

quaestio iuris

Fundamentos jurídicos para regular la
prohibición expresa de la maternidad
subrogada onerosa en Perú

DOI: <https://doi.org/10.70467/rqi.n14.5>



Fundamentos jurídicos para regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en Perú

Legal foundations to regulate the express prohibition of subrogated maternity onerous in Peru

QUINTEROS EDQUÉN, Orlando¹

Recibido: 12.05.2025

Evaluado: 28.06.2025

Publicado: 31.07.2025

Sumario

I. Introducción. **II.** Métodos y técnicas. **III.** Argumentos en contra y a favor de la maternidad subrogada. **IV.** Desarrollo convencional y constitucional de la maternidad subrogada. **V.** Regulación de la maternidad subrogada en la legislación comparada. **VI.** La maternidad subrogada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú. **VII.** Regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada de carácter oneroso **VIII.** Garantía de la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante. **IX.** Límites a la libre disposición del cuerpo humano. **X.** Garantía del uso adecuado de las TRHA en relación con la maternidad subrogada **XI.** Conclusiones **XII.** Lista de Referencias.

Resumen

El presente artículo, aborda la problemática de la falta de regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú; toda vez que la misma como TRHA² ha adquirido relevancia a nivel mundial producto del desarrollo de la ciencia médica, al servir como una opción para parejas que adolecen de problemas de infertilidad y anhelan tener prole. Esto ha generado que se vea superado el artículo 7 de la Ley General de Salud, único dispositivo legal que regula sucintamente a las

¹Abogado, Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca; Maestro con Mención en Derecho Registral y Notarial por la Universidad Señor de Sipán, Miembro de la Red Nacional de Capacitadores Registrales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP). Email: oquinterosius@gmail.com, oquinterose_epg2023@unc.edu.pe; ORCID 0009-0008-9007-6127

²TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida.



TRHA en el Perú. Por esa razón, desarrollamos los fundamentos jurídicos para regularla dentro del Código Civil, partiendo por estudiar el positivismo jurídico, por tratarse de un hecho jurídico no regulado en nuestro ordenamiento, posteriormente arribamos al análisis de los derechos fundamentales involucrados; luego tratamos a la libre disposición del cuerpo humano, la bioética, las técnicas de reproducción humana asistida, la tipología de la maternidad subrogada; examinamos los pronunciamientos judiciales relevantes y finalmente estudiamos a la legislación comparada.

Propongo resolver el problema con la incorporación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el artículo 415-E del Código Civil, adicionalmente a ello la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud.

Palabras Clave: Fundamentos jurídicos, maternidad subrogada, onerosa, prohibición expresa.

Abstract

This article addresses the problem of the lack of regulation of the express prohibition of burdensome surrogacy in Peru. Since the same as TRHA has acquired relevance worldwide as a result of the development of medical science, by serving as an option for couples who suffer from infertility problems and yearn to have children. This has led to the passing of Article 7 of the General Health Law, the only legal device that succinctly regulates TRHA in Peru. For that reason, we developed the legal foundations to regulate it within the Civil Code, starting by studying legal positivism, since it is a legal fact not regulated in our system, later we arrive at the analysis of the fundamental rights involved; then we deal with the free disposition of the human body, bioethics, assisted human reproduction techniques, the typology of surrogacy; We examine the relevant judicial pronouncements and finally we study the comparative legislation. I propose to solve the problem with the incorporation of the express prohibition of onerous surrogacy in article 415-E of the Civil Code, in addition to the modification of article 7 of the General Health Law.

Keywords: Legal grounds, surrogacy, burdensome, express prohibition.

I.- Introducción

Los avances de la ciencia médica a partir de la década de los setenta, han dado lugar al nacimiento de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), como son la fecundación

in vitro, la transferencia de gametos, la inseminación artificial, la donación de gametos y la maternidad subrogada, ello como alternativas de solución para parejas con problemas de infertilidad. Estos adelantos en materia genética han generado en la sociedad argumentos a favor y en contra, siendo uno de los argumentos más asertivos a favor de la maternidad subrogada, el que indica que esta técnica contribuye a la solución médica y por ende psicológica de aquellas personas que padecen enfermedades reproductivas poco comunes que no les permiten procrear naturalmente, en ese sentido, la maternidad subrogada debe ser considerada como una opción para los problemas de infertilidad.

II. Métodos y técnicas

Se ha recurrido a métodos cualitativos de naturaleza jurídica tales como la hermenéutica jurídica, la dogmática civil y la argumentación, precisamente para analizar las normas jurídicas que establece la maternidad subrogada y someterla a una crítica y construir, en base a la argumentación jurídica, argumentos jurídicos que se exponen.

Como técnicas de investigación he utilizado el análisis documental y el registro de documentos, tales como la literatura doctrinal jurídica que aborda esta materia.

III. Argumentos en contra y favor de la maternidad subrogada

Los argumentos en contra señalan que la maternidad subrogada contribuye a la mercantilización del ser humano, en especial a la cosificación de la mujer, y la explotación de la misma, al desconocer los derechos de la madre sustituta, incentivando y promoviendo el ánimo de lucro, como si se tratara de una especie de mercado negro que promueve el contrato de compraventa oculto de recién nacidos para su tráfico comercial, resultando de esta manera reprobable por atentar contra normas éticas, morales y sobre todo de derechos fundamentales.

La posición que se asume en el presente artículo es a favor de la maternidad subrogada de carácter altruista, lo cual estaría dentro de los alcances del artículo 6 del Código Civil peruano, norma jurídica que regula que los actos de disposición del propio cuerpo son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados en motivos humanitarios.

IV. Desarrollo convencional y constitucional de la maternidad subrogada

La razón de ser de las TRHA y en especial de la maternidad subrogada, es el derecho a formar una familia, derecho que se encuentra regulado en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cabe mencionar que la Constitución Política del Perú no contempla taxativamente el derecho a formar familia, dentro de los derechos de la persona prescritos en el artículo 2, sin embargo lo desarrolla en virtud de lo señalado en el artículo 3, al mencionar que la enumeración de los derechos establecidos en ese capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad de la persona, permitiendo la constitucionalización del citado derecho.

En el ordenamiento jurídico peruano existe un vacío legal respecto a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, es por esta razón que no se ha desarrollado una posición con relación a estas técnicas, a pesar de las pronunciamientos judiciales que existen con relación a la maternidad subrogada, lo poco con lo que se cuenta en materia legislativa es el artículo 7° de la Ley General de Salud, norma jurídica que entró en vigencia a fines de julio de 1997 y reconoce el derecho a recurrir a un tratamiento para la infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida, siempre y cuando la condición de madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona, el problema surge debido a que dicha norma no hace visible su carácter imperativo, al no atribuirle sanción alguna a su incumplimiento.

Frente a esta coyuntura, el derecho como regulador de conductas humanas no se debe mostrar ajeno a estas situaciones novedosas y más aún cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha considerado a la infertilidad como la quinta mayor discapacidad, entonces nos enfrentamos a un problema mayúsculo de salud pública, que atañe a los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la salud, al libre desarrollo y a la autodeterminación reproductiva.

Respecto a los intentos de llenar ese vacío legal con alguna normativa, se han presentado varios proyectos de ley, a propuesta de las diversas bancadas del Congreso a lo largo de los últimos diez años, siendo los que más destacan el N.° 2003/2012-CR, N.° 1722-2012-CR y el N.° 2839-2013-CR, proyectos que buscan regular de manera general a las técnicas de reproducción humana asistida, sin regular los alcances de la maternidad subrogada de



índole filantrópico, ni muchos menos establecer sanciones para las personas que consientan o promuevan los vientres de alquiler.

V. Regulación de la maternidad subrogada en la legislación comparada

La casuística en el mundo con relación a la problemática que genera la maternidad subrogada, ha dado lugar a diversas posturas, en el sentido de que existen países que la prohíben, como es el caso de Alemania que penaliza en su legislación la utilización abusiva de las técnicas de reproducción humana en la Ley de Protección del Embrión N.º 745/90, Francia también asume una postura de prohibición al considerar. en el inc. 7 del artículo 16 del Código Civil Francés, que todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro será nulo; y España también adopta la misma postura, a través del artículo 10 de la Ley 14/2006, dispositivo legal que regula las técnicas de reproducción humana asistida, señalando que todo contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio será nulo.

En cuanto a los países que permiten la maternidad subrogada, tenemos a Brasil que cuenta con la Resolución del CFM N.º1957/2010, la cual establece que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana asistida pueden usar estas técnicas siempre que exista un problema médico que impida la gestación. El Reino Unido también regula las TRHA en el artículo 30 de Ley de Fertilización Humana y Embriológica. A nivel de Sudamérica, Brasil y Uruguay son los únicos países que cuentan con regulación expresa.

VI. La maternidad subrogada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú

En cuanto a la jurisprudencia, en el Perú a pesar de no estar regulada la maternidad subrogada, se han dado casos que han sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia, como fue con la Casación N.º 563-2011-Lima, según la sentencia, el matrimonio de DFPQ y GS, encargaron a IZCM la gestación de su futuro hijo, acordando que sería entregado al matrimonio después de nacido, el matrimonio pagó a la madre gestante la suma de U\$ 18,900 dólares. La Corte estableció que existía un conflicto entre el interés superior del niño a tener una familia y el derecho de los padres demandantes a ejercer la patria potestad. Asimismo, el colegiado se basó en el comportamiento de la gestante y su pareja, quienes mostraron la intención de renunciar al bebé a cambio de dinero, en ese sentido decidieron que primaba el interés superior de la niña y que por lo tanto continuara viviendo con el matrimonio DFPQ y G.S. debido a la carencia moral de la gestante.

VII. Regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada de carácter oneroso

En virtud de lo expuesto, lo que se plantea es la regulación expresa de la prohibición de la maternidad subrogada de carácter oneroso en el Código Civil, debido a que la propuesta contenida en el inciso 4 del artículo 415-D del Anteproyecto de Reforma del Código Civil que prescribe: “Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial”, ,no constituye, en nuestra opinión, una norma imperativa que desincentive la práctica de los llamados contratos de “vientre de alquiler”, los cuales devendrían en nulos, puesto que la suscripción de estos contratos implica la pérdida de la autonomía personal durante la gestación, traduciéndose en la pérdida de control sobre el propio cuerpo de la madre gestante al aceptar una serie de condiciones que minan su autonomía, al someterla a un control de terceras personas con un fin lucrativo. Por ello, en el presente artículo pretendemos formular fundamentos jurídicos para regular la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Perú.

VIII. Garantía de la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante

Respecto al análisis del primer fundamento que garantiza la protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de la mujer gestante, implica que los acuerdos de maternidad subrogada onerosa contravienen el valor-principio superior previsto en el artículo 1 de la Constitución, el cual prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Cabe resaltar que la vida del ser humano es inseparable de su dignidad, no se puede aceptar a la vida humana sin que esté ligada a la dignidad, pues ella responde a la posición especial que ostenta la persona respecto a los demás seres irracionales. Es por ello que el ser humano dotado de dignidad, es el único ser vivo consciente de su existencia, capaz de reflexionar sobre sí mismo y sobre los demás seres de su misma especie, esta constatación del sentido común que gozamos como seres humanos nos lleva a señalar que la vida humana encarnada en un sujeto digno, es el valor sobre el cual se erige todo el ordenamiento jurídico y la existencia del Estado. Lo aseverado nos lleva a concebir que el concepto de persona humana contenido en el artículo 1 de la Constitución, es un valor institucionalizado que nutre a todo el ordenamiento jurídico y a todas aquellas disposiciones jurídicas que regulen a la persona humana, las mismas que deben respetar su posición de sujeto de derecho con dignidad.



En la Constitución Política del Perú de 1993, se concibe a la dignidad como un valor supremo, como un valor privilegiado, pues en la dignidad humana se refuerza el carácter de la Constitución como documento estatutario de la vida en comunidad (...), de este modo, se funda como una meta norma que orienta el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las restantes normas jurídicas, porque atraviesa a manera de ratio legis, todo el contenido de las disposiciones que componen el ordenamiento jurídico. Dichas normas deben respetar, defender y valorar en todo momento a la persona humana, en especial a la mujer gestante, este es el camino que debe seguir el legislador al momento de aprobar las normas que tengan que ver con ella. (Lalupú, 2013, p.132). Por esta razón la dignidad humana, se transforma en el límite esencial para analizar y valorar las conductas de los particulares, como debe ocurrir con los acuerdos de maternidad subrogada, los mismos que tienen que analizarse conforme al valor humano comúnmente compartido que nos hace reconocernos entre humanos. En ese sentido, la dignidad humana se convierte en la génesis de nuevos derechos, que fundamenta a todo el ordenamiento jurídico, así lo entendió el poder constituyente al haber definido a la dignidad, como un concepto amplio que lo abarca todo, en pocas palabras la dignidad lo es todo.

El referido trato en lugar de enaltecer la vida humana como valor supremo, conlleva a que se afecte, se envilezca, se deje de lado lo humano y se desconozcan los más básicos derechos de la mujer gestante. A tal efecto los contratos de maternidad subrogada tienden a degradar y a deshumanizar a la mujer portadora, debido a que se le reduce a una “incubadora humana”, cuyo embarazo se concibe como un acto mecánico dejando de lado vínculos afectivos que se generan entre madre e hijo por naturaleza. Lo expuesto se acentúa, en la actualidad por el consumismo lo que en palabras del jurista Varsi sería el industrialismo procreativo, donde todo se vende y la vida humana con los contratos de alquiler de vientre parece tener un precio en el mercado, donde la mujer que hace de incubadora humana recibe una suma de dinero a cambio de arrendar su vientre, al igual que en la venta de órganos humanos en el mercado negro, es preciso hacer recordar a la comunidad jurídica que la persona humana es un fin en sí mismo, en definitiva, el hombre es persona, es decir realidad viva, por lo tanto hay que protegerlo y promoverlo en todo acto contrario a su dignidad humana. En esa misma línea no resulta armónico con su naturaleza que se encargue la gestación de un menor a un vientre ajeno para que una vez que nazca, sea entregado a los padres intencionales, a cambio de una suma de dinero, estamos en presencia de la venta de una vida, siendo a todas luces algo repudiable puesto que se estaría lucrando con la vida de un ser humano.



La maternidad subrogada se ha convertido en una “industria” de la explotación reproductiva a escala mundial, debido a que, desde el punto de vista de la oferta, las clínicas de fertilidad, las agencias intermediarias y bufetes de abogados, junto a empresas aseguradoras y entidades de crédito articulan el negocio de la explotación reproductiva de bebés recién nacidos. En un informe de la Relatora Especial sobre la Venta y la Explotación de Niños la Asamblea General de Naciones Unidas, establece que los intermediarios son los responsables de establecer los mercados de explotación reproductiva, percibiendo ingentes ganancias. El negocio está liderado por la clínicas de fertilidad que suelen pertenecer a grupos médicos internacionales y que en algunos países, además de realizar los tratamientos de reproducción humana asistida, el seguimiento de las madres de alquiler y la atención del parto; se encargan de las funciones que suelen realizar las agencias intermediarias proporcionando el catálogo de madres de alquiler y proveedoras de óvulos; prestando servicios de traducción, pediatría o guardería, acompañamiento y asesoramiento legal a los compradores y vigilado a las madres durante el proceso. (Trejo, 2021, p.15). Lo preocupante es que la explotación de mujeres con fines reproductivos ha ido incrementándose, producto de la demanda que tiene en la actualidad la maternidad subrogada onerosa. Según las estimaciones del informe The Global Surrogacy Market Report en 2018, la venta de bebés nacidos por subrogación generó unos ingresos que alcanzaron los 6.000 millones de dólares. Se prevé que en 2025 la cifra de negocios de baby business llegue a los 27.500 millones de dólares, lo que supone una tasa de crecimiento anual compuesta de 24,5 por ciento para el periodo 2019-2025. De estos 27.500 millones de dólares, 17.700 millones serán ingresos generados exclusivamente por clínicas de fertilidad, lo que equivale al 64 por ciento del total; el resto, un 36 por ciento se lo reparten entre comercializadoras, servicios jurídicos y empresas satélites. Del total de la cifra de negocio a nivel mundial, las mujeres solo percibirían el 0.9 por ciento de los ingresos generados, por este motivo la politóloga y activista feminista califica esta práctica como “proxenetismo reproductivo”. (Trejo, 2021, p.20)

La autora Ana Trejo Pulido, revela que en el mismo estudio de mercado que las principales compañías dedicadas al negocio de la explotación reproductiva a través de la subrogación estarían New Hope Fertility Center (EEUU), Ovation Fertility (EEUU), AVA Clinic Scanfert (Rusia), Extraordinary Conceptions (EEUU), Bangkok IVF Center (Tailandia) y Nova IVF Fertility (España) e IVI-RMA Global (España). Estas dos últimas empresas pertenecen al grupo español IVI-Instituto Valenciano de Infertilidad, pionero y líder en España en servicios privados de reproducción asistida y tratamiento de fertilidad desde los años 90 y cuyo valor a finales de 2019 era de



entre 1.000 y 1.200 millones de euros (Trejo, 2021). Lo llamativo es la estructura con la que operan en el mercado estas compañías, llegándose a comparar con compañías transnacionales, debido a que introducen la anatomía y fisiología femenina, su capacidad de reproducción, en el modo de producción liberal a escala mundial, en el contexto de una economía global, y subsidiaria de importantes beneficios económicos, tal es el caso de Nova IVF Fertility (NIF), que es una joint venture con el que el Instituto Valenciano de Fertilidad entra en la India en el 2012. Ese año representó el punto cúspide del negocio de la subrogación en la India, momento en que operaban en el país más de 3.000 clínicas de fertilidad, que solo en ese año ingresaron más de 400 millones de dólares.

De lo expuesto, se advierte que la maternidad subrogada onerosa en la actualidad representa un gran mercado que mueve millones de dólares a nivel mundial, lo que llama la atención y a su vez resulta peligroso, es la manera en que se organizan y operan las compañías de fertilidad que se equiparan con empresas transnacionales, ello debido a que han pasado de operar en Europa a tener presencia en Asia, eso se ve reflejado con el caso de Nova IVF Fertility (NIF), compañía que opera en la India, país catalogado mundialmente como paraíso del turismo reproductivo. Estas compañías se valen del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran muchas mujeres para captarlas y someterlas a esta praxis médica que es la maternidad por encargo, lo cual representa a todas luces una explotación puesto que según el informe The Global Surrogacy Report, las mujeres que ceden su vientre solo perciben el 0.9% por ciento de los ingresos generados, el resto de ingresos va a las arcas de las compañías citadas.

Casos de maternidad subrogada ocurren también en países de Sudamérica, siendo uno de ellos el Perú, puesto que solamente Brasil y Uruguay regulan la gestación subrogada en sus respectivos ordenamientos jurídicos, pero siempre y cuando se realicen entre familiares de hasta segundo grado de consanguinidad. En el caso de Brasil, la maternidad subrogada debe ser altruista. Es decir, la mujer gestante no debe recibir contraprestación alguna por ceder su vientre. La postura adoptaba por su ordenamiento va acorde con la Constitución de Brasil, la cual prohíbe la comercialización con órganos y tejidos. Entre otros requisitos interesantes, también prescriben que la madre gestante no debe superar los 50 años y tampoco tener un problema médico que ponga en riesgo su vida. En el caso de Uruguay, los gametos deben pertenecer a alguno de los padres intencionales y debe presentar un déficit de fertilidad anterior.

Como se puede observar, existen vacíos en los ordenamientos jurídicos de los países de Sudamérica, permitiendo que se realicen



contratos de vientre de alquiler, sacando ventaja de la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres que prestan su vientre, las cuales en su mayoría presentan una pobre formación académica, además de una difícil situación económica, trayendo como consecuencia la afectación de su dignidad con la celebración de estos contratos. En el Perú existe un vacío legal, el cual permite a las clínicas de fertilidad que pertenecen a organizaciones orientadas al “industrialismo procreativo” de la maternidad subrogada onerosa, difundan sus anuncios por la web, generándose una especie de mercado negro de bebés, en ese sentido resulta urgente la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en nuestro ordenamiento jurídico, ello con el fin de desincentivar este tipo de conductas que con el tiempo amenazan con convertir al Perú en un paraíso de la gestación subrogada. Lo expuesto cobra fuerza en la realidad con el caso que dio mérito a la Casación N.º 563-2011-Lima, mediante el cual la pareja de esposos conformada por GS. y DFPQ encargaron a ICM. que gestara a su hijo, pagándole la suma de US\$ 18,900.00 dólares, como ayuda económica, acordando que, al nacimiento del niño, ella se lo entregaría. Cabe mencionar que este es uno del sinnúmero de casos que a diario se realizan en nuestro país y de los que jamás sabremos porque no han llegado a los oídos de la prensa, lo que muestra el lado oscuro de la maternidad subrogada, haciendo imperiosa la necesidad de legislar en contra la maternidad subrogada de índole onerosa, a efectos de disuadir conductas como la narrada.

Se concluye que los acuerdos de maternidad subrogada, fomentan la instrumentalización de la mujer, toda vez que alquila su vientre para concebir un hijo sin responsabilidad a cambio de una suma de dinero, contraviniendo de esta manera a la dignidad humana, en ese sentido la regulación de la prohibición expresa de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil, garantizaría la protección de la dignidad humana, puesto que su efecto disuasivo para la celebración de estos acuerdos, contribuiría al irrestricto respeto a los derechos fundamentales de la mujer.

IX. Límites a la libre disposición del cuerpo humano

Respecto a los límites a libre disposición del cuerpo humano, cabe señalar que para el derecho civil, el cuerpo humano es un bien extracomercium, es decir se encuentra fuera del comercio de los hombres y por lo tanto no es susceptible de ser transmitido ni le se puede asignar un valor comercial; esto implica que el cuerpo humano no puede ser propiedad de otros, por lo tanto, la configuración actual del derecho de propiedad por parte del derecho positivo no tiene una respuesta respecto al cuerpo. Si bien es cierto la prostitución, entendida como la venta de servicios



sexuales, se une a la disposición del cuerpo en relación con la donación de órganos, la investigación biomédica a través de tejidos humanos y la maternidad subrogada onerosa. Es cierto que estas conductas generan el desprecio de la sociedad al comercio del cuerpo humano, sin embargo, existe una cierta aceptación de situaciones en las que se realizan intercambios con el cuerpo o con sus partes.

Es por esta razón que se habla de una flexibilización de la propiedad del cuerpo, entonces se admite que la relación entre el ser humano y su cuerpo se caracterice por cierto sentido de la propiedad que nos da derecho a disponer del mismo en ciertos aspectos, entonces debería ser posible asumir que ese uso debe estar sometido a límites y sujeto al respeto de los derechos fundamentales. En virtud de lo expuesto se plantea en la tesis, la necesidad de una intervención pública, por medio del Poder Legislativo que regule y limite el empleo de las TRHA, especialmente la maternidad subrogada, restringiendo su empleo en última ratio y solo con fines estrictamente altruistas, proscribiendo conductas de índole lucrativo, ello con el fin de evitar que compañías de fertilidad operen en nuestro país y generen una “industria” de explotación reproductiva tal como se ve en países como México, India y Ucrania.

Un análisis de la legislación peruana, nos lleva a afirmar que la normativa civil en el Perú no está diseñada para ser aplicable al cuerpo humano, ello debido a que su contenido se circunscribe en tres facultades: uso-disfrute, disposición y reivindicación. De lo que nuestro Código Civil, se remonta al Siglo XVII, encuadrándose a normas de derecho positivo desde una concepción netamente materialista y externa del cuerpo humano, ello en virtud a que el desarrollo normativo de ese entonces se ceñía a un contexto en donde los avances científicos no existían y por ende no podía aceptar la posible transmisión de partes del cuerpo humano, verbigracia donación de órganos, tejidos biológicos y células humanas. Un sector de la doctrina asevera que el cuerpo humano en su conjunto no es materia de transferencia, pero los avances en medicina si permiten la transmisión de partes del cuerpo humano. (Redondo, 2017).

Coincido con la postura del profesor Espinoza, cuando manifiesta que la utilización de las TRHA a título gratuito, debe ser por pura generosidad, es decir dejando de ser un contrato para ser netamente un acto altruista y de liberalidad, ello guarda coherencia con lo regulado en el artículo 6 del Código Civil, puesto que no hay mejor acto humanitario que el permitir, a una pareja cumplir con su proyecto de vida de ser progenitores, sin embargo éste acto carecería de sentido si se le coloca un precio. (Espinoza, 2012),



toda vez que el recurrir a las TRHA y en especial a la maternidad subrogada debe estar revestida por un sentimiento de filantropía y alejado de cualquier interés lucrativo que vaya en contra de los límites de la disposición del cuerpo humano.

Se concluye que la prohibición de disponer del cuerpo humano, se justifica a partir de la óptica de los derechos fundamentales para fundarse en la salvaguarda de la dignidad humana y de la protección de la integridad del ser humano. Sin embargo, considero que los avances de la ciencia médica en esta área han permitido que el derecho positivo se flexibilice, mediante los acuerdos de maternidad subrogada de carácter altruista, ello debido a que los seres humanos como seres libres tienen un proyecto de vida que cumplir, como es el privilegio de ser padres. En ese sentido con la regulación expresa de la prohibición de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil y su respectiva regulación mediante una norma especial, representaría el establecimiento de los límites a la libre disposición del cuerpo humano, siendo que dicha normativa guardaría concordancia con lo dispuesto con el artículo 6 del Código Civil, el cual prescribe que los actos de disposición del cuerpo humano están permitidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad.

X. Garantía del uso adecuado de las TRHA en relación con la maternidad subrogada

Esta garantía se fundamenta en los derechos reproductivos, entendidos como el reconocimiento básico a todas las personas o individuos, para que decidan libre y responsablemente el número, espaciamiento, la ocasión de tener hijos y de acceder a la información y a todos aquellos medios para hacer posible ello, así como el derecho a gozar de una adecuada salud sexual y reproductiva posible. En ese contexto, al hablar de derechos reproductivos, se hace imprescindible desarrollar a la voluntad procreacional, entendida como la intención de querer tener prole, brindarle afecto y asumir la responsabilidad de la formación integral de los hijos, ello resulta de vital importancia, puesto que significa que los hijos concebidos mediante las TRHA, son también hijos de quien haya prestado su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quien haya aportado los gametos, o sea el material genético.

Si bien es cierto que el desarrollo de la ciencia médica respecto a la procreación humana, ha permitido a las personas o parejas que ostenten voluntad procreacional, el acceso a las TRHA, ello a efectos de perpetuar su especie, no obstante, en los últimos veinte años el uso indiscriminado de estas técnicas guiadas por el *animus lucrandi*, ha puesto en aprietos a la dignidad humana y a

los demás derechos fundamentales reconocidos en la legislación nacional y en tratados internacionales. Es por ello, que en la actualidad las TRHA han sido aplicadas con regulación o sin ella, con muchísimo éxito, por ello se dice que desde 1978 hasta 2006, más de tres millones nacieron en el mundo a partir de estas técnicas, específicamente en España durante los años treinta, han sido alumbrados, luego del recurso de la ciencia, 90000 niños. En Francia, la extensión de la procreación médica es superior, pues en el año 2006 se reportó el nacimiento de 2042 niños. En el Perú, no se cuenta con cifras oficiales que muestren la extensión de la aplicación de las TRHA, del estado de su desarrollo, así como del número de nacimientos a consecuencia de la medicalización de la procreación. (Lalupú, 2013)

La citada omisión de la que adolece nuestro ordenamiento jurídico, nos impide conocer la cifra real de los nacidos bajo estas técnicas de reproducción humana asistida, su acogida en los últimos años y quienes son las personas que recurren a ellas, esto pone al descubierto que en el Perú no existe una política de control por parte del Estado sobre este sector médico orientado a la procreación, siendo en su mayoría clínicas de fertilidad que operan en las provincias más populosas del país, lo advertido no puede dejarse de lado, debido a que el empleo de las TRHA, tienen repercusiones éticas y jurídicas sobre la vida humana, lo cual contribuye a la mercantilización de la gestación en la mujer y el tráfico de niños.

La Ley General de Salud, Ley No. 26842, vigente desde julio de 1997, regula sucintamente a la inseminación artificial en su artículo 7. No obstante, a pesar de ser el único artículo de todo nuestro ordenamiento jurídico que hace mención a las TRHA, considero que el espíritu de la norma fue establecer como condición sine qua non para recurrir a las TRHA, el haber seguido previamente un tratamiento de fertilidad, puesto que estas técnicas son procesos supletorios de la infertilidad que exige la ley, imponiendo el deber de demostrar el agotamiento de los tratamientos a efectos de consolidar los medios y fines de la procreación asistida.

El artículo 7 de la Ley General de Salud, reconoce expresamente la dignidad del embrión in vitro, partiendo del supuesto que las técnicas de reproducción humana asistida son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios en el sentido que buscan superar una deficiencia biopsíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o con la finalidad de evitar la transmisión de enfermedades o taras a la descendencia de manera tal que, como praxis médicas estas técnicas fortalecen el derecho a la salud. No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación, esta no puede estar

supeditada a la mera voluntad de la persona. Esto se sustenta en el principio de beneficencia de la Bioética. (Varsi, 2000). Lo aseverado guarda concordancia con lo dispuesto en la Declaración de Mónaco,³ el cual fue un coloquio internacional en el que se puso de manifiesto la problemática que se plantea en la zona de convergencia entre la bioética y los derechos del niño y que culminó con la “Declaración de Mónaco: Reflexiones sobre la Bioética y los Derechos del Niño”.

Se concluye que nuestro ordenamiento jurídico está desprovisto de una legislación que desarrolle a las TRHA, especialmente a la maternidad subrogada, dado que el artículo 7 de la LGS, es de carácter genérico y desfasado, debido a que en la época en que entró en vigencia, el empleo de las TRHA era poco recurrible en la sociedad peruana. A pesar de ello, son rescatables las modificaciones que ha considerado el Anteproyecto de reforma del Código Civil, en torno a las TRHA, sin embargo considero que la atribución de carácter no patrimonial que se le otorga a los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no es suficiente, siendo necesaria la regulación expresa de la prohibición de la maternidad subrogada onerosa en el Código Civil, permitiendo recurrir a la maternidad subrogada filantrópica de manera supletoria y no alternativa, garantizando con ello el uso adecuado de las TRHA.

XI. Conclusiones

- a. Los acuerdos de maternidad subrogada de carácter oneroso, atentan contra la dignidad humana, reconocida en nuestra Constitución como un meta principio que sirve de fundamento para los otros derechos fundamentales, en ese sentido su protección se hace necesaria para establecer los límites a la libre disposición del cuerpo humano y así garantizar el uso adecuado de las TRHA, ello mediante la regulación de la prohibición expresa de dichos acuerdos en el Código Civil.
- b. La maternidad subrogada como TRHA, se encuentra vinculada con una gama de derechos fundamentales, como son la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada, el derecho a la salud, el derecho a la autodeterminación reproductiva, los derechos reproductivos, el interés superior del niño y el derecho a la procreación; los cuales

³En cumplimiento de la Resolución 30 C/24, del 28 al 30 de abril de 2000 se celebró en Mónaco un coloquio internacional sobre “Bioética y Derechos del Niño”. Participaron más de 200 personas procedentes de 45 países. S.A.R. la Princesa de Hannover, Presidenta de la AMADE, y la Sra. Jaroslava Moserova, Presidenta de la Conferencia General, honraron con su presencia la ceremonia de apertura, y S.A.S. el Príncipe heredero Alberto, Presidente Honorario de la AMADE, la ceremonia de clausura. Esta reunión dio como resultado la “Declaración de Mónaco: Reflexiones sobre la Bioética y los Derechos del Niño”

son necesarios para establecer los límites a la libre disposición del cuerpo humano y de esta manera garantizar el uso adecuado a las TRHA.

c. La bioética como disciplina, surge como respuesta a los conflictos suscitados por el rápido avance de la ciencia médica, orientando las conductas de los profesionales de la biomedicina al cumplimiento de sus principios; como son, el principio de respeto por las personas, el principio de beneficencia, el principio de justicia y el principio de solidaridad. En ese sentido, la bioética promueve la práctica filantrópica de las TRHA, garantizando de esta manera la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la mujer gestante.

d. Las TRHA son aquellos métodos que sirven de solución para problemas de infertilidad en la persona y las parejas que anhelan procrear, confiriéndoles la posibilidad de tener prole. Las clases más comunes en el Perú son: Inseminación artificial, fecundación in vitro, maternidad subrogada, transferencia de gametos y donación de gametos. En ese sentido, se hace necesaria la regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico de dichas técnicas, ello a efectos de garantizar su uso adecuado, acorde con la dignidad humana y los derechos fundamentales.

e. Los actos de libre disposición del cuerpo humano, tienen como limite el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales, ello con el fin de garantizar el uso adecuado de las TRHA, a pesar de ello se encuentran permitidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siempre que correspondan a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios, conforme a lo estipulado en el artículo 6 del Código Civil, en ese sentido los acuerdos de maternidad subrogada de carácter filantrópico estarían justificados.

f. En el Perú existe un vacío legal acerca de la regulación de la maternidad subrogada de índole oneroso, la cual es regulada de manera genérica en el artículo 7 de la Ley General de Salud, no obstante dicho dispositivo legal, ha sido superado por los avances de la genética y la biotecnología en los últimos veinte años; asimismo, el inciso 4 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil, le atribuye a los acuerdos de procreación por cuenta de otro, contenido no patrimonial, empero, dicha norma no tienen carácter imperativo, por lo tanto se hace necesaria la regulación jurídica a manera de prohibición en el Código Civil y la consecuente modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud.



XII. Lista de Referencias

- Espinoza, J. (2012). Derecho de las Personas. Tomo I. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Lalupú, L. (2013). Las Técnicas de Reproducción Artificial: Maternidad subrogada y dignidad Humana. Lima: Editorial San Marcos.
- Redondo, L. (2017). Libre disposición sobre el cuerpo: La posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada. Revista Eunomía. ISSM 2253-6655. N.º 12, abril-setiembre.
- Trejo, A. (2021). En el nombre del padre: Explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos. Alamandralejo, España: Plataforma Stop Vientres de Alquiler.
- Varsi, E. (2000). Bioética, Genoma y Derechos Humanos: efectivizando la protección de la humanidad. Revista Ius Et Veritas. Núm. 21. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15975>