruiz manifiesta:

El feminismo radical y el socialista rechazan esta práctica y señala que existe una explotación personal de la mujer, por considerarla un mero objeto de creación de bebés, una fuente de mercado, abuso o degradación de la misma, utilizada como gestante, máquina o incubadora sin considerar aspectos emocionales y psicológicos. Asimismo, se refuta la gestación por sustitución por entender que supone una cosificación del cuerpo de la mujer (Fernández Ruiz-Galvez, 2002).

Para complementar el criterio señalado en el argumento anterior, es importante mencionar que ser madre subrogada o "vientre de alquiler" no es un trabajo o un "servicio habitual" del que se pueda vivir, es una labor noble y solidaria para dar vida, en complementariedad con la desdicha natural de los contratantes de no poder ser padres íntegros por alguna causa física.

No se trata de la mercantilización de la mujer porque no persigue esos fines, como así fuere el caso de la utilización de la imagen femenina en el mercado

publicitario con corte sexistas o en el mundo del modelaje, donde se contratan mujeres no por su capacidad intelectual o destrezas, sino por su físico dentro de las tendencias de belleza modernas; cuerpos esbeltos que deben seguir estrictos patrones superficiales para competir en ese ámbito. Aun así esta carrera, o catalogado como algunos, un arte; mueve grandes cantidades de dinero a costas de la salud y de la integridad de estas mujeres, pero no se debate mucho al respecto porque ha sido aceptado por la generalidad como algo supuestamente normal. Lo que sería totalmente despreciable socialmente en el caso de la subrogación gestacional, y más aún degradante para las mujeres, el hecho de facilitar el alquiler del vientre con fines netamente económicos, porque no le va bien en el trabajo o porque necesita una entrada económica extra.

### **2.2.3 Legislación comparada**

#### **A) México**

En México está aprobada una reforma normativa que regula el vientre de alquiler, sin embargo se prohíbe el pago de una contraprestación por haber incurrido varios casos de excesiva onerosidad, y se imponen sanciones para los que llevan esta práctica a manera de negocio y sin indicación médica.

En el código civil para el estado de Tabasco, el artículo 92 hace una clara distinción entre:

- . Madres gestante sustituta; que es la que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación.
- . Madre subrogada; quien provee el material genético y el gestante para la reproducción.
- . Madre contratante; es la mujer que convenga en utilizar los servicios de la gestantes sustituta o de la madre subrogada.

En la participación de una madre gestante sustituta se presumirá la maternidad de la madre contratante. En la participación de una madre subrogada, deberá hacerse todos los trámites de la adopción plena.

Art. 349 Menciona el reconocimiento de hijo no nacido incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentre en el útero materno en el momento del reconocimiento.

Art. 347 Cuando en el proceso reproductivo participa una segunda mujer se presume madre legal a la mujer que contrata.

Art. 360 El hijo de una mujer casada no debe ser reconocido como hijo por otro hombre distinto al marido salvo en el caso de un hijo nacido por contrato de maternidad.

## **B) Estados Unidos**

A pesar de algunos sonoros casos en los que el proceso de maternidad subrogada no se llevó a cabo según lo previsto (arrepentimiento de la madre de alquiler, algo que se ha dado en otros casos), la justicia ha ido dando la razón a los padres biológicos y por eso se va extendiendo cada vez más la demanda y aceptación de los vientres de alquiler. En la actualidad en ocho de los Estados Unidos hay leyes que permiten los contratos de gestación.

En California, por ejemplo, la práctica no está regulada y el gobierno oficialmente no tiene política al respecto, a pesar de que California tiene algunos de los precedentes judiciales más sonoros en la protección de los derechos de los futuros padres.

En Nueva York, la ley prohíbe el alquiler de vientres. Las partes que entran en un acuerdo de subrogación son susceptibles de ser multados con \$500. Aquellos que organizan dichos contratos pueden ser multados hasta con \$10.000 dólares si es la primera infracción. La segunda ya es un delito.

Otros estados, como Oregon y Washington permiten solamente la subrogación altruista, sin contraprestación a la madre subrogada.

En Canadá la Ley de Reproducción Humana Asistida (Assisted Human Reproduction Act) permite únicamente la subrogación altruista: las madres subrogadas pueden ser reembolsadas por los gastos necesarios aprobados,

pero el pago de cualquier otra cantidad o tarifa es ilegal. La provincia de Quebec, sin embargo, prohíbe toda subrogación

### **C) Alemania**

El ministro federal de justicia y el ministro federal de investigación y tecnología en 1984 forman una comisión para analizar los nuevos métodos de fertilización in vitro tomando en cuenta la relación del niño y la embarazada quien sería la madre gestante por motivos económicos que llevaría en su vientre un hijo fecundado extra corporalmente para otras personas no tendría el debido cuidado como lo tendría una mujer que realmente es la madre biológica y gestante.

Además si este niño naciera enfermo habría la posibilidad que de ninguna de las madres quisiera hacerse cargo del mismo. Por lo tanto rechaza la maternidad subrogada por el peligro para el niño por nacer y su comercialización.

### **D) España**

En España existe el concepto legal de que la mujer que da a luz un niño es su madre legal, y los contratos de gestación están prohibidos.

Los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho, de manera que la filiación corresponde a los padres biológicos, según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, en España, la filiación de un niño nacido mediante gestación subrogada, a favor de los padres intencionales es posible si se cumplen una serie de requisitos recogidos en la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En el artículo 10 de la Ley 14/2016 del 26 de mayo se establece que:

Artículo 10 Gestación por sustitución:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

### **2.3 Definiciones de términos básicos**

. **Reproducción.-** La reproducción es el proceso mediante el cual se generan nuevos seres vivos a partir de los organismos ya existentes, así aseguramos el mantenimiento de la vida. Los nuevos individuos se originan a partir de las células sexuales. Estas células pueden ser masculinas o femeninas y se forman en el aparato reproductor masculino y femenino, respectivamente. (Peña Aranda)

. **Infertilidad/Esterilidad.-** El término esterilidad es la incapacidad de la pareja para lograr un embarazo, mientras que la infertilidad es cuando la mujer sí ha quedado embarazada, pero por alguna razón no ha llegado a término su embarazo o se presentó un problema de aborto.

Su frecuencia es variable en diversos núcleos de población, pero se estima que aproximadamente 10 a 12 % de las parejas en población urbana están afectadas por problemas de esta naturaleza. Con el paso del tiempo y el aumento de información se ha aceptado el hecho real de que la reproducción y sus problemas son compartidos por la pareja al comprobarse que cuando menos el 40 % de las causas radican en el varón y 30 % en ambos simultáneamente.

. **Fecundación.-** El proceso de fecundación supone la unión del gameto masculina (espermatozoide) con el gameto femenino (óvulo). Con esa fusión se produce una nueva célula, llamada cigoto. (Navarro Lopez, 2000)

. **Gameto.-** Son células especializadas para la reproducción y poseen la mitad de la información genética presente en cada una de las demás células del organismo. El gameto producido por el hombre, tiene la mitad de información genética de la que tienen las células de cualquier otra parte del cuerpo. Lo mismo ocurre con el gameto de la mujer. De esta forma, al unirse ambos gametos, el

nuevo ser vivo tendrá la cantidad típica de información genética característica de su especie. Es decir, la información codificada en el ADN se transfiere, en cada especie animal o vegetal, por medio de la reproducción, desde los progenitores o padres hasta los hijos que heredan dicha información a través de los gametos. (Peña Aranda)

Dado que los órganos sexuales masculino y femenino son diferentes, podemos inferir que las células producidas por cada uno de esos sistemas también lo son. Los gametos masculinos se denominan generalmente espermatozoides. Y los femeninos, óvulos. Pese a las diferencias descritas anteriormente, ambos gametos poseen la mitad de ADN que el resto de la demás células, y son células especializadas en la función reproductora.

. **In vitro.**- Unión de los gametos masculino y femenino para formar un cigoto en medio artificial. El procedimiento implica la obtención de uno o más óvulos de la madre por laparocentesis y su ulterior puesta en contacto con el semen del padre en una probeta. Después de unos días de incubación a 37 °C, si se ha producida la fecundación del óvulo, se procede a la implantación de la blástula en la cavidad uterina de la madre, prosiguiendo el desarrollo "in vivo". (Océano, 1998)

. **Embrión.**- Por lo que respecta al ser humano, estadio del desarrollo prenatal, entre el momento de la implantación del óvulo fertilizado, hacia las dos semanas después de la concepción, hasta el final de las semanas séptima u octava. Este período se caracteriza por crecimiento rápido, diferenciación de los sistemas orgánicos mayores y desarrollo de las principales características externas. (Océano, 1998)

. **Gestación.**- Duración del embarazo en los animales vivíparos; período de tiempo comprendido desde la fertilización del óvulo hasta el parto. Varía en las distintas especies; por lo que se refiere al hombre, tiene una duración media de 266 días, o aproximadamente 280 días desde el comienzo de la última regla. (Océano, 1998)

. **Útero.-** Órgano reproductor de la mujer, de aspecto piriforme. En él tienen lugar la implantación del óvulo fecundado y el desarrollo del feto. Si no hay embarazo se produce mensualmente la descamación de la decidua. (Océano, 1998)

. **Parto.-** Proceso comprendido entre el comienzo de la dilatación del cuello uterino y la expulsión de la placenta. Comprende cinco tiempos fundamentales respecto al feto, que se efectúan del mismo modo en cualquiera de las presentaciones: reducción, encajamiento, descenso con rotación interna, desprendimiento y rotación externa. (Océano, 1998)

Acción o acto de dar a luz la mujer, de parir: la expulsión del feto completamente desarrollado o viable y de sus anexos fuera del claustro materno. (Cabanellas de Torres, 2002)

. **Madre-hijo.-** Proceso complejo de relación íntima de la madre con el recién nacido. Desde hace mucho tiempo se conocen efectos desastrosos que conllevan la falta o interrupción de esta unión. Los antropólogos, pediatras y sociólogos han descrito los pasos específicos de su desarrollo y los factores que lo favorecen o lo impiden. El proceso comienza antes del nacimiento, cuando los padres planifican el embarazo y descubren posteriormente que la madre está embarazada. (Océano, 1998)

. **Maternidad.-** Condición de madre, estado natural o jurídico de la madre. (Cabanellas de Torres, 2002)

. **Paternidad.-** Condición de padre: no sólo como el progenitor masculino, sino también como jefe de una familia o grupo. Padre de familia. (Cabanellas de Torres, 2002)

. **Hijo.-** Descendiente en primer grado de una persona; el vínculo familiar entre un ser humano y su padre o madre. Genéricamente, la denominación de hijo comprende también a la hija; y el plural, hijos, no limita tan sólo a los procreaos por uno mismo, sino a todos sus descendientes, de no especificar. (Cabanellas de Torres, 2002)

. **Filiación.-** Acción y efecto de filiar, de tomar los datos personales de un individuo. Subordinación o dependencia que personas o cosas guardan con relación a otras superiores o principales. (Cabanellas de Torres, 2002)

. **Subrogación.-** Sustitución o colocación de una persona o cosa en lugar de otra. El ejercicio de los derechos de otro, por reemplazo del titular. Adquisición de ajenas obligaciones, en idéntica situación, en lugar del anterior obligado. (Cabanellas de Torres, 2002)

. **Vacío legal.-** O laguna del derecho, ausencia de norma positiva aplicable a una relación determinada. Según Ramírez Fronda, los lugares neutros o espacios sin juridicidad que ofrecería el ordenamiento jurídico; de tal suerte, un caso judicial no encontraría solución logicolegal. (Cabanellas de Torres, 2002)

. **Hecho.-** Acción, acto humano, obra, suceso o acontecimiento. Caso que es objeto de una causa o litigio. (Cabanellas de Torres, 2002)

. **Hecho Jurídico.-** Fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, transmisión o extinción de los derechos y obligaciones. (Cabanellas de Torres, 2002)

. **Negocio Jurídico:** Según Walter Kaune cuando cita en su libro "Teoría general de los contratos" a Messineo, quien sostiene que el negocio jurídico es una especie de acto jurídico al que lo define como "una declaración de voluntad (privada), dirigida a la producción de determinados efectos jurídicos, (aunque no clara y enteramente previstos por quien emite la declaración y concebidos por él como efectos meramente o predominantemente económicos y prácticos), que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza con respecto a los límites de la correspondencia, o coherencia, entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos" (Kaune, 1981).

**CAPÍTULO III:**  
**PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

---

### 3.1 Análisis de tablas

Pregunta N° 1	Respuestas		
	Especialista N° 1	Especialista N° 2	Especialista N° 3
¿Qué opinión tiene usted sobre la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	<p>La adaptación de esta figura al marco normativo general, es totalmente necesaria y urgente. Podría tomarse como punto de partida la doctrina extranjera, para aplicarlo a la legislación nacional. Sin embargo es un tema muy controvertido, por lo tanto requiere de un riguroso y minucioso estudio para poder trasladar esa figura a la legislación aquí en Perú.</p>	<p>En estos tiempos modernos, el derecho debe ir acorde a las situaciones que plantea la realidad, y el vientre de alquiler es en nuestra legislación un vacío legal aún, por lo que se debe propiciar o impulsar la efectiva regulación jurídica del vientre de alquiler, pero velando siempre por el bienestar del menor.</p>	<p>Que es la mejor manera de enmarcar jurídicamente el vientre de alquiler. Creando una modalidad contractual, no sólo comprendería las obligaciones y derechos de las partes, sino también sus efectos legales. En razón de que, por el momento no hay en qué afianzarse legalmente.</p>

Pregunta N° 2	Respuestas		
	Especialista N° 1	Especialista N° 2	Especialista N° 3
¿Para usted cuál sería la naturaleza jurídica de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	<p>A mi parecer se debería de formular un contrato entre las partes, es decir los aportantes genéticos y la madre gestacional, donde se limite el actuar de ambos y se dé especial protección a la vida del menor no sólo durante el parto sino también después de éste. Ya que es la procreación de una vida humana el fin esencial de esta posible regulación.</p>	<p>Podría decirse que es un contrato atípico entre dos partes, los que contratan a la mujer cedente para alquilar su vientre y ésta que recibe una contraprestación económica a su vez. Sin embargo, la regulación de un contrato de este tipo cambiaría sus características y sus implicancias al configurarse como una figura legal, que debe ser bastante específico.</p>	<p>Sería eminentemente contractual porque tiene que generar obligaciones entre las partes al igual que un contrato, sin embargo es la vida de un niño de lo que se trata y sobre su relación con los padres. Se debe ser muy cuidadoso para aplicar analógicamente la figura de contrato. O puede relacionarse también con las figuras de adopción, filiación, entre otras afines.</p>

Pregunta N° 3	Respuestas		
	Especialista N° 1	Especialista N° 2	Especialista N° 3
¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la regulación del	En una posible regulación de este contrato se debe plantear y especificar los alcances de la responsabilidad legal de ambas partes contratantes, entre ellas y con respecto al menor, es decir, después del parto quiénes serán	padres	Creo que en este contrato se generan obligaciones, que si no son cumplidas de acuerdo a lo pactado se sancionan de acuerdo a una ley que se debe estipular correctamente, con los mecanismos necesarios, para proteger sobre todo
contrato de subrogación materna en el Perú?	legales, o qué relación tendrá la madre gestante con el menor. Se puede aplicar también la legislación comparada.	el Interés Superior del Niño.	El fin jurídico de regular el vientre de alquiler mediante un contrato sería garantizar al menor una vida ideal, en una familia establecida, como en la adopción, además de satisfacer el deseo de procreación de los padres, que es un derecho. Al final se debe de determinar claramente la relación legal de las partes respecto al menor, es decir la relación parental o de filiación.

Pregunta N° 4	Respuestas		
	Especialista N° 1	Especialista N° 2	Especialista N° 3
¿Por qué cree usted que se debe determinar la filiación en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	<p>Porque es la institución legal que es objeto del contrato de subrogación materna, junto con el derecho a la reproducción. Debe de aplicarse un régimen jurídico muy claro para establecer la filiación. Debe atribuirse a los que</p> <p>tienen la voluntad de ser padres, pero la doctrina peruana reconoce como madre legal a la que da a luz al niño, he ahí la peculiar controversia para el derecho que trae consigo el vientre de alquiler.</p>	<p>Porque la filiación, según el principio romano "mater semper certa est", se asume de la certeza de la maternidad de quien dio a luz al niño. Sin embargo en el vientre de alquiler la madre que aporta el óvulo y que además es la que tiene el deseo</p> <p>de ser madre es distinta de la que gesta al niño, y en Perú ésta última sería reconocida como madre legal del niño que ha dado a luz. Cuando no ha sido esta misma que tuvo la voluntad o deseo de maternidad.</p>	<p>Porque es necesario determinar en el vientre de alquiler, que los padres contratantes, que también son padres genéticos, sean los padres legales del niño, y que la mujer gestante renuncie a las relaciones legales que le otorga el régimen peruano como madre legal. Ya que es una presunción biológica que no se cumple necesariamente, ya que no tiene vínculo genético con la criatura.</p>

Pregunta N° 5	Respuestas		
	Especialista N° 1	Especialista N° 2	Especialista N° 3
¿Cómo cree usted que se debe establecer la atribución de la maternidad	Debería regirse de acuerdo a lo establecido por la ley, pero en la figura de vientre de alquiler se presenta una controversia porque la mujer que da a luz no es necesariamente la persona que deseó el embarazo, por lo tanto es a la madre de deseo a la que	Según la legislación que se basa en el precepto de certeza de maternidad por el parto de debería atribuir la maternidad legal a la mujer que lleva a cabo el embarazo y consecuentemente dio a luz, pero es importante establecer en el vientre de alquiler	En el vientre de alquiler se podría generar una excepción a la norma, y a que la mujer que da a luz no mantiene un vínculo genético con el menor, ni siquiera desea mantener un vínculo social o legal con éste, por lo que pese a que
legal en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	debiera atribuirse la maternidad legal conjuntamente con su pareja.	que la relación legal y social será únicamente con la mujer que aportó los óvulos junto con el semen del esposo o de su pareja.	dio a luz, se debe establecer la maternidad legal para la mujer con deseo de constituir una familia y que aportó su óvulo.

Pregunta N° 1	Interpretación		
	Especialista N° 1	Especialista N° 2	Especialista N° 3
¿Qué opinión tiene usted sobre la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	Es necesaria la regulación del contrato de subrogación materna en Perú. Esta regulación tiene puntos controvertidos que pueden resolverse con doctrina extranjera.	Manifiesta que es necesario que el Derecho regule la figura del vientre de alquiler, ya que existe un vacío legal. Debe de protegerse el Interés Superior del Niño.	Es necesaria la regulación de un contrato de subrogación materna que determine las obligaciones, derechos y efectos legales de las partes, frente a la falta de legislación.
	Interpretación		
Pregunta N° 2	Especialista N° 1	Especialista N° 2	Especialista N° 3
¿Para usted cuál sería la naturaleza jurídica de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	Expresa que se debe de determinar como un contrato bilateral y conmutativo, velando por el Interés Superior del Niño. Determinar el cuidado de la mujer durante el proceso de gestación. Protección del derecho a la vida.	Indica que debe de determinarse como un contrato bilateral y oneroso. Con la adecuada regulación se caracterizaría como un contrato formal y nominado, ya no atípico. Regulación específica del vientre de alquiler.	Se determina como contrato conmutativo. Protege el Interés Superior del Niño. Aplicar criterios analógicos con otras figuras jurídicas relacionadas para la adecuada determinación del contrato.

Pregunta N° 3	Interpretación		
	Especialista N° 1	Especialista N° 2	Especialista N° 3
¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	Determinar la responsabilidad jurídica de las partes. Determinar la relación de maternidad respecto al menor. Apoyarse en la legislación comparada.	Manifiesta que se debe de determinar la responsabilidad jurídica en caso de incumplimiento de las obligaciones, teniendo en cuenta el principio de Interés Superior del Niño.	Asegurar la calidad de vida del menor en un núcleo familiar establecido, como en la adopción. Derecho a la procreación. Considera importante determinar la maternidad legal.
Pregunta N° 4	Interpretación		
	Especialista N° 1	Especialista N° 2	Especialista N° 3
¿Por qué cree usted que se debe determinar la filiación en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	Es importante la determinación de la filiación junto con el derecho a la reproducción. Manifiesta que debe de atribuirse la maternidad legal a quien tuvo la voluntad de ser madre y ejercer su derecho a constituir una familia.	Considera que no debe aplicarse la certeza de maternidad para determinar el aspecto legal sino que debe de prevalecer el factor genético y el de la voluntad de maternidad.	Considera que se debe atribuir la maternidad o paternidad legal a los contratantes por su aporte genético. La mujer gestante debe obligarse a renunciar a una relación legal o de filiación con el menor.

Pregunta N° 5	Interpretación		
	Especialista N° 1	Especialista N° 2	Especialista N° 3
¿Cómo cree usted que se debe establecer la atribución de la maternidad legal en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	La mujer que llevó a cabo el embarazo no coincide con la madre de deseo. Explica que la relación legal del menor se debería atribuir a la madre de deseo junto con su pareja.	La maternidad debe atribuirse a la que da a luz. Pero manifiesta que en el vientre de alquiler se debe atribuir la maternidad legal y social a la mujer que aportó el óvulo y deseó el embarazo.	Se debe atribuir la maternidad legal a la aportante del material genético que desea constituir una familia, quien busca mantener un vínculo social y legal con el menor
Pregunta N° 1	Interpretación general		
¿Qué opinión tiene usted sobre la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	El vientre de alquiler supone al Derecho un vacío legal, por lo tanto es necesaria la regulación de un contrato de subrogación materna en el Perú, que determine las obligaciones y derechos de las partes, y sus alcances o efectos legales. Dando prioridad al precepto legal del Interés Superior del Niño. Esta determinación jurídica se puede concluir con apoyo en la doctrina internacional.		

Pregunta N° 2	Interpretación general
¿Para usted cuál sería la naturaleza jurídica de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	El contrato de subrogación es de naturaleza jurídica bilateral, consensual, conmutativa e innominado, pero se pretende que con la correcta regulación y tipificación legal, se configure como un contrato, formal y nominado. Para esta correcta aplicación legal del vientre de alquiler se puede tomar criterios de otras figuras relacionadas como la adopción y filiación matrimonial. La regulación contractual debe respaldar el derecho a la vida, a la salud y prima el Interés Superior del Niño sobre los intereses de las partes.
Pregunta N° 3	Interpretación general
¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	Es necesario establecer los alcances legales, es decir, si el contrato no concluye, determinar la responsabilidad jurídica de las partes de acuerdo a sus obligaciones, y si el contrato concluye con éxito, garantizar el derecho del niño a pertenecer a un adecuado entorno familiar y su derecho a la identidad, y para los padres, ejercer su derecho a la reproducción y determinar su relación de paternidad y maternidad legal respecto de la filiación. Establecer los efectos legales de la regulación tomando criterios de la legislación comparada sobre el vientre de alquiler.

Pregunta N° 4	Interpretación general
<p>¿Por qué cree usted que se debe determinar la filiación en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?</p>	<p>Es importante determinar la relación de filiación del menor. De acuerdo al criterio doctrinal, son los contratantes, los que aportan el material genético, quienes tienen la voluntad de ejercer su derecho a constituir una familia, por lo que el Derecho debería atribuir la maternidad o paternidad legal a éstos. Por cuanto la mujer gestante, no pretende establecer vínculo social, afectivo o legal con el menor, además de no tener relación genética directa. Se considera modificar la aplicación del principio de certeza de la maternidad en la legislación peruana vigente, o establecer una nueva acepción.</p>
Pregunta N° 5	Interpretación general
<p>¿Cómo cree usted que se debe establecer la atribución de la maternidad legal en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?</p>	<p>En la regulación del contrato de subrogación materna por vientre de alquiler se debe establecer la maternidad legal no de acuerdo al precepto de certeza de maternidad por el parto sino por la voluntad de concebir y de constituir una familia, por eso se le debe atribuir la maternidad legal a la mujer que aportó su óvulo y que deseó llevar a cabo el embarazo por vientre de alquiler.</p>

### 3.2 Discusión de resultados

En la presente investigación se encontraron los siguientes datos: Es necesaria la regulación del contrato de subrogación materna, ya que el vientre de alquiler representa un vacío legal en la legislación peruana vigente. El "vientre de alquiler" o "arriendo de útero" deriva del deseo de constituir una familia de los padres que, impedidos por la naturaleza o por sobrevenientes causas físicas o psicológicas, acuden a la aplicación de esta Técnica de Reproducción Humana Asistida, constituyendo un acuerdo con una mujer "gestante" o "portadora", que lleve a cabo únicamente el proceso de gestación del menor para entregarlo después al cuidado de los padres, reflejándose éste en el vínculo de filiación y paternidad o maternidad legal. La importancia de la regulación del contrato de subrogación materna, tiene su esencia en el derecho de reproducción de los padres contratantes y consecuentemente debe velar por los derechos básicos del menor, y hacer prevalecer el Interés Superior del Niño, para poder aplicar correctamente los parámetros legales a esta institución que carece de regulación específica, y proponer la modificación del artículo 7 la ley N° 26842 – Ley General de Salud, que refiere lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos..." Determinando los adecuados lineamientos sociales, éticos y jurídicos para esta figura, debido que en la realidad cotidiana se realizan estos acuerdos sin marco legal especial, el cual pone en peligro la salud de la mujer cedente y del menor, y la determinación de su filiación

En la presente investigación se encontraron los siguientes datos: En la regulación de este contrato se debe tomar en cuenta los derechos, como el derecho a la procreación, a la salud y proteger el Interés Superior del Niño, para poder establecer los límites y alcances de sus efectos legales y su responsabilidad jurídica. Es necesario establecer las características del contrato para que se configure como un contrato bilateral, conmutativo y formal, por lo que la propuesta de esta investigación es desarrollar un marco normativo

especializado a esta figura (Martínez-Pereda Rodríguez & Massigoge Benegiu, 1994), y de esta manera las partes gocen de los beneficios y actúan de acuerdo a sus obligaciones sobre una base legal establecida en la legislación peruana. Para determinar la naturaleza jurídica del contrato de subrogación materna es menester comprender la doctrina dirigida a este tema tanto de origen nacional y extranjera, sobre el vientre de alquiler, y los artículos referidos a las propuestas de su regulación, para analizarlos y desarrollar idealmente una propuesta de norma especializada que vele por el Interés Superior del niño, el derecho a la reproducción y a la salud.

En la presente investigación se encontraron los siguientes datos: Es necesario establecer las obligaciones de las partes contratantes y de la contratada, para poder delimitar su responsabilidad jurídica contractual y concluir satisfactoriamente con la reciprocidad de sus intereses (Borda, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo I, 1998), por un lado la entrega del niño y por la otra la prestación del arriendo de útero a cambio de una remuneración y/o de cubrir los gastos de asistencia médica que deriven del cuidado de la salud de la mujer gestante y de su proceso de gestación hasta el parto. Esta naturaleza periódica de obligaciones contractuales, puede implicar una serie de actitudes o hechos ajenos contrarios al fin esencial y legal de este contrato. En cuanto a estas imprevisiones se debe estipular las respectivas sanciones o medidas legales, asegurando los derechos de las partes contratantes y sobre todo el Interés Superior del Niño. El hecho de concluir satisfactoriamente el contrato de subrogación materna y genere efectos de ley, significaría la determinación de filiación del menor con respecto a la paternidad o maternidad legal de los contratantes, y a su vez la renuncia de la mujer cedente de útero o gestante de algún vínculo legal o socio-afectivo en relación al menor.

En la presente investigación se encontraron los siguientes datos: Se debe determinar la filiación del menor que ha sido gestado por la mujer contratada. En la legislación peruana, partiendo del principio "mater semper certa est", existe certeza de la maternidad y se determina por el hecho del parto, sin embargo, la doctrina considera que, en el vientre de alquiler, la maternidad legal se debe atribuir a la mujer contratante, conjuntamente con la paternidad legal al hombre

que contrata, puesto que son éstos los que aportaron el material genético y además son los que iniciaron la conducta obligacional del contrato de subrogación materna, es decir, son estos los que ejerciendo su derecho de reproducción, expresan su voluntad de ser padres, debiendo asegurar un entorno familiar adecuado para el menor, acorde al Interés Superior del Niño que es lo más importante para el núcleo familiar (Miranda Canales M. J., 2007). Por tanto la mujer gestante debe desprenderse de toda aquella relación que le genere el derecho con respecto al menor, es decir aquel vínculo legal asumido de la certeza de maternidad, ya que brindó la función de gestación pero no de material genético. Entonces renunciar al vínculo, legal y socio-afectivo con el menor, y cederle estos beneficios a la pareja contratante, quienes en pos de garantizar un adecuado núcleo familiar al menor, asumen también una responsabilidad legal en función de su paternidad o maternidad frente al derecho.

En la presente investigación se encontraron los siguientes datos: La atribución de la maternidad legal en el caso del vientre de alquiler se le debe conceder a la mujer que aportó el material genético, quien es considerada la madre de deseo, ya que es la que desea llevar a cabo el embarazo y mantener un vínculo legal, social y afectivo con el menor, conjuntamente con su pareja. Pues la madre contratante es la que además mantiene una relación de parentesco genético con el menor (Arámbula Reyes, 2008), mientras que la mujer que da a luz no buscó el embarazo, no tiene relación genética, ni desea mantener algún vínculo legal, social o afectivo con el menor, sino que cede únicamente su función gestacional para el propósito de los padres contratantes para constituir con el menor un núcleo familiar adecuado.

### **3.3 Conclusiones**

#### **Primero**

Se determinaron los lineamientos normativos necesarios para la regulación del contrato de subrogación materna por vientre de alquiler en el Perú, ya que las parejas impositivadas de llevar a cabo el deseo de procreación y de constitución familiar, acuden al vientre de alquiler, y se encuentran desprotegidas por una normativa legal especializada, acorde a los avances científicos, representado así un vacío legal, que el Derecho debe abastecer, mediante una regulación jurídica basada en doctrina y legislación nacional y comparada.

#### **Segundo**

Se determinó la naturaleza jurídica del contrato de subrogación materna por vientre de alquiler, así como el marco legal respectivo para su adecuada regulación a la legislación nacional. Configurando el contrato de subrogación materna analogicamente con las características de la teoría de los contratos en general, con una medida jurídica eficiente que derive de la doctrina para su aplicación en la práctica o para su ejecución en sociedad. Esta regulación debe hacer prevalecer el Interés Superior del Niño, frente a los intereses de las partes.

#### **Tercero**

Se establecieron los efectos legales con el objetivo de delimitar la responsabilidad jurídica de las partes frente al incumplimiento de sus obligaciones, generadas de su voluntad contractual, para constituir el contrato de subrogación materna. Es necesario determinar los efectos legales del contrato de subrogación materna cuando se lleve a cabo satisfactoriamente, con respecto a la paternidad y maternidad legal con relación a la filiación del menor, y que estas instituciones tengan una base legal efectiva en el caso del vientre de alquiler.

#### **Cuarto**

Se determinó la filiación en la regulación del contrato de subrogación materna en relación a los padres contratantes, ya que a partir de esta determinación se va a garantizar la prevalencia del Interés Superior del Niño, y asegurar sus intereses, por el cumplimiento de las obligaciones legales de los padres que contratan el vientre de alquiler, que fueron desde el inicio quienes tuvieron el deseo de adquirir la filiación del menor.

#### **Quinto**

Se estableció la atribución de la maternidad legal en la regulación del contrato de subrogación materna por vientre alquiler sobre la madre genética porque además se va a establecer el vínculo legal y social de los padres con el menor, pues no es la mujer que realiza el parto sino la madre genética conjuntamente con su pareja los que han deseado el embarazo y que deben asegurarle al menor su incorporación en un núcleo familiar adecuado.

### **3.4 Recomendaciones**

#### **Primero**

Desarrollar un marco normativo para la regulación del contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler, relacionarlo con la doctrina nacional e internacional, para su aplicación en la legislación peruana vigente, para satisfacer con el derecho el vacío legal existente por el vientre de alquiler, asimismo ante la necesidad de la regulación del vientre de alquiler se recomienda la modificación de la Ley General de Salud N° 26842 en su artículo 7 para lo que se proponen los posibles lineamientos.

#### **Segundo**

Desarrollar la naturaleza jurídica conceptual del contrato de subrogación materna, en base a la doctrina general de los contratos, aplicándose analógicamente los criterios lógico-jurídicos. El desarrollo conceptual de la naturaleza jurídica de este contrato sirve de base teórica para crear la normativa necesaria para regular la tipificación del vientre de alquiler mediante un contrato. La normativa se va desarrollar al determinar la naturaleza jurídica del contrato que deriva de la doctrina jurídica general.

#### **Tercero**

Desarrollar y describir los alcances jurídicos que tendría la aplicación de la regulación del contrato de subrogación materna respecto de las partes contratantes y a la vez determinar los efectos jurídicos al concluir eficazmente el contrato de subrogación materna desarrollado en un marco normativo contractual adecuado y especializado. Alcances leales que están especificados en los lineamientos normativos para la regulación del contrato de subrogación materna propuestos en la presente investigación, basados en la doctrina general de los contratos.

#### **Cuarto**

Desarrollar una nueva teoría de la filiación en la doctrina nacional, específicamente con la aplicación del principio de certeza de la maternidad, y su aplicación variable o excepcional a la figura del vientre de alquiler. Establecer la relación jurídica de la pareja contratante y de la mujer contratada, con el futuro niño, haciendo prevalecer sus derechos y garantizando su seguridad a desarrollarse en un entorno familiar adecuado.

#### **Quinto**

Establecer la atribución de la maternidad de acuerdo a la maternidad de deseo y en la maternidad genética, característica que recaen en la madre contratante que ha sido la mujer que buscó el embarazo y posteriormente establecer su relación legal y social con el menor. La madre gestante no busca ni el embarazo ni el vínculo legal con el menor por lo que deberá renunciar a la relación legal con el menor en el contrato de subrogación materna por vientre de alquiler.

### 3.5 Fuentes de información

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Bibliografía

- Arámbula Reyes, A. (2008). *Maternidad subrogada*. DF, México: Centro de documentación, información y análisis.
- Arias, F. (2006). *El proyecto de investigación: Introducción a la metodología científica*. Caracas, Venezuela: Episteme 5ta edición.
- Borda, G. A. (1998). *Tratado de Derecho Civil - Familia - Tomo I*. Abeledo - Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Borda, G. A. (1998). *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo I*. Abeledo - Buenos Aires : Abeledo - Perrot .
- Borda, G. A. (1998). *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Borda, G. A. (1999). *Tratado de Derecho Civil - Parte General - Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Cabanellas de Torres, G. (2002). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliaste.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de Noviembre de 2012). *Corte IDH*. Obtenido de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Fernández Ruiz-Galvez, E. (2002). *Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción?* Granada: Comares.
- Grández Mariño, J. (Septiembre de 2014). *El derecho a la identidad de los ciudadanos*. Obtenido de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/El-Derecho-a-la-Identidad-de-los-Ciudadanos-LGTBI-Agust%C3%ADn-Gr%C3%A1ndez.pdf>
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mexico, DF: Editorial McGraw-Hill Interamericana, S.A. (4ta Edición).
- Jimenez Dominguéz, D. (2010). *Legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna en el Perú*. Lima, Perú: In crescendo .
- Kaune, A. W. (1981). *Teoría general de los contratos - Volumen 1*. La Paz - Bolivia: Editorial Ingrabol S.R.L.
- León, L. (2009). *Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos*. Lima, Perú: Universidad San Martín de Porres.
- Líger Aldás, D. P. (Marzo de 2013). *Propuesta para la Regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada a través de las Técnicas de Reproducción Asistida en el Ecuador*. Ibarra,

Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Obtenido de  
<http://dspace.pucesi.edu.ec/bitstream/11010/291/2/T72875.pdf>

- Martínez-Pereda Rodríguez, J. M., & Massigoge Benegui, J. (1994). *Maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Madrid: Dickinson, S.L.
- Mayrelle, Q. M. (2010). *Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México*. D.F., México: Universidad La Salle.
- Miranda Canales, M. (1983). *Derecho de los contratos*. Lima, Perú: Librería Studium.
- Miranda Canales, M. J. (2007). *El ADN como prueba de la filiación en el código civil peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Navarro Lopez, C. (2000). *La fecundación*. Obtenido de  
<http://mural.uv.es/monavi/disco/primero/biologia/Tema30.pdf>
- Océano, M. (1998). *Diccionario de medicina*. Barcelona: Oceano Grupo Editorial.
- Peña Aranda, A. (s.f.). *La reproducción humana*. Sevilla: Torre olvidada.
- Sagrero Cervantes, M. A. (2009). *Los contratos de maternidad subrogada a la luz del Código Civil para el Estado de Michoacan*. Michoacan, México: Universidad Michoacana de San Nicolas de Hidalgo.
- Sampieri, H. (2008). *Metodología de la investigación*. Mexico, DF: McGraw-Hill Interamericana.
- Sánchez, H. y. (2006). *Metodología y diseños en investigación científica*. Lima, Perú: Editorial Visión Universitaria.
- Ulloa Paucarima, H. y. (2011). *Filiación del nacido vivo en un vientre de alquiler*. Lcatunga, Ecuador: Universidad Técnica de Cotopaxi.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genético*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.

## Anexos

Anexo 1: Matriz de Consistencia

Anexo 2: Entrevista

Anexo 3: Validación del Instrumento

Anexo 4: Lineamientos normativos para la modificación del artículo 7 de la Ley  
N° 26842 Ley General de Salud

---

## Anexo 1: Matriz de Consistencia

### Regulación del contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler en el Perú, 2016

Problema Principal	Objetivo General	Supuesto	Categorías	Metodología	Base legal
¿Cómo es la regulación del contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler en el Perú?	Determinar la forma de regular el contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler en el Perú	Es necesaria la regulación del contrato de subrogación materna por el vientre de alquiler en el Perú	Regulación del contrato de subrogación materna	<b>Tipo:</b> Básica <b>Diseño:</b> No experimental <b>Nivel:</b> Explicativo <b>Método:</b> Inductivo <b>Enfoque:</b> Cualitativo <b>Población:</b> 7 abogados especialistas en Derecho de Familia - docentes de UAP. <b>Muestra:</b> 3 abogados especialistas en Derecho de Familia - docentes de UAP. <b>Técnica e instrumento de recolección de datos:</b> . Análisis de documentos. . Entrevistas.	<b>La Constitución Política del Perú de 1993:</b> Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece  <b>El Código Civil Peruano de 1984:</b> Artículo 1.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.  La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.  <b>La ley N° 26842 – Ley General de Salud:</b> refiere en su Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.
<b>Problemas Secundarios</b>	<b>Objetivos Específicos</b>		<b>Subcategorías</b>		
1- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	1- Identificar la naturaleza jurídica de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú.		. La naturaleza jurídica. . Efectos de la regulación. . Determinación de la filiación. . Atribución de la maternidad legal		
2- ¿Cuáles son los efectos de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	2- Describir los efectos de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú.				
3- ¿Cómo es la determinación de la filiación del contrato de subrogación materna en el Perú?	3- Analizar la determinación de la filiación en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú.				
4- ¿Cuál es la atribución de la maternidad legal en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?	4- Establecer la atribución de la maternidad legal en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú				



Anexo 2: Ficha de Entrevista

**La regulación del contrato de subrogación materna por el  
vientre de alquiler en el Perú, 2016**

1- ¿Qué opinión tiene usted sobre la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?

---

---

---

2- ¿Para usted cuál sería la naturaleza jurídica de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?

---

---

---

3- ¿Cuáles cree usted que serían los efectos de la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?

---

---

---

4- ¿Por qué cree usted que se debe determinar la filiación en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?

---

---

---

5- ¿Cómo cree usted que se debe establecer la atribución de la maternidad legal en la regulación del contrato de subrogación materna en el Perú?

---

---

---





**UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN CUALITATIVA PURA**

(Técnica: Análisis documental); Instrumento: fichaje directo)

**I. DATOS GENERALES:**

1.1 Apellidos y nombres del informante: Alvarez Giuseppe Albert Nestor  
 1.2 Institución donde labora: UAP - Sede Lima  
 1.3 Título de la Investigación: Regulación del Contrato de Subrogación Materna en el Perú, 2016  
 Autor: Rodr. Alejandro Amador Chang

**II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN**

INDICADORES	CRITERIOS	DEFICIENTE				BAJA				REGULAR				BUENA				MUY BUENA					
		21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40		
1. HONESTIDAD	Está formulado respetando la autoría																				X		
2. OBJETIVIDAD	Está expresado con imparcialidad científica																					X	
3. ACTUALIDAD	Depende uso de los planes y la jurisprudencia, caso, etc de las últimas disposiciones jurídicas																					X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe un ordenamiento lógico dentro de las líneas generales de la temática																						X
5. SUFFICIENCIA	Verifica las doctrinas, legislaciones nacionales e internacionales																						X
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para cumplir con los objetivos trazados																						X
7. CONSISTENCIA	Utiliza suficientes referentes bibliográficos																						X
8. COHERENCIA	Entre las citas referenciadas																						X
9. METODOLOGIA	Cumple con los instrumentos metodológicos																						X
10. PERTINENCIA	Es pertinente y adecuado al área de Ciencia del Derecho																						X

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD: Las preguntas han sido bien formuladas para la aplicación del instrumento

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN: 4

LUGAR Y FECHA: 07-03-2016 - Lima

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE  
 DNI 89846287 Teléfono: 992699656  
 C.C. N. 0949

**Anexo 4: Lineamientos normativos para la modificación del artículo  
7 de la ley N° 26842 Ley General de Salud**

La ley N° 26842 – Ley General de Salud, refiere en su art. 7 lo siguiente:

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

La propuesta planteada considera la siguiente modificación:

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, asimismo se permite a las personas acceder a la técnica de maternidad subrogada a efecto de solucionar su problema de infertilidad debiendo primar en todo momento el interés familiar y sobre este el Interés Superior del Niño. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Reglamento que apruebe la modificación de ley y que regule los lineamientos en la contratación de maternidad subrogada en el supuesto de vientre de alquiler en los siguientes aspectos:

### **1- Partes contratantes**

Las partes intervinientes en la celebración de un contrato de maternidad subrogada - vientre de alquiler podrán ser las siguientes:

#### **a- De los padres biológicos:**

Los aportantes del material genético tanto masculino como femenino en el futuro serán los llamados padre y madre legales, originándose una filiación biológica y coincidentemente una filiación legal; los cuales para la celebración del presente contrato deberán reunir los siguientes requisitos a efecto de llevar a buen término el fin de la maternidad:

- Conformar una pareja heterosexual casados o convivientes.
- Demostrada infertilidad.
- Plena capacidad de ejercicio, siendo las edades estipuladas de 25 a 35 años.
- Demostrada salud física, psíquica y genética.
- Acreditada solvencia moral y económica.
- Deberán cumplir además con los requisitos necesarios para la adopción de menores.

Asimismo deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

- Sometimiento a exámenes médicos, ya que al ser lo aportantes del material genético están obligados a someterse a una prueba de sangre y ETS que determine el médico responsable, para garantizar salud del embrión como de la futura portadora.
- Entrega del óvulo fecundado, ya que deben hacerse cargo de la implantación del huevo fecundado en el útero de la mujer gestante.

- Gastos médicos o de salud, los padres deberán asumir los gastos emergentes del embarazo desde la inserción del embrión, así como del control médico necesario durante el embarazo. También asumir los gastos de posibles problemas imprevistos respecto al embarazo.
- Pagar el precio pactado de común acuerdo, que constituye la contraprestación a favor de la mujer gestante por ceder su útero y su función gestacional hasta el parto del niño, de acuerdo a las etapas del embarazo o como convengan las partes.

**b- De la madre portadora:**

La portadora del embrión formado con material genético de los padres biológicos deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- Mujer de estado civil soltera nulípara.
- Plena capacidad de ejercicio, siendo las edades estipuladas de 25 a 35 años
- Demostrada salud física, psíquica y genética.
- Acreditada solvencia moral.

Asimismo deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

- Someterse a exámenes médicos prenatales y durante la gestación, de sangre y los que considere el médico responsable, así como seguir estrictamente las indicaciones que conlleven a un proceso saludable de gestación.
- Someterse a una serie de tratamientos hormonales, para adecuar su organismo al proceso de gestación y estar lista para llevarla a cabo.
- Someterse a una prueba psicológica para determinar su aptitud como mujer portadora en la modalidad de vientre de alquiler.
- Recepcionar el embrión en su vientre, llevar a cabo el desarrollo de embarazo hasta el parto del menor.
- Cuidar debidamente de su salud física y emocional, y proteger al embrión en su etapa de gestación y pre natal.

- Someterse a la supervisión de salud de acuerdo a la determinación del médico o la entidad de salud responsable, con el fin de garantizar un desarrollo normal y saludable de la gestación.
- Actuar bajo los preceptos de las normas y no cometer actos en contra de la ley ni las buenas costumbres.
- Deberá abstenerse de mantener cualquier tipo de contacto sexual con terceros.
- Deberá abstenerse de consumir alcohol, drogas o cualquier otra sustancia tóxica que ponga en riesgo su vida o la del embrión.
- Mantener informados a los padres contratantes sobre su estado de gestación así como informar sobre el momento del parto, hecho con el que concluye su función.
- Entregar al niño al momento del parto a los padres contratantes para someterlos a su custodia y establecer su relación de filiación con el menor de acuerdo a ley, lo que pone fin a la relación contractual.

## **2- Del contrato:**

- Se origina con el acuerdo de las partes y concluye con el parto satisfactorio de la mujer portadora, o ante supuestos de inviabilidad durante la gestación.
- La pareja contratante deberá asumir los riesgos de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto al menor, asimismo deberá asumir su responsabilidad y aceptar al niño o niña en caso de anomalías, patologías e incluso discapacidades.
- Es de naturaleza un contrato oneroso, razón por la que las partes se comprometen al cumplimiento de la contraprestación económica, debiendo fijarse esta en relación con el riesgo de vida de la portadora por el embarazo y el parto. Monto que no será leonino ya que no se persigue la comercialización de la maternidad, ya que tiene un fin altruista, y la contraprestación aludida líneas arriba es sólo una retribución acorde al riesgo de vida de la mujer portadora.

- Ambas partes se comprometen a llevar a buen término el proceso de gestación, por lo que la madre portadora deberá someterse a controles de salud periódicos y otros requisitos convenientes en pos de garantizar el normal desarrollo de la gestación.
- La relación contractual será concluida luego al nacimiento del niño el cual será tendrá la filiación del padre y madre biológica es decir aquellos que aportaron el material genético.
- Las partes al finalizar la relación contractual deberán evitar la comunicación, el contacto físico o por cualquier medio, y no exponer al menor ante la mujer gestante.
- Se deberá designar a un tutor que vele por la crianza y protección del menor en caso de fallecimiento de los padres contratantes.
- En el supuesto de malformaciones genéticas no predecibles durante el embarazo este deberá concluirse hasta el nacimiento del producto.

### **3- Efectos del contrato**

#### **Causales de nulidad:**

- Enfermedades fortuitas sobrevinientes durante la gestación que conlleven a un aborto espontáneo.
- Falta de las formas previstas por ley para la contratación en general.
- Ante el supuesto del incumplimiento de las cláusulas precedentes el referido contrato devendría en nulidad.

Para resolución del contrato, independientemente de la responsabilidad contractual, el desarrollo de la gestación se debe ver impedido deviniendo en aborto por las siguientes causas.

- Por causas ajenas a la mujer portadora, enfermedad sobreviniente.
- Por negligencia de la entidad médica.
- Por negligencia de la mujer portadora.

Las partes no pueden rescindir del contrato de subrogación materna por simple o mutuo consentimiento, ni revocarlo unilateralmente.

#### **4- Responsabilidad contractual**

Cuando la obligación contractual incumplida es una obligación determinada (o de resultados), la víctima demandara el incumplimiento probando que el resultado prometido no sea alcanzado.

Cuando la obligación contractual incumplida es una obligación de prudencia y diligencia el acreedor debe probar el hecho, para establecer el incumplimiento de una imprudencia o negligencia del autor del daño.

#### **5- Sobre la filiación del menor**

Los padres contratantes para sustentar su relación de paternidad y maternidad deben acreditar:

- Certificado de la clínica o laboratorio donde se realizó la TERA por vientre de alquiler, especificando el método utilizado y su desarrollo.
- Declaración de dos o más testigos del nacimiento.
- Certificado de matrimonio de ser el caso.
- Documentos de identidad de ambos.
- Contrato de subrogación materna por vientre de alquiler.

#### **6- Límites**

Se prohíbe el uso de la técnica de reproducción asistida por vientre de alquiler cuando no se acuda a este por razones meramente humanitarias o se acudiera al contrato de regulación materna con excesiva onerosidad.