

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**Presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato por  
gestación subrogada en Perú**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**Cristhian Bayron Vasquez Agreda**

**ASESOR**

**Katherinne Jhoana Gonzales Montenegro**

<https://orcid.org/0000-0002-1406-5433>

**Chiclayo, 2025**

**Presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato  
por gestación subrogada en Perú**

PRESENTADA POR  
**Cristhian Bayron Vasquez Agreda**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR

Rosa de Jesus Sanchez Barragan  
PRESIDENTE

Katherine del Pilar Alvarado Tapia  
SECRETARIO

Katherine Jhoana Gonzales Montenegro  
VOCAL

## **Dedicatoria**

Dedico este trabajo de investigación a mis padres y hermana, así como a mi difunto tío Julio Agreda Llatas, que durante el tiempo que estuvo en vida, supo guiar mis pasos.

## **Agradecimientos**

Agradezco a Dios y a mi familia por su apoyo incondicional para poder lograr concretar la presente investigación y subsecuentemente llegar a la recta final de mi carrera universitaria; así como aquellos que me brindaron ánimos.

## Presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato por gestación subrogada en Perú

### INFORME DE ORIGINALIDAD

<b>7</b> %	<b>8</b> %	<b>4</b> %	<b>2</b> %
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

### FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>tesis.usat.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1</b> %
<b>2</b>	<b>hdl.handle.net</b> Fuente de Internet	<b>1</b> %
<b>3</b>	<b>repositorio.unc.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1</b> %
<b>4</b>	<b>repositorio.ucv.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1</b> %
<b>5</b>	<b>www.coursehero.com</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1</b> %
<b>6</b>	<b>repositorio.ulasamericas.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1</b> %
<b>7</b>	<b>repositorio.upagu.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1</b> %
<b>8</b>	<b>dspace.unitru.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1</b> %
<b>9</b>	<b>idoc.pub</b> Fuente de Internet	

## Índice

<b>Resumen .....</b>	<b>6</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>7</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>8</b>
<b>I. Revisión de literatura .....</b>	<b>9</b>
<b>1.1. Antecedentes .....</b>	<b>9</b>
<b>1.2. Bases Teóricas: .....</b>	<b>12</b>
<b>1.3. Categorías Conceptuales .....</b>	<b>16</b>
<b>1.3.1. Contrato por gestación subrogada .....</b>	<b>16</b>
<b>1.3.2. Derecho a la vida .....</b>	<b>20</b>
<b>1.3.3. Biojurídica .....</b>	<b>22</b>
<b>II. Materiales y métodos .....</b>	<b>23</b>
<b>III. Resultados y discusión.....</b>	<b>23</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>38</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>40</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>43</b>

## Resumen

La presente investigación plantea como objetivo principal proponer presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato por gestación subrogada en Perú; partiendo de la posibilidad de su regulación, toda vez que no existe una prohibición o regulación de la gestación subrogada, entendiendo que las personas en uso de la autonomía de la voluntad celebren este tipo de contratos, por lo que resultarían válidos desde una visión legal y jurisprudencial. En este sentido, para lograr establecer dichos presupuestos, se tiene como primer objetivo específico explicar la naturaleza del contrato por gestación subrogada a fin de desacreditar su validez en razón a las teorías propuestas; como segundo, analizar normativas y jurisprudencia nacional e internacional en materia de gestación subrogada; y como tercero, explicar la incompatibilidad de intereses y remedios contractuales donde el contrato de gestación subrogada representa un atentado contra el derecho a la vida. De esta forma, para la investigación se ha utilizado un enfoque cualitativo de tipo descriptivo o puro; a través de la búsqueda y revisión de fuentes bibliográficas o documentales referidas al contrato por gestación subrogada, para llegar al análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial. Por ello, con los resultados de la investigación se ha demostrado que el contrato por gestación subrogada, desde un enfoque biojurídico no puede ser validado en Perú, por cuanto no se puede aceptar como un proceso altruista de producción, así como tampoco se puede afectar la dignidad en el derecho a la vida de la madre gestante como del concebido.

**Palabras clave:** contrato por gestación subrogada, derecho a la vida, maternidad, autonomía de la voluntad y altruismo.

## **Abstract**

The main objective of this research is to propose biolegal budgets to discredit the validity of the surrogacy contract in Peru; starting from the possibility of its regulation, since there is no prohibition or regulation of surrogacy, understanding that people using the autonomy of the will celebrate this type of contracts, so they would be valid from a legal and jurisprudential perspective. In this sense, in order to establish these budgets, the first specific objective is to explain the nature of the surrogacy contract in order to discredit its validity due to the limits of private autonomy; second, to analyze national and international regulations and jurisprudence on surrogacy; and third, to identify the various contexts in which the surrogacy contract represents an attack on the right to life. In this way, a qualitative approach of a descriptive or pure type has been used for the research; through the search and review of bibliographical or documentary sources referring to the surrogacy contract, to arrive at the normative, doctrinal and jurisprudential analysis. Therefore, with the results of the investigation it has been demonstrated that the surrogacy contract, from a bio-legal approach, cannot be validated in Peru, since it cannot be accepted as an altruistic production process, nor can it affect the dignity in the right to life of the surrogate mother and the conceived child.

**Keywords:** surrogacy contract, right to life, motherhood, autonomy of will and altruism.

## Introducción

En una sociedad cada vez más moderna donde lo natural es visto como retroceso, y lo artificial considerado como una muestra del progreso y evolución de la humanidad, surgen las biotecnologías; y con éstas, la predominancia de una visión cada vez más consumista de la forma en cómo se pueden emplear para satisfacer necesidades de los individuos. Tal es el caso, de las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la “gestación subrogada”, una esperanza para aquellas parejas infértiles, ante la tan anhelada paternidad. Sin embargo, el precio de la felicidad y el deseo es demasiado alto cuando se trata de comercializar con seres vivos.

Por otra parte, según Olmos (2021), la situación de la gestación subrogada en la Unión Europea (UE), presente una clara división al regularse, pues son pocos los países que la admiten solo en su modalidad altruista (Grecia, Portugal, entre otros); por el contrario, tanto España, Francia, Italia como Alemania optan por su prohibición. Sin embargo, existe un considerable número de países fuera de la UE, que no solo la regula en su modalidad altruista, sino comercial, tal es el caso de EE. UU, Ucrania y Colombia. Es así que, se entiende que en el ámbito internacional existe una fuerte tendencia a regular este tipo de contratos.

Asimismo, en la legislación peruana, si bien en el artículo 7° de la Ley General de Salud, refiere que, “la condición de madre gestante y genética, debe recaer sobre una misma mujer”, este no representa una prohibición mucho menos una regulación de la gestación subrogada; de ahí que en uso de su autonomía de la voluntad las personas celebren estos contratos, que desde una óptica legal y jurisprudencial son válidos; desatendiendo límites como la vida, la integridad, el cuerpo y la salud de la mujer gestante y el concebido, que son valores de carácter indisponible que este contrato tiende a poner a disposición de terceros, con la finalidad de satisfacer necesidades y deseos procreacionales.

Es por ello que, en el Perú, partiendo de la biojurídica del derecho, se necesitan plantear presupuestos que permitan desacreditar la validez de este contrato de gestación subrogada en territorio nacional, en tanto representa un atentado contra la vida y un deseo de satisfacer necesidades paternas. Para llegar a ello, se ha formulado la siguiente hipótesis: Si la gestación subrogada busca ser un servicio prestacional, que se da a través de un contrato, por el cual se admite la explotación de mujeres, venta de niños y vulneración constante de derechos humanos entonces es necesario establecer presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez de este contrato en el Perú, tales como: 1. La gestación subrogada como servicio prestacional. 2. La no instrumentalización de bienes o valores de carácter indisponible y 3. La afectación de la dignidad en el derecho a la vida versus la manifestación de una voluntad altruista.

Para el desarrollo de la investigación se han tomado en cuenta los antecedentes más importantes como el de Vega (2017) quien postula que no se puede defender un derecho al hijo, por lo que las personas no pueden tener dominio sobre crear vida humana; por lo tanto, el contrato de gestación subrogada no es defendible. Así como el de Ugaz (2021), quien refiere que no se puede disponer del cuerpo tal como no se puede disponer de la vida; y, Pastor (2021) quien concluye su investigación en España, refiriendo que el contrato de gestación subrogada instrumentaliza a la mujer y al tener como objeto al concebido, llegaría a regular un tráfico o venta de niños; por lo que sería un contrato ilícito.

A partir de ello se puede inferir que, si bien la gestación subrogada, puede representar para la mujer una oportunidad “inofensiva” de acceso al mercado, en uso de su libertad femenina para disponer de su cuerpo y sus facultades reproductivas, mejorando sus condiciones de vida; y para la pareja contratista la posibilidad de lograr una descendencia propia y ser padres. Por lo que, desde una óptica mercantil, ambos actores se beneficiarían mutuamente. Lo cierto es que, en el Perú dicha figura podría causar perjuicios en el equilibrio biojurídico del derecho.

Por ello, teniendo en cuenta el contexto descrito, surge la siguiente problemática: ¿Cuáles serán los presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato gestacional en Perú?, misma que se responderá en razón al objetivo general de proponer presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato por gestación subrogada en Perú; y tres específicos como: explicar la naturaleza del contrato por gestación subrogada a fin de desacreditar su validez en razón de las teorías propuestas; analizar normativa y jurisprudencia nacional e internacional en materia de gestación subrogada; y explicar la incompatibilidad de intereses y remedios contractuales donde el contrato de gestación subrogada representa un atentado contra el derecho a la vida.

## **I. Revisión de literatura**

### **1.1. Antecedentes**

De acuerdo con Arispe et. Al. (2020) los antecedentes son un marco referencial de investigaciones realizadas por autores, con variables relacionadas al tema que se está investigando. En razón a ello, esta investigación busca desde una óptica biojurídica y doctrinal, desacreditar la validez jurisprudencial del contrato por gestación subrogada, realizado al margen de una regulación inexistente. En ese sentido, para enriquecer la visión del presente estudio entre los antecedentes nacionales e internacionales de relevancia a considerar, están:

Llontop (2021), en su tesis para optar por el título de abogado en la Universidad de Piura, titulada “La maternidad subrogada y su aplicación en el derecho peruano”, expresa que, si bien aquellos que avalan el practicar la maternidad subrogada, representa para la mujer una nueva forma de acceder al mercado y generar ingresos, por medio del embarazo en uso “libertad femenina”; y para las parejas infértiles la posibilidad de ser padres. Se advierte que, “se están vendiendo partes del cuerpo, se está pagando por partes del cuerpo y se están negociando hijos” (p. 52). Por ello, sin importar si se realizan o no con fines lucrativos esta práctica debe prohibirse, pues convierte a sujetos de derecho en objetos y distorsiona la dignidad humana. Esta tesis es relevante, por cuanto demuestra que la gestación subrogada no es una cuestión ajena a la realidad peruana, sino que es algo que efectivamente sucede. Tal y como lo demuestra el Expediente judicial N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05, en su fundamento décimo, en donde al realizar un análisis interpretativo de esta jurisprudencia; se considera que el acuerdo de gestación subrogada es perfectamente válido, sin mayor análisis. En razón a ello, permitirá fundamentar la existencia de este tipo de actos efectuados al margen de una regulación inexistente en el Perú.

Marrufu (2022) en su tesis para optar el título de abogado en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo- Perú, titulada: “Estatuto jurídico del concebido en el Perú: Análisis jurídico frente a una posible incorporación del llamado derecho a la maternidad libremente decidida”, expone que, para la legislación peruana la vida de una persona inicia desde la concepción, ello significa que, aun cuando la mujer pueda decidir sobre el concebido, estará condicionada al respeto por el derecho a la vida y demás derechos fundamentales, pues, aunque no haya nacido, es un sujeto de derecho totalmente diferente a su madre, por lo que, debe tener una protección especial contra aquellos que atentan contra este, incluso si dichos actos perjudiciales son generados por la misma madre gestante.

La importancia de esta tesis en la investigación, se centra en el análisis que ofrece sobre el estatuto jurídico del concebido y su tratamiento en el ordenamiento jurídico nacional, profundizando en teorías del inicio de la vida, como la fecundación y concepción; además, resalta el valor del concebido como sujeto de especial protección y aborda doctrina que reconoce su individualidad genética antes del nacimiento. Cosa que resulta útil al abordar el derecho a la vida en el contrato por gestación subrogada.

Ugaz (2021) en su tesis para optar el título de abogada en la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo- Perú, titulada: “La maternidad subrogada como trata de personas y la concepción bioética de los derechos fundamentales”, bajo términos de García y Cayuela (como se cita en Ugaz, 2021), refiere que, es inconcebible comprender a la maternidad subrogada como un

acuerdo de voluntades, desde una óptica bioética relacionada con el aspecto contractual, cuando al figurar sanciones y exigencias propias de un contrato, se atenta contra la vida de la gestante y del concebido, “toda vez que no se puede disponer de la cuestión corporal tal cual no se puede disponer de la vida” (p.52); por consiguiente se percibe una realidad donde la autonomía y el consentimiento son irrelevantes.

La importancia de esta tesis recae en la fundamentación que ofrece, respecto de la intervención de las ciencias jurídicas en la Bioética, como un parámetro o guía para la constitución de normas adecuadas; lo cual, será de utilidad para fundamentar la invalidez de esta clase de acuerdos que posicionan tanto a la gestante como al concebido en una situación de desprotección y vulnerabilidad de derechos humanos.

Zubiate (2024), en su tesis para optar el título profesional de abogado, en la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, Perú, titulada: “El derecho a decidir de la familia ante el artículo 7 de la ley general de salud y la maternidad subrogada”, concluye que, en un contrato de maternidad subrogada, para que el objeto sea lícito, solo basta con desvincularse del “carácter restrictivo de la patrimonialidad de su fin y asumirse la perspectiva del fin social” (p. 57), es decir, plantea asumir una nueva visión del acto jurídico, donde se considere a las facultades reproductivas de la gestante como medio o servicio para llegar un fin, el cual es beneficiar a los padres de intención.

La presente tesis será de utilidad en esta investigación, por cuanto demuestra una clara tendencia utilitarista de aquel sector de la doctrina que pretende validar el contrato por gestación subrogada, asumiendo a la mujer como instrumento de un servicio. Postura que el suscrito, no comparte y que será objeto de cuestionamiento; además, ayudará a reforzar la hipótesis que la gestación subrogada busca ser un servicio prestacional que se da través de un contrato, el cual admite la explotación de mujeres, venta de niños y vulneración constantemente derechos humanos.

Del Castillo (2020), en su tesis para optar el grado en derecho en la Universidad de Valladolid-España, titulada: “El consentimiento de la gestante en la maternidad subrogada”, refiere que, para que exista un consentimiento, éste debe ser libre e informado. Sin embargo, esto no sucede en la realidad a la que induce la gestación subrogada, pues aun cuando la gestante se somete a la gestación subrogada y todo lo que conlleva este contrato, lo hace desde una posición de necesidad y falta de información, por tanto, estaríamos ante un consentimiento viciado.

La importancia de esta tesis recae en la evidencia que ofrece respecto a la subordinación de la voluntad de la gestante a intereses de los comitentes, tal es el caso de Melissa Cook, en donde

se discute la posibilidad de aborto por embarazo múltiple; y Kelly Martínez, en donde se evidencia la inconformidad de los comitentes al no tener un hijo varón y una hija mujer. Lo cual, es útil para identificar como el someter la vida a intereses particulares, puede representar un atentado contra esta.

Pastor (2021), en su tesis para optar el grado en derecho en la Universidad de Valladolid-España, titulada: “Aspectos jurídico-constitucionales de la maternidad subrogada”, refiere que, dependiendo de a que se considere como objeto de la gestación subrogada, puede derivar en consecuencias jurídicas distintas, pues si se percibe como objeto al servicio de gestar, esto implicaría cierta instrumentalización; y si se asume por objeto al concebido, se estaría ante un tráfico o venta de niños. De ahí, su ilicitud, puesto que, no solo somete a la mujer, sino que, “pone en compromiso la dignidad y libertad del niño” (p. 24).

Esta tesis es útil en la investigación, pues, permite advertir la realidad jurídica en la que se encuentra España; y basándose en el Informe realizado por el Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (2017), proporciona argumentos que, partiendo de un criterio biológico, servirán para cuestionar la licitud y el riesgo que conlleva realizar estos acuerdos tendientes a caer en relatividades como: comercialización de embriones, manipulación genética y vientres de alquiler.

Valle (2021), en su revista, titulada: “La gestación subrogada, trasplante de útero y útero artificial: Aproximaciones desde el bioderecho”, refiere que, la “gestación subrogada supone la mercantilización del cuerpo, incluso en supuestos de subrogaciones altruistas” (p.217), puesto que, somete total o parcialmente a la gestante de su capacidad de tomar decisiones, poniendo en juego su vida y la del niño que gesta, al someterlos a reglas del mercado. Por lo cual, es inconcebible poner a la vida como un objeto susceptible al tráfico mercantil.

La presente revista es relevante para la investigación, pues ofrece algunas consideraciones del denominado derecho al hijo, así como algunos conceptos y precisiones de lo que vendría a definirse en la actualidad como acuerdo de gestación subrogada. Siendo esto de utilidad, para definir el contrato de gestación subrogada.

## **1.2.Bases Teóricas:**

### **1.2.1. Teorías bioéticas: Personalista**

Teoría bioética, cuyo fundamento descansa en el respeto por la vida humana (desde la concepción hasta el último momento) y la dignidad inherente a su ser. Asimismo, valora a la persona por sí misma y no en razón de otra cosa, pues comprende que no puede categorizarse como un bien u objeto, ni constituirse como un medio. Cabe resaltar que, esta teoría se opone

a las éticas contemporáneas, en su mayoría basadas un subjetivismo moral, donde cada persona puede elegir la norma que más convenga. (Silva, 2012).

Asimismo, como ya se ha precisado esta teoría bioética, se fundamenta en razón del ser y la dignidad, tal y como se refleja en sus principios, propuestos por Sgreccia citado por Silva (2012): 1) Defensa de la vida física, 2) Totalidad, 3) Libertad y responsabilidad, y finalmente, 4) la Sociabilidad y subsidiariedad. A partir de los cuales, pueden derivarse otros principios como el principio de inviolabilidad de la vida humana.

Además, la importancia de esta teoría, recae en argumentar la trascendencia de la dignidad de la persona, como un valor supremo que va mucho más allá de los consensos sociales; siendo así que, tal y como expresa Guerra citado por Taboada (2012), el derecho debe respetar a la persona entendida como un fin y no como un medio, sujeto a cualquier intención, dando lugar al principio a lo que hoy en día se conocería como “norma personalista de la acción” (p.89), pues, todo ser humano por su condición de tal, es merecedor del respeto de su dignidad.

En síntesis, esta teoría es favorable para la presente investigación, pues encuentra su fundamento en la identidad ontológica del ser, es decir, en la dignidad, entendiendo al hombre como un fin en sí mismo. Razón por la cual, debe respetarse su vida en todo momento y en ningún caso ser visto como un medio para la consecución de un fin. Como en el caso de los contratos por gestación subrogada.

### **1.2.2. Teoría del iusnaturalismo**

Esta teoría tiene sus bases en la antigua Grecia, con uno de sus máximos exponentes, Aristóteles, que citado por Martínez (2019) precisa que, “lo justo político puede ser natural o convencional” (p.97), reconociendo la existencia de una justicia superior y universal a todos los hombres por naturaleza, diferente a la legal. En el mismo sentido, para corroborar la superioridad de lo justo natural, este filósofo argumenta que, “no debemos olvidar que lo que buscamos no es lo justo sin más, sino lo justo político” (Martínez,2019, p.93), dando a entender a partir de ello, que una ley o derecho no es justa porque sea legal, sino lo será en tanto se aproxime al gobierno de la naturaleza, que lo orientará a un fin más perfecto, el del bien.

Por su parte, para Hervada (2011), el iusnaturalismo es un derecho preexistente, justo y verdadero; que toda persona tiene en virtud de su naturaleza, y que más allá de las leyes creadas por las sociedades, parte de una realidad, fáctica y concreta en donde el hombre es dueño de sí mismo y como tal, tiene atribuciones que son inherentes a su ser, a las que puede acceder y conocer por medio del razonamiento. En ese sentido, se entiende que, el derecho parte de un

dato natural que determina su juricidad. De ahí, que “el hecho cultural del derecho es imposible sin un núcleo jurídico natural” (Hervada, 2012, p. 164)

Ahora, respecto a la juricidad del iusnaturalismo, Hervada, brinda un gran aporte que define las bases para establecer, la viabilidad o validez jurídica de una norma, de acuerdo a los siguientes fundamentos: 1. Lo jurídico no se limita o reduce a la ley. 2. Existe una juricidad originaria, que determina el derecho a título de naturaleza. 3. Una norma es jurídica porque parte de la condición ontológica de la persona. En pocas palabras, se entiende que lo jurídico no está determinado por ley, sino que parte la persona. Además de ello, Hervada propone algunos criterios para garantizar la existencia de un derecho justo, estos son: “la finalidad, la cantidad, la cualidad, la relación y el tiempo”. (Hervada, 2011, p.91)

### **1.2.3. Teoría del iuspositivismo de John Finnis**

John Finnis, es uno de los exponentes de esta teoría, el cual, si bien presenta una clara influencia iusnaturalista, se corresponde más con la teoría positivista, por cuanto, coincide con estos últimos al afirmar que: “lo más relevante en el ámbito jurídico son las normas” (Magaña, 2016, p. 278), haciendo manifiesta la superioridad del orden jurídico positivo. Sin embargo, para dotar de mayor fundamentación y validez al derecho positivo, este autor propone una ley natural sin naturaleza y basada en la razonabilidad práctica, pues es mediante su ejercicio que se captaran bienes básicos de carácter evidente, inconmensurable y pre-morales, necesarios para la realización de la persona; estos valores son siete, pero para efectos del presente estudio solo se emplearán tres: la vida, el juego y la razonabilidad práctica.

Cabe precisar que, si bien esta teoría no niega la existencia del derecho natural o moral, este autor considera al derecho como reglas o normatividades, siendo esta una realidad distinta a temas como la moral. En ese sentido, si el derecho “son principalmente leyes” solo bastará con estas para concluir si algo se ajusta o no a derecho.

Por otra parte, Finnis citado por Rioseco (2022) plantea que, para determinar el contenido del derecho positivo es razonable y protege a los bienes básicos, este deberá estar conforme a las exigencias de la razonabilidad práctica.

Finalmente, ¿Cuándo una ley es injusta? Finnis citado por Magaña (2016) sostiene que, solo cuando la ley formalmente válida y vigente va contra los bienes básicos y principios de razonabilidad práctica. No obstante, pese a que sea injusta, esta ley no deja de ser derecho, por lo cual, aun careciendo de moral, debe ser obedecida. Dando lugar a la validez jurídica de reglas inocuas.

#### **1.2.4. Teoría del libre consentimiento**

De acuerdo con Nuño (2016) esta teoría, expone que, para que un consentimiento sea válido y exista, tiene que cumplir con ciertos requisitos: primero, debe darse mediante un acto libre, esto es, un “yo autónomo no mediado por la supervivencia o subordinación” (p. 690); y segundo, informado, refiriendo a que, se deben conocer los efectos que tendrán las decisiones. Sin embargo, no es algo que se cumpla en la gestación subrogada, pues suprime la libertad de la gestante y el control sobre su propio cuerpo; y es imposible advertir a qué circunstancias se le expondrá y si realmente entiende los términos del contrato redactado en un lenguaje jurídico complejo. De ahí que, el consentimiento es irrelevante, pues únicamente será empleado para legitimar la aceptación de un contrato que oculta la explotación sexual y reproductiva de la mujer (Nuño, 2016)

Por su parte, Cabrera (2019), tras analizar la Proposición de la ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación en España - 2017, concluye que, no se puede hablar de un consentimiento libre sin admitir la posibilidad de su revocabilidad sin compensación. En razón a ello, se entiende que este contrato no busca precisamente garantizar la libre elección o el derecho de una mujer a gestar para otros, sino el proteger a toda costa el deseo e intereses de los comitentes de tener un hijo, incluso si ello implica que, mediante un mal ejercicio de la libertad individual, se constituya una nueva forma de explotación de la mujer (Cabrera, 2019).

En esa misma línea, según García & Coyuela (2017), es imposible de hablar de un consentimiento libre y mucho menos de un ejercicio pleno de la autonomía, en donde no existan condiciones de justicia e igualdad, como en la gestación subrogada, un contrato donde la libre elección es un mito o ficción propia de la bioética neoliberal y en el que solo se apela a un principio de autonomía generada sobre la base de un falso libre consentimiento. Ignorando cuestiones ligadas a la justicia, como el evitar que mujeres en situaciones de desventaja y subordinación comercialicen con sus cuerpos.

En ese sentido, según esta teoría para que un consentimiento sea válido debe ser libre e informado, cosa que no sucedería en el contrato por gestación subrogada, en base a dos aspectos: 1. No existe libertad de elección ni de autonomía de la voluntad cuando esta se encuentra fundamentada en un falso consentimiento, en el que no existen condiciones de igualdad ni justicia y 2. Es ilógico aludir a un consentimiento informado aun sabiendo que existe una asimetría informativa en donde la parte débil, es decir, la gestante, no tiene mayor entendimiento de los términos jurídicos.

#### **1.2.5. Teoría de la autonomía y libre disposición del cuerpo**

Esta teoría, surge como una manifestación del derecho de libertad de la persona, bajo la lógica que, al estar íntimamente ligada a su cuerpo y ser dueño del mismo, tiene derecho a disponer de este como mejor le parezca, ya sea para sí o en beneficio de otros. Advirtiendo, una flexibilización del concepto de propiedad sobre el cuerpo, en donde la persona puede disponer de algunas de sus partes (órganos, tejidos, etc.). Esto siempre y cuando, no afecte su salud, integridad o vaya en contra de las normas (Varsi, 2019). Sin embargo, el dilema de esta teoría recae en que hay ciertos actos, que, pese a que lesionan la integridad de la persona, se consideran como legítimos, cuando buscan corresponder un deber moral y solidario. Tal es el caso, de las técnicas de reproducción asistida en su modalidad altruista.

Asimismo, al respecto de esta teoría Redondo (2017), expresa que, aunque en uso de su derecho de libre disposición y autonomía la mujer puede tomar la decisión de suscribir un contrato para gestar a favor de otros, esto implicaría independientemente de la modalidad (altruista o comercial) una pérdida de su libertad, por cuanto “la prioridad del objeto del contrato va a ser el bienestar del feto y su salud” (p.142).

En conclusión, la presente teoría representaría una ventana abierta, a favor de aquellos que pretenden legalizar el contrato por gestación subrogada en su denominada modalidad altruista; sin embargo, se advierte desde una perspectiva de respeto por los derechos fundamentales, que este tipo de contratos con aparentes fines sociales, no serían más que una forma sutil de aceptar que la mujer en su integridad se ponga a disposición de un contrato.

### **1.3. Categorías Conceptuales**

#### **1.3.1. Contrato por gestación subrogada**

Este contrato es un acuerdo que abarca, por un lado, la prestación del servicio de gestar; y por el otro, una contraprestación, orientada a justificar el tiempo y gastos de la gestante, o en su defecto representar como tal una ganancia no obtenible por otro medio. Dando como resultado una transacción comercial, derivada de la cosificación tanto de la portadora gestacional como del niño (Garaycochea, 2023).

Por otra parte, hay autores que en virtud a lo dispuesto por la Corte Constitucional Colombiana sentencia T-968 de 2009, definen a este contrato, como el acto reproductor en el cual una mujer con capacidad de gestar se compromete a dar nacimiento a un niño, para que cuando nazca cedan todos sus derechos a favor de otra mujer que se determine como su madre (Pacheco, Monsalve y Torregrosa, 2020).

Es necesario precisar que, independientemente de la denominación que se le atribuya, no se limita únicamente a alquilar un vientre, pues lo que en realidad busca es contratar a una persona

en su integridad, sometiéndola a condiciones para gestar y dar a luz a un niño o niña, que finalmente deberá entregarse a los padres contratantes a cambio de dinero (García&Cayuela, 2020). En pocas palabras, este contrato tiende a instrumentalizar a la persona en su integridad y hace prevalecer la autonomía de voluntad.

En síntesis, el contrato por gestación subrogada puede definirse como aquel pacto o acuerdo, que no solo busca justificar la prestación del servicio de gestar, sino que, además, implica el contratar a una mujer en su integridad, para que, en uso de su autonomía asuma el compromiso de gestar, a favor de quienes en base a este documento y genes aportados serán considerados como sus padres. Todo ello, generalmente a cambio de una contraprestación.

Por otra parte, respecto a la situación jurídica del contrato por gestación subrogada en el Perú, hasta la actualidad únicamente se cuenta con el Artículo 7 de la Ley General de Salud N° 268462, el cual según De la Fuente (2017), no regula más prohibición que la siguiente cláusula: “la condición de madre genética y madre gestante, recaiga sobre la misma mujer”. Asimismo, en ningún momento hace la más mínima mención a la gestación subrogada, pues simplemente se limita a referir de forma genérica “Técnicas de reproducción asistida”. Demostrando así, que estaríamos ante una regulación insuficiente o vacío a nivel normativo, pues hasta el momento el Perú, es neutro respecto al adoptar una postura.

Sin embargo, el hecho de que no existe como tal una regulación sobre el tema, no significa que esta práctica sea algo inadvertido en el Perú, pues, aunque la regulación normativa sea escasa por no decir inexistente, la jurisprudencia demostraría la realización de este tipo de contratos, dentro de territorio nacional, tal y como se expone en el expediente judicial N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05, el cual, además de acreditar que la gestación subrogada es una práctica aplicada en el Perú, reconoce que este representa un ejercicio legítimo de derechos reproductivos, por lo cual, este acuerdo es válido.

En cuanto a las características y elementos esenciales de este contrato, en vista del limitado alcance jurisprudencial respecto al contrato de gestación subrogada en el Perú. Se tiene por conveniente, recurrir a la doctrina y jurisprudencia extranjera, como en el caso de Colombia, en donde atendiendo a las particularidades de este contrato, se identifican las siguientes características (Pacheco, Monsalve & Torregrosa, 2020):

Atípico, pues este contrato no se encuentra regulado en el país; bilateral, en el sentido que, da lugar a obligaciones recíprocas entre la madre gestante y los padres contratistas; gratuito, de acuerdo al precepto de la Corte Constitucional Colombiana, sentencia T-968 de 2009, este contrato solo puede motivarse por un fin únicamente altruista; consensual, ya que, se perfecciona con la aceptación de las partes; conmutativo, pues importa obligaciones de dar,

hacer o no hacer; y bajo la concepción de algunos autores, *intuitio personae*, de manera que, solo la mujer que califique para gestar, se considera como acta para llevar a cabo este procedimiento.

Por otra parte, con relación a los elementos constitutivos del contrato por gestación subrogada, se encuentran los siguientes: el consentimiento, el objeto y la licitud, los cuales se procederá a describir a continuación:

El consentimiento, siendo este un elemento esencial para lograr el perfeccionamiento del contrato, y por el cual, las partes expresan libremente su conformidad sobre aquello que están contratando, en consideración con la normativa e interés público; ahora si nos referimos al objeto, este viene a ser aquellos bienes, ventajas o beneficios que se buscan obtener al celebrar un contrato (Villena citado por Castillo, 2015). Sin embargo, es necesario hacer énfasis en que, en base al tratamiento del Código Civil Peruano de 1984(Código actualizado), autores como Ortega (2016) han concluido en que, la palabra “objeto”, da lugar a diversos significados y que el código civil no hace mayor distinción entre aquello que sería objeto de la obligación y objeto del contrato, aun así, no debe obviarse que lo que se espera obtener es la consecución de la “cosa”.

Ahora, si bien existe cierta complejidad para determinar el objeto en un contrato por gestación subrogada, es necesario responder la siguiente pregunta: ¿sobre qué se está contratando?, pues no solo sobre la vida de una mujer, lo cual, desde ya resulta contraproducente; sino sobre la vida del concebido, instrumentalizando y cosificando al ser humano, en abandono de su valor intrínseco (ser digno de respeto). Todo ello, con el único propósito de beneficiar a los padres de intención.

Otro elemento es la licitud, por la cual, se predica la legalidad del mismo. Estableciendo como límites el cumplimiento de las normas, moral, orden público y buenas costumbres. En ese sentido, lícito es estar conforme a derecho, dentro límites impuestos por la legalidad. Por el contrario, si el fin es ilícito, el contrato será declarado nulo, por ausencia de un elemento de estructura, esto conforme al artículo 219 inciso 4, que refiere al acto jurídico como nulo, ante un fin ilícito y el artículo 140 inciso 3 del Código Civil Peruano, el cual expone a la licitud como un elemento necesario para la validez del contrato.

Respecto a la licitud de los contratos por gestación subrogada en el Perú, se ha referido hasta el momento, “que lo que no está prohibido está permitido”, como un argumento para evitar cuestionamientos. Sin embargo, ello no convierte a la gestación subrogada en una práctica legítima, pues como se argumentará en esta tesis pretende comercializar y disponer con valores de carácter indisponible, como la vida y el cuerpo.

Por otro lado, en cuanto a los actores y sujetos intervinientes, se considera que, si bien cantidad de actores que participan en los procesos de gestación subrogada, supera a los que naturalmente intervendrían en la procreación, esta se determinará en función del escenario en el cual ocurra la contratación. No obstante, desde la perspectiva de Llontop (2021), se pueden identificar a los siguientes sujetos:

Madre gestante, es la mujer fértil y cuyo útero será empleado para gestar al embrión hasta que nazca; asimismo, está la parte subrogada, parejas o persona que, al no contar con la posibilidad de procrear debido a su infertilidad, estarían dispuestos a contratar a una mujer que geste a su hijo; y en determinadas circunstancias, los donantes de material genético, que son las personas (varón y mujer) que libremente deciden aportar su ovulo y espermatozoide. Cabe la posibilidad que los mismos donantes, coincidan con la calidad de contratantes.

En esa misma línea, entre los variados escenarios en los que se puede presentar o desarrollar la gestación subrogada, desde la óptica de Garaycochea (2023) se tienen los siguientes: 1. Gestación que implique los gametos o identidad genética de ambos padres contratantes; 2. Gestación con maternidad o paternidad de forma parcializada, es decir, uno de los gametos será de alguno de los contratistas y el otro será donado, para ello se empleara la fecundación in vitro; 3. Gestación diferenciada o heteróloga, donde ambos gametos no serán de ninguno de los padres de intención, sino donados y finalmente; 4. Ovodonación, situación que se da cuando únicamente el padre presenta un vínculo genético al igual que la gestante con el embrión.

En lo que respecta a los procedimientos de contratación por gestación subrogada, Silva (2012) tomando como ejemplo el caso de una clínica privada especializada en gestación subrogada en California, expone los siguientes pasos en lo que respecta a la naturaleza de este procedimiento:

1. Comienza con la búsqueda y contacto de la clínica, que más se adecue a los intereses de los contratantes;
2. Selección de la gestante, de acuerdo a los resultados y pruebas en los que se basará la clínica para proponer una candidata;
3. Elaboración del acuerdo de subrogación y realización del pago;
4. Inicio del procedimiento, con la transferencia del embrión, hasta garantizar el embarazo y ser entregado a los interesados, caso contrario la madre subrogante detendrá su tratamiento con medicinas y esperarán hasta el próximo ciclo menstrual (Silva, 2012).

En este sentido, es posible evidenciar como la mujer, su integridad, salud, libertad, pero sobre todo vida, se someten ante las necesidades y preferencias de terceros, como actores que, por un lado, buscan lucrar(clínicas); y por el otro, satisfacer esa necesidad de ser padres, a toda

costa, incluso cuando ello implica la reducción de la persona y su dignidad al comprenderse como un medio, mas no como un fin, o como un todo unificado.

### **1.3.2. Derecho a la vida**

Para comprender que es el derecho a la vida, es necesario tener en cuenta la diferencia entre lo que se conoce como derecho humano y derecho fundamental, al respecto, de conformidad con la Comisión Nacional de Derechos Humanos(CNDH), se entiende por derechos humanos a aquellos de carácter inherente y que no presentan ninguna distinción, sea por sexo, raza, origen o cualquier otra condición. Por otro lado, los derechos fundamentales según Carbonell (2007), “son derechos humanos constitucionalizados” (p.78), lo cual, quiere decir, que el derecho a la vida antes de ser un derecho fundamental, es decir, un derecho reconocido por la constitución, es un derecho humano, al que independientemente de su reconocimiento le corresponde por naturaleza y universalidad a todas las personas o seres humanos sin excepción alguna.

Asimismo, cabe resaltar que, al ser la vida un derecho humano de carácter inalienable y universal, no solo es protegido a nivel interno, sino que su protección abarcará también un ámbito de la justicia supranacional en donde el derecho a la vida también presenta un amplio reconocimiento y protección, tal y como se aprecia en las diferentes normativas y pactos o tratados internacionales como en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en donde se expone como aquel derecho que le corresponde a todo individuo; asimismo, en el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el cual se regula al derecho a la vida como una cualidad inherente a la persona, que no deberá ser privada arbitrariamente; y en el caso del artículo 4.1 de la Convención América de Derechos humanos, en donde se expone como aquel derecho que posee toda persona desde el momento en que es concebida y por la cual, deberá ser respetada y protegida por ley; sin embargo, no en todas las legislaciones o países esta facultad presenta el mismo grado de protección.

Ahora, en lo que concierne al ámbito nacional, este derecho humano y fundamental está consagrado en la Constitución Política del Perú de 1993, específicamente en su artículo 2 inciso 1, el cual expresa “Toda persona tiene derecho a: la vida(..), el concebido es sujeto de derecho en todo lo que le favorece”. Entonces, puede entenderse por derecho a la vida, al derecho que tiene toda persona y, por tanto, todo sujeto de derecho, incluyendo al concebido, a que no se atente contra su existencia, es decir, contra su vida.

Ante la óptica de Villavicencio (2015), se entiende por derecho a la vida, a aquel derecho indiscutible que tiene todo ser humano, independientemente de su status, desde el momento en que es concebido hasta su deceso. Asimismo, resalta que este derecho de naturaleza compleja,

implica la protección de otros derechos. En otras palabras, es un derecho inalienable y esencial del ser humano, que no admite distinción alguna, pues considera tanto a nacidos como a no nacidos(concebido).

Landa (2017), define por derecho a la vida, a la atribución irrenunciable y constitucionalmente reconocida que tiene todo ser humano y supone la protección del Estado, como presupuesto fundamental para el ejercicio de otros derechos humanos, cuyo contenido abarca dos aspectos complementarios que deben ser analizados de forma conjunta, el derecho a tener y vivir una vida digna, y el derecho a no ser privado arbitrariamente de esta.

De acuerdo a la literatura revisada, se concluye que la vida es aquella atribución de carácter irrenunciable e inherente a todo ser humano, que tiene por finalidad el respeto de su existencia, esto es tener y vivir una vida digna y sin interferencias, desde “el momento de su concepción hasta su muerte”, y cuya esencia o contenido sirve como presupuesto primordial para el ejercicio y protección de otros derechos.

Desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial a nivel internacional, se advierte la existencia de posturas divididas, sobre todo al determinar el momento de inicio de la vida, tal y como se demuestra en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, en el cual se cuestiona la sentencia emitida por la sala constitucional, que prohíbe las técnicas de fecundación *In vitro* (FIV), determinándose que el uso indiscriminado de embriones representa un atentado contra la vida. En ese contexto, partiendo del análisis del artículo 4.1 de la Convención, la Corte interpreta que la concepción se produce, desde el momento de la implantación y no desde la fecundación, pues fuera del útero el embrión pierde toda posibilidad de supervivencia y desarrollo como para referirse a un ser humano (Ramos et. Al., 2022). Siendo así que, para el criterio de la Corte Interamericana el embrión por sí mismo, no puede ser considerado como sujeto de protección jurídica, y mucho menos titular de derechos.

Por el contrario, para la doctrina y jurisprudencia nacional peruana, tal y como se prevé de la Sentencia del Tribunal Constitucional, respecto del Exp.02005-2009-PA/TC, en su fundamento veintitrés la vida inicia desde el momento de la concepción, es decir, desde la fecundación (unión entre ovulo y espermatozoide), dando origen al embrión como una nueva fuente de vitalidad y cuya individualidad genética es reconocible (diferente a la de sus padres), por cuanto, se considera que el embrión posee toda la información genética necesaria para constituir un “nuevo ser humano único e irreplicable”, cuya titularidad de derechos parte de su misma naturaleza. Siendo este el postulado que se compartirá en la presente investigación, por cuanto se considera al concebido como un ser totipotencial, cuya existencia y vitalidad debe ser

protegida. Más aún, si se atiende a la recientemente publicada Ley que reconoce derechos al concebido-Ley N° 31935, de fecha 16 de noviembre del 2023, la cual, resulta ser de gran importancia al reconocer derechos al concebido, partiendo de la dignidad que emana de su ser; entre tales derechos no solo se encuentra el derecho a la vida; sino a la “salud; integridad moral, psíquica y física; a la identidad; al libre desarrollo y bienestar; y cualquier otro derecho que le favorezca” (artículo 2).

### **1.3.3. Biojurídica**

Araujo (2019), expresa que, la biojurídica o bioderecho, es una nueva forma de abordar y afrontar problemas bioéticos, pues se constituye como una propuesta que busca solucionar los diversos conflictos y dilemas medico legales, propios de una era posmoderna que se caracteriza por el constante dinamismo y avance de la biotecnología. Esto con el propósito de dotar de protección el derecho a la vida y el respeto de la dignidad humana, ante las distintas situaciones generadas a partir de la evolución.

Aparisi (2007), refiere que, la biojurídica es aquella ciencia jurídica relacionada con la filosofía jurídica y que se inclina hacia el estudio de fenómenos de carácter bioético que inciden en el ámbito de las relaciones humanas, esto con la finalidad reflexionar sobre aquellas normas vigentes, a la luz de la dignidad y derechos fundamentales, ante la incorporación de nuevas tecnologías en ciencias de la salud. Pero no a través de una justificación moral sino propiamente jurídica.

Punto de confluencia entre lo bioético y lo jurídico, que de acuerdo a Siverino (2010), se define como la rama de la bioética que surge como una respuesta del derecho, pues apunta a la resolución y regulación de temas y problemas bioéticos con la finalidad de garantizar la protección de la dignidad humana y derechos fundamentales, puestos en discusión debido al avance de las ciencias y tecnologías.

En síntesis, a partir de las definiciones abordadas por los diversos autores se entiende por biojurídica, a aquella rama de la bioética que surge como una respuesta del derecho para solucionar y regular diversos dilemas o fenómenos de carácter bioético, producidos por avance de la biotecnología, propia de una era postmoderna, en donde la constante predominante es el cambio y evolución. Esto, con la finalidad de proteger tanto derechos fundamentales como el respeto por la dignidad humana.

Siendo así como, ante la necesidad de regular las nuevas biotecnologías aplicadas a la vida como clonación, manipulación genética y técnicas de reproducción asistida, surge la biojurídica como una nueva disciplina que complementará a la bioética, con la finalidad de abordar

mediante la filosofía jurídica la correcta aplicación de principios éticos y jurídicos, de manera que, se garantice una correcta interpretación de las normas jurídico positivas y pueda establecerse su pertinencia (Herrera, 2021).

## **II. Materiales y métodos**

El presente trabajo de investigación se ha realizado desde un enfoque cualitativo de tipo descriptivo o puro, siendo este un tipo de investigación, que de acuerdo con Fidiás (2017), se dará cuando lo que se persigue es el incremento de enunciados teóricos, por medio de la formulación de hipótesis, leyes y teorías, con el propósito de ampliar el puro avance científico.

Esto, mediante la búsqueda y revisión de diversas fuentes bibliográficas o documentales en lo que respecta al contrato por gestación subrogada. En ese sentido, tras un análisis e interpretación del tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial, tanto a nivel nacional como internacional, explicar su naturaleza y como está atenta contra el derecho a la vida, concluyendo a partir de esta realidad, en el establecimiento de presupuestos biojurídicos para determinar su invalidez.

Asimismo, en mérito al proceso que se ha seguido para la presente investigación para el logro del objetivo general y específicos, las fuentes de información que han sido utilizadas son tesis, libros, revistas, artículos científicos, entre otras. Además, se he tenido por conveniente, el empleo de la técnica del fichaje, para mantener un mayor nivel de orden y organización respecto al desarrollo de los ideas importantes, argumentos y contenido teórico relacionados con el tema de estudio.

## **III. Resultados y discusión**

### **Explicación de la naturaleza del contrato por gestación subrogada a fin de desacreditar su validez en razón de las teorías propuestas**

En este objetivo se explicará la naturaleza del contrato por gestación subrogada, para lo cual, se dará un enfoque desde su evolución, destacando sus particularidades, para finalmente en razón de las teorías propuestas desacreditar su validez.

#### **3.1.1. Enfoque jurídico y evolutivo de la gestación subrogada**

Para tener un mayor conocimiento de lo que hoy en día significa o representa la gestación subrogada, ya sea como técnica de reproducción asistida o como contrato, es necesario tener en

cuenta sus antecedentes desde un contexto internacional y nacional, los cuales se presentan a través de la siguiente tabla.

**Tabla 1**

*Enfoque jurídico y evolutivo de la gestación subrogada.*

<b>Año</b>	<b>Lugar</b>	<b>Acontecimiento</b>	<b>Crítica</b>
1940	Estados Unidos	<p>Primer Banco de Semen.</p> <p>Antecedente: Post 2da Guerra Mundial</p> <p>Finalidad: promover la inseminación artificial.</p> <p>Creación: A cargo de Cappy Rothman y Charles, con CryoBank, California(1977)</p>	<p>Inicio de una nueva era marcada por el uso de biotecnología, con fines experimentales</p>
1973	Melbourne, Australia	<p>Primer embarazo humano, mediante FIV a cargo de Carl Wood y John Leeton- Sin éxito</p>	<p>El procedimiento demanda un uso indiscriminado de embriones humanos</p>
1976	Michigan, Estados Unidos	<p>Primer contrato de maternidad subrogada, elaborado por el abogado Noel Keane.</p> <p>Fundó: <i>Surrogate Family Service Inc.</i>, Sociedad Anónima, dedica al servicio de familias sustitutas.</p>	<p>Percepción de la maternidad como negocio de relevancia jurídica, mediante el cual se puede lucrar.</p>
1978	Londres	<p>“Caso Baby Cotton”</p> <p>Primera bebé probeta, Louise Brown, mediante FIV, a cargo de Patrick Steptoe(Ginecólogo) y Robert Edwards(Fisiólogo)</p> <p>Clínica: Hospital Oldham</p>	<p>Considerado como un avance a nivel médico y científico. Sin embargo, rompe el paradigma de la reproducción natural</p>
1986	Estados Unidos	<p>“Caso Baby M”</p>	<p>Evidencia como el contrato por gestación</p>

1997	Perú	<p>Partes: Señora Whitehead y el señor Stern (padre natural), firman un contrato que la somete a una inseminación artificial.</p> <p>Contrato: condiciona la entrega del bebé por un pago de \$10,000.</p> <p>Clínica: Hospital Monmouth Medical Center Long Branch, New Jersey.</p> <p>Ley N° 26842-Ley General de Salud, Artículo 7°</p> <p>Establece como prohibición tácita que: la condición de madre genética y la madre gestante, debe recaer en la misma mujer.</p>	<p>subrogada únicamente protege a las partes interesadas y condicionada tanto la vida de la gestante como la del bebé.</p> <p>Si bien pretendía regular, existe un vacío, por el cual, hasta el momento el contrato es válido.</p>
------	------	---	--

*Nota.* Elaboración propia (2024).

Finalizando, de los aportes científicos expuestos que han determinado la evolución del contrato de gestación subrogada desde 1940 hasta la actualidad, es previsible que: 1. De esta evolución se advierte la coexistencia de distintas denominaciones como maternidad subrogada, vientre de alquiler, útero subrogado, gestación subrogada y gestación por sustitución; no obstante, existe un debate entre estas últimas, dado que, la terminología que sugiere “gestación por sustitución”, da a entender a la gestación como un acto impropio y a merced del favor de terceros y 2. Lejos de representar un avance científico, supedita la vida de un ser humano a la consecución del fin de los interesados, esto es, tener un hijo, a través de un contrato, que en vez de regularizar su condición de sujeto de derecho la distorsiona y aparta de la misma, al considerarlo como objeto, lo cual implica un retroceso y desvalor de la vida.

### **3.1.2. El aporte de la trascendencia jurídica de Hervada desde lo justo natural**

Respecto al contrato de gestación subrogada, como ya se ha analizado induce a la persona, a una realidad, en donde únicamente podrá ser valorada en función a la prestación del servicio para el cual se le solicitó y el deseo de los interesados de ser padres, mediante un contrato que condiciona la vida de una mujer, para la consecución de un fin, que es tener un hijo para otros. Esto, conforme a lo referido por Valle (2021) “supone la mercantilización del cuerpo, incluso en supuestos de subrogaciones altruistas” (p. 217).

En base a lo anterior, es necesario dilucidar su naturaleza y en todo caso fundamentar desde el iusnaturalismo, por qué este tipo de contratos impulsados por activistas del derecho positivo no debe ser celebrado. En ese sentido, se plantea la siguiente premisa: el contrato de gestación es un acto antijurídico por tanto ilícito y no debería ser constituido como un derecho. Perspectiva que encuentra su sustento acorde a la teoría planteada por Hervada, el cual propone que, para determinar que un derecho es jurídico, por lo tanto, verdadero derecho, este tiene que ser justo (Hervada, 2011, p. 91), es decir, respetar la unidad de dignidad y unidad de la naturaleza humana de cada individuo.

Por su parte, como resultado de su investigación, Pastor (2021), refiere el objeto de este contrato es ilícito y puede derivar a distintas consecuencias jurídicas, por cuanto si es la gestación, existirá una instrumentalización y si es el concebido, constituiría tráfico o venta de niños. Ahora, al evaluarlo desde la teoría iusnaturalista y valorar los criterios de Hervada (2011) para determinar un derecho justo, como la cualidad y relación en el contrato por gestación subrogada se tiene que, en cuanto a la cualidad, el ser humano no puede medirse como un objeto, mucho menos cuantificarse en base a una cantidad dineraria, pues lo precede la calidad ontológica de su ser y su dignidad; y respecto a la relación, la persona no puede ser entendida como un medio para la consecución de un fin.

Es así que, en razón a la teoría hervadiana, no existe concordancia en cuanto a la validez del contrato por gestación subrogada, debido a que este debe tener un fin lícito. Sin embargo, no hay nada de lícito en materializar a una persona o vender a un recién nacido, pues esto es lo que sucede cuando el derecho se inclina a favor de intereses o deseos personales, y deja de lado la juricidad originaria que recae en la capacidad ontológica del ser personal. Asimismo, se debe recordar que una ley no es jurídica o justa porque este escrita, sino que lo será en tanto no pierda de vista a la persona, tal y como sucede en el contrato por gestación subrogada, un contrato cuyo objeto y licitud es inválido por no ajustarse a derecho.

### **3.1.3. Validez jurídica de las reglas inocuas, desde la óptica de Finnis**

Ahora, en base a la teoría de John Finnis, se entiende que lo más importante para el derecho son las normas, fundamentadas no desde la naturaleza humana sino desde la razonabilidad

práctica, la cual permitirá captar bienes básicos necesarios para la validez del derecho desde su concepción. Es por ello que, para evaluar a contrato por gestación subrogada, primero es necesario precisar qué bienes básicos fundamentarían su existencia, entre estos están: 1. Vida, pues no solo basta con existir, sino que esta existencia debe ser satisfactoria, por lo cual, aun cuando existan personas infértiles, esto no debería ser un impedimento para tener hijos propios 2. El juego, pues al considerarse un aspecto fundamental para el ser humano, implica que tanto este como la vida son igualmente importantes. En ese sentido, validaría la selección de rasgos, características y cualidades del embrión, siempre que, garantice el acceso a la vida del hijo solicitado; y 3. La razonabilidad práctica, entendida como la capacidad de tomar decisiones de acuerdo con la razón y moral de cada uno, lo cual supone que, si las personas consideran que es correcto tener hijos mediante este tipo de contratos, entonces pueden hacerlo.

De la explicación de la naturaleza de este contrato, se concluye que en vez representar un avance científico, somete a la gestante y al concebido a una situación jurídica irregular, que vulnera su condición de sujetos de derecho, al considerarlos como objetos de un contrato cuya fundamentación está basada en la pura racionalidad normativa sujeta a intereses, lo cual implica un retroceso y desvalor de la vida. En ese sentido, el objeto, la licitud y el consentimiento de este contrato, no es coherente con la dignidad y naturaleza propias del ser humano, por lo cual, al no ajustarse a derecho, este contrato es inválido.

## **Análisis de normativas y jurisprudencia nacional e internacional en materia de gestación subrogada**

### **3.2.1. Normativa y jurisprudencia nacional en materia de gestación subrogada**

En este ítem, se desarrollará a la gestación subrogada entendida a partir de dos actos: Primero, como acto decisivo de la mujer, haciendo referencia al artículo 7 de la Ley General de Salud N°268462; y segundo, como práctica realizada por el profesional de salud, atendiendo para ello, al artículo 39 del Código de Ética del Colegio Médico del Perú.

Como resultado del análisis de la normatividad existente respecto al contrato por gestación subrogada en el Perú, se ha identificado como un intento por regular este tipo de contratos, el Artículo 7 de la Ley General de Salud N°268462, el cual, solo sugiere la terminología “Técnicas de reproducción asistida” en un sentido genérico, y según De la Fuente (2017), no regula más limitante que: “la condición de madre genética y madre gestante, recaiga sobre la misma mujer”

Por otra parte, se tiene al artículo 39 del Código de Ética del Colegio Médico del Perú, el cual expresa que, el médico no debe realizar técnicas de reproducción asistida en mujeres

propuestas como madres subrogadas, ya sea con fines de lucro propio o de terceros. Dando a entender que, en el Perú, estaría permitida la gestación subrogada siempre que sea con fines altruistas.

Partiendo del análisis de estos artículos, se tiene que, por un lado, tal y como se prevé de la Ley General de Salud, es evidente que a nivel normativo el Perú, padecería de una regulación insuficiente ante los variados escenarios a los que da lugar la gestación subrogada, destacando su falta de prohibición; y por el otro, respecto al artículo 39 del Código de ética médico, es posible asumir que no implica una prohibición a los médicos, ni partes intervinientes de este contrato de realizar técnicas de reproducción asistida, sino un intento permisivo de regular a la gestación subrogada en su modalidad altruista.

Teniendo en cuenta, lo mencionado anteriormente desde un carácter jurisprudencial del sistema peruano, se ha obtenido como resultado que, aunque la gestación subrogada no este regulada, es una práctica aplicada en el Perú, demostrándose ello, a partir de los siguientes expedientes:

Expediente N°6374, el cual, refiere mediante proceso de amparo, el caso de Francisco Reyes y Nancy Ballesteros (sociedad conyugal) y otros, contra Reniec, en el presente, tal y como lo precisa el considerando segundo, la pareja tenía dificultades para lograr un embarazo, por lo que opto por acudir a TERAS, sin embargo, la mujer siempre abortaba. Hasta el día en que, al acudir a una clínica, esta le propuso a la pareja realizar la maternidad subrogada, contando para ello con el apoyo de otra pareja que acepto someterse al procedimiento y suscribir un contrato bajo el nombre de “acuerdo privado de útero subrogado”. Asimismo, en base a su considerando noveno, se expresa que, al no existir prohibición de realizar este tipo de contratos, se estaría ante un ejercicio legítimo del derecho a la salud reproductiva, sin dejar dudas de su validez.

Siendo así, como se puede evidenciar no solo la existencia de este contrato en el Perú, sino la colaboración de clínicas, encargadas de realizar este tipo de procedimientos para beneficio propio y de terceros. Por lo tanto, bajo la lógica de este juzgado, este acuerdo es perfectamente válido. Postura que no se correspondería con el criterio dado por Llontop (2021), quien advierte que, aunque para algunas personas la maternidad subrogada representa una nueva forma de acceso al mercado y para otras la oportunidad de ser padres, no debe olvidarse la idea que además de instrumentalizarse partes del cuerpo, se están negociando hijos.

Ante lo cual, es necesario hacer la precisión que incluso las libertades mal empleadas y el distorsionado derecho a la salud reproductiva, no son derechos absolutos, pues al desprenderse de la dignidad humana y el derecho a la vida, estos se constituyen como sus principales límites. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia peruana no ha valorado estos límites, ni

considerado que el ejercicio de un derecho no puede afectar el ejercicio de otros, de igual o mayor importancia, adoptando una visión más progresista, por lo cual, valida este tipo de contratos.

Asimismo, se tiene el caso del Expediente N°1707-2022(Ref. Sala 00982-2023), el cual, consiste en un proceso de amparo realizado por Edgar Mejía y Norma Gutiérrez contra Reniec, a fin de que se les reconozca como padres legales del menor D.M.G; en este caso, tal y como se refiere en su fundamento sexto, la pareja habría acudido al Centro de Reproducción Asistida Niu Vida, para realizar un procedimiento de gestación subrogada, mediante FIV, asegurando que el embrión presente la carga genética del padre y de una donadora; además del consentimiento o compromiso de Luisa Mejía, gestante y hermana del demandante, quien reconoce mediante “acuerdo privado de vientre solidario”, que el embrión implantado pertenece genéticamente a la pareja de esposos a quien entregará el niño al nacer. Finalmente, la sala declara fundada la demanda en concordancia con el criterio internacional de la Corte Interamericana, al afirmar que la decisión de la maternidad en la mujer es parte esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Finalmente, se evidencia que la jurisprudencia peruana valida legalmente, el contrato por gestación subrogada en su modalidad altruista, integrando criterios internacionales, en los que únicamente prevalecería la autodeterminación reproductiva de la mujer, como justificante para que, en uso desmedido de su libertad, realice acuerdos privados “solidarios” que le permitan reafirmar su decisión de ser madre.

### **3.2.2. Normativa y jurisprudencia internacional en materia de gestación subrogada**

Atendiendo al análisis de la normativa del contrato por gestación subrogada desde una óptica internacional, se han considerado tres países España, Ucrania y Colombia, de los cuales se ha previsto que no existe una regulación unificada al respecto.

#### **España**

Teniendo en cuenta a la ley española desde un sentido amplio, se establece una regulación prohibitiva de la gestación subrogada, pues, tal y como se propone en el artículo 10 de Ley 14/2006, en lo que respecta a Técnicas de reproducción asistida, precisa que: “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio...*”, por lo cual, se entiende que independientemente de su modalidad (comercial o altruista), para su cuerpo normativo este contrato es inválido.

En la actualidad existe un gran debate en España respecto a la posibilidad de modificar este artículo y legalizar la gestación por sustitución en su modalidad altruista, por considerarlo como

limitante frente derechos y principios como libertad y no discriminación. Postura que no sería compartida por Albert (2017), pues la realidad es que el altruismo en países desarrollados no produciría un aumento de oferta de gestantes, pero si una creciente demanda de padres de intención que terminaran recurriendo al turismo reproductivo.

Comprendiéndose así, que el altruismo lejos de representar una solución o una alternativa menos perjudicial, solo sería una extensión de lo que realmente constituye un contrato por gestación subrogada, esto es, un contrato de naturaleza antijurídica, sometido las reglas del mercado. En ese sentido, se considera a la legislación española como una de las más coherentes.

### **Ucrania**

En cuanto a Ucrania se ha identificado como uno de los países que admite el contrato por gestación subrogada en un sentido remunerado, cuya regulación se encontraría en el artículo 123 inciso 2 de su Código de Familia, del cual, Begoña (2020), interpreta que, si ambos comitentes han aportado su carga genética, la gestante no podrá reclamar la filiación, pues incluso si no diera su consentimiento, los padres pueden iniciar acciones legales e inscribir al menor como su hijo. Asimismo, manifiesta una serie de condiciones que deben ser cumplidas para su acceso, las cuales son: 1. Se excluye a parejas del mismo sexo o solteras; 2. Estar casados; 3. Que el consentimiento de la gestante sea dado ante notario para inscripción de los comitentes como padres y 4. La remuneración se determinada entre las partes. (Begoña, 2020)

La normativa de Ucrania demuestra que, la regulación del contrato por gestación subrogada comercial, presenta una única finalidad, y no precisamente dar seguridad jurídica a la gestante, como parte débil del contrato, sino asegurar “el derecho reproductivo” de los interesados a toda costa, mediante un contrato cuyo precio justificaría la gestación.

### **Colombia**

En materia de gestación subrogada, se cuenta con el artículo 42-6 de la Constitución Colombiana, que refiere que: “*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, (...) procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*”; del cual, según la Sentencia T-968(2009), se advierte la existencia de vacíos legales, pues no precisa si la gestación, es tradicional o gestacional. Además, define a la gestación subrogada como “acto reproductor” por el cual una mujer sujeta a un pacto o compromiso pretende dar nacimiento a un niño, para cederlo a otra mujer. Finalmente, ante la necesidad de una regulación la Corte da algunos criterios a considerar, entre los cuales resaltan: 1. Que la mujer tenga problemas físicos para concebir; 2. Que los gametos no sean aportados por la gestante y no presente ánimo de lucro; 3. Que una vez la gestante firme el consentimiento informado y tenga implantado el

material reproductor, no pueda retractarse y 4. La interrupción del embarazo solo sea posible por prescripción médica. (Bojaca, 2020)

De lo expuesto, se deduce que, si bien Colombia no cuenta con una regulación clara de la materia, la jurisprudencia ya habría emitido una postura favorable para la legalización de este contrato, al considerar a la gestación como un “acto reproductor” del que se puede disponer y no una condición personalísima de la mujer. Ello se relaciona a la teoría de la autonomía y libre disposición del cuerpo, atendiendo a que según lo que postula, la persona tiene derecho a disponer de sí misma como mejor le parezca, ya sea para sí o para otros (Varsi, 2019).

En ese sentido, del análisis de la normativa y jurisprudencia nacional a internacional, se obtiene como resultado que, el que no exista una regulación adecuada del contrato por gestación subrogada en el Perú, no lo exime de ser una práctica aplicada, pues al no estar prohibido, ha generado que la jurisprudencia pretenda regularizarlo en su modalidad altruista. Sin embargo, la realidad internacional permisiva ha demostrado que, incluso los contratos que aparentan ser altruistas son perjudiciales, por cuanto, no son más que una extensión de acuerdo cuya finalidad es antijurídica, que lejos de brindar protección a la gestante y concebido (partes débiles), se enfocada en garantizar la efectividad del servicio y justificar el precio por la gestación.

### **Explicar la incompatibilidad de intereses y remedios contractuales donde el contrato de gestación subrogada representa un atentado contra el derecho a la vida**

En el presente objetivo se explicará la incompatibilidad de intereses y remedios contractuales donde el contrato de gestación subrogada representa un atentado contra el derecho a la vida. Para ello, se debe partir del panorama actualizado del proceso de selección embrionaria.

#### **3.3.1. Incompatibilidad de intereses**

##### **a. Panorama actualizado del proceso de selección embrionaria.**

La realidad científica muestra que, para lograr un embarazo exitoso mediante gestación subrogada, no basta con simplemente implantar al embrión en el útero de la gestante, sino que, es necesaria la realización de un proceso complementario que asegure su éxito y satisfaga las demandas de los interesados, esto es la selección embrionaria, la cual, se realizará en aplicación de una técnica conocida como Diagnóstico Genético Preimplantatorio(DGP).

Entiéndase por DGP, a aquella técnica por la cual, se obtiene información respecto a los 23 pares de cromosomas presentes en cada embrión, a fin de identificar alteraciones genéticas y enfermedades previa implantación. (Macía, 2018). Su evolución presenta actualizaciones

complementadas por otras técnicas y dirigidas a garantizar la calidad embrionaria, entre las cuales se encuentran las siguientes:

De acuerdo a los resultados del estudio realizado por Reimundo et al. (2021), un claro ejemplo es el método Time Lapse, que valora la morfología de los embriones, con una secuencia de imágenes obtenidas de una incubadora con microscopio y cámara integrada, siendo este, un ambiente idóneo para la observación e identificación de embriones aptos para la selección. Por otra parte, Gonzales (2022) destaca la Transferencia Electiva del Embrión (TES-1), técnica orientada a superar la transferencia embrionaria múltiple en TERAS, mediante la reducción a un embrión transferido por intento, evitando así el peligro de tener embarazos múltiples y sus complicaciones. Finalmente, Millás (2024), da a conocer un nuevo método de secuenciación embrionaria, desarrollado por la clínica Orchid Health, que permitiría conocer mejor el genoma o ADN de un embrión e identificar el riesgo de enfermedades como cáncer de mamas e incluso enfermedades mentales como esquizofrenia. Sin embargo, se considera un método impreciso, pues nada asegura su manifestación.

En vista de ello, si bien el DGP ha tenido progresos en cuanto aplicación en la gestación subrogada, dichos avances no lo vuelven menos lesivo, puesto que, su finalidad es garantizar la plena satisfacción de aquellos que buscan ser padres, con el “embrión más efectivo”, es decir, adecuado a sus intereses, mediante el descarte de aquellos embriones que se consideren defectuosos. No obstante, es imposible garantizar con total certeza lo que ocurrirá en un embarazo desde la implantación, por lo que, la variación del resultado esperado por los comitentes, provocaría una incompatibilidad de intereses, tal y como se demuestra a continuación:

Por un lado, el caso de *Kelly Martínez*, gestante, contratada por una pareja española, que al realizar la ecografía y saber que tendrían dos hijos varones no tomaron a bien el resultado, pues habían pagado para que mediante selección embrionaria Kelly, diera a luz a un niño u una niña. Situación que se agravo cuando a Kelly le diagnostican preclamsia, bajo riesgo de perder tanto su vida como la de los bebés. Sin embargo, los comitentes no mostraron preocupación al respecto y solo asistieron al parto; por otro lado, *Melissa Cook*, mujer de 47 años, contratada para gestar por Chester Moore, a la cual se le implantó tres embriones para asegurar el embarazo. Sin embargo, esto dio lugar a un embarazo triple, noticia que disgustó al comitente y exigió el aborto de uno de los fetos al incumplir los términos del contrato, petición que la gestante rechazó y por la cual demandó hasta la Corte de California, no obstante, se le respondió

que, al no tener carga genética, no le corresponde ningún derecho de maternidad. (Del Castillo, 2020)

Ante lo expuesto se tiene que, realizar un contrato por gestación subrogada implica, asegurar que el embrión implantado sea el más efectivo, no para nacer, sino para satisfacer las demandas de aquellos que buscan ser padres aun cuando signifique atentar contra la vida del concebido y de la gestante, mediante la aplicación de métodos de descarte. Situación con la que Marrujo (2022), no concordaría, puesto que, el embrión o concebido, es un sujeto de especial protección y cuya individualidad genética está reconocida.

### **b. Remedios contractuales**

En el contexto antes expuesto, se tiene la aceptación de un contrato por gestación subrogada donde se puede presentar una incompatibilidad de intereses que atenta contra la gestante y el concebido. Ante ello, los países, al legalizar este tipo de contrato, aceptan a su vez remedios contractuales que representan un atentado contra el derecho a la vida. Entre ellos se tiene: la resolución y tutela resarcitoria.

En cuanto a la resolución, según Buendía (2016) y de acuerdo a la doctrina peruana, es un remedio que surge como una opción ante el incumplimiento o inexecución de una de las partes del deber previsto en el contrato. Cabe precisar que, solo podrá ser aplicada, si: 1. En contrato con prestaciones recíprocas; 2. Ser solicitado por la parte fiel del contrato; 3. Que el incumplimiento sea grave.

Ahora, para evaluar ello, desde la óptica de un contrato por gestación subrogada, se tiene el caso ya referido de Melissa Cook, en el que, de forma imprevisible al implantársele tres embriones, se dio lugar a un embarazo triple. No obstante, ante la insatisfacción por el resultado, el comitente, exigió que se realizase el aborto de uno de los fetos por considerar que la gestante ha incumplido los términos del contrato.

Ante ese contexto, se entiende que, si producto de su inconformidad el comitente decidiera resolver el contrato de gestación subrogada, podría hacerlo solicitando la resolución del mismo por incumplimiento de las obligaciones, alegando que el pacto era solo para tener dos hijos y no tres. Esto presenta un claro atentado contra el derecho a la vida del concebido a quien se ha pretendido descartar como si fuera un defecto sobrevenido de la relación contractual.

Por otra parte, está la tutela resarcitoria, por la cual, según el artículo 1219 del Código civil peruano, el acreedor puede solicitar al deudor la indemnización que corresponda, cuando haya imposibilidad de que la obligación sea ejecutada por el deudor o tercero. En atención al caso ya referido de Kelly Martínez, aun cuando le diagnosticaron preclamsia y corrió el riesgo de perder

la vida, llevo a término el embarazo, caso contrario, la pareja habría solicitado una indemnización por los gastos efectuados.

En ese sentido, conforme a la aplicación de la tutela resarcitoria como remedio contractual, si la gestante no hubiera llevado a término el embarazo y puesto en riesgo su vida, no habría podido cumplir con su obligación y ello significaría el asumir frente a la pareja española una indemnización por incumplimiento.

### **c. ¿Cómo podría representar un atentado contra el derecho a la vida?**

Con relación a la gestante, condiciona su vida, a un contrato que únicamente la valuará en la medida en que pueda gestar al hijo solicitado; pero no como una persona con derechos y dueña de sí misma. En este sentido, en concordancia con Viteri (2019), este contrato instrumentaliza a las mujeres como una mercancía y eleva potencialmente su riesgo de comercialización; ahora, respecto al concebido este contrato generaría que no solo ante las personas y sociedad, sino ante un marco regulatorio se tome un escenario más consumista del concepto de tener un hijo; tengo un hijo, pero no cualquier hijo, sino un hijo a mi medida. De esta forma, el concebido sería tomado como un objeto o producto.

#### **4.1. Presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato por gestación subrogada:**

Ante la realidad analizada respecto al contrato por gestación subrogada en el Perú, se precisa que, en la actualidad este contrato es válido, pues hasta el momento el país no ha regulado ni prohibido su realización, más aún en consideración con aquel sector de la doctrina que lejos de considerar como un acto jurídico nulo de pleno derecho, conforme lo establecido en el artículo 219 del Código civil, pretende regularizarlo. En ese sentido, surge la necesidad de tener presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez de este contrato.

##### **4.1.1. La gestación subrogada como servicio prestacional.**

Entender a la gestación como un servicio, parte del abandono la noción tradicional de maternidad, en donde se consideraba como un rasgo natural y esencial del género femenino y se la empieza a ver como un constructo social impuesto. Sin embargo, ello conlleva el riesgo que, al separar la maternidad de la sexualidad y enfocarse únicamente en la reproducción, se adopta una visión consumista del concepto de gestar y tener un hijo, tanto por mujeres o parejas que ven frustrado su deseo de ser padres; así como, clínicas que aprovecharan esta oportunidad para obtener beneficios económicos.

Asimismo, aunque algunos autores como Sánchez (2016) consideran que “la maternidad” no sea más que un mandato cultural impuesto por la sociedad; lo cierto es que, en la actualidad el concepto de maternidad está sujeto a tergiversaciones o subjetividades, como una cualidad atribuible, pues el término en esencia ha evolucionado. Sin embargo, desde la óptica de un contrato por gestación subrogada, ello no significa que lo que se pretenda ofrecer o transferir como un servicio sea la maternidad, sino el poner a disposición de terceros la gestación, y esta, es algo connatural y propio del género femenino, por cuanto solo la mujer es capaz de albergar en su vientre a un nuevo ser. En ese sentido, lo que se pretende transferir en autonomía es la capacidad de gestar y dar a luz a un hijo a cambio de un pago, al que para efectos disuasivos suele denominarse “compensación”.

Dando origen a una transacción de carácter comercial derivada de la instrumentalización tanto de la gestante como del niño (Garaycochea, 2023), los cuales serán empleados como un medio para el cumplimiento de la prestación, que importa obligaciones de dar, hacer y no hacer, a las que la gestante se verá sometida a fin de satisfacer deseos procreacionales.

Ante ello, se advierte que, el contrato por gestación subrogada, efectivamente es un servicio prestacional, que no solo permite elegir las características genotípicas y fenotípicas del nuevo ser que se está gestando, sino que da la posibilidad de normar mediante un contrato, los hábitos de la gestante (alimentación, medicamentos, descanso, actividades, vida sexual, etc.) y penalizar su incumplimiento, para que finalmente dé a luz a un hijo, que justifique el pago por la gestación. Además, tal y como lo refiere Nuño (2016), este contrato “mercantiliza la disolución entre el vínculo existente entre gestación y maternidad” (p. 693), dando lugar a valorar a la mujer y al concebido, en la medida que cumplan con los estándares de calidad y garanticen la efectividad del servicio, considerándolos como objetos de derecho.

Finalmente, pese a que en términos de formalidad este contrato pueda constituirse como un servicio, que bajo los preceptos normativos del ordenamiento jurídico peruano es legal, ello no significa que sea legítimo, pues atenta contra derechos constitucionalmente reconocidos como la vida, integridad y salud de la persona, previstos en el artículo 2 de la Constitución Política; y artículo 5 del código civil peruano en lo que respecta a la irrenunciabilidad voluntaria de derechos fundamentales e inherentes a la persona como la vida, integridad física y libertad, los cuales se ven comprometidos al garantizar el cumplimiento de la prestación.

#### **4.1.2. La no instrumentalización de bienes o valores de carácter indisponible.**

En cuanto a este segundo presupuesto, como ya se ha expresado el contrato por gestación subrogada supone la prestación de un servicio, en donde una mujer desde su libertad y

autonomía se comprometerá a gestar un hijo a favor de quienes desean ser padres, a cambio de una contraprestación. Aunque para ello, deba disponer de su propio cuerpo como un objeto que posibilitará la transferencia.

Al respecto, se debe aclarar que cuando la gestante decide disponer de su propio cuerpo, esto no solo implica su capacidad reproductora, sino que pone en compromiso tanto su vida como su salud, que, desde la perspectiva de un contrato, será valorada en un sentido de funcionalidad y no como una cualidad personalísima de la misma.

En ese sentido, como ya lo advertía Aparisi (2017) este contrato implica una ruptura de la unidad de la persona, reduciéndola a un papel instrumental de su corporalidad e ignorando su carácter indisponible para ser considerada como objeto de comercio. De esta manera, constituye una nueva forma de explotación a la mujer.

Por otra parte, aunque para autores como Zubiarte (2024) el suprimir el carácter restrictivo de la patrimonialidad de este contrato y asumirlo en un fin social, permita disponer de la gestante y sus facultades reproductivas como un servicio o medio para llegar a un fin, que es beneficiar a terceros. Ello no significa que, en uso desproporcionado de su autonomía pueda disponer de su cuerpo en su totalidad, de manera que, termine lesionando su integridad o atentando contra su vida.

En relación a ello, atendiendo la no instrumentalización de bienes de carácter indisponible desde una óptica nacional, se tiene al artículo 6 del código civil peruano, el cual refiere que, se prohíben los actos de libre disposición del propio cuerpo siempre que no impliquen una disminución permanente de la integridad, salvo que estén inspirados en motivos humanitarios.

Del referido artículo, debe interpretarse en el sentido que posibilita a las personas disponer de algunas partes de su cuerpo como órganos, tejidos, cabellos, siempre que no atenten contra su integridad (Varsi, 2019) y si bien esta prohibición deja a salvo motivos humanitarios. Estos motivos deberán ser interpretados de forma sistemática a la luz del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, el cual reza que, toda persona desde el momento de la concepción tiene derecho a la vida, presupuesto primordial para el ejercicio de otros derechos, que bajo ningún motivo debe ser vulnerada.

En razón a ello, debe entenderse que, independientemente de su finalidad, este contrato rompe la unidad de la persona, con el propósito de instrumentalizar bienes o valores de carácter indisponible como la vida, integridad y capacidad reproductiva de la mujer y reducirla a un papel únicamente funcional. De manera que, que sean considerados como bienes susceptibles de tráfico mercantil. De ahí la necesidad, del presupuesto biojurídico: “No instrumentalización de bienes o valores de carácter indisponible”.

#### **4.1.3. La afectación de la dignidad en el derecho a la vida versus la manifestación de una voluntad altruista.**

En lo referente a este tercer presupuesto, es necesario considerar que, el realizar un contrato por gestación subrogada expone a la persona a ser valorada en un plano distorsionado de su realidad, que no hace mayor distinción entre lo que es una cosa y lo que significa ser una persona, puesto que, tal y como se rescata de Pastor (2021), este contrato lejos de representar una garantía instrumentaliza al cuerpo femenino y “pone en compromiso la dignidad y libertad del niño” (p.24)

En el caso de la gestante, este contrato implica que terceros como clínicas y los mismos comitentes, la obliguen a posicionarse en situaciones que resultan atentatorias contra su dignidad y su vida, desde el someterse un procedimiento de selección para ver que, si cumple con el perfil solicitado por los interesados, experimentación con tratamientos de hiperestimulación ovárica, hasta asegurar un embarazo y nacimiento de un hijo que cumpla con las particularidades requeridas en el contrato.

Por otra parte, en cuanto al concebido, este contrato atenta directamente contra su vida y dignidad, a través de los avances que en principio la ciencia proporcionó para la detección de enfermedades desde temprana edad, como el Diagnóstico Genético Preimplantatorio, y que en la actualidad es aplicado para realizar distintos procesos de descarte mediante la selección embrionaria.

Ahora respecto a la situación jurídica del concebido en el Perú, la Constitución reconoce en su artículo 2 inciso 1 que toda persona tiene derecho a la vida, y que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, lo cual, según la doctrina referida por la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp.02005-2009-PA/TC, implica que toda persona desde la concepción constituye una nueva fuente de vitalidad e individualidad genética reconocible, por tanto, es un ser digno de respeto y tiene derecho a la vida. Rechazándose así, el que pueda atentarse contra su existencia.

Sin embargo, esta protección se ve transgredida ante diversas interpretaciones a nivel jurisprudencial tendientes a favorecer este tipo de contratos que al desconocer la dignidad de la persona resultan perjudiciales para la vida. En razón a ello, es necesario ser incisivos con los aportes que la bioética personalista a otorgado para un mayor esclarecimiento del orden del ser y su dignidad, pues entiende que la persona vale por sí misma y va mucho más allá que cualquier consenso social que pueda categorizarla como un bien o un objeto, y desconocer la calidad ontológica de su ser, como en el caso de este contrato.

En ese sentido, debe entenderse a la vida como un derecho en sentido primario y que la persona es un ser digno por naturaleza, por lo que, bajo ninguna circunstancia puede ser tratada como medio. Advirtiendo de esta manera que, incluso la libertad y autonomía, principales justificantes para la celebración del contrato por gestación subrogada, tienen límites y estos son el derecho a la vida y el respeto por la dignidad.

Por otra parte, la Ley que reconoce derechos al concebido-Ley N° 31935, evidencia un claro reconocimiento al concebido como un ser digno, cuya vida, salud e integridad, conforme lo expreso en su artículo 2 debe estar protegida. Por ello, en consideración con esta ley aun cuando las personas, manifiesten el ejercicio de una voluntad altruista sobre la base del derecho al libre desarrollo de la personalidad y salud reproductiva, estos no pueden primar sobre la vida del concebido, pues tal y como refiere Ugaz (2021), “no se puede disponer de la cuestión corporal tal cual no se puede disponer de la vida” (p.52). En ese sentido, aún las voluntades más altruistas serían irrelevantes en este tipo de contrato, el cual pretende disponer de la vida de un sujeto de derecho de forma plena, aunque de ello devenga una comercialización, instrumentalización y venta de seres humanos.

## **Conclusiones**

De la explicación de la naturaleza de este contrato, se he demostrado que en vez representar un avance científico, somete a la gestante y al concebido a una situación jurídica irregular, que vulnera su condición de sujetos de derecho, al considerarlos como objetos de un contrato cuya fundamentación está basada en la pura racionalidad normativa sujeta a intereses, lo cual implica un retroceso y desvalor de la vida. En ese sentido, el objeto, la licitud y el consentimiento de este contrato, no es coherente con la dignidad y naturaleza propias del ser humano, por lo cual, al no ajustarse a derecho, este contrato es inválido.

El análisis de la normativa y jurisprudencia respecto al contrato por gestación subrogada, ha evidenciado que, aunque a nivel normativo la gestación subrogada carece de una adecuada regulación, el que no esté prohibida ha provocado que el sistema jurisprudencial peruano la haya validado legalmente en su modalidad altruista, integrando criterios internacionales que, en defensa de autonomía de voluntad, únicamente darían prevalencia a derechos de carácter cuestionable como la autodeterminación reproductiva como justificante para realizar estos acuerdos. Por su parte, el ámbito internacional que reflejan los países como Ucrania y Colombia admiten a la gestación como un servicio válidamente otorgable a intereses privados, sin embargo, España, es coherente al prohibir estas prácticas en su modalidad comercial y altruista,

pues lejos de ser la solución solo sería una extensión para someter a la gestante y al concebido a las reglas del mercado.

En lo referente a la incompatibilidad de intereses y remedios contractuales en los contratos por gestación subrogada, se advierte que, este contrato condiciona tanto a la gestante como al concebido a cumplir las expectativas de aquellas personas que buscan ser padres. Esto implica a métodos de descarte de seres humanos y en el caso de la gestante sobrellevar un embarazo conforme a lo requerido por los comitentes, pues la no obtención del producto deseado, daría lugar a una incompatibilidad de intereses, la cual, justificaría la aplicación de remedios contractuales, como la resolución o tutela resarcitoria por incumplimiento, ambos favorables para el comitente, quien insatisfecho con el resultado y considerar a la gestante y al concebido como un instrumento, no dudará en atentar contra su derecho a la vida.

En ese sentido, se acepta la hipótesis general planteada por cuanto se ha demostrado gestación subrogada es un servicio prestacional, que se da a través de un contrato, por el cual se admite la explotación de mujeres, venta de niños y vulneración constante de derechos humanos, siendo así que, con la necesaria intervención de la biojurídica a través de los presupuestos: la gestación subrogada como servicio prestacional, la no instrumentalización de bienes y valores de carácter indisponible y la afectación a la dignidad en el derecho a la vida versus la manifestación de una voluntad altruista; se ha desacreditado la validez del contrato por gestación subrogada en el Perú.

### **Recomendaciones**

En lo referente al contrato por gestación subrogada, se insta a los legisladores y juristas, a emitir un pronunciamiento fundamentado respecto a este contrato que bajo la legalidad constituiría un servicio prestacional válidamente otorgable; y, además, opten por una postura prohibitiva en cuanto a su realización, por cuanto, el no emitir un pronunciamiento es equiparable a aceptar que al igual que la prostitución, una persona desconozca su dignidad y sus derechos para someterse a un contrato que lejos de representar garantías, desconoce su calidad de sujeto de derecho y convierte tanto a la gestación como al hijo, en objetos susceptibles de comercialización o transferencia, desconociendo su naturaleza y la excelencia de su ser.

Asimismo, en lo referente al artículo 6 del código civil peruano, mediante el cual, se prohíben los actos de libre disposición del propio cuerpo, salvo motivos humanitarios, se incentiva a los estudiantes de la carrera de derecho, analicen esta salvedad, y presenten propuestas desde una

óptica biojurídica para delimitar estos motivos humanitarios, que representan un campo abierto a posibilidades en donde las personas podrían verse reducidas a ser consideradas como objetos de derecho, sobre todo ante el inminente peligro de nuevas doctrinas que proponen la flexibilización del concepto de propiedad, sobre el cuerpo humano.

## Referencias

- Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de las mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. Cuaderno de Bioética. Vol. XXVIII, p.177-197. <https://www.redalyc.org/pdf/875/87551223004.pdf>
- Aparasi, A. (2017). Maternidad Subrogada y dignidad de la mujer. Cuadernos de Bioética. 28(93), 163 - 176. <https://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>
- Aparasi, A. (2007). Bioética, bioderecho y biojurídica (Reflexiones desde la filosofía del derecho). Universidad de Navarra. <https://acortar.link/ozE7ag>
- Araujo, J. (2019). La biojurídica o el bioderecho como mediador de los nuevos dilemas biomédicos. *Revista de estudios interdisciplinarios en ciencias sociales*. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99360575006>
- Arispe, C.; Yangali J.; Guerrero, M.; Lozada, O.; Acuña, L; Arellano, S. (2020). La investigación científica. UIDE. Guayaquil. <https://lc.cx/n1OfqK>
- Cabrera, L. (2019). El consentimiento libre: la trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada. *Revista chilena de derecho*, 46(2), 527-553. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000200527>
- Carbonell, M. (2007). Los derechos fundamentales y la acción de inconstitucionalidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/5018019>
- Castillo, L. (2015). El vencimiento del contrato de arrendamiento y la figura del ocupante precario. <https://lc.cx/AD1g1R>
- Constitución Política Peruana [CP]. Art.2.1 de 1993 (Perú).
- Comisión Nacional De Derechos Humanos (CNDH), ¿Qué son los derechos humanos? <https://acortar.link/Lm1uq>
- Del Castillo.C. (2020). El consentimiento de la gestante en la maternidad subrogada. (Tesis de fin de grado en Derecho). <https://lc.cx/nHYjIM>
- De la Fuente, R. (2017). La subrogación gestacional: ¿vientre o persona en alquiler? implicancias jurídicas y éticas. *Gaceta civil & procesal civil registral / notarial*, 48, 37-52. <https://lc.cx/rRIsUT>
- Fidias, A. (2017). Efectividad y eficiencia de la investigación tecnológica en la universidad. *Revista Electrónica de Ciencia y Tecnología del Instituto Universitario de Tecnología de Maracaibo*. <http://recitiutm.iutm.edu.ve/index.php/recitiutm/article/view/92/pdf>

- García, D. y Cayuela, S. (2020). Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía. *Revista de Filosofía*, 45(1), 27-46. <https://doi.org/10.5209/resf.57976>
- Garaycochea V. (2023). Gestación subrogada, ¿estamos preparados en Perú? Una reflexión desde la ética. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 69(2), 00011. Epub 06 de julio de 2023. <https://dx.doi.org/10.31403/rpgo.v69i2518>
- Herrera (2021). Biojurídica: una necesidad para las nuevas tecnologías aplicadas a la vida humana. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla México*. <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/694>
- Hervada, J (2011). *Introducción crítica al derecho natural*. (Undécima edición). Eunsa. <https://lc.cx/Q-aV2q>
- Hervada, J (2012). *Temas de Filosofía del Derecho*. (Primera edición). Eunsa. <https://lc.cx/sP0zFr>
- Landa, C. (2017). *Los Derechos Fundamentales*. Fondo Editorial. <https://lc.cx/POkZkH>
- Ley N° 31935. Ley que reconoce derechos al concebido (16 de noviembre de 2023). Diario Oficial El Peruano. <https://lc.cx/xa4Kng>
- Marrufo, L. (2022). Estatuto jurídico del concebido en el Perú: Análisis jurídico frente a una posible incorporación del llamado derecho a la maternidad libremente decidida (Tesis de licenciatura). <http://hdl.handle.net/20.500.12423/5340>
- Magaña, R. (2016). Entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid. <https://lc.cx/fP7Lu1>
- Nuño, L. (2016). Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler. *Isegoría*, (55), 683–700. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2016.055.15>
- Ortega, M. (2016). Sobre los alcances del objeto contractual en el diseño del Código Civil de 1984. *Ius Et Praxis*, (47), 123-151. <https://lc.cx/LmGRtP>
- Pacheco, J., Monsalve, M. & Torregrosa, I. (2020). *Los elementos del contrato de maternidad subrogada*. <http://hdl.handle.net/10554/57715>.
- Pastor L. (2021). “Aspectos jurídico-constitucionales de la maternidad subrogada”. (Tesis para optar por el grado en derecho. Universidad de Valladolid, España). [https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/48038/TFG-D\\_01222.pdf?sequence=1](https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/48038/TFG-D_01222.pdf?sequence=1)
- Ramos, M., Cáceres, A., Távara, L., Wagner, P., & Pacheco, J. (2022). Derechos del concebido. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*. <https://dx.doi.org/10.31403/rpgo.v68i2414>
- Redondo, L. (2017). Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, (12), 161-146. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3646>

- Sánchez Rivera, M. (2016). Construcción social de la maternidad: el papel de las mujeres en la sociedad. *Opción*, 32(13). <https://lc.cx/bx8AsE>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N.º02005-2009-PA/TC, 16 de octubre de 2009. <https://lc.cx/zqcjaa>
- Silva, F. (2012). "Análisis bioético de la gestación subrogada en la ciudad de México". (Tesis de Maestría). Universidad Nacional Autónoma de México, México. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/97590>
- Siverino, P. (2010). La bioética jurídica como clave de lectura: Breves apuntes al derecho de las personas. *Revista de Derecho & Sociedad*, 328-336. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13355/13982>
- Taboada, P. (2008). "El respeto por la persona y su dignidad como fundamento de la bioética". Vida y Ética. <https://acortar.link/MKOGht>
- Ugaz, Z. (2021). "La maternidad subrogada como trata de personas y la concepción bioética de los derechos fundamentales". (Tesis para optar el título profesional de abogada. Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, Lambayeque). <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/10036>
- Valle, M. (2021). La gestación subrogada, trasplante de útero y útero artificial: Aproximaciones desde el bioderecho. *Cuaderno de Bioética*. 32(105), 213-223. <http://hdl.handle.net/10641/2984>
- Varsi, E. (2019). Los actos de libre disposición del cuerpo humano. *Acta bioethica*, 25(1), 9-23. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2019000100009>
- Vega, S. (2017). Inaplicación del principio mater semper certa est en los casos de útero subrogado (Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú). <https://lc.cx/v08i-j>
- Viteri, M. (2019). Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador. Tesis (Maestría en Derecho Constitucional). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6907/1/T2981-MDC-Viteri-Problemas.pdf>
- Villavicencio, F. (2015). Protección del derecho a la vida. [Archivo PDF]. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20150708\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20150708_02.pdf)
- Llontop, J. (2021). La maternidad subrogada y su aplicación en el derecho peruano (Tesis para optar el título de abogado. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú). <https://lc.cx/a2aS5S>
- Zubiate (2024). "El derecho a decidir de la familia ante el artículo 7 de la ley general de salud y la maternidad subrogada". (Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, Lambayeque). <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/12806>

### Anexos

<b>TESISTA:</b> Cristhian Bayron Vásquez Agreda.		
<b>ASESOR:</b> Katherinne Jhoana Gonzales Montenegro.		
<b>LINEA DE INVESTIGACION:</b> Ordenamiento jurídico nacional		
<b>TITULO:</b> Presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato por gestación subrogada en Perú.		
<b>PROBLEMA:</b> ¿Cuáles serán los presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato por gestación subrogada en Perú?		
CATEGORIAS CONCEPTUALES		
1. Biojurídica	2. Derecho a la vida	3. Contrato por gestación subrogada
OBJETIVOS		
<b>GENERAL:</b> Proponer presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato por gestación subrogada en Perú.		
<b>ESPECIFICOS</b>	1. Explicar la naturaleza del contrato por gestación subrogada a fin de desacreditar su validez en razón a las teorías propuestas.	
	2. Analizar las normativas y jurisprudencia nacional e internacional en materia de gestación subrogada.	
	3. Explicar la incompatibilidad de intereses y remedios contractuales donde el contrato por gestación subrogada representa un atentado contra la vida.	
<b>HIPOTESIS</b>	<p><b>Si</b> la gestación subrogada busca ser un servicio prestacional, que se da a través de un contrato, por el cual se admite la explotación de mujeres, venta de niños y vulneración constante de derechos humanos <b>entonces</b> es necesario establecer presupuestos biojurídicos para desacreditar su validez en el Perú, teniendo en cuenta los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La gestación subrogada como servicio prestacional.</li> <li>2. La no instrumentalización de bienes o valores de carácter indisponible.</li> <li>3. La afectación de la dignidad en el derecho a la vida versus la manifestación de una voluntad altruista.</li> </ol>	
APORTE		
Propuesta de presupuestos biojurídicos para desacreditar la validez del contrato por gestación subrogada en Perú.		