



USMP

UNIVERSIDAD
SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO
SECCION DE POSGRADO

***“LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER COMO
OBJETO DEL ACTO JURIDICO”***

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE DOCTORA EN
DERECHO

PRESENTADA POR:

ROSARIO DEL PILAR ENCINAS LLANOS

ASESOR: Dr. Gino Augusto Tomas Ríos Patio

LIMA-PERU

2019

***“LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER COMO
OBJETO DEL ACTO JURIDICO”***

A María Teresa y Juan Manuel; mis hijos, para que sepan que nunca es tarde para seguir adelante.

A Mauro, mi esposo, mi fiel y leal compañero de toda la vida.

A Juan y Teresa, mis padres a quien amo con toda mi alma.

ÍNDICE

RESUMEN	vii
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN	xiii

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación	1
1.2. Bases teóricas	9
1.3. Definición de términos básicos	18

CAPÍTULO II: HIPÓTESIS

2.1. Hipótesis General	23
2.2 Hipótesis Secundarias	27

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Diseño metodológico	
3.1.1 Tipo de estudio	30
3.1.2 Nivel de investigación	30
3.1.3 Método de investigación	31

3.1.4	Diseño de investigación	31
3.2	Técnicas de recolección de datos	31
3.3	Técnicas de procesamiento y validez de la información	32
3.4.	Aspectos éticos	32

CAPÍTULO IV: NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO SOBRE LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER EN EL CONTEXTO DEL ACTO JURÍDICO

4.1	Posiciones doctrinarias	
4.1.1.	La teoría voluntarista	41
4.1.2	La teoría de la declaración	42
4.1.3	La teoría de la confianza	43
4.1.4	La teoría de la responsabilidad	44
4.2.	El orden público	49
4.3.	Buenas costumbres	53
4.4.	Actos de disposición del propio cuerpo	64
4.5.	Derecho a la Identidad	70
4.6.	Principio Mater Semper certa est.	73
4.7.	Tipicidad o atipicidad del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer.	85

CAPÍTULO V: LA CAPACIDAD DE REPRODUCCIÓN DE LA MUJER Y LA CIENCIA MÉDICA.

5.1.	La capacidad reproductiva de la mujer frente a los avances científicos	92
5.2.	Salud reproductiva de la mujer	93
5.3.	Las Técnicas de Reproducción Asistida	95
5.3.1	Clases de técnicas de reproducción asistida	100
5.3.2	Inseminación artificial	100
5.3.3	Fecundación <i>in vitro</i>	105

CAPÍTULO VI: LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER COMO OBJETO DE UN ACTO JURÍDICO Y SU VALIDEZ

6.1.	El Acto Jurídico	115
6.2.	Posiciones doctrinarias	118
6.3.	Estructura del Acto Jurídico	
6.3.1	Los Elementos del acto jurídico.	127
6.3.2	Los Presupuestos.	128
6.3.3	Los Requisitos del acto jurídico.	130
6.4	El objeto del acto jurídico	
6.4.1	Teorías - Posiciones Doctrinarias	
a.	Teoría del Objeto Jurídico Concreto	131
b.	Teoría del Objeto Jurídico Genérico	131
c.	Teoría del Objeto - Fin Práctico	132
6.4.2	Licitud del objeto del acto jurídico	133
6.4.3.	Posibilidad física y jurídica del acto jurídico	140
6. 5	La prestación	144

CAPÍTULO VII: EXIGIBILIDAD O INEXIGIBILIDAD DEL ACTO JURÍDICO SOBRE LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER

7.1.	Formalidad del Acuerdo	154
7.2.	Requisitos de las partes	156
7.3.	Incumplimiento del acuerdo por parte de la portadora	157
7.4.	Incumplimiento del acuerdo por parte de la solicitante	175

CONCLUSIONES	178
---------------------	-----

RECOMENDACIONES	185
------------------------	-----

Anexo: Anteproyecto de Ley	187
-----------------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	191
---------------------	-----

RESUMEN

Es preocupante el problema de la infertilidad que padecen muchas mujeres que por trastornos físicos no tienen salud reproductiva porque sus órganos y aparatos no cumplen con su función. Esta falta de función orgánica les ha generado diversas preocupaciones, stress, depresión, frustración además de los gastos que han tenido que sufragar para someterse a los tratamientos médicos sobre la base del artículo 7 la Ley N° 26842, Ley General de Salud el cual señala que cualquier persona puede acudir al tratamiento de su infertilidad pero supeditado a que exista coincidencia entre madre genética y madre gestante; es decir, la mujer que lleve en su vientre un neonato durante la etapa del embarazo debe ser la misma al momento del alumbramiento.

Con el avance científico se han ido realizando diversos estudios para asistir a estas personas que padecen de este problema llegando, incluso, a descubrir que no solo se puede utilizar la fecundación In vitro que se ejecuta en laboratorio, en donde se fecunda el óvulo con el espermatozoide y se introduce en el útero de la mujer; y la Inseminación artificial que consiste en

que los espermatozoides sean introducidos por la vía vaginal para que, según el tratamiento médico, continúe su proceso y se produzca la fecundación, casos en los que el material genético corresponde a un miembro de la pareja, sino que estos métodos también se pueden utilizar con material genético proveniente de terceros, lo que se denomina, fecundación heteróloga, procedimiento que no se encuentra regulada en el Perú.

Es por ello, que a lo largo de esta investigación se procedió a realizar un análisis del acuerdo sobre la capacidad de reproducción de la mujer y la ciencia médica enfocando el tema con aspectos de la salud reproductiva y las Técnicas de Reproducción Asistida, orientando su naturaleza jurídica en el contexto del acto jurídico en el que se ha tenido como base el artículo V del Código Civil en cuanto guarda relación con la proscripción de actos de disposición del propio cuerpo. Por otro lado, el capítulo referido a la capacidad reproductiva como objeto del acto jurídico reseña diversas posturas en lo que se refiere al negocio y al acto jurídico, así como los elementos del mismo para su validez, concluyendo con el capítulo que aborda la exigibilidad o inexigibilidad tanto de la mujer portadora como de la mujer de quien proviene la voluntad de traer al niño al mundo, analizando la situación del menor; como su reconocimiento, el derecho alimentario, los derechos sucesorios para finalizar con las conclusiones y proponer recomendaciones.

Esta investigación ha permitido determinar que si bien el acuerdo sobre la

capacidad reproductiva de la mujer constituye un acto jurídico válido, lícito, cuyo objeto es jurídica y físicamente posible, porque reúne todos los elementos de validez establecidos en el artículo 140 del Código Civil, el artículo 7 de la Ley General de Salud no contiene una prohibición implícita ni expresa, situación que la tesista ha abordado con detenimiento en este trabajo con la finalidad de realizar algunas propuestas de solución.

ABSTRACT

The problem of infertility suffered by many women who because of physical disorders do not have reproductive health is of concern because their organs and devices do not fulfill their function. This disease has generated various concerns, stress, depression, frustration, apart from the expenses they have had to pay to undergo medical treatments using assisted reproduction methods based on Article 7 of the General Health Law, which points out that anyone can go to the treatment of their infertility but with the condition that there is a match between the genetic mother and the pregnant mother; that is, the woman who carries a newborn in her womb during the stage of pregnancy must be the same at the time of delivery.

Already with the scientific advance have been conducting various studies to assist these people suffering from this disease even reaching, to discover that not only in vitro fertilization can be used in the laboratory, where the fertilization of the ovule with the sperm enters the woman's uterus; and artificial insemination, which consists of sperm being introduced through the vaginal route so that, according to medical treatment, the process continues

and fertilization occurs, cases in which the genetic material corresponds to a member of the couple, but also that these methods can also be used with genetic material from third parties, what is called, heterologous fertilization, assisted reproduction technique that is not regulated in Peru but could be extended by supplementing Article 7 of the General Health Law.

That is why, throughout this investigation, an analysis of the agreement was carried out on the reproductive capacity of women and medical science, focusing on reproductive health aspects and Assisted Reproduction Techniques, focusing on their legal nature in the context of the legal act in which it has been based on Article V of the Civil Code, insofar as it relates to the prohibition of acts of disposition of one's own body. On the other hand, in the chapter referring to the reproductive capacity as object of the legal act, various positions are outlined in relation to the business and legal act, as well as the elements of the same for its validity, concluding with the chapter that addresses the enforceability or unenforceability of both the woman carrier and the woman from whom the will to bring the child to the world comes, analyzing the situation of the child; as its recognition, the food law, the inheritance rights to finalize the conclusions and propose recommendations.

This investigation has made it possible to determine that although the agreement on the reproductive capacity of women constitutes a valid, legal act, whose object is legally and physically possible, because it meets all the elements of validity established in Article 140 of the Civil Code, the Article 7 of the General Health Law does not contain an implicit or express prohibition,

a situation that the thesis has addressed in detail in this work in order to make some proposals for a solution.

INTRODUCCION

El avance científico se ha extendido a todas las áreas del quehacer humano, tan es así que ha trascendido esquemas socioculturales porque ha tenido gran desarrollo en el campo médico al introducir en sus investigaciones el área de la salud reproductiva de la mujer, campo que hoy en día se hace más evidente por su atención en el tema de la infertilidad.

El desarrollo tecnológico permite que hombres y mujeres puedan recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida con la finalidad de que a través de ellas tengan la posibilidad de tener descendencia y así poder superar la desilusión que los afecta debido a múltiples causas de índole orgánica o física, que les impide procrear. Para el caso específico de la presente investigación, la infertilidad es un tema que preocupa a las mujeres que la padecen y que lamentablemente genera conflictos psicológicos, psiquiátricos, depresiones, en fin una serie de circunstancias que no permiten que la mujer o pareja puedan realizarse como tales. Sin embargo, no todo está perdido porque existen tratamientos médicos para dar solución a ese problema, nos referimos específicamente a las técnicas de

reproducción asistida, tales como la fecundación in vitro y la inseminación artificial a las que pueden someterse y que en cierta manera puede que logren el hijo que tanto esperan.

No obstante los estudios científicos también se han puesto en la posibilidad que dichas técnicas no funcionen, es por ello que se han preocupado de dar solución a esta dificultad con la sustitución del útero o gestación por sustitución o maternidad subrogada, reemplazando a la mujer que no puede tener descendencia con otra a fin de que lleve el embarazo a término, previo convenio entre ellas, acuerdo que no se encuentra regulado en el Perú.

El artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en su primer párrafo establece que:

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

La reproducción humana, el tener descendencia, es un derecho muy íntimo de todo hombre y mujer, dependerá de ellos el hacer uso de ese derecho o no cuando conocen que se encuentran en plena capacidad para ello, pero cuando no es así, cuando saben a ciencia cierta que padecen de algún inconveniente orgánico que les impide tener prole, aunado al hecho de haberse sometido a una gran cantidad de tratamientos y que todos han

fallado, viene el problema y como última alternativa les queda recurrir a una tercera persona, por recomendación del galeno para que por medio de ella y con material genético de uno de los que integran la pareja, en este caso del esposo o conviviente, se pueda tener descendencia.

Para ello se requiere que se realice un acuerdo con otra mujer para que en su reemplazo se subrogue en su lugar y permita ser inseminada con el material genético del esposo o conviviente de la mujer impedida físicamente a fin que la primera de ellas pueda llevar a término la gestación y al alumbrar a la criatura se lo entregue a la pareja que la contrató.

Ciertamente, el acuerdo sobre la cesión de la capacidad reproductiva de la mujer está en constante debate tanto en el ámbito nacional como internacional más aún cuando puede presentarse por múltiples razones las cuales pasan desde la esterilidad o infertilidad de la mujer hasta el deseo de ser padres en parejas homosexuales. Es natural que la sociedad se preocupe por el riesgo de comercialización y/o explotación de las madres sustitutas, -no debemos dejar de mencionar que en la mayoría de los casos son mujeres de bajos ingresos y en situación social de exclusión, o como que exista la posibilidad de que la mujer sustituta revoque su consentimiento y no quiera entregar al niño afectando los derechos de reconocimiento, derechos alimentarios, así como los derechos hereditarios o que la mujer de quien provino la voluntad de traer al niño al mundo, no quiera recibirlo porque nació con defectos físicos o mentales; pero lo que no se puede prohibir o limitar es hacer uso de la ciencia, de los avances científicos que permitan superar estos problemas.

No puede negarse que las técnicas de reproducción asistida, o mejor dicho el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer crea debate con abordaje social, ético, psicológico, religioso y jurídico, controversias que se evidencian en cuanto se conoce públicamente un caso, pero sin embargo, la realidad nos demuestra que se practica.

Las técnicas de reproducción humana en sociedades como la peruana están constantemente expuestas a discusiones morales y éticas; sin embargo, la sociedad viene esperando desde hace mucho tiempo el pronunciamiento del Poder Legislativo en esta materia. Es urgente que se establezcan plenamente los parámetros legales de los acuerdos entre la madre sustituta y los padres biológicos, a fin de garantizar su cumplimiento o proveer de una solución al respecto, así como superar la barrera que se genera al no permitir la inscripción del menor en el Registro Nacional de Identidad por falta de regulación jurídica que lo ampare atentando contra su derecho a la identidad.

La investigación planteó un problema general ¿El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de una mujer es un acto jurídico válido?, y como problemas específicos ¿Cuál sería la naturaleza jurídica del acuerdo de capacidad reproductiva de la mujer que evidencie un supuesto de maternidad subrogada?, ¿Existe algún objeto física o jurídicamente imposible en los acuerdos sobre la capacidad reproductiva de la mujer?, ¿El acuerdo sobre la capacidad reproductiva es contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres?, ¿qué hacer frente al incumplimiento de la gestante de entregar al niño?, ¿será exigible la entrega de la criatura?, ¿existe acción judicial para ello?, ¿la mujer con quien

contrató, tendrá la obligación de recibir al niño así haya nacido con algún problema físico?.

Someterse a tratamientos de reproducción asistida debe ser traumático y muy oneroso porque implica cumplir una serie de pruebas médicas; sin embargo, debe ser mucho más traumático si después de tantos intentos no se logra el embarazo del hijo deseado o, embarazada la mujer al cabo de poco tiempo, pierde a la criatura.

Precisamente esta es la oportunidad para someterse a una fecundación heteróloga mediante un acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, obviamente dependiendo de la recomendación médica, que permitirá que dos partes con plena autonomía de la voluntad, mayores de edad, en pleno uso de sus facultades, acuerden que el embarazo lo llevará la mujer portadora con material genético del cónyuge o pareja de la solicitante o comitente para que una vez alumbrado haga entrega del menor.

En ese sentido, los objetivos de la investigación estuvieron dirigidos a determinar que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de una mujer es un acto jurídico válido; confirmar que dicho acto jurídico no atenta contra el orden público, la moral y las buenas costumbres; determinar que el objeto del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer es física y jurídicamente posible para finalmente, analizar el posible incumplimiento tanto de la mujer gestante en la entrega del menor como la negativa de ésta de recibir al niño si padece de algún problema físico o mental

La investigación se justificó en la medida que las personas que pretendan acceder a las Técnicas de Reproducción Asistida, tendrán un amparo legal debido a su falta de regulación jurídica en nuestro país. Dicho instrumento jurídico se encontrará en manos de personas que padecen de infertilidad quienes tendrán la posibilidad de acceder a los avances tecnológicos con la finalidad de solicitar ayuda para poder procrear. Ello será relevante en las parejas que padecen de este inconveniente ya que también contribuirá a mejorar el estrés, la depresión y el estado de ansiedad por el que atraviesan. Asimismo, se abrirán las puertas para que el Estado tome este tema como política de Estado y ponga en marcha planes y programas de ayuda a personas que lo padecen.

La investigación consta de siete (07) capítulos: El Capítulo I Marco teórico, en el cual se hará referencia a las diversas teorías del acto jurídico, específicamente al objeto del mismo y sus implicancias con el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer; Capítulo II Hipótesis y variables, se plantean las posibilidades que se desea demostrar; en el Capítulo III describe la Metodología empleada a efecto de tener mejores elementos de juicio para la investigación; en el Capítulo IV, se determinará la Naturaleza jurídica del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer desde el punto de vista del orden público, las buenas costumbres, así como se hará un análisis del artículo 6 del Código Civil referente a la Prohibición de actos de disposición del propio cuerpo haciendo referencia al derecho a la identidad como al principio *mater Semper certa est*; el Capítulo V versará

sobre Capacidad de reproducción de la mujer y la ciencia médica refiriéndonos a los métodos de Técnicas de Reproducción Asistida que se practican; el Capítulo VI será destinado al acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer como objeto de un acto jurídico y su validez, acápite en el cual se analizarán los temas pertinentes al acto jurídico, las diversas posiciones doctrinarias; la estructura del acto jurídico: elementos, presupuestos y requisitos ciñéndonos específicamente al objeto del acto jurídico y sus teorías; dentro del mismo capítulo veremos las diversas teorías relacionadas al objeto del acto jurídico así como la prestación, el Capítulo VII está vinculado al análisis de la exigibilidad o inexigibilidad del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer para finalizar la investigación con las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

No cabe duda que el tema de esta investigación es debatible en el ámbito jurídico que la tesista ciertamente reconoce, por ello con cada propuesta se crea un nuevo espacio de discusión a efecto que se pueda promulgar una legislación que ampare a aquellas personas que sufren de infertilidad para que tengan la posibilidad de acudir al avance científico y tengan la oportunidad de tener descendencia.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

Ciertamente, el tema materia de investigación es discutible y genera controversia, pero de una manera u otra el legislador debe actuar no de acuerdo con su criterio personal sino, independientemente de ello, proceder de manera objetiva sin inclinarse por una u otra posición. Existen opiniones diversas que son respetables pero no compartidas y es sobre esa base lo que ha dado lugar a que la tesista proponga un criterio claro y preciso sobre el tema motivo por el cual se ha tenido la ocasión de revisar diversas investigaciones, entre las que podemos mencionar:

Marco Vila, Patricia en la Tesis presentada ante la Universitat De Valencia - Facultat De Dret (2016), titulada *“La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios éticos, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial”*, para optar el grado académico de Doctora en Derecho. Concluye que debe seguir prevaleciendo la verdad genética y que los

contratos sobre la maternidad subrogada han servido para abrir las puertas al “mercado” y que por ello según su posición, se utiliza la tecnología para concebir, producir y comprar un hijo. Señala que estos métodos han sustituido el vínculo sexualidad-procreación desde que se introduce una nueva mecánica para producir hijos bajo cualquier medio interesando el resultado, motivo por el cual considera que debe mantenerse vigente el principio Mater semper certa est, cuya finalidad es identificar al principal obligado en la manutención de la criatura traída al mundo. Finalmente, manifiesta que la renuncia a la maternidad debe efectuarse después del parto y no antes porque se vulneran los principios de la filiación por anticipado.

Pérez Pita, Diana en su Tesis, para optar el Grado de Magister en la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica Santo Toribio, titulada *“Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú”* sostiene que las técnicas de reproducción asistida heterólogas implica:

“Admitir que el adulterio importa y que si bien no hay relación carnal implica una falta al deber de fidelidad; señala que sería mejor prohibir el uso de las técnicas de reproducción asistida ya que no es un tratamiento para combatir la infertilidad y que los médicos solo deben usar métodos que generen una curación o alivio ya que en muchos casos prometen algo que no pueden proporcionar”.

Asimismo, manifiesta que: (2015:80)

“El jurista debe antecederse a una posible realidad, por lo que ante esta incongruencia entre nuestro sistema proteccionista de la vida y la legitimidad de las TRA, a través del art. 7 de la Ley General de Salud, resulta conveniente establecer unos límites a la aplicación de las TRA, que busque en lo posible el mayor respeto a la dignidad de la persona (madre e hijo) (...) no se trata de impedir el desarrollo científico, sino de reflexionar sobre el asunto y darnos cuenta que es mejor ponerle límites cuando se está en riesgo conceptos tan delicados que tienen repercusión no sólo científica, sino también social, moral, ético y legal. Estos límites son: el respeto de la dignidad de la persona”.
(2015:80).

Burgaleta P. Elena en su Tesis Doctoral titulada *“Género, identidad y consumo: las nuevas maternidades”* presentada en la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, considera que:

“(...) la idea de familia está enfocada sobre todo en la mujer; en la idea de tener prole y con ello los discursos están dirigidos a la mujer cuya “esencia misma queda determinada por la reproducción”; señala que la necesidad de tener hijos a “cualquier precio”, genera en el mercado una mayor competencia en la carrera de autorrealización”. (2011:276)

Su investigación está basada fundamentalmente en la lógica del consumo y como tal las personas que se someten a este tipo de tratamiento se convierten en objetos de consumo y que:

“(...) participar en el mercado de la reproducción supone, por tanto, competir como consumidoras en una carrera hacia la autorrealización”. (2011:276)

Por su parte, Martí Gual Ana en su Tesis Doctoral titulada *“Maternidad y Técnicas de Reproducción Asistida; Un Análisis desde la Perspectiva de Género, de los Conflictos y Experiencias de las Mujeres Usuarias.”* presentada ante la Universitat Jaume-I concluye que:

“La extensión de las prácticas de Reproducción Asistida son un hecho innegable, hasta el punto de que puede afirmarse que forman parte del escenario reproductor normalizado, sobre todo en el caso de las mujeres que han alcanzado una edad cercana o superior a los 35 años. Este hecho devela que las TRAS son algo más y, en cierto sentido, algo distinto a un recurso para solucionar problemas de esterilidad y está en la base de una dinámica que conduce a un uso abusivo e innecesario de las mismas si se piensa en ellas en estos términos”. Agrega, que:(...) la demanda de tratamientos ha ido en aumento, parejamente al incremento de la oferta de servicios y de la creación de centros que los prestan”. (2011:466).

Concluye además que:

“La edad de la mujer se ha erigido como uno de los factores principales de riesgo de padecer infertilidad. Esta afirmación es reiteradamente enunciada en las comunicaciones médicas y en las páginas informativas que los centros ofrecen en su publicidad.

La búsqueda de la maternidad se presenta como una auténtica batalla contra el tiempo (...). La preeminencia del tiempo laboral está presente y en las prácticas de las mujeres. Las exigencias derivadas de la actividad laboral son de este modo percibidas como las que marcan principalmente el calendario, la ordenación temporal de sus decisiones, y la de ser madre – si se toma- debe adecuarse a ellas. Las dificultades para conseguir una inserción laboral aceptable, que garantice una cierta estabilidad, son la norma en el mercado laboral actual y aunque afectan a todos los jóvenes, en el caso de las mujeres son especialmente intensas y están estrechamente vinculadas con la maternidad”. (2011:2767)

En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Unidad de Post Grado, en la Tesis para optar el grado académico de Magíster en derecho con mención en Derecho civil y comercial, titulada *“Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción asistida en la legislación civil peruana”* (2008:241) sustentada por Rolando Humberto Canessa Vilcahuamán, concluyó que:

“Dada la utilización efectiva y real de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestra realidad, el legislador

nacional no puede asumir posturas como la de los integrantes de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, que han prohibido la aplicación de la fecundación in vitro en su país, pues tal hecho supondría negar una situación de hecho incontrovertible y considerar que las normas jurídicas pueden cambiar la realidad fáctica, cuando en realidad son las normas las que deben adecuarse a los constantes cambios que se producen en la sociedad en que se aplican; por tal motivo consideramos errada la postura abstencionista que se aplica entre nosotros, pues hasta el momento no se regula, en nuestro país la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida”.

Asimismo, es de la posición de que:

“Para la regulación definitiva de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida es necesario que el legislador nacional cree un escenario de reflexión y desarrollo en el que participen todos los integrantes del debate bioético, se rodee de científicos que conozcan a profundidad las técnicas en cuestión, para que así, se logre un marco legal de acuerdo con las necesidades reales sobre el particular, pero teniendo siempre como horizonte el bienestar de las personas y por supuesto, la dignidad humana. (...) entre los principales problemas que las aplicaciones de las técnicas de reproducción humana asistida generan se cuentan a los que se refieren a los libros de Derechos de Personas y Derecho de Familia de nuestro Código

Civil, haciéndose patente de esta forma, la necesidad de modificar nuestra legislación civil sustantiva”. (2008:242).

El citado tesista agrega que:

“(…) cada embrión humano goza del derecho a la integridad por lo que toda intervención en él debe realizarse con fines terapéuticos y debe prohibirse todo tratamiento que suponga una alteración en su constitución o en la información genética que contenga, por lo que resulta imprescindible prohibir prácticas como las de elección de sexo, determinación de características fenotípicas —color de ojos, de cabello, etc. que responden a satisfacer gustos particulares de las personas”. (2008:243)

Concluye también que:

“En relación al derecho a la libertad, toda aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida debe partir del consentimiento informado de todos los sujetos involucrados en la misma, y que se debe reconocer que toda mujer sin vínculo matrimonial o que mantenga una relación convivencial puede acceder a una técnica de reproducción humana asistida, esto como parte de sus derechos a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando acredite tener plena capacidad de obrar y demuestre tener las adecuadas capacidades personales y materiales para ello. Exceptuándose de tal permisión las personas que mantengan algún tipo de relación homoafectiva”. (2008:244)

Señala que:

“Para la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida en toda mujer que mantenga vínculo matrimonial se debe exigir el consentimiento de su esposo, pues aunque no medie la autorización el estatus del hijo producto de tal aplicación es el de hijo matrimonial, aun tratándose de la aplicación de una TRA heteróloga, mientras éste no impugne dicha paternidad. El consentimiento debe ser expresado únicamente a través de escritura pública en la que se le informará adecuadamente al cónyuge de las implicancias de su asentimiento.”

La donación de gametos masculinos debe realizarse en forma anónima no pudiéndose revelar al menor o a sus padres quien fue el donador, y a este último a quién o quiénes se aplicó la técnica de reproducción humana asistida o la identidad del menor producto de ella sin perjuicio de aquello, el donador debe ser identificado adecuadamente en un registro especial que no debe ser de libre acceso, pero que de todas formas debe existir”. (2008:245)

Agrega, finalmente, que:

“Para la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida heteróloga se debe verificar que la situación de infertilidad no puede ser superada por la pareja, de otra forma, pues se debe dar preeminencia a que las células sexuales pertenezcan a los

cónyuges, propiciando adecuadamente la necesaria identidad genética entre los padres y sus hijos”. (2008:245).

1.2. Bases teóricas

El Código Civil de 1984 sigue la teoría general del negocio jurídico que gira en torno a la manifestación de voluntad. Se conoce que la voluntad manifestada, exteriorizada es la que da lugar al negocio jurídico que como sabemos es un elemento esencial muy importante en su celebración.

La voluntad exteriorizada debe tener plena coincidencia con la voluntad interna de un sujeto; es decir, debe existir identificación entre lo que quiere el sujeto con lo que manifiesta; es por ello que la doctrina se ha expresado en torno a ella con diversas teorías, así tenemos:

a) La Teoría Voluntarista que a decir de Taboada, C. (2006: 223) “...*Solo nacen relaciones jurídicas de las voluntades exteriorizadas...*”, ciertamente, es indispensable que la voluntad salga del fuero interno del sujeto, “...*para que el Derecho le atribuya la potestad de crear relaciones jurídicas...*”; por lo que debe existir coincidencia entre la voluntad interna y la manifestada o exteriorizada.

Lo que se pretende con esta teoría es que las partes creen, modifiquen, regulen o extingan actos jurídicos pero de acuerdo a su voluntad real y que expresen o manifiesten esa voluntad al celebrar un negocio jurídico. Ahora

bien, ante una falta de coincidencia entre lo querido internamente por el sujeto y lo manifestado, según la teoría voluntarista prevalece la primera; es decir, la voluntad interna, dejándose sin efecto la voluntad declarada y el negocio jurídico. La teoría voluntarista, considera que en caso de discrepancia se debe dar lugar a la “nulidad negocial” (2006:226).

b) La Teoría de la Declaración. Taboada, C. señala que esta teoría estima que en todos los casos es la voluntad declarada, manifestada la que debe prevalecer frente a la voluntad interna. *“No admite ningún supuesto de discrepancia, por considerarlos intrascendentes jurídicamente”*. (2006:226).

c) La Teoría de la confianza, Taboada, C. manifiesta que la teoría de la confianza busca aminorar las consecuencias entre la teoría voluntarista y declaracionista en cuanto admite la primera y no la segunda. Señala que debe prevalecer la voluntad interna si:

“(...) el destinatario de la voluntad, en caso de haber discrepancia, no confió, porque se percató de la falta de coincidencia, pues de haber confiado por no haber podido advertir la discrepancia prevalecerá la voluntad declarada”. (2006:227).

d) La Teoría de la responsabilidad. Taboada, C. sostiene que pretende atenuar las consecuencias de la teoría voluntarista, que admite cualquier supuesto de discrepancia mientras que la declaracionista no lo admite.

Esta teoría propone que en caso:

“(...) de discrepancia prevalecerá la voluntad declarada si dicha discrepancia ha sido querida por el autor de la declaración de voluntad, pues si la misma ha sido involuntaria deberá prevalecer la voluntad interna (...)”. (2006:227).

1.2.1 Teorías del objeto del acto jurídico

Así como el Maestro León Barandiarán tuvo su posición cuando se refería al objeto del acto jurídico, existen teorías que marcan diversos criterios al respecto:

a) Teoría del Objeto Jurídico Concreto. Planiol y Ripert, citados por Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (Colombia 1994:32), basado:

“(...) en el pensamiento racionalista que erigió la voluntad individual y que supeditó la eficacia de los actos jurídicos a dicha voluntad por derecho propio y según su mejor conveniencia, serían los llamados a organizar autónomamente sus relaciones y determinar la naturaleza, alcance y modalidades de la regulación que quisieran darles a aquellas. (...) la voluntad de los agentes es la fuerza creadora de todos los efectos de los actos jurídicos”. (...).

b) Teoría del Objeto Jurídico Genérico, Planiol y Ripert mencionados por Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (1994:32), sostiene esta teoría que:

“(...) para que un acto jurídico adquiera vigor normativo, o sea, para que sea reconocido como jurídicamente obligatorio, debe

estar legalmente celebrado. Si es contrario a la ley imperativa, al orden público o a las buenas costumbres, la voluntad de los agentes es ineficaz”.

c) Teoría del Objeto- Fin Practico, Planiol y Ripert, (1994:32), citados por Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, sostienen que esta teoría contiene una posición ecléctica que considera que:

“(...) el objeto de los actos jurídicos no está constituido por los efectos de esta índole (jurídicos) que los agentes persiguen en forma concreta o genérica sino por el fin práctico que persiguen”.
(...).

1.2.2. Otras Teorías

Por su parte Aníbal Torres Vásquez realiza una clasificación propia del objeto del acto jurídico (2001:201):

a) Las cosas y los hechos, citando a Borda, señala que:

“(...) el objeto de los actos jurídicos es la cosa o hecho sobre el cual recae la obligación contraída (...), el objeto del acto jurídico es la prestación, a cuya caracterización cooperan dos factores. (...) el comportamiento del deudor y otro, que puede o no concurrir, las cosas. . (...) La prestación siempre es conducta, puede o no estar referida a las cosas; si va referida a ellas, como en las prestaciones de dar, aquellas se incorporan al objeto. Si

no va referida a las cosas, como en las prestaciones de hacer, es solo conducta lo que integra el contenido de la obligación.”

(2001: 201)

Manifiesta el referido autor, que es inexacto decir que el objeto del acto son las cosas y los hechos ya que el hacer y el no hacer son conductas humanas y cuando esta conducta está referida a determinada actividad que debe o no realizarse se denomina prestación.

b) Los bienes, señala que:

“(...) las cosas materiales como inmateriales son bienes y que si solo se reduce a ello los actos jurídicos que crean relaciones obligacionales con prestaciones de dar derechos o con prestaciones de hacer y no hacer no tendrán objeto”. (1994:32)

c) Las cosas y los servicios, sustenta esta tesis sobre la base del Código Civil Español que establece que pueden ser objeto del contrato las cosas y los servicios. Manifiesta que:

“(...) se puede afirmar que las cosas y los servicios son parte integrante del objeto del acto, porque cuando la prestación es de hacer, el objeto del acto jurídico está integrado por la relación jurídica, la prestación y las cosas o servicios”. (1994:205),

d) La entidad material o inmaterial, Barbero, citada por Torres Vásquez señalaba que:

“(...) el objeto es toda entidad material o inmaterial, sobre la cual recae el interés implicado en la relación y constituye el punto de incidencia de la tutela jurídica”.(2001:206)

e) El contenido, Torres Vásquez, citando a Betti :

“(...) distingue entre objeto y contenido definido a este último como los fines prácticos que se proponen alcanzar las partes mediante el contrato, así como los medios y procedimientos que se han de seguir para alcanzarlos.”(2001:206).

El autor manifestó que:

“(...) no debe haber confusión entre uno y otro, es decir entre el objeto y el contenido porque este es más amplio que el objeto ya que las partes al celebrar un acto jurídico quieren también que surta efectos, es decir que tenga eficacia, que tenga efectos y que inclusive, tenga efectos en los actos no queridos pero son atribuidos por la ley, los usos y las costumbres, por lo tanto el contenido del acto lo constituyen, la voluntad, la ley, los usos y costumbres, la equidad”. (2001: 207)

f) Los bienes, las utilidades y las relaciones, se sustentó en las posiciones de Albaladejo, Cariota Ferrara, Sacco, quienes consideraron que:

“(...) los bienes, las utilidades y las relaciones son producto de la voluntad de las partes contratantes”. (2001:207).

g) La operación jurídica considerada, señaló que esta teoría se basa en el hecho de que:

“(...) el objeto del contrato es la operación jurídica considerada o querida; el negocio jurídico que las partes quieren realizar” (2001:208)

h) La prestación, que señala:

“(...) que el objeto del contrato es la prestación entendida como consistente en un dar, hacer o no hacer algo.” (2001:209)

i) La norma creada por el acto jurídico, teoría normativa seguida por Betti quien consideró que el objeto el acto jurídico es:

“(...) establecer (...) una norma para regular intereses privados (precepto de autonomía privada)” Torres, V (2001:209).

j) Materia del acto jurídico, según refirió el autor:

“(...) hay quienes prefieren hablar de materia y no de objeto del acto jurídico porque es un concepto más amplio ya que puede recaer sobre bienes, utilidades o relaciones” Torres, V (2001:210).

k) El contrato no tiene objeto sino efectos, teoría seguida por Planiol, Ripert, Boulanger, Colin y Capitant, citados por Torres Vásquez quienes sostuvieron que:

“(...) el contrato no tiene objeto sino efectos. Son los efectos los que tienen un objeto” y, son los efectos del contrato los que producen obligaciones y estas a su vez las que tienen un objeto.” (2001:210).

I) Solo tienen objeto los negocios patrimoniales, teoría seguida por Stol que señaló que “(...) *solo tienen objeto los bienes patrimoniales.*” (2001:211)

1.2.3 Teorías de la Fecundación y Anidación.

El Tribunal Constitucional Peruano en el expediente N° 02005-2009-PA/TC LIMA ONG “ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCION” (ítem 4.2) destaca dos teorías:

“(...) 14. Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar el momento en el que la vida humana empieza. Hay quienes consideran que la vida humana surge desde el instante en que se inicia la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación), pues resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, de la misma manera la actividad cerebral daría inicio a la vida. Sin embargo, las más importantes considerando el número de seguidores, y que justamente han sido ampliamente debatidas a partir del caso en cuestión, se encuentran en la llamada Teoría de la Fecundación, basada principalmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y la Teoría de la Anidación, fundamentada en la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo.

- (i) **La Teoría de la Fecundación** se basa, en principio, en que la concepción y por ende el inicio del proceso vital se origina en la fecundación. Sin embargo, la fecundación es un proceso que

dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

De los que se adscriben a la Teoría de la Fecundación hay sectores que consideran que desde el inicio del proceso fecundatorio ya nos encontramos ante la concepción pues una vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide, se ha dado inicio a un proceso vital irreversible. Frente a ellos, se encuentran quienes consideran que, aun cuando la concepción se produce en la fecundación, ésta se da recién en el momento de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, diferenciado de la madre y del padre, y con autonomía genética para presidir su propio desarrollo; desarrollo que acaba con la muerte y que durante todo su proceso ni la madre ni ningún otro agente externo le agregan nada a su configuración genética e individualidad ya establecida.

- (ii) **La Teoría de la Anidación**, considera en principio que el inicio del ser humano sólo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo, sino

que también es un proceso que comienza aproximadamente al sétimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya transformado en blastocisto empieza a adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. Según esta teoría allí recién se da la concepción, cuyo producto –el concebido- sería el embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre.”.

1.3. Definición de términos básicos

- **Capacidad Reproductiva.** - Decherney, A. (2007:125) sostiene
“Que se refiere explícitamente a la maduración de las células sexuales o gametos habilitados genéticamente para la fecundación y posterior desarrollo de la gestación que culmina con el trabajo de parto y nacimiento de una criatura. En el varón, los testículos maduran los espermatozoides y en la mujer los ovarios realizan lo propio para ovular un ovocito u óvulo. Si existe fecundación, el producto resultante llega al útero, que ha

sido preparado por hormonas ováricas, para la implantación y posterior gestación de nueve meses.”

- **Maternidad:** La antropóloga Lamas, M. autora de *Nuevos Conceptos de Maternidad*, (2002:46) señala que la maternidad se refiere a *"la capacidad específicamente femenina para gestar y parir"*.
- **Maternidad Subrogada:** Castillo, M. (2007:15) arguye que *"La maternidad subrogada consiste en la conducta mediante la cual una mujer gesta en su vientre un niño para otra, con la intención de entregar al concebido una vez se produzca el nacimiento..."*
- **Técnicas de Reproducción Asistida:** Según Luna, F. (2008: 11):
"Se llaman técnicas de reproducción asistida (TRA) a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción"
- **Salud Reproductiva:** La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro)* en la Sentencia de 28 de Noviembre de 2012, ha señalado en el Fundamento 150 que:
"La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos

relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos (...)”.

- **Fecundación Heteróloga.-** A decir, de Taboada, L. (2006:272):

“... se acepta en la doctrina que hay dos tipos de inseminación artificial: (...) y la heteróloga cuando el material genético procede de un tercero o dador”.

- **Esterilidad:** Cunningham (2006: 52) define la esterilidad como:

“La dificultad de una pareja para conseguir que la mujer quede gestante. Afecta al 10-15% de parejas en edad fértil. La esterilidad primaria es cuando la pareja nunca ha logrado un embarazo y la esterilidad secundaria cuando la pareja ya tiene antecedentes de uno o varios embarazos. En nuestro medio, se habla de esterilidad cuando hay dificultad en lograr el embarazo y de infertilidad ante la imposibilidad de llevar el embarazo a término; es decir, en la pareja infértil la mujer queda embarazada sin problemas, pero después aborta. En algunos ámbitos, ambos términos se utilizan como sinónimos para definir a aquellas parejas con algún problema para tener un hijo”.

- **Subrogar:** Taboada, L. sostiene en su obra *“Nulidad del Acto Jurídico”* que la definición del término *“suplir”* implica:

“Cumplir o integrar lo que falta en una cosa, o remediar la carencia de ella. Reemplazar o sustituir una cosa por otra”
(2006:78).

- **Laguna legislativa:** García. V.(2001:377) manifiesta que;

“Aluden a las hipótesis no previstas por el legislador; a aquellos espacios vacíos que ha dejado en la ley por olvido, imprevisión o imposibilidad de predeterminación. Son el resultado de la existencia de deficiencias y defectos en la legislación.”

- **Vacío legislativo.-** García. V.(2001:377) refiere que las:

“Deficiencias en la legislación implican los vacíos propiamente dichos, expresan la inexistencia de una norma para resolver un caso en la vía judicial o administrativa. Se produce cuando no se han podido prever las circunstancias y conductas posibles derivadas del progreso social, científico y técnico”.

- **Acto Jurídico.-** Torres. A. (2001:63) señala que:

“Es el acto humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.

- **Proceso Reproductivo.-** A decir de Ahued, R. (2003:189)

“Corresponde a la secuencia programática de la gestación que se inicia con la implantación de la blástula en la capa interna uterina y luego de etapas del cigote, embrión y feto culmina a partir de la 36 semanas en el nacimiento; el proceso reproductivo tiene antecedentes para el evento más importante corresponde a la gestación”.

- **Posibilidad de Gestación.-** Decherney, A. (2007), manifiesta que la posibilidad de gestación se refiere:

“...a la presencia de genitales estructural y funcionalmente normales en seres humanos heterosexuales que luego de copular pueden condicionar una fecundación y el inicio y término de una gestación que por algún motivo podría no producirse en otra pareja de individuos; una pareja, hombre-mujer genéticamente normales y en la edad que les corresponda presentan las mejores posibilidades para cumplir con el proceso”.

- **Objeto del acto jurídico.-** Lohmann. G.(1997:79) conceptúa como:

“(...) objeto del negocio jurídico aquello, de entidad material o no, que satisface el propósito práctico que, como resultado, fue la razón por la cual se celebró el negocio”

CAPÍTULO II: HIPÓTESIS

Problema general

¿El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de una mujer es un acto jurídico válido?

Objetivo general

Determinar que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de una mujer es un acto jurídico válido.

Hipótesis principal

El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de una mujer es un acto jurídico válido, porque reúne todos los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil.

Problemas específicos

Problema: El acuerdo sobre la capacidad reproductiva en virtud del cual una mujer gesta para otra quien padece de infertilidad, con el ovulo fecundado de

una donante con el esperma de su cónyuge o conviviente para posteriormente hacer entrega del menor no se encuentra regulado en nuestra legislación?

Objetivo: Determinar si en el artículo 7 de la Ley General de Salud existe un vacío legal como resultado de la falta de previsión de las circunstancias y conductas posibles derivadas del progreso social, científico y técnico.

Hipótesis: El artículo 7 de la Ley General de Salud contiene un vacío legal al no regular el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer situación que genera incertidumbre jurídica en relación a quienes lo celebran vulnerando derechos fundamentales como la libertad de contratación.

Problema: ¿Si lo que se contrata es la función reproductiva de una mujer para que geste en reemplazo de otra quien padece de infertilidad, la naturaleza jurídica del acuerdo es suigéneris?

Objetivo: Precisar que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer es un acto jurídico suigéneris porque no encuentra similitud no solo con el contrato de arrendamiento o con el contrato de locación de servicios sino con ningún otro tipo de contrato regulado en el ordenamiento jurídico.

Hipótesis: El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer tiene una naturaleza jurídica sui generis, no es un contrato cualquiera, no solo porque no tiene las características propias del contrato de locación de servicios ni

del arrendamiento sino porque el acuerdo se basa específicamente en la función reproductiva de una mujer quien por problemas físicos está impedida de tener descendencia y es otra la que cumplirá con dicha función con la inseminación del óvulo de una tercera persona fecundado con el esperma de su marido o conviviente.

Problema: En el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, el objeto traducido en prestaciones de dar y de hacer a cargo de cada una de las partes, es física y jurídicamente posible?

Objetivo: Determinar la posibilidad física y jurídica del objeto acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer.

Hipótesis: El objeto del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer es física y jurídicamente posible en tanto involucra la conducta de los contratantes cuyas prestaciones son de dar y de hacer.

Problema: ¿El acuerdo sobre la capacidad reproductiva es contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres?

Objetivo: Confirmar que dicho acto jurídico no atenta contra el orden público y las buenas costumbres.

Hipótesis: Las críticas basadas en que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer atentan contra el orden público y las buenas

costumbres así como que existe falta de identificación genética con el padre (o madre, en su caso), invocándose también el adulterio, la disposición del propio cuerpo, no pueden ser irrestrictas porque el esquema mental debe superar los prejuicios relativos a este tema en la medida que la ciencia ha evolucionado para contribuir con el problema de la infertilidad.

Problema: ¿Procedería iniciar una acción judicial sobre indemnización por daños y perjuicios frente al incumplimiento por parte de la portadora en la entrega del niño a la pareja que la contrató, así como en el caso de negativa de recibir al menor en el supuesto que nazca con problemas físicos o mentales?

Objetivo: Determinar si existe una acción legal a adoptar en caso de incumplimiento tanto de la mujer obligada a la entrega del menor, una vez producido el parto, como la negativa de la mujer subrogada en nombre de quien se llevó el embarazo de recibir al niño si padece de algún problema físico o mental.

Hipótesis: El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer es exigible judicialmente porque las partes que lo celebraron se comprometieron a asumir determinados derechos y obligaciones.

Objetivos específicos

2.2. Hipótesis Secundarias

- **Problema:** Es posible exigir judicialmente el cumplimiento de las prestaciones tanto de quien se comprometió a la entrega del niño con renuncia a sus derechos y obligaciones respecto de él así como de quien se obligó a recibir al menor así haya nacido con problemas físicos o mentales?

Objetivo: Determinar la exigibilidad de las prestaciones del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer aun cuando el esperma sea del cónyuge o conviviente de la mujer infértil y el óvulo sea de una tercera persona porque las partes han manifestado su voluntad de manera libre y espontánea conociendo las condiciones del acto jurídico.

Hipótesis: El cumplimiento de las prestaciones por parte de quien se comprometió a la entrega del niño como de quien se obligó a recibir al menor así haya nacido con problemas físicos o mentales son exigibles.

- **Problema:** Si el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer implica que las partes acepten los derechos y obligaciones que deriven del mismo, es razonable sostener que se está realizando un

acto de disposición del cuerpo humano que disminuya o perjudica la integridad física de la portadora?

Objetivo: Determinar que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer no constituye un acto de disposición que disminuya o perjudique su integridad física. de la portadora.

Hipótesis: Los actos de disposición del propio cuerpo se encuentran proscritos cuando generen una disminución o perjuicio permanente de la integridad física de la mujer, situación que no se presenta en el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer porque quien reemplaza a la mujer infértil solo cede la función de llevar un embarazo y no dispone de ningún órgano que le ocasione tal disminución o perjuicio de manera permanente.

- **Problema:** Como consecuencia del vacío legal existente en el artículo 7 de la Ley General de Salud y sobre la base de que el hijo es de quien da a luz, cuando el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil se resiste a la inscripción de los nacimientos provenientes de los acuerdos sobre la capacidad reproductiva de la mujer, genera inseguridad jurídica?

Objetivo: Precisar que el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil tiene la obligación de inscribir los nacimientos provenientes de acuerdos sobre la capacidad reproductiva de la mujer premunidos del

acuerdo protocolizado notarialmente en donde las partes reconocen expresamente quienes son los padres del menor.

Hipótesis: El Registro Nacional de Identidad y Estado Civil debe inscribir el nacimiento de los menores nacidos de un acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer sobre la base de la presentación de dicho acuerdo protocolizado notarialmente en el que figuren la identidad de los padres del menor.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Diseño metodológico

3.1.1 Tipo de estudio

Investigación de tipo:

- **Aplicada:** Se han empleado los conocimientos obtenidos en la práctica profesional teniendo en cuenta los beneficios que se pueda aportar a la legislación.
- **Estático:** se analizó los elementos presentes considerando la situación actual, aun cuando obviamente no se desconoce que dicha situación se puede modificar en el tiempo.

3.1.2 Nivel de investigación

Investigación de nivel:

- **Exploratorio;** el estudio es un acercamiento al problema planteado,

poco abordado y estudiado.

- **Documental;** la investigación reúne, selecciona y analiza datos que están en documentos producidos por la sociedad, que vienen a ser fuentes secundarias.
- **Explicativo;** la investigación tiene relación causal, pues no sólo persigue describir o acercarse a un problema, sino que intenta encontrar las causas del mismo.

3.1.3 Método de investigación

La investigación hizo uso del siguiente método:

- **Lógico inductivo;** se partió de conocimientos particulares para llegar a conocimientos generales.

3.1.4. Diseño de investigación

Diseño no experimental y observacional; es no experimental porque no hay variables que manipular. Se ha observado la realidad a través de los conflictos que sobre el particular ha resuelto el Poder Judicial.

3.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Se utilizaron instrumentos documentales para recopilar información y la Técnica del análisis de contenido.

3.3 Técnicas de procesamiento y validez de la información

Se garantiza la validez de la información con material académico confiable. Posterior a la recolección se desarrolló el procesamiento de la información para lo cual se siguieron los siguientes métodos:

Método inductivo; se estudió el problema desde los casos particulares hacia el conjunto general utilizando un proceso analítico.

Método comparativo; Se desarrolló un análisis de nivel inicial exploratorio hacia un nivel evolucionado de estructuras teóricas generales.

3.4. Aspectos éticos

Las citas de todas las fuentes de información se han hecho respetando los derechos de autor.

CAPÍTULO IV

NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO SOBRE LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER EN EL CONTEXTO DEL ACTO JURÍDICO

Esta investigación versa sobre el acuerdo respecto a la capacidad reproductiva de la mujer, pero para ello y finalmente proponer su regulación jurídica se debe tener en claro cuál es su naturaleza jurídica; es decir ¿el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer constituye un acto jurídico?, es típico o atípico?, a qué contrato se asemeja; es patrimonial o no? Para abordar el tema debemos remitirnos a la doctrina para conocer cuál es la concepción de acto jurídico.

En la doctrina, como entre nosotros los profesionales del Derecho, desde las aulas universitarias nuestros profesores siempre se referían al acto jurídico como sinónimo del negocio jurídico, por ello se impone hacer referencia a Taboada, L. (2002:43), quien con su trasposición didáctica nos dice que:

(...) el sistema jurídico nacional, ante la problemática necesaria a todo sistema jurídico de distinguir qué comportamientos del hombre, dentro del marco de lo permitido, producen o no consecuencias legales, ha optado por denominar a unos “actos jurídicos” y a otros “hechos jurídicos voluntarios lícitos sin declaración de voluntad”, pero sobre la base de una concepción clásica de origen francés que presupone la afirmación fundamental de que todos somos completamente libres, iguales y con conocimiento perfecto de las normas jurídicas. (...) esta noción clásica del acto jurídico fue modificada posteriormente antes de la promulgación del Código Civil alemán, por los pandectistas clásicos alemanes, con la creación del concepto de negocio jurídico, que en su primera versión, denominada también concepción clásica, coincidió totalmente con la francesa, al definir como toda declaración de voluntad productora de efectos jurídicos buscados por el declarante justamente como efectos jurídicos.”
(2002:43).

Agrega:

“Del mismo modo, dentro de esta orientación clásica del negocio, se entendió también que todos los demás comportamientos o conductas que producían efectos legales, pero ya no deseados como tales por los declarantes, sino atribuidos o impuestos directa y exclusivamente por el ordenamiento jurídico a la simple declaración de voluntad, a la simple realización del

comportamiento voluntario sin importar lo querido o no por el sujeto debían recibir la calificación de “actos jurídicos en sentido estricto”, justamente para diferenciarlos de los negocios jurídicos, en los cuales sí es factor fundamental el propósito, jurídico o no, del o los declarantes.”. (2002:43),

Hace referencia, específicamente a los actos aceptados en sociedad que no generan efectos jurídicos, a diferencia de los negocios jurídicos en el que sí se persiguen esos efectos.

El V Pleno Casatorio Civil emitido por la Corte Suprema de la República en la Casación N 3189-2012, que constituye Precedente Vinculante refiere en el acápite 4.1 del Considerando 105, que:

“(…) existen antecedentes con relación a la regulación del negocio jurídico”. Así tenemos que en el artículo 1075 del Código Civil de 1936 se establecía que: “Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita o que no esté prohibida por la ley”

Manuel Augusto Olaechea mencionado en la referida sentencia y ponente del Anteproyecto del Código Civil de 1936 señala que ya se inclinaba por la regulación de la capacidad del agente para crear vínculos jurídicos que son de naturaleza personal sin embargo no consideró la manifestación de la voluntad como parte integrante del acto jurídico tan es así que José León Barandiarán también mencionado en la sentencia, manifestó que:

“(...) el artículo 1075 es en cierta forma diminuto. No basta la capacidad del agente, la licitud del objeto y la observancia -en su caso- de la forma para que surja un acto jurídico válido. Se requiere también que la declaración de voluntad, en que se manifiesta el negocio, responda a una determinación seria, destinada a crear un resultado jurídico (...)”. (Casación N 3189-2012)

Nótese que el referido Maestro siempre mantuvo su posición en torno al acto jurídico, insistiendo en el hecho de que la manifestación de la voluntad debe estar dirigida a obtener un resultado jurídico, criterio que compartimos, ya que de nada serviría celebrar un acto jurídico que no va a producir los efectos lícitos queridos por las partes.

En cuanto a los términos acto jurídico y negocio jurídico la Corte Suprema, en la misma sentencia claramente enfatiza que hubo una suerte de confusión de teorías, la voluntarista y la declaracionista, conceptos provenientes de diferentes ordenamientos jurídicos, la francesa y la alemana situación que generó confusión en los doctrinarios o estudiosos de nuestro país y que se vio reflejada con ocasión de la promulgación del Código Civil de 1984.

Producto de la conformación de diversas comisiones, fue la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984 integrada por eminentes juristas, entre ellos el Maestro José León Barandiarán que estableció que para la validez del acto jurídico se requiere de la manifestación de voluntad, termino

variado al inicialmente propuesto que fue de declaración de voluntad para crear regular modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Es sumamente interesante, la construcción teórica del acto jurídico realizada por el Maestro León Barandiarán, citado por Vidal, R. (2010:40) en el Código Civil Comentado, tomo I cuando señala que:

“(...) para los efectos de su determinación conceptual, partió del hecho jurídico, considerando como tal a todo hecho susceptible de producir efectos jurídicos. Este hecho puede ser natural o humano, según se produzca independientemente de la voluntad humana o sea ésta la que los produce. Pero el hecho jurídico para llegar a ser acto jurídico requiere de voluntariedad, es decir, ser producido por la voluntad humana, sin ninguna calificación, pues esta voluntad puede provenir de un incapaz o de un capaz, de un imputable como de un inimputable. Como el hecho jurídico voluntario va a producir determinados efectos jurídicos, para llegar a ser acto jurídico debe ser un hecho lícito, por lo que la determinación del acto jurídico descarta a todo hecho ilícito. Pero la licitud del hecho jurídico no es suficiente pues, para ser acto jurídico, requiere que la voluntad se ponga de manifiesto ya que la voluntad no manifestada no puede dar lugar a la formación de un acto jurídico. La manifestación de voluntad debe responder a la intención del sujeto en cuanto a lograr los efectos que quiere, siendo imprescindible la correlación entre lo manifestado y lo querido, por lo que la carencia de efectos

queridos hace que el hecho siga siendo un hecho jurídico, mas no un acto el que solo se forma cuando el hecho jurídico es voluntario, lícito, con voluntad manifestada y correlacionada con los efectos que el sujeto quiere producir”.

Realmente, fue tan didáctico que con la sola evocación al hecho jurídico y la conjugación que realiza con el acto jurídico al tener en cuenta la manifestación de voluntad y su exteriorización, su licitud, que son resultados que se supone espera el agente, la coherencia que debe existir entre lo querido y lo manifestado nos llega a convencer que un acto jurídico necesita de todo este cúmulo de características para ser considerado como tal.

Corroboran esta posición Zusman, S. y De la Puente y L. (1980: 41) quienes consideran que:

“tanto la teoría general del negocio jurídico como la del acto jurídico tratan de explicar lo mismo, o sea la actuación de la autonomía de la voluntad, variando únicamente en las expresiones utilizadas para aplicar dicho principio y se ha optado por la teoría del acto jurídico por razones de tradición jurídica”.

(...)

En realidad, no encuentran diferencia entre el negocio jurídico y el acto jurídico en sentido estricto porque ambas tienen en cuenta la manifestación de voluntad requisito fundamental para la validez del acto jurídico.

Más allá de que el acto jurídico o negocio jurídico, como algunos juristas lo denominan acto jurídico negocial, y al margen de la autonomía de la voluntad, elemento en el que todos concuerdan, el punto importante es que en sus concepciones resaltan el hecho de que el sujeto o sujetos que lo celebran lo realicen con amplia conciencia de que el fin que persiguen tenga resultados lícitos, coinciden en la existencia de la autonomía de la voluntad, autonomía que debe ser ejercida con límites, derecho que no es absoluto sino se responde por las consecuencias que se generen debiendo asumir el poder coactivo y coercitivo del Estado.

Es por ello que trae a colación lo sostenido por el Profesor Fernández Sessarego, citado por Espinoza E. (2010: 40), para quien el sustento de la autonomía de la voluntad es la libertad del ser humano porque según manifiesta, no puede existir autonomía si no hay libertad.

No deja de tener razón Fernández Sessarego cuando se refiere a la libertad como derecho humano, inherente a toda persona para tomar sus propias decisiones y es que como señala De Trazegnies, G. (2014:1)

(...) La posibilidad de opción hace al hombre responsable de su propio destino y, por consiguiente, le transfiere facultades auténticamente creativas, ya que la creación está basada siempre en la libertad, que a su vez conlleva una necesidad de escoger. En esta forma, libertad y responsabilidad, acción libre y evaluación moral, son elementos que se sustentan y se refuerzan recíprocamente.

Como todo derecho, tiene límites, la libertad no debe ser entendida de una manera desmedida, es decir, que cada sujeto pueda hacer lo que quiera, no es así: sino que debe ser ejercida de manera responsable, respetando los derechos de los demás.

Precisamente es la libertad la que guarda íntima relación con el tema que hoy abordamos porque al fin y al cabo es sobre la base de tal derecho que se van a regular relaciones jurídicas, que para el caso que nos ocupa, es el relativo al acuerdo sobre la cesión de la capacidad reproductiva de una mujer.

La tesista comprende que no se debe confundir la libertad como derecho inherente, indisoluble e intransferible de todo ser humano con el uso indebido de esa libertad, ya que el derecho de uno termina donde empieza el derecho del otro; debe hacerse uso de el pero respetando el derecho de los demás, porque de lo contrario se convertirá en una situación intolerable que la sociedad solo podrá controlar en base a la coerción del Poder Estatal.

A propósito de lo expuesto, viene a la mente lo reseñado por López y Abellán mencionados por Cárdenas, K. en un artículo muy interesante titulado "*Acerca de la importancia del principio de Autonomía de la voluntad y sus límites en el ordenamiento jurídico*" (2015: 115) quienes señalan que la libertad implica elección, pero "*elegir lo que es correcto.*"

Exactamente, si bien las personas tenemos libertad e independencia para tomar decisiones, debemos optar por lo apropiado, por lo pertinente, por lo legal, por lo que se encuentre amparado por el Derecho.

La libertad está limitada por el derecho de los demás. Este acápite trae a colación lo manifestado por el profesor Fernando de Trazegnies mencionado líneas arriba cuando señala que la libertad da lugar a elegir, a escoger y quien lo hace será responsable de su propio destino, de manera, que el uso correcto de esa libertad hará posible, como señala Cárdenas Krenz de elegir *“lo que debo elegir”* (2015:115)

4.1. Posiciones doctrinarias

La voluntad exteriorizada tiene importancia en un acuerdo celebrado por las partes y debe tener plena coincidencia con la voluntad interna, es por ello que la Doctrina se ha manifestado en torno a diversas teorías, así tenemos:

4.1.1. La Teoría Voluntarista; que a decir de Taboada. L. (2006: 223) *“...Solo nacen relaciones jurídicas de las voluntades exteriorizadas...”*, resulta claro que es indispensable que la voluntad salga del fuero interno del sujeto, *“...para que el Derecho le atribuya la potestad de crear relaciones jurídicas...”*; por lo que debe existir coincidencia entre la voluntad interna y la manifestada o exteriorizada.

Lo que se pretende con esta teoría es que las partes creen, modifiquen, regulen o extingan actos jurídicos, pero de acuerdo a su voluntad real y que

expresen o manifiesten esa voluntad al celebrar un negocio jurídico. Ante la falta de coincidencia, prevalece la primera; es decir, la voluntad interna, dejándose sin efecto la voluntad declarada y por tanto el negocio jurídico. La teoría voluntarista, considera que en “*caso de discrepancia se debe dar lugar a la nulidad del negocio*” (2006:226). En verdad esta teoría es cuestionable porque lo que genera consecuencias jurídicas es la voluntad expresada, exteriorizada y no la voluntad que exista en el fuero interno de una persona, salvo que así lo establezca la ley.

4.1.2 La Teoría de la Declaración. El mismo autor ha mencionado que esta teoría estima que en todos los casos es la voluntad declarada, manifestada la que debe prevalecer frente a la voluntad interna. “*No admite ningún supuesto de discrepancia, por considerarlos intrascendentes jurídicamente*”. (2006:226). Es evidente que si la voluntad interna no es exteriorizada, el acto jurídico que se celebre no tendrá efectos jurídicos; es por ello que según esta teoría en caso de discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad exteriorizada, tendrá prevalencia esta última.

El artículo 168 del Código Civil peruano, señala expresamente que “*El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según las reglas de la buena fe*”, dispositivo que a todas luces es eminentemente declaracionista, “*...corriente a la que está adherida nuestra legislación...*” Taboada, L. (2006:229) y que es aplicada para interpretar los actos jurídicos en los que se presenten dudas en la declaración. Es muy utilizado en materia contractual y es ahí donde los jueces deben poner su

mayor atención para interpretar y desentrañar el significado de lo manifestado, pues las declaraciones expresadas al celebrar el acto jurídico, serán la que prevalezcan.

4.1.3 La Teoría de la confianza, esta teoría busca la prevalencia de “ *la voluntad interna, si el destinatario de la declaración de voluntad, en caso de haber discrepancia, no confió porque se percató de la falta de coincidencia, pues de haber confiado por no haber podido advertir la discrepancia prevalecerá la voluntad declarada*”. Taboada, L. (2002:227). Es decir, la confianza es la esperanza o expectativa de que algo positivo suceda.

Esta teoría se dirige al receptor de la declaración; es decir el destinatario quien debe obrar con la debida diligencia al celebrar un acto jurídico, debe ser capaz de percibir la conducta de quien emite la declaración. Son situaciones que se presentan en el dolo cuando la manifestación de voluntad parte del declarante y no obstante la diligencia tomada por el destinatario no pudo ser advertido caso en el cual el acto jurídico será válido.

Pero también puede existir dolo por parte del receptor o destinatario; es decir, puede ser que este último induzca a error al declarante, caso en el cual el acto será anulable. No obstante que los actos jurídicos se negocian, celebran y ejecutan según las reglas de la buena fe y de acuerdo a la común intención de las partes, para la teoría de la confianza, dependerá de la buena o mala fe del destinatario de la declaración.

4.1.4 La Teoría de la responsabilidad, que señala que en caso “*de discrepancia prevalecerá la voluntad declarada si dicha discrepancia ha sido querida por el autor de la declaración de voluntad, pues si la misma ha sido involuntaria deberá prevalecer la voluntad interna,(...)*”.Taboada, L. (2002:227).

En la práctica profesional se presentan casos en los que efectivamente existen discordancias entre la voluntad interna y la declarada, intencionales como la simulación, en los que se pretende ocultar el acto jurídico realmente celebrado y presentan el acto simulado como si verdaderamente fuera este el que realmente se celebró, por ejemplo anticipos de legitima de deudores en procesos de ejecución de garantías, y no intencionales como sucede en el error obstativo que se presenta cuando las partes celebrantes de un acto jurídico no coinciden en sus voluntades, caso en el cual no se habrá celebrado dicho acto, como por ejemplo el hecho de una persona que entrega un anillo a otra en la idea que se lo está vendiendo y la segunda lo recibe en el entendido que se lo está regalando o donando.

Es una suerte de malentendido. Obviamente existe discrepancia entre ambas voluntades internas, existe error, equivocación y por ende, no habrá ni compra venta, ni donación. Es lo que conocemos como vicios de la voluntad que guarda relación con la ineficacia estructural del acto jurídico y que finalmente será objeto de nulidad o anulabilidad del mismo en cuanto tiene incidencia en los presupuestos, requisitos y elementos del mismo.

A criterio de la tesista, es claro que los supuestos que invocan estas teorías no se presentan de manera uniforme en todos los actos jurídicos, dependerá del conflicto de intereses, de la pretensión que se invoque, de los medios probatorios que se actúen en el proceso.

En el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, si existe discrepancia entre la voluntad interna y lo declarado, desde el punto de vista de la teoría voluntarista, prevalecería la primera; es decir, la voluntad interna dejándose sin efecto la voluntad declarada y por tanto el acto jurídico sería nulo, tema que en su momento será materia de análisis.

Desde el punto de vista de la Teoría de la confianza que busca la prevalencia de la voluntad interna, si el destinatario de la declaración de voluntad, (la portadora) en caso de haber discrepancia, no confió porque se percató de la falta de coincidencia (por parte de la mujer que no puede tener descendencia), según esta teoría se daría prioridad a la voluntad declarada.

Finalmente desde la óptica de la teoría de la responsabilidad que distingue entre la intencionalidad o no intencionalidad de quien emite su declaración de voluntad, la tesista no considera que su aplicación sea acertada porque para llegar a un acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer se requiere de suma seriedad para su celebración lo que significa que no se aceptan declaraciones de voluntad involuntarias como sugiere esta teoría de cara que lo que se encuentra en juego es el nacimiento de una criatura.

Si analizamos el acuerdo de la capacidad reproductiva de la mujer desde el aspecto de la teoría declaracionista, existe plena capacidad de las partes, expresan su voluntad de manera libre, por un lado la portadora que acepta llevar el embarazo durante nueve meses y por el otro, la mujer que por impedimento físico no puede tener descendencia; ambos han exteriorizado su voluntad, hay coincidencia entre la voluntad interna y la manifestada, en consecuencia las conductas de las partes se adecuan perfectamente a esta teoría

En nuestra legislación, los términos acto jurídico y negocio jurídico han sido considerados como sinónimos. El Maestro León Barandiarán sostenía que se trataba de un problema de traducción porque el negocio jurídico considerado como concepto, la doctrina Alemana paso a la italiana y de ahí se trasladó a la doctrina francesa, un país con diferente idioma; *“...en el que no hay una palabra que se derive del latín negotium, por lo que la doctrina francesa generalizó la expresión acte juridique para referirse a toda manifestación de voluntad con el fin de producir efectos jurídicos (significado del negocio jurídico de la doctrina alemana e italiana)”*. Torres. A. (2001:68) Posteriormente, es que se ha generalizado el término de acto jurídico, sin embargo cabría preguntarse si el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer constituye un acto jurídico.

La teoría tradicional o clásica de Díez-Picazo y Ponce de León (1996) considera al contrato como un acuerdo de voluntades de dos o más

personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*ad constituendum obligationem*).

Ferri, L. (1987:20) define al contrato:

“(...) como un instrumento concedido a los particulares para regular sus intereses con un orden vinculante, gracias a una potestad de autodeterminación, esto es, poder para crear reglas para sí para la satisfacción de los intereses recíprocos”

Se ha mencionado que las Técnicas de Reproducción Asistida pueden ser homólogas y heterólogas y que se realizan mediante la inseminación artificial o a través de la fecundación in vitro. Los cuestionamientos a estas técnicas, a parte de los ya reseñados anteriormente se centran fundamentalmente como diría Poisson. J F. en su obra Bioética *“El Hombre contra el hombre”* (2009:147) en la disociación de la relación sexual, sustituyendo *“el calor de los cuerpos por la frialdad de los laboratorios”*.

Resulta claro que *“el calor de los cuerpos...”* no es posible en las técnicas de reproducción asistida, no hay relación sexual, por eso se denominan *“técnicas”*. Es el avance en la medicina, que con el sentido de solidaridad que caracteriza a esta profesión, que se encarga de dar solución o, por lo menos de aminorar el sentimiento de frustración que debe sentir una mujer al verse impedida de tener descendencia y encuentra como alternativa de que alguna otra pueda ceder su útero para que conciba una criatura y se lo entregue; es decir se subrogue, la reemplace, la supla por otra mujer para

que pueda realizar esa función y finalmente entregue la criatura a esta última.

Delgado C. (2004: 56) propuso el siguiente concepto:

“Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará una de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de ésta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante.”

En consecuencia, para que exista un acuerdo sobre la cesión de la capacidad reproductiva, se necesita que las partes se pongan de acuerdo, una mujer que ceda su vientre y albergue el óvulo de una tercera mujer fecundado con el espermatozoide del marido o conviviente de otra que tiene la imposibilidad física de llevar a cabo un embarazo. Debe existir plena capacidad de las partes involucradas, manifestación de voluntad expresada con completa libertad para obtener el fin deseado que generaran obligaciones.

Tiene los requisitos esenciales del acto jurídico señalados en el artículo 140 del Código Civil; manifestación de voluntad, que proviene de ambas partes, agente capaz, la mujer casada o conviviente que está impedida físicamente de gestar y la mujer que llevará el embarazo a término; existe franca coincidencia entre la voluntad interna y lo manifestado o exteriorizado por las partes; el objeto es física y jurídicamente posible así como la finalidad del acuerdo; no existe impedimento legal que lo prohíba; reúne todos los requisitos que son esenciales para su validez, por lo que evidentemente constituye un acto jurídico.

4.2. El orden público

El Código Civil peruano dispone *“Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”*. Igual que en el caso del acto jurídico y negocio jurídico, los conceptos de orden público y buenas costumbres también han denotado imprecisiones que debemos delimitar.

De primera intención cuando hablamos de “orden público” pareciera que nos estamos refiriendo a una protesta de un grupo de personas, a las barras bravas que siembran el caos en la ciudad y que afectan la propiedad pública y privada y son las fuerzas policiales las llamadas a poner la ecuanimidad, a restablecer el equilibrio de la ciudad a efecto de tener tranquilidad.

Pero el orden público también tiene otra connotación y es que se encuentra referido al respeto del ordenamiento jurídico que deben ser acatadas por todos los ciudadanos porque tienen carácter imperativo y pone límites a algunos excesos al hacer uso de la autonomía de la voluntad declarando la nulidad de los actos jurídicos. Así las cosas el artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que: *“Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”*, dispositivo que según Vidal, R. (1990:237):

“(...) subordina la autonomía de la voluntad o autonomía privada al orden público –que comprende a las buenas costumbres–, en cuanto declara la nulidad del acto, o si se quiere del negocio jurídico, que pretende producir efectos que le sean contrarios y advierte que el ordenamiento jurídico reconoce la eficacia de la autonomía de la voluntad, a la que le permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sólo si está enmarcada dentro del orden público”.

Por su parte, Rubio C. (2010:45) estima que *“no se duda en expresar que el orden público es un “conjunto de disposiciones imperativas”*; y León Barandiarán, J. (2010:45) quien precisa que *“una disposición no es de orden público, porque aparezca como imperativa o prohibitiva, sino lo contrario”*.

Agrega:

“(...) el orden público funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no

solamente es normativo sino también ideológico. Este se manifiesta a través de normas imperativas”. . (2010:46)

Todos los autores remiten el concepto de orden público al cumplimiento de normas de carácter imperativo, porque si no es el Estado el responsable de hacer valer su poder coercitivo.

El Derecho, como sabemos, es una ciencia que cambia de acuerdo al desarrollo de la conducta humana; los sujetos regulan sus relaciones jurídicas sobre la base de normas imperativas que no pueden sustituir a la voluntad de las partes. En las diferentes ramas del Derecho puede existir una mixtura de normas; unas de orden público y de ineludible cumplimiento y otras más flexibles cuando establecen alguna salvedad.

Es importante la posición de Bossert y Zannoni mencionado en el Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de la República - Casación N° 4664-2010-PUNO -(considerando 7) quien señala respecto del presunto conflicto de la autonomía privada y el orden público, que:

“El orden público en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas (...) En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones (...) Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares.

Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquellas responden.”

Es cierto, en materia de familia, el interés no es individual sino de la comunidad de los miembros que la integran. Es la norma la que pone el equilibrio para quien pretenda transgredir los fines primordiales que forman parte de una familia.

Efectivamente el concepto de orden público limita la autonomía privada e impone respeto frente a las relaciones jurídicas entre sujetos, sin embargo la tesis se pregunta, en que podría afectar al orden público un acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer si se trata de la vida privada de ambas contratantes? Los autores mencionados líneas arriba sustentan su posición sobre la base que el orden público guarda relación con normas imperativas; pero, por amor a Dios, no existe regulación en nuestro país, de que norma imperativa o prohibitiva estamos hablando? ¿Podemos prejuzgar en el sentido de que un contrato de esta naturaleza afecta el orden público?; ¿porque los doctrinarios lo dan por hecho?; no se trata, como dijimos, ¿de la vida personal, privada, íntima de una mujer o pareja que tiene problemas de fertilidad?; ¿por qué entrometerse en ello?

El mundo jurídico ha evolucionado; ahora la sociedad civil analiza, critica, expone sus razones para aceptar o cuestionar las normas jurídicas que a su entender no son las más idóneas para su desarrollo personal. En efecto el Derecho regula la conducta del ser humano dentro de una sociedad; pero en este caso no existe norma jurídica que aluda al tema por lo tanto la tesista reitera y es contundente en afirmar con total convicción que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer no afecta el orden público.

4.3. Buenas costumbres

Se ha hablado en reiteradas oportunidades sobre la libertad que debe tener el ser humano para tomar sus propias decisiones, para darse cuenta que en uso de esa libertad tiene la posibilidad de elegir entre lo bueno o lo malo; entre lo correcto o lo incorrecto, haciéndose responsable de las consecuencias de sus actos.

Si bien todo ser humano, es libre por naturaleza, ello no significa que ese derecho no tenga límites; es claro que nadie tiene derecho a perjudicar el derecho de otro y ello guarda relación con el orden público acápite a que nos hemos referido anteriormente y las buenas costumbres que tiene un matiz de índole moral.

Así, Bianca citado por Espinoza, E. en el Código Civil Comentado, tomo I (2010:47), refiere que las buenas costumbres serían entendidas como:

“(...) los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social”; señala que también se las conceptúa como *“los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. No se asume como norma de las buenas costumbres la moralidad en sentido abstracto, deducida de principios de razón, sino la que la opinión común, vigente en un determinado “ambiente”, considera y practica como tal (la denominada ética social)”*. Refiere que *“como las costumbres cambian de una época a otra y de un lugar a otro, así puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba inmoral ayer, y viceversa; o bien, una cosa es considerada inmoral en un país, y no en otro”*.

Resulta aleccionador el caso de la actriz iraní Gowhar Kheirandish mencionado por Cárdenas, R. (2015:116). *“... condenada a 74 latigazos por besar a su colega en público...”*, caso que se ha dado en la vida real, conductas que para los latinoamericanos nos puede parecer inmoral, irracional que atenta contra las buenas costumbres, pero que finalmente estas costumbres se encuentran muy arraigados en esos países y por más que nosotros lo critiquemos, para ellos es normal. Por ello es que como señala Messineo mencionado por el autor *“el concepto de negocio inmoral puede ser sumamente relativo”*.

Por su parte, Barandiarán, J. (1976:62) manifiesta que:

“(...) la libertad convencional no es irrestricta y que sufre las limitaciones que le imponen el orden público y las buenas costumbres.”

Luego de analizar la naturaleza jurídica del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer se tiene que evidentemente es un acto jurídico, sui generis, que tiene sus propios matices, que no se encuentra regulado en nuestra legislación; no es inmoral ni atenta contra el orden público y las buenas costumbres.

Zannoni (2014:13) reseñado por Castillo Freyre y Torres Maldonado manifiesta que *“el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres”*.

Abunda lo expuesto cuando Bullard, A. (2009:112) desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, alega que:

“Socialmente puede repugnar a ciertas conciencias la admisión de este tipo de procedimientos (se refiere a la maternidad subrogada). Dicha repulsión tiene su origen, en la mayoría de los casos, en concepciones religiosas, morales, éticas y/o culturales. Suele considerarse estas técnicas y estos convenios como contrarios a las buenas costumbres, al orden público o simplemente a las creencias y valores de la gente (...)”

Hace alusión a quienes están en oposición a las técnicas de reproducción asistida por ser tan conservadores en su modo de pensar por cuestiones totalmente subjetivas que todavía existen en pleno siglo XXI.

Es de señalar que tampoco se trata de la ética o moral de cada individuo que pretenda comportarse de acuerdo a lo que considere conveniente o “bueno”, sino que va más allá, en tanto no perturben la sensibilidad ajena. Lo esencial radica en la moral de una comunidad o moral social, que debe ser analizada a la luz de un lugar y tiempo determinado. En reiteradas oportunidades se ha comentado que el Derecho regula conductas humanas; que la ciencia evoluciona, que la idiosincrasia de las personas cambia, que las aspiraciones humanas son otras; evidentemente todo tiene límites y será precisamente el ordenamiento jurídico el llamado a regularlos.

A propósito de conductas humanas actualmente las personas conocedoras del avance científico y en prevención de que en un futuro puedan tener problemas de fertilidad, emplean la crío conservación para guardar su material genético pensando en el hecho natural de que a medida de que los años pasan se pierden capacidades biológicas reproductivas.

La crío conservación origina lo que conocemos como “bancos de semen” y los “bancos de embriones”, términos aceptados por la Medicina, lo mismo sucede con los óvulos. Tan cierto es que en un artículo publicado en el Diario el Comercio (jueves 2 de Junio de 2016) que nos llamó la atención decía “Fernanda Kanno revela: *"He decidido congelar mis óvulos..."* porque no es su prioridad tener hijos en estos momentos. Su decisión constituye una suerte de previsión para el caso de que más adelante y ya más organizada tal vez profesionalmente y que la edad no le ayude pretenda tener descendencia.

La periodista Fernanda Kanno ha decidido postergar la maternidad para cuando desee realmente convertirse en madre; es evidente que no está entre sus planes ser madre por ahora pero previene frente a la posibilidad de que en un futuro no se encuentre en la capacidad física para serlo; ella misma lo dice, la edad.

Algunos estarán de acuerdo con su decisión y le darán su apoyo moral incentivándola a que siga adelante con sus planes, pero para otros será inmoral el haber hecho pública tal situación. Tenemos que ser claros en esto, existen demasiados prejuicios en el Perú; la gente juzga por anticipado por el solo hecho de considerar esta conducta como muchas otras inmoral, y por tanto contra las buenas costumbres; hoy por hoy las personas tienen otra mentalidad, puede ser debido al internet, a las redes sociales (hoy desde pequeños están con el avance tecnológico, algo que en nuestros tiempos no teníamos ni idea que existía), pero es una realidad y por tanto el Derecho tiene que estar acorde con ello. Lo moral o inmoral es un tema subjetivo y el ordenamiento jurídico no debe estar regulado en base a subjetividades.

El derecho y la ética se interrelacionan, motivo por el cual el Derecho debe actualizarse para dar solución a determinadas circunstancias como el caso de la capacidad reproductiva de la mujer, acuerdo que muchos lo han considerado inmoral a tal punto de prohibir estos convenios en sus legislaciones o como guardar silencio al respecto. Es por ello que el profesor

Fernando De Trazegnies Granda (2014:3) sostiene y en ello la tesista coincide cuando afirma que:

“(...) el Derecho definitivamente es un medio porque lo que pretende es organizar la vida humana; se trata simplemente de un instrumento para facilitar y permitir la vida en sociedad; es un procedimiento, una técnica, que contribuye al logro del fin propuesto. “

Porque de lo que se trata es de resolver los problemas que se presenten y no de crearlos con posiciones, respetables sí, pero que no se adaptan a la realidad social. La tesista se pregunta porque no sentir alegría y satisfacción por los descubrimientos de la ciencia médica si es en bien de la humanidad, si es para ayudar a personas que sufren de tal o cual enfermedad?; ¿porque no sentirnos satisfechos con los descubrimientos médicos para que una tercera persona pueda llevar en su útero un embarazo producto de la unión de un espermatozoide y un ovulo fecundado de una donante por imposibilidad física de una mujer para cumplir tal función?

La tesista está plenamente convencida que llegarán nuevas generaciones de investigadores que harán otro tipo de descubrimientos que generarán nuevos debates y así sucesivamente porque la ciencia no es estática, por el contrario, es dinámica, cambia de un día para otro y obviamente la mentalidad de los seres humanos será definitivamente distinta.

En cuanto al acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, pueden considerar algunos que no afecta a las buenas costumbres, pero para los de ideas conservadoras no será así. Lo cierto y como es natural, habrán

opiniones en favor y en contra como suele suceder en todo ámbito de la sociedad; es claro que no siempre existe acuerdo unánime en determinado aspecto, tampoco se trata de imponer de manera dictatorial una posición ya que, según opinión de la tesista, el calificativo de bueno o malo se adecúa a las reglas o escala de valores morales de cada persona.

No podemos negar que las TERAS ayudan y en ocasiones remedian el problema a nivel reproductivo de la mujer, pero qué sucede cuando esas técnicas fallan; cuando la fecundación in vitro o la inseminación artificial no tienen éxito; acaso la mujer que tiene problemas de infertilidad no tiene opción de celebrar un acuerdo con otra mujer para que le ceda su vientre y llevar un embarazo en reemplazo de aquella? por qué no?, ¿qué se los impide?

El artículo 29, numeral b) de la Convención Americana, con relación al alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos de la Convención Americana 11.2 el cual se refiere a la Protección de la Honra y Dignidad, y el artículo 17.2 que estipula la Protección a la Familia se ha pronunciado en el sentido que “(...) *se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva (...) y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de*

facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona". Si es así, entonces ¿porque no aprovechar el progreso de la ciencia sobre la capacidad reproductiva?

Finalmente, en la actualidad y con la madurez del caso Varsi, E (2013:434) señala que:

"(...) el derecho de procreación no es un derecho absoluto sino relativo. Es decir, la capacidad de procrear de la persona no es ilimitada, sino que debe ser realizada dentro de ciertos parámetros esenciales. Uno de ellos es la defensa, respeto y consideración que se debe tener con la vida a generarse (...)"

Como se puede observar, en determinado momento no estuvo muy convencido de la celebración de estos pactos porque los consideraba inmoral, criterio que francamente sorprendió porque fue demasiado radical al sostener que atentaba contra la dignidad humana, pero, parece ser que ahora el citado profesor enfoca la realidad de manera distinta; es más objetivo; ha cambiado de opinión pero con la reserva de que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva debe ser solo en casos especiales para las personas que no pueden concebir un nuevo ser.

Evidentemente, los derechos no son absolutos, todo derecho tiene sus límites, de manera que la autonomía privada no puede traspasar la barrera de la decencia, porque, ciertamente, estamos frente a un tema muy sensible, pero que sin embargo no es ajeno a nuestra realidad. De eso se trata, este

trabajo es una ferviente invocación al legislador para que se preocupe por otorgar una respuesta legal dentro del marco del Derecho a las mujeres que no pueden tener hijos, que son infértiles precisamente por defectos o dificultades fisiológicas; que gusto saber que en esta materia por fin se piensa en la mujer con problemas de esta naturaleza. Ello nos demuestra el inicio del cambio de paradigma que se viene teniendo en nuestro tema de investigación.

El propio Tribunal Constitucional (2012), en reiterada jurisprudencia, como la expedida en el expediente 05975-2008-PHC/TC señala en el ítem 6 que

(...) este Tribunal Constitucional debe reiterar que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, sino que por el contrario, se encuentran limitados, no solo por su propio contenido, sino por su relación con otros bienes constitucionales (Cfr. Exp. N° 1091-2002-HC/TC). Es así que en ciertas situaciones de conflicto y, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, un derecho fundamental puede ceder ante otro bien de relevancia constitucional. En tales casos, el conflicto deberá resolverse a través de una ponderación.

Ningún derecho es absoluto; las partes tienen la posibilidad de autorregular sus intereses, pero, también es verdad que el legislador debe colaborar con esa autonomía de la voluntad que la ley otorga a las partes. Es cierto que tampoco se debe atentar contra las normas de orden público ni las buenas costumbres, pero como se dijo anteriormente al no existir regulación, mientras la ley no lo prohíba, está permitido.

El deseo de procrear guarda relación con el desarrollo de la personalidad, derecho reconocido en el artículo 2, inciso 1) de la Constitución Política del Estado, que establece que *“Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...);* es decir, como lo señala el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00008-2012-PI-TC, (Considerando 17) *“...de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”*. Entonces, si es la propia Carta Magna la que garantiza el derecho al desarrollo de la personalidad; si el propio Tribunal Constitucional lo ha reiterado; si la sentencia antes citada en el caso Artavia Murillo ha sido clara al respecto, porqué el legislador común tendría que limitar o prohibir tal derecho en cuanto a la cesión de la capacidad reproductiva; la tesista considera que sólo debe regularlo, para bien o para mal, pero regularlo.

La tesista se pregunta si la mujer que celebra un acto jurídico sobre su capacidad de reproducción, está renunciando a su dignidad? La respuesta es negativa porque la dignidad importa una situación de auto respeto, y de respeto a los demás, valor que tiene el ser humano por el solo hecho de ser tal.

De manera coincidente el Maestro Trazegnies G (2014:13) es de la misma opinión cuando manifiesta que:

“(...) la dignidad del hombre está basada en su libertad y porque lo que se opone al progreso se opone también a su dignidad en la medida que ésta es la actualización libre de las potencias humanas.”.

Es decir, la dignidad definitivamente tiene otra connotación que guarda íntima relación con ese derecho innato al ser humano que es la libertad.

La mujer que cede su función reproductiva de llevar un embarazo para otra, no es indigna por celebrar tal acuerdo; no tiene por qué sentirse humillada ni menospreciada y mucho menos degradada, porque es un acto jurídico que se celebra con otra persona sobre la base de la libertad de contratación, si fuera así, es decir, si la tesista percibiera que se atentaría contra su dignidad, sería la primera en invocar que este tipo de acuerdos no solo se limiten, sino que se prohíban, pero no es así. Pensando de este modo, sería motivo para que no realicen trasplantes de órganos porque sería indigno recibir un corazón, un riñón de una persona fallecida por citar unos ejemplos.

Entonces, no es pues como los opositores señalan o describen, más bien, se percibe que pretenden justificar su posición en contra sólo con críticas muy subjetivas que en nada ayudan en lugar de contribuir con ideas y sugerencias constructivas que permitan asistir a personas que padecen de este problema de infertilidad.

4.4. Actos de disposición del propio cuerpo

Se cuestiona el hecho de que en el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer existiría un acto de disposición del cuerpo humano que puede perjudicar la salud de la mujer. La tesista quiere decir, con mucha serenidad que quienes realizan esa interpretación tan sesgada no han tomado en cuenta que el solo hecho de encontrarse embarazada puede ser un riesgo para la mujer; suponemos que esta línea de pensamiento se debe a la antigüedad del Código Civil, lapso en que la ciencia médica no se encontraba tan avanzada como está actualmente.

El artículo 5º del Código Civil de 1984 señala que *“El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.”* Dicho artículo se explica por si solo; se trata de derechos fundamentales inherentes a la persona humana que no pueden ser objeto de renuncia ni de cesión a diferencia de los derechos patrimoniales donde sí existe esa posibilidad.

Un sujeto puede disponer de sus derechos patrimoniales, puede transferirlos, negociarlos, comprarlos, venderlos, en cambio los derechos fundamentales no son negociables, ni transferibles, son inviolables e imprescriptibles son aquellos que una persona tiene por el hecho de ser tal; es por tal razón que en esta investigación la tesista se refiere a la libertad,

pero no a cualquier libertad, sino a aquella que constituye un derecho fundamental, personalísimo del ser humano que son sagrados y universales; que no se pueden vulnerar, no se pueden denigrar a la más baja expresión, como el derecho a la vida, el derecho a la honra; el derecho a contratar.

Existen obvias diferencias entre unos y otros; no obstante el artículo 5 del Código Civil hace la salvedad contenida en el numeral 6 que prescribe que, *“Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres.”*.

Es importante resaltar este punto porque se debe tener muy claro que en similar sentido se regula en Argentina, cuando su Código Civil y Comercial - Libro Primero, parte general, capítulo 3. *Derechos y Actos personalísimos*, en el artículo 56 dispone: *“Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico...”*; la redacción del numeral citado es muy similar a lo dispuesto por el artículo 6 del Código sustantivo peruano.

En el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, la receptora no realiza ningún acto de disposición de su cuerpo que pueda generarle una disminución permanente de su integridad física; es más, un embarazo, de

por si conlleva riesgo, haya o no contrato; ello dependerá del organismo de cada mujer. Por ende, en tanto haya consentimiento previo, no se vulnera el derecho a la libertad ni integridad de la mujer gestante.

Obviamente, las partes al llegar a este tipo de acuerdos deben realizar las consultas médicas del caso a efecto de descartar cualquier complicación; es lo que medicamente se denomina el “Consentimiento Informado” regulado en el artículo 27 de la Ley General de Salud de nuestro país, que establece que *“El médico tratante, (...) la obstetrix están obligados a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos”*;

Es obligación del médico informar a la paciente, hacer de su conocimiento de los riesgos que podría ser objeto en caso de someterse a un tratamiento o una intervención quirúrgica para introducir el material genético en el útero.

No obstante ser una obligación que corresponde al servicio médico, existen omisiones por parte de alguno galenos quienes no brindan la información pertinente generando responsabilidades civil, penal o administrativa que bien se pudieron evitar si el paciente hubiera tenido conocimiento de las ventajas o desventajas de su tratamiento o intervención quirúrgica.

Por ello a efecto de evitar este problema que sin lugar a dudas se presenta en el Sector Salud, en diciembre de 2018 se ha publicado en el Diario Oficial

El Peruano el Acuerdo N° 006-2018 que establece un Precedente Administrativo de Observancia Obligatoria sobre el Registro del Consentimiento Informado en las Instituciones Prestadoras de Salud – IPRESS. Es mucho más formal y detallado de tal modo que el paciente reciba las explicaciones del caso frente a las dudas del procedimiento médico a seguir y emita su voluntad de manera libre, sin presiones, con plena autonomía en el sentido de aceptar o no el tratamiento a que se le someta así como, de ser el caso, deslindar responsabilidades civil, penal o administrativa. Todo ello deberá constar en un Formato oficial el mismo que tiene carácter obligatorio para las entidades prestadoras de salud, motivo por el cual se emitió el precedente vinculante antes mencionado. Y ello es razonable, porque si se celebra un acuerdo sobre la capacidad reproductiva lo lógico es que la mujer que se va a embarazar tenga conocimiento de todos los pormenores del tratamiento que recibirá, sobre todo de los riesgos a que se expondrá.

La legislación argentina, que es muy parecida a la nuestra que en el *artículo 560 de su Código Civil establece que “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana (...)”*, con la única diferencia que se encuentra previsto en su Código Civil, instrumento que regula las relaciones privadas; en cambio en nuestro país solo tenemos la Ley General de Salud que contempla tal situación.

En ese sentido, es claro que el artículo 6 del Código Civil se refiere a los actos de indisponibilidad del cuerpo humano que generen una *limitación de por vida*; por ejemplo donar el hígado, el corazón sin el cual una persona no podría sobrevivir; *de actos de disposición de los órganos que no se regeneran*. Es más dentro de los derechos o atributos de la personalidad inherentes al ser humano, encontramos que “*la libre disposición del cuerpo significa la libre actividad sobre nuestro cuerpo frente al Estado y a terceras personas, cuyo límite es que tal disposición no dañe los órganos corporales de tal modo que resulten inútiles para su misión natural*”. (Borrel, M. 1954:25).

El hecho de que una mujer realice un acto jurídico sobre su capacidad o función reproductiva no le genera una limitación de por vida salvo que se produzca una negligencia médica caso en el cual si podría ocasionar un serio perjuicio de por vida. El útero es un órgano no regenerable; se ha demostrado que cuando una mujer tiene varios embarazos el útero se deteriora, no se regenera pero tampoco significa que se la limite físicamente de por vida.

La mayoría de juristas cuestionan este tipo de acuerdos porque, según su opinión, de por medio existe un interés económico y tal situación transgrede la moral y las buenas costumbres.

Bullard citado por Cieza Mora, Jairo en su artículo Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (2013:145) cuestiona la solidaridad que pudiera existir en este tipo de acuerdos, tildándola de “ingenua”, porque

señala que se “...*estrella con la realidad...*”; es cierto, la realidad nos revela que la mujer portadora podría cobrar determinada cantidad de dinero lo cual es razonable, pero este tema debe estar sujeto a la voluntad de las partes; es decir, es la pareja quien acordará los términos del acuerdo, lo que debe ser expresado debidamente en el contrato.

No es idea de la tesista alentar ni estimular la práctica, sino liberarla de las críticas morales, las objeciones pseudocientíficas y los falsos prejuicios. El acuerdo sobre la capacidad reproductiva es un tema basado en la decisión libre de personas adultas que ejercen sus derechos y prerrogativas para manifestar su voluntad motivo por lo cual la tesista no encuentra razón suficiente para cuestionar a las mujeres que la ejercen ni a la práctica en sí misma; por ello coincidimos plenamente con la posición de Ramón Martín Mateo citado por Atienza, M. (2004:53) quien sostiene que:

“(...) Es, pues, necesario que el legislador intervenga ordenando conductas y puntualizando extremos no deducibles sin más que las vagas formulaciones de la bioética, lo que no puede quedar al libre arbitrio e interpretación de profesionales e investigadores. Solo la ley puede decirnos cuando y en qué condiciones puede practicarse un aborto o realizarse un trasplante de órganos. La fecundación artificial (...) es también de la incumbencia del legislador (...).”

4.5 Derecho a la Identidad.

En el Exp. N.º 2273-2005-PHC/TC LIMA Karen Mañuca Quiroz Cabanillas el Tribunal Constitucional pone en claro lo que significa la identidad de una persona, que no es otra cosa que identificarla, individualizarla plenamente de otra. Cada ser humano es único, es distinto de otro, cada sujeto tiene sus antecedentes personales que lo diferencian de los demás.

Teodora Zamudio, mencionada por Gonzáles C. Alberto, en su calidad de Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Médico en un artículo titulado *“Cuando mi madre es un Número, identidad genética e Interés Superior del Niño”* (2008:27) con relación a las técnicas de reproducción asistida, específicamente refiriéndose a la fecundación in vitro, se pregunta:

“(...) qué derecho tiene el hijo concebido in vitro?, cuando el interés jurídicamente protegido es el derecho a conocer la identidad de sus verdaderos padre y madre. Se estaría violando el derecho de este hijo de conocer su verdadera identidad, si se primaran los derechos de los donantes a que se resguarde su identidad...”. “...porque no optar por la adopción”.

En este aspecto la tesista, considera que quienes están en desacuerdo con los avances científicos tratan de cuestionar lo mínimo para impedir que una mujer con problemas de infertilidad pueda tener descendencia con la ayuda de la ciencia. Ahora alegan el derecho a la identidad; el derecho del recién nacido de conocer a sus padres.

Es que no comprenden que de lo que se trata es de apoyar a las parejas que tienen estos obstáculos; nadie está libre de sufrir estas alteraciones funcionales. La tesista considera que debemos ponernos en el lugar de quienes lo padecen y no cuestionar a quienes se someten a este tipo de tratamientos.

Cuando se trata de la técnica de reproducción homologa, existe identificación entre el material genético de la pareja con el menor por lo tanto, no habría problema para que conozca quienes son sus progenitores. Cuando se trata de la técnica de reproducción heteróloga que es el método al que se refiere la autora, el óvulo es de una tercera persona anónima fecundado con el esperma de su pareja, caso en el cual la médico cuestiona el derecho a la identidad del niño.

El artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú señala que *“Toda persona tiene derecho a la identidad...”*, es decir tiene derecho a ser individualizado a que como establece el Tribunal Constitucional *“... a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es...”*.

Cada ser humano es único y se distingue de los demás porque pueden ser diferenciados tanto por su nombre que es la característica esencial que se invoca para ser individualizado como para ser reconocido por sus rasgos físicos, como por su comportamiento, principios y valores.

La referida profesional sostiene que se estaría privando a los menores a conocer su verdadera identidad, si es que se da prioridad al derecho de los

donantes a guardar su identidad. La respuesta que daría la tesista sería con una repregunta y es ¿qué pasaría si no se revela la identidad de la mujer que lo gestó?, no sería mucho más traumático confesar que el menor fue producto de una inseminación in vitro?.

¿Se opina mucho en relación a la protección del menor, pero se ha pensado que esta revelación podría causar graves consecuencias en el niño, inclusive cuando ya es mayor, como una depresión profunda llegando hasta el suicidio? ¿No sería mejor no revelarlo?, finalmente el niño será criado por su padre y la esposa de este de quien provino la voluntad de traer un niño al mundo.

La tesista estima que la prudencia, el buen juicio en casos tan delicados como estos deben primar. No vaya a ser que “remedio” sea peor que la enfermedad.

Por otro lado, la referida autora se pone en la interrogante de ¿porque no elegir la adopción? El artículo 377 del Código Civil establece que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. Acaso con esta institución no se desvincula al menor de sus padres biológicos para ser criados por otra familia? Podría sostenerse que este tema no involucra el derecho a la identidad cuando los niños no saben que han sido adoptados? El punto es que en el caso de la adopción no existe ningún vínculo genético con el menor adoptado; a diferencia del acuerdo sobre la capacidad reproductiva en el que

si lo hay porque el espermatozoides es del esposo o conviviente; finalmente el menor llevara su carga genética; no lo tendrá de la “madre” pero si del padre.

En consecuencia lo que se procura es dar solución al problema, o en todo caso dar respuesta a la interrogante que se hace la autora. No está demás señalar que para que no haya dificultades con el tema de la identidad e inscribirlo en el Registro, una solución podría ser el que la esposa o conviviente impedida de tener hijos adopte al niño conforme a las normas pertinentes del Código Civil.

4.6 Principio Mater certa Semper est

El profesor Rubio, M. en su libro *“Las Reglas del Amor en Probeta de Laboratorio”* (Lima: 89) considera que debe existir siempre la coincidencia entre madre genética y madre biológica amparándose en el principio “mater semper certa est; la madre siempre es cierta”; para el citado profesor, la madre legal será siempre la que da a luz porque si no se atenta contra el orden público.

En verdad, la tesista no está de acuerdo con su posición porque no tiene en cuenta que la ciencia genética, la ciencia médica a través de las Técnicas de Reproducción Asistida han hecho posible que personas que padecen de infertilidad puedan tener hijos, claro no es natural como se quisiera, pero al fin y al cabo se puede tener descendencia.

Por otro lado, Marco Vila, Patricia en la Tesis presentada ante la Universitat De València - Facultat De Dret (2016), titulada *“La determinación de la filiación en la gestación por sustitución. Principios éticos, bienes jurídicos y doctrina jurisprudencial”*, para optar el grado académico de Doctora en Derecho, concluye que debe seguir prevaleciendo la verdad genética y que los contratos sobre la maternidad subrogada han servido para abrir las puertas al “Mercado” y que por ello; según su posición, se utiliza la tecnología para concebir, producir y comprar un hijo. Asimismo, señala que las técnicas de reproducción asistida han sustituido el vínculo sexualidad - procreación, desde que se introduce una nueva mecánica para producir hijos bajo cualquier medio, interesando el resultado, motivo por el cual considera que debe mantenerse vigente el principio Mater semper certa est, cuya finalidad es identificar al principal obligado en la manutención de la criatura traída al mundo.

Finalmente manifiesta que la renuncia a la maternidad debe efectuarse después del parto y no antes porque se vulneran los principios de la filiación por anticipado. La tesista no niega que puede existir un “mercado” como señala la graduanda para realizar estas intervenciones, situación que no se presentaría si estuviera regulado jurídicamente.

Sería distinta la conducta de quienes desean celebrar un acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer si tuvieran un amparo legal; asimismo, la tesista no comparte la opinión de la graduanda cuando sostiene que *“se utiliza la tecnología para concebir, producir y comprar un hijo”*.

A propósito de lo dicho, el 5 de diciembre de 2018 se publicó un artículo en el Diario Correo en el que se informa que una mujer que padecía de infertilidad logró la maternidad como consecuencia del trasplante de útero que le hizo una donante que había fallecido. En el referido diario se señaló que fue la revista científica The Lancet la que dio a conocer este hecho y que la criatura nació hace un año. La maternidad de la joven se produjo después de varios intentos, los mismos que fracasaron en diversos países como Estados Unidos, República Checa y Turquía.

Señala el artículo que la joven nació sin útero problema que es conocido como síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser y que la operación se produjo el 2016. Haciendo uso del avance científico, el útero de la mujer fallecida le fue trasplantado a la joven quien no rechazó el nuevo órgano dando lugar al empleo de las técnicas de reproducción asistida introduciéndole óvulos ya fecundados para lograr la maternidad, generando el embarazo y posterior alumbramiento de una bebe de sexo femenino.

Ciertamente estas noticias son gratamente recibidas pues la tecnología avanza y se utiliza para ayudar a quienes lo necesitan, en este caso a las mujeres que sufren de infertilidad, y ello ha sido reconocido en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo, obviamente su utilización es costosa pero no por ello se puede pensar que se “compra un hijo”, imaginar esta hipótesis sería por demás denigrante.

Por otro lado, señala la graduanda antes mencionada que estos métodos han sustituido el vínculo sexualidad-procreación, desde que se introduce una nueva mecánica para producir hijos bajo cualquier medio, interesando el resultado, motivo por el cual considera que debe mantenerse vigente el principio *Mater semper certa est*, porque *“la finalidad es identificar al principal obligado en la manutención de la criatura traída al mundo”*.

Precisamente esa es la función de las técnicas de reproducción asistida; su propio nombre lo indica, consiste en asistir, en ayudar a personas que sufren de infertilidad. Es cierto que no existe relación sexual, es por ello que se utilizan los avances de la ciencia para lograr el resultado esperado; es totalmente lógico que si alguien se somete a los avances científicos espera un resultado positivo; sería irrazonable sostener lo contrario.

En cuanto a su posición respecto a la vigencia del principio *mater Semper certa est* debe señalarse que de acuerdo a lo investigado este principio se ha relativizado ya que en el caso del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer no se presenta esta identificación; no existe esta coincidencia entre la mujer gestante y la que alumbró pero como es de público conocimiento se presenta en la realidad.

Surge aquí una pregunta, ¿se puede sostener que por el hecho de no haber alumbrado un niño pero que se tenía el ferviente deseo de tenerlo, motivo por el cual, se acuerda que otra persona sea la que se embarace y gesticione por ella porque no tiene posibilidad física para ello no puede ser considerada

madre? *¿por qué imponer rígidamente que madre legalmente es la que pare incluso en el caso de que, después del parto, sea otra la voluntad de la persona implicada?* (Peña, M. 1989:491- 492)

Somos testigos de mujeres que han dado a luz y han procedido a abandonar a sus hijos siendo criados por terceras personas, solteras, casadas, viudas, divorciadas dándoles la protección y todos los cuidados que le correspondían a la progenitora y esos niños se sienten plenamente identificados con las personas que los criaron.

El criterio sobre el cual se basa Marco Vila autora de la tesis antes mencionada cuando sostiene que regirse por el principio *mater semper certa est* serviría para *“identificar a quien debe sufragar los alimentos”*, no se condice con la realidad ya que existen infinidad de progenitores que sin haber utilizado los avances de la ciencia tienen hijos de manera natural sin embargo nunca se han preocupado por su manutención; todo lo contrario, tienen que ser demandados para cumplir con sus obligaciones alimentarias si es que de por medio no hay actos fraudulentos como un prorratio o una *“renuncia a su centro laboral”*.

Entonces si esta situación es así, la tesista no encuentra razón suficiente para negar esa posibilidad de la maternidad a una persona que de todo corazón desea tener un hijo pero que no puede, no porque no quiera sino por razones físicas le es imposible? Es más el niño tendrá, no solo el derecho alimentario, sino todos los derechos que a un hijo le corresponden,

empezando por el reconocimiento; es decir lo inscribirá en la Registro Nacional de Identidad y Estado Civil como su hijo, con todos los derechos y obligaciones que le corresponden como madre e hijo la patria potestad, derechos sucesorios; igual como si hubiera sido concebido de manera natural.

Es claro que en el Perú no se prohíbe ni se permite la celebración del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer; estamos ante un vacío legal, esa es la razón de ser de nuestra investigación. Que importante e interesante sería no tener que defender la libertad de las personas de elegir, máxime cuando tiene un fuerte contenido vinculado al derecho a la salud reproductiva.

El artículo 7 de la Ley General de Salud regula la técnica de reproducción asistida homologa, pero no la heteróloga; es decir la técnica en virtud del cual una mujer reemplaza a otra en la gestación con el ovulo de una tercera persona anónima fecundado con el esperma de su marido o conviviente mediante un acuerdo.

En opinión de la tesista, no existe prohibición sobre el acuerdo de la capacidad reproductiva de la mujer; simple y llanamente la norma señala que debe haber coincidencia entre madre genética y madre gestante nada más; debe ser la misma persona en la que debe recaer la asistencia de la reproducción asistida.

Cabría preguntarse por qué el Artículo 6 de la Ley General de Salud establece que:

“Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar. Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito”.

Este dispositivo que se encuentra en la misma ley regula la libertad de elección de los métodos anticonceptivos, y no la libertad para celebrar el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer; lo mismo sucede en la sentencia Exp. 02005-2009-PA/TC emitida por el Tribunal Constitucional en el caso de la Píldora del Día siguiente en el que reseña la libertad que tiene todo individuo para elegir el momento en que puede tener descendencia. Señala que:

2. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía. 6. El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la

autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo.

Ironías del destino, lo transcrito constituye un párrafo de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso de la píldora del día siguiente en el cual el Supremo Tribunal se pronuncia sobre la libertad reproductiva en el sentido de cómo, cuándo y con quien tener descendencia respecto de las mujeres que no tienen problemas de infertilidad; es decir de mujeres con salud reproductiva, mientras que no existe pronunciamiento en relación de quienes más lo necesitan, de las mujeres con problemas reproductivos;

regula la manera de no tener hijos, sin percatarse que ello puede dar lugar a la promiscuidad y no atiende a aquellos que sufren de infertilidad que desean tener descendencia y que no pueden por problemas físicos.

La tesista coincide con la política de Estado en el sentido de que es importante orientar a las mujeres, sobre todo de escasos recursos quienes tienen hijos al por mayor y desconocen los métodos anticonceptivos, pero esta política de Estado resultaría mucho más fortalecida si también se pone atención a aquellas mujeres que de ningún modo pueden tener descendencia y que la última opción sería un acuerdo de reproducción asistida.

Como señala Betti, E. (2001:31) “ la autonomía negocial, *solo será trascendente y operativa en tanto se encuentre reconocida por el ordenamiento jurídico estatal, aceptando este último, la regulación privada de las relaciones entre particulares mediante negocios jurídicos*”; en consecuencia, es evidente que existe un vacío legal situación que de ningún modo significa que no merezca protección jurídica.

Similar situación se presenta en Puerto Rico (Sepúlveda, 2015:67), pese a que el uso de esta tecnología médica en dicho país es recurrente. No existe legislación que regule el tema; en Bolivia (ANF, 2017:78) tampoco existen disposiciones legales relativas al acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, existiendo así un vacío legal sobre el particular. No obstante, algunos juristas y profesionales médicos expertos en el campo genético

consideran urgente su regulación, de tal modo que han elaborado algunos proyectos legislativos en ese sentido.

En Colombia Barrera Correa, A. y Cadavid Pulgarin, K. (2017:89), se prohíbe el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer considerándolo como una trata de personas.

Sin embargo, la tesis no comprende la razón del legislador colombiano para considerar que este acuerdo guarda similitud con la trata de personas y explotación de la mujer. Definitivamente son escenarios distintos sin ninguna constatación fáctica. En principio esta figura jurídica se encuentra tipificado como delito en la legislación penal. En el acuerdo sobre la capacidad reproductiva existe manifestación de la voluntad de ambas partes; por un lado de quien desea tener un hijo y que no puede por razones físicas; y por el otro, la mujer que llevara la unión del ovulo con el espermatozoide en su vientre para que cuando dé a luz entregue al niño a quien se lo solicito.

Asimismo, en el acuerdo sobre la capacidad reproductiva, no existe explotación de la mujer ya que es concomitante con la plena autonomía de la voluntad de las partes que celebran el acto jurídico; nadie obliga a nadie a celebrar el contrato; la mujer receptora está en plena libertad de aceptar o no el acuerdo; ninguna de las partes ejerce presión sobre su voluntad. No se vulnera el derecho a la libertad ni a la salud de la mujer gestante.

En pocas palabras existe total autonomía de la voluntad, requisito elemental y esencial que no se presenta en la trata de personas como considera el

legislador colombiano pues en este caso si existe coacción, amenaza, intimidación; no hay libertad para decidir; se captan personas con fines ilícitos por lo general para prostituirlos, realizar trabajos forzados, de explotación sexual; casos en los cuales se viola la dignidad del ser humano, no solo de mujeres, sino también de niños, y niñas que se ven degradadas a su mínima expresión a tal punto que se los considera como simples objetos que solo sirven para generar ganancias ilícitas, situaciones que no guardan relación alguna con el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer.

En nuestro país se presentó el caso de una pareja chilena que fueron detenidos por que tanto el Fiscal y la Juez emitieron una resolución dictando 12 meses de prisión preventiva contra los esposos Rosario Madueño y Jorge Tovar considerando que se trataba de “trata de personas”.

La Señora Madueño como se ha difundido públicamente sufrió 12 pérdidas y como última alternativa su ginecólogo recomendó a la pareja de esposos que recurran a la maternidad subrogada viniendo a nuestro país para lograr su deseo en una clínica local.

Es así como una persona allegada a ellos se solidarizó con su problema cediendo su capacidad reproductiva dando a luz a dos mellizitos. Sin embargo cuando la pareja quiso regresar a su país, Chile, fueron detenidos por la policía alegando que estaban denunciados por trata de menores para finalmente ser trasladados a un penal separándolos de las criaturas quienes fueron derivados a un albergue.

La pareja explicó que el esposo era el padre biológico ya que el esperma era de él y que quien cedió su capacidad reproductiva no era la madre; sin embargo las autoridades no los escucharon trasladándolos al penal separando a la pareja de los niños.

Posteriormente en virtud a una prueba de ADN se logró determinar que en efecto, el señor Jorge Tovar era el padre biológico de los menores, y en vía de apelación la Corte Superior revocó la resolución de primera instancia basándose precisamente en dicho medio probatorio ordenando su inmediata libertad pero seguirán siendo investigados por el delito de filiación indebida, con lo cual deberán permanecer en el Perú sin poder ausentarse sin el permiso judicial correspondiente ya que se les ha dictado comparecencia restringida, pero el daño ya está hecho y porque?, por falta de regulación.

No se interpretó debidamente el artículo 7 de la Ley General de Salud en el que no se establece prohibición alguna y mucho menos está regulado el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer. Esta situación fue lamentable no solo a nivel nacional sino internacional porque se emitieron resoluciones sin ponderar sus consecuencias con relación a los esposos y los menores que no participaron en el acuerdo y que se vieron involucrados por una mala decisión judicial.

Por su parte, tal como se ha aludido en reiteradas oportunidades, el legislador debe poner mayor interés en su regulación. No podemos ser tan ingenuos para pensar que no es urgente, porque si lo es; la sociedad pide

auxilio al legislador para que trabaje y se concentre en el tema, sin embargo hace oídos sordos a su clamor. Se está comercializando con los embarazos, basta con abrir las páginas de internet y se apreciarán que las “ofertas” para la gestación por determinada cantidad de dinero están a la orden del día; situación que es uno de los motivos por el cual surge el temor de quienes se resisten a aceptar la regulación del acuerdo sobre la capacidad reproductiva.

Honestamente no dejan de tener razón cuando muestran su preocupación al referirse al acuerdo sobre la capacidad reproductiva como un “Mercado que se encuentra en la oferta y la demanda y que quienes están en el “negocio” aprovechan de la ansiedad ajena para obtener provecho. Por ello la tesista insiste que el Parlamento debe legislar sobre estos casos urgentes en el país.

4.7. Tipicidad o atipicidad del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer.

Continuando con la naturaleza jurídica del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, dentro de la clasificación de los actos jurídicos existen entre otros los actos jurídicos típicos y atípicos, nominados e innominados, dependiendo si están regulados o si tienen un nomen juris o no en nuestra legislación.

Sabemos que las relaciones jurídicas han evolucionado con el transcurrir del

tiempo; actualmente no sólo se encuentran dentro del marco de lo que podríamos denominar los contratos típicos, de los que tiene un *nomen iuris* expreso, sino que también se presentan otro tipo de contratos que no tienen un nombre específico en nuestra legislación pero que se realizan.

Por ejemplo Santos Briz, Jaime, citado por Walter Camacho en el Código Civil Comentado, tomo I (2010:27) sostiene que los requerimientos de los grupos imponen nuevas figuras; así, dice que:

“(...) el nacimiento de los contratos atípicos es posible no solo porque el ordenamiento lo permite, sino que la ley lo admite porque es una necesidad insoslayable en el tráfico económico; y es que los contratos atípicos derivan en definitiva de las cambiantes necesidades económicas, de su evolución más rápida que los preceptos contenidos en las leyes. No constituyen, en modo alguno, un irregular proceso evolutivo, sino el normal desenvolvimiento de la vida jurídico-económica.”

El mencionado profesional se pronuncia respecto de los contratos atípicos que son el resultado del intercambio de bienes y servicios, no solo entre presentes sino también entre ausentes como por ejemplo los que se realizan a través del internet, acuerdos que en épocas anteriores no se tenía idea que se celebrarían pero con la evolución de la ciencia, se permiten celebrar contratos por esta vía por la rapidez que ello significa. Se debe dejar en claro que el citado autor asimila la atipicidad al aspecto económico, punto de vista muy respetable, pero el tema no va por ahí porque no propiciamos el tráfico

económico sobre la capacidad reproductiva de la mujer.

Refiriéndose a la capacidad reproductiva, Castillo Freyre y Torres Maldonado (2014:14) han señalado que:

“(...) El contrato no será típico pese a que la totalidad de sus elementos puedan encajar en dos o más contratos típicos, pues para que se pueda hablar de tipicidad deberán entrar todos en una sola figura contractual. (...) Dicho contrato engendraría obligaciones de hacer, que consistiría en recibir la implantación del gameto fecundado, llevar adelante la gestación del mismo, someterse a controles médicos periódicos, llevar una vida saludable, etc., que podría encuadrarse en un contrato de locación de servicios o de arrendamiento o el -mal denominado- alquiler de vientre.”.

Se crean obligaciones para ambas partes, sin embargo, la tesista considera que el acuerdo sobre la capacidad de reproducción de la mujer no se asemeja a la modalidad de locación de servicios regulado en el Capítulo correspondiente a la Prestación de Servicios como lo sugieren los autores que en su artículo 1764 del Código Civil establece que: *“Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”* .

En principio, este contrato guarda relación con el aspecto laboral en el que cualquier persona puede prestar servicios materiales o intelectuales a otra sin tener un vínculo laboral, sin relación de dependencia con el comitente; sus servicios son prestados a cambio de determinados honorarios fijados según la tarifas correspondientes, pero marca aún más la diferencia el hecho de que el locador puede poner fin a los servicios antes del plazo pactado, siempre y cuando no cause perjuicio al comitente, circunstancia que no se presentaría ni por casualidad en el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer por ser un contrato especialísimo en el que si bien las partes podrían fijar determinada cantidad de dinero a abonar a la mujer que llevará la gestación, tal acuerdo tiene un fin especial, un fin esencial que es traer un niño al mundo.

No se trata de que exista un acuerdo en el que “*se obliga*” a una mujer a embarazarse (prestar servicios), o hacer “*un trabajo*” por un tiempo determinado como lo describe el numeral citado o como lo sostienen los mencionados autores por la simple y sencilla razón que no son bienes y servicios de orden material; se trata de llegar a un acuerdo con otra mujer para que lleve el embarazo en su reemplazo. Es un contrato especial, sui generis.

Por otro lado, tampoco se asimila al contrato de arrendamiento conforme lo dispone el artículo 1666 del Código Civil: “*Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida*”. En el acuerdo sobre la capacidad

reproductiva no se cede el “uso de un bien”; el útero es un órgano femenino que tiene como función el de albergar a un ser humano durante 9 meses y participar posteriormente en el trabajo de parto. No existe arrendador ni arrendatario, no se presentan las condiciones propias de un contrato de arrendamiento como es el pago de una merced conductiva o la posibilidad de que en caso de incumplimiento se proceda al desalojo; no existe la posibilidad de darlo por concluido, ni de hacer mejoras como si procedería con los bienes muebles o inmuebles.

El cuerpo humano o parte del mismo no constituye una mercancía que esté en el mercado a expensas de la oferta y la demanda de quien pretenda “arrendar un vientre”; que se entienda, nos hallamos ante circunstancias especialísimas que van a generar relaciones jurídicas. Nadie obliga a nadie o las partes se ponen de acuerdo y dan su consentimiento o, simplemente no se celebra el acto jurídico.

Gutiérrez C. (2010:30) sostiene que:

“El orden natural como debería procederse a la tipificación legal de un contrato es esperar el surgimiento y consolidación en el mercado (tipicidad social) del tipo contractual; luego observar los conflictos y problemas que pueda presentar la figura, y la forma cómo la jurisprudencia los resuelve (...)”

Posición que la tesista respeta pero no comparte; claro, el autor se refiere a actos estrictamente patrimoniales donde sí tendría sentido, pero observar los

conflictos y la forma como la jurisprudencia se pronuncia, podría traer consecuencias funestas ya que la función del legislador también es de prevención. No debe esperarse a que se presenten los problemas para regular un determinado tema generando los vacíos legislativos que podrían perjudicar a una serie de personas que buscan amparo legal, como es el caso del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer que en verdad es un acto jurídico *sui generis*, con características muy particulares, que no se encuentra regulado en nuestro país.

El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer tiene especial relevancia en el mundo jurídico, porque de lo que se trata es que las personas que pretendan acceder a las Técnicas de Reproducción Asistida y estas no cumplan su cometido puedan celebrar tal acuerdo y sobre todo que tengan un amparo legal, debido a su falta de regulación jurídica.

En ese sentido las partes actúan con plena capacidad de ejercicio, en tanto existe el requisito fundamental que es la manifestación de voluntad exteriorizada; es el resultado del discernimiento, de ventilar con la mayor seriedad y madurez posible el cambio de estado que tendrá una mujer que por razones ajenas a su voluntad no puede concebir o concebido pierda a la criatura; el objeto (que será tratado más adelante), fin lícito, tiene características similares pero no iguales a otros actos jurídicos.

Con toda sinceridad, la tesista reconoce que no encuentra un *nomen iuris* para este tipo de acuerdos lo que no significa que no tenga una existencia

como tal, pues la realidad nos demuestra lo contrario, mientras tanto el artículo 1353 del Código Civil servirá de auxilio ante el silencio del legislador dispositivo legal que constituye un expreso sometimiento de los actos jurídicos o contratos privados no regulados en el Código Civil (como el tema que nos ocupa) a las reglas contenidas en la Sección Primera del Libro VII del Código Civil – Fuentes de las Obligaciones, para el tipo general del contrato.

En consecuencia, el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, es atípico. Sin embargo, somos de la opinión que debe considerarse su tipificación en el ordenamiento jurídico con una regulación muy estricta que permita que quienes celebren el referido acto jurídico se sientan respaldados por el Derecho.

CAPÍTULO V

LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER Y LA CIENCIA MÉDICA

5.1 La Capacidad Reproductiva de la mujer frente a los avances científicos.

La ciencia médica evoluciona día a día, es a través de ella que los seres humanos podemos solucionar diversos aspectos de nuestras vidas en cuanto a la salud tanto física y mental se refiere; pero la medicina no se ha desarrollado individualmente, es incuestionable que con la ayuda de la tecnología se han puesto en marcha distintas situaciones que hasta hace poco eran de difícil solución.

El avance científico, nos presenta actualmente el área de la salud reproductiva o capacidad reproductiva de la mujer, tema sumamente interesante, que de por si nos conduce a diversas posiciones morales y éticas de las que no siempre estamos de acuerdo, pero que respetamos.

Es complicado definir los límites de un problema con tantas aristas, es así que el trabajo materia de investigación, se refiere a las implicancias de la situación en virtud del cual la pareja recurrente solicita y obtiene de una mujer el consentimiento, previo acuerdo entre ellos para que albergue en su vientre el óvulo de una tercera persona anónima fecundado con el esperma del esposo o conviviente de la mujer infértil a efecto que la mujer solicitada lleve la gestación hasta su finalización con el parto, entregando el recién nacido a los recurrentes con abandono de todo derecho y pretensión derivada de la maternidad.

Son distintas las posiciones de los juristas, unos consideran que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva atenta contra la moral y las buenas costumbres; que no puede ser objeto de contrato alguno, hasta lo tildan de ilícito, pero quiérase o no, es una figura que está vigente y que evidentemente tiene relevancia jurídica.

5.2 Salud reproductiva de la mujer

Para abordar este acápite, la tesista considera que se debe dar un alcance de lo que significa salud. La razón nos dice que salud en términos generales implica no tener ninguna dolencia o problema físico o mental que impida el desarrollo de una vida normal de una persona dentro de una sociedad.

El artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Salud - Ley N° 26842 establece que *“La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”*.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (2018) señala que la:

“salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades...”

En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencias como la recaída en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC Lima, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en septiembre de 1995 como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro) en la Sentencia de 28 de Noviembre de 2012.

De acuerdo a lo reseñado, si una mujer tiene problemas para reproducirse no tiene salud reproductiva porque su organismo no puede realizar una función corporal; es decir, órganos, aparatos y sistemas no responden a la labor que deben realizar; pero si recurre a tratamientos, o a lo que se denominan *terapias médicas* puede que restituya la función reproductiva antes perdida o la satisfacción de verse realizada en otra mujer.

Los problemas referidos a casos en los que las mujeres no pueden embarazarse o una vez embarazadas sufren la pérdida de los fetos por diversas circunstancias, nos obliga a buscar un concepto de capacidad. Se debe dejar en claro que la tesista no se refiere a la capacidad de goce ni de

ejercicio contemplados en los artículos 43 y 44 del Código Civil que tiene otra connotación, sino a la función física de una mujer para gestar.

En este contexto, la capacidad reproductiva representa la *aptitud de procrear* que muchas mujeres no lo tienen por lo que se ven en la necesidad de acudir a la ciencia y aprovechar todos los beneficios que ella pueda aportar.

5.3 Las Técnicas de Reproducción Asistida.

Estos tratamientos o terapias médicas implican una suerte de métodos empleados por los galenos para lograr el embarazo de una mujer. Es real el hecho de que existan mujeres que necesitan de la ciencia para ver cristalizado su anhelo innato y natural de querer ser madre, es por ello que las terapias médicas a las que hemos aludido se refieren específicamente a las *técnicas de reproducción asistida* pues como su propio nombre lo indica asisten, ayudan, colaboran con la mujer que por impedimento físico no puede ser madre.

Para Varsi, E. (1995:62): *“Las (TERAS), “Son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia”.*

En puridad, son alternativas que las mujeres tienen a su alcance gracias al avance de la ciencia para hacer frente a la infertilidad o esterilidad, términos

que podrían traer a confusión pero que han sido aclarados por Cunningham (2006: 52) quien sostiene que:

“En nuestro medio, se habla de esterilidad cuando hay dificultad en lograr el embarazo y de infertilidad ante la imposibilidad de llevar el embarazo a término; es decir, en la pareja infértil la mujer queda embarazada sin problemas, pero después aborta. En algunos ámbitos, ambos términos se utilizan como sinónimos para definir a aquellas parejas con algún problema para tener un hijo”.

Los factores que la producen son múltiples, los más comunes: ciclos anovulatorios, disturbios hormonales, alteraciones de la continuidad de las trompas de Falopio, anulación o disminución de la actividad espermática en el hombre, factores coitales, entre otros; pero no solo eso, sino también como señala Pérez, P. (1995:1) que:

“(...) Es triste reconocer que en ocasiones la esterilidad es iatrogénica, por intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas de terapéuticas médicas o quirúrgicas diversas, retardo en el diagnóstico, etc.”,

Situaciones que son lamentables porque, al margen del problema físico que de inicio las parejas o mujeres puedan tener, el profesionalismo de determinados médicos (como sucede en todas las profesiones), deja mucho que desear. Definitivamente, estas actuaciones médicas causan un serio perjuicio para quienes solicitan ayuda porque no podrán tener descendencia,

salvo que se decidan por acudir al acuerdo sobre la capacidad reproductiva, claro está, por recomendación del galeno especialista.

Las técnicas de reproducción asistida son importantes, porque como se ha señalado, existen parejas, específicamente para el caso que nos ocupa, mujeres que padecen de infertilidad y no obstante, conocer que esta circunstancia trae como consecuencia problemas psicológicos, stress, depresión, frustración existen autores que se oponen a que se permita su uso con argumentos que se encuentran fuera de la realidad.

Así, tenemos que Martí G. Ana en su Tesis Doctoral titulada *“Maternidad y Técnicas de Reproducción Asistida; Un Análisis desde la Perspectiva de Género, de los Conflictos y Experiencias de las Mujeres Usuarías.”* (Castelló: 2011: 34) presentada ante la Universitat Jaume-I concluye que la edad es uno de los factores de la infertilidad lo que da lugar a que la publicidad de los centros médicos que se dedican a estos tratamientos formen parte de la oferta y la demanda.

La tesista señala que, en efecto es probable que determinados centros médicos se dediquen a hacer publicidad y por consiguiente su fin económico sea la infertilidad; no negamos que la edad es uno de los factores que complican el embarazo, son conocidos los riesgos que ello genera porque al ser una mujer mayor de 35 o 40 años puede conllevar (no necesariamente) a que pudiera concebir un niño con Síndrome de Down por mencionar un ejemplo, pero ello no es exclusivo de la infertilidad. Existen otros factores,

como el cáncer de útero, o mujeres que hayan nacido sin útero o sin trompas de Falopio, en fin una serie de trastornos físicos que impiden de manera definitiva tener hijos y que, nos imaginamos, causan un gran dolor emocional, psicológico, estresante, deprimente que pueden implicar problemas de pareja, propiciando divorcios, adulterios etc.

La tesista considera que no se puede concluir y generalizar sosteniendo que todos los centros de salud se dediquen a hacer una suerte de “oferta” teniendo como base la edad de la mujer para someterse a los tratamientos de reproducción asistida, basado en un acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer. Es claro que deben realizarse consultas e interconsultas para saber la opinión de otros profesionales en Medicina, ponderando los pros y los contras de este método. Además, el médico tratante tendrá que evaluar no solo la edad de la paciente sino también otros factores que puedan influir en la infertilidad para lo cual debe ser lo más honesto posible cumpliendo fielmente el Juramento Hipocrático.

Si la paciente tiene una edad avanzada, esto es más de 35 o 40 años de edad, es el médico tratante quien debe prevenir las ventajas y desventajas que significa tener un hijo a esa edad o si ya no es posible, sugerir, como última alternativa el acuerdo de cesión de la capacidad reproductiva. Para ello es muy importante el Consentimiento Informado que es de obligatorio cumplimiento según la Ley General de Salud; pues en caso de suceder algo imprevisto con la paciente, se analizará la responsabilidad civil a que hubiera lugar, conjuntamente con la Clínica donde fue atendida.

Martí señala que otro de los problemas que influye en la infertilidad son los temas laborales ya que según su opinión, es más complicado conseguir un empleo cuando una mujer está embarazada. No deja de tener razón la autora de la referida tesis cuando sostiene que la juventud, en muchos casos da preeminencia a otros aspectos de su vida personal, postergando por ello la maternidad y uno de ellos es el aspecto laboral. Es cierto, actualmente los jóvenes que se casan o conviven dan prioridad al aspecto laboral para después pensar en tener descendencia; es normal organizarse sobre todo si el matrimonio es una pareja joven que recién empieza; sin embargo la realidad nos demuestra que con acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer o sin él en la mayoría de los centros laborales no admiten a mujeres embarazadas, y si se embarazan estando en el puesto de trabajo en muchas ocasiones son despedidas. Claro, se exponen a una acción judicial para la reposición, o en todo caso para la indemnización a que hubiere lugar, pero es nuestra realidad.

Al respecto debe tenerse en cuenta el artículo 27 de la Constitución Política del Perú que otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. La Carta Magna garantiza la permanencia en el empleo de las mujeres en estado de gestación porque limita la conducta del empleador frente a los despidos arbitrarios por ello el artículo 23 de la Constitución del Estado protege especialmente a la madre que trabaja. Tan es así que el apartado d) del artículo 5 del Convenio 158 prohíbe la terminación del vínculo laboral por razón de embarazo de la mujer; por tanto la tesista

considera que estas situaciones no deberían ser impedimento para no aprovechar la ciencia y poder ser padres.

Siendo así, en opinión de la tesista, las denominadas técnicas de reproducción humana asistida (TERAS o TERMAS) hacen referencia a aquel conjunto de procedimientos, de índole médica orientados a lograr la concepción de una criatura mediante un mecanismo distinto de la fecundación natural con la intención de ser madre.

5.3.1. Clases de técnicas de reproducción asistida

Las Técnicas de Reproducción Asistida son métodos que contribuyen a que una pareja pueda tener descendencia debido a que uno de ellos, concretamente para el caso de nuestra investigación- la mujer -sufre de infertilidad. Para lograr esta finalidad y dependiendo del problema físico que padece será el médico tratante que recomendará cuál de estas clases de terapias podría dar resultado para lograr tener un hijo.

Ahora bien, para abordar el tema, debemos señalar que existen dos clases de TERAS:

5.3.2. Inseminación artificial

Consiste en depositar espermatozoides en el útero de la mujer cuando ovule.

Boza Dibós, (2001:74) señala que:

“... en este caso, se toma del esperma masculino el semen necesario para hacerlo llegar al óvulo femenino, facilitando así la fecundación. Es artificial en tanto la introducción del semen en el útero obedece a causas distintas a la "natural". Señala que existen dos tipos de inseminación artificial”.

A. Inseminación artificial homóloga. Es la que se practica con semen del cónyuge o del conviviente; es conocido con la sigla IAH.

Según Paulo Lobo, citado por el profesor Varsi. E. en su Tratado de Derecho de Familia. *Derecho de la Filiación*”. T.IV (2013:571):

“... es la que manipula los gametos de la mujer (óvulo) y del marido (semen) (...). Este medio artificial resulta de la imposibilidad o de la deficiencia para engendrar de uno o de ambos cónyuges (...).”

Es un método que es aceptado por la comunidad jurídica porque los cromosomas provienen de los esposos o convivientes existiendo consentimiento de ambos. Es artificial porque no se presenta la relación sexual.

B. Inseminación artificial heteróloga. A decir de Varsi, E. (2013:572)

“Se trata de una técnica realizada con cesión de gametos en la que la fecundación puede ser in o ex útero (...) Crea situaciones

inseguras puesto que con el cedente carece de una relación jurídica para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (Transmisión sucesoria), deberes naturales (reconocimiento) (...) lo biológico se contrapone a lo natural.”.

Si su preocupación es la pensión alimenticia porque según su posición se carece de una relación jurídica, como se dijo anteriormente existen niños engendrados de manera natural que sufren problemas de reconocimiento por parte de sus padres biológicos, que nunca les han brindado apoyo ni moral ni económico con el consiguiente problema que les ocasionan en cuanto a sus derechos alimentarios y sucesorios.

El mundo al revés, niños abandonados por quienes lo concibieron, frente a parejas que anhelan un hijo y no pueden tenerlo De qué les ha servido la relación jurídica que Varsi tanto reclama, cuando no se van a identificar con sus hijos? Por qué no aceptar el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer como una alternativa de solución?, por qué adelantarse a situaciones que ni siquiera se sabe que se van a producir? La idea es ayudar a las mujeres que tienen problemas de infertilidad acudiendo al avance científico; si bien no pueden disfrutar de lo que significa llevar a una criatura en el vientre, por lo menos conocen que el niño es de su esposo o conviviente y les une un vínculo, no biológico pero si muy afectivo y que por lo menos tendrán la posibilidad de sentirse madres.

Sostener que *“lo biológico se contrapone a lo natural”*, es inentendible; tal vez ha querido decir el referido profesor que lo tecnológico se contrapone a lo natural que es lo más lógico ya que lo biológico siempre es natural. Para eso sirven las técnicas de reproducción asistida ya que son métodos que se realizan medicamente para introducir el óvulo de una tercera persona fecundado con el espermatozoides del marido o conviviente de quien padece de infertilidad en el útero de una mujer para llevar el embarazo. Obviamente no existe una relación sexual natural para engendrar un niño.

Precisamente, las parejas que padecen de este problema, que para nuestra investigación es la mujer, después de muchos intentos no logran tener hijos, y es que después de largos y costosos tratamientos de fertilidad no han tenido éxito. Esta es la razón, por la que, por recomendación médica, eligen celebrar el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de una mujer.

El avance científico se ha extendido a todas las áreas del quehacer humano, sobre todo en el ámbito de la medicina con las investigaciones realizadas en el área de la salud reproductiva para tratar el problema de la infertilidad.

En la actualidad las parejas, y específicamente las mujeres que no pueden tener descendencia, a pesar de haber sufrido todos los avatares para enfrentar el destino de la infertilidad, recurren al desarrollo tecnológico que les permite hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida por lo general a la fecundación in vitro o a la inseminación artificial con la finalidad que a través de ellas tengan la posibilidad de tener descendencia y

así poder superar el problema que las afecta debido a múltiples causas de índole orgánica o física que les impide la procreación.

Sin embargo, sucede que a pesar de tantos intentos dichas técnicas en muchos casos no funcionan, y es por ello que la ciencia ha desarrollado la técnica denominada fecundación heteróloga para que a través de un acuerdo sobre la capacidad reproductiva sea otra quien lleve el embarazo, reemplazando a la mujer que no puede tener descendencia.

Para ello se requiere que se realice un acuerdo con otra mujer para que en reemplazo de la mujer con problemas de infertilidad se subroga en su lugar y permita ser inseminada con el material genético de su esposo o conviviente fecundado con el ovulo de una tercera persona anónima a fin de que pueda llevar a término la gestación y al alumbrar a la criatura se lo entregue a la pareja que la contrató

Ciertamente, el acuerdo sobre la cesión de la capacidad reproductiva de la mujer genera opiniones diversas como las del profesor Varsi a quien se ha hecho referencia, pero no porque tenga otro esquema mental este tema puede quedar sin solución.

El punto es que en la realidad se presentan acuerdos sobre la capacidad reproductiva de la mujer; ¿que hacer frente a este tema?, quedan dos alternativas o prohibirlo de plano o permitirlo de manera excepcional, es decir como última alternativa.

La tesista considera que esta última opción es la más adecuada sobre todo si se tiene en cuenta que lo que se pretende es dar solución al problema y

no crearlos con posiciones que se encuentran fuera de la realidad. Finalmente la decisión es de la pareja y no de quienes emitan su opinión.

5.3.3 Fecundación extracorpórea o *in vitro*

Este es un procedimiento médico que se realiza en un laboratorio que consiste en la extracción de óvulos de la mujer que tiene problemas para quedar embarazada, que previamente ha recibido un tratamiento hormonal, a efecto de fertilizarlos con el espermatozoide para luego ser incorporados e implantados al útero de la mujer que la va a reemplazar en tal función..

Científicamente, Langman en su obra *Embriología Médica* (2012:36), sostiene que “*La fecundación In Vitro del óvulo humano y la transferencia del embrión es el procedimiento estándar que usan los laboratorios de todo el mundo (...)*”.

La tesista estima que los trabajos de investigación en el campo de la reproducción asistida no han sido nada fácil, por lo que en armonía con la Declaración de Helsinki de la AMM – que fija los Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio 1964 y enmendada a través de diversas Asambleas médicas, siendo la última en octubre de 2013 a propósito de los experimentos en seres humanos y crímenes de lesa humanidad que se realizaron en Nuremberg con judíos y gitanos se ha conseguido implementar los tratamientos de infertilidad que permiten la

trascendencia de las generaciones.

Es de señalar que la técnica de reproducción heteróloga es la que genera una serie de opiniones discrepantes y que ha dado lugar a que en algunos países se resistan a admitirlo, pues unos lo prohíben expresamente, otros lo permiten y en otros, como el nuestro, no se regula

Se establece que debe existir coincidencia entre la madre genética y la madre gestante, sin que el legislador regule el caso de que sea otra quien lleve el embarazo.

Pérez P.D en su Tesis, para optar el Grado de Magister en la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica Santo Toribio, titulada *“Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú”* (2015:78) sostiene que admitir las técnicas de reproducción asistida Heterólogas implica *“admitir que el adulterio importa y que si bien no hay relación carnal implica una falta al deber de fidelidad”*.

Sinceramente la tesista considera que es una opinión errada porque no existe una *“falta al deber de fidelidad”* como sostiene el graduando, tanto porque el compromiso matrimonial o convivencial se encuentran incólumes, cuanto porque el cónyuge o el conviviente debe conocer la técnica de reproducción asistida a la que se someterá su pareja, porque es un tema de

pareja y no de uno solo de ellos, por lo tanto no existe adulterio ni falta contra el deber de fidelidad. Por otro lado, señala que:

“... sería mejor prohibir el uso de las técnicas de reproducción asistida ya que no es un tratamiento para combatir la infertilidad y que los médicos solo deben usar métodos que generen una curación o alivio ya que en muchos casos prometen algo que no pueden proporcionar”. (2015:78)

Sin embargo, la tesista no entiende la razón en que sustenta el doctorando para afirmar tan categóricamente que las técnicas de reproducción asistida deben ser prohibidas. Debe ser todo lo contrario, deben ser reguladas precisamente en favor de quienes padecen de infertilidad que si bien constituye un problema para la mujer, existe la posibilidad de que acudiendo a la ciencia pueda darse esa satisfacción a la pareja o mujer de tener hijos.

No se debe ser tan radical ni irracional al considerar que *“...se deben utilizar métodos que generen curación o alivio...”* dando a entender que las técnicas de reproducción asistida no curan ni alivian. Si bien, *“no curan ni alivian”*, como sostiene el doctorando, si ayudan a las parejas que padecen de infertilidad a que por métodos que no son los naturales, como debiera ser, puedan tener descendencia- Manifiesta que:

“(...) no se trata de impedir el desarrollo científico, sino de reflexionar sobre el asunto y darnos cuenta que es mejor ponerle límites cuando se está en riesgo conceptos tan delicados que tienen repercusión no sólo científica, sino también social, moral,

ético y legal. Estos límites son: el respeto de la dignidad de la persona” (2015:80)

En este acápite, compartimos la posición del doctorando en el sentido, y como se verá más adelante, de poner límites a la aplicación del TRAS ya que se debe acudir a ellas en caso fallen las otras opciones como la inseminación artificial o la fecundación in vitro; deben ser utilizados solo en casos excepcionales; no obstante el poder de decisión se encuentra en manos de la pareja que lo sufre.

González. A. (2008: 25) en un artículo titulado *Cuando mi Madre es un número; identidad genética e Interés Superior del Niño* indica, que son las principales dificultades para regular las técnicas de reproducción asistida: *“la falta de identificación genética con el padre (o madre, en su caso); que se atenta contra la moral y el orden público, se invoca también el adulterio, la disposición del propio cuerpo, que “con el cedente se carece de una relación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones (alimentos). Derechos derivados (transmisión sucesoria), deberes naturales (reconocimiento)...”*, posición similar a la del profesor Varsi, como si estos problemas se presentaran solo en situaciones como el que es materia de investigación es decir; la irresponsabilidad puede provenir no necesariamente porque una mujer se someta a estos tratamientos si no porque la pareja tiene por costumbre incumplir con sus obligaciones en el hogar.

Somos testigos en la práctica profesional que los incumplimientos alimentarios, de reconocimientos y otras obligaciones correspondientes a los padres son frecuentes y no por eso podemos decir que son producto de, como diría el autor de *“la fecundación supraconyugal, también llamada heteróloga”* porque no es así, técnicamente la tesista considera que son argumentos que tienen como finalidad persuadir al legislador a que se prohíba el uso de estas técnicas o a declarar la nulidad de los acuerdos celebrados por las partes porque tienen este tipo de consideraciones que se respetan pero no se comparten.

El mismo autor sugiere la adopción cuando manifiesta que:

“...quien desee satisfacer su deseo de tener hijos puede acudir a la adopción y no a los métodos de reproducción asistida (...).”

(2015:78)

El artículo 377 del Código Civil establece que *“Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”*

El artículo 115 del Código del Niño y del Adolescente señala que *“La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”*

En consecuencia es posible señalar que el adoptado adquiere la condición de hijo con relación a la familia adoptante lo que implica acogerlo en un hogar debidamente conformado y ofrecerle amparo y apoyo así como todos los derechos y beneficios como si fuera un hijo biológico.

Sin perjuicio de considerar a la adopción como una buena alternativa, hay que tener presente que la decisión es de la pareja y hay que respetarla. Si se promulgara una norma que obligue a las parejas que padecen de infertilidad a optar por la adopción en lugar de recurrir a los métodos de reproducción asistida sería infringir el derecho constitucional de libertad de contratación contemplado en el artículo 14 de la Constitución Política del Estado que establece que *“Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”*.

Y no solo ello, sería invadir su privacidad, su intimidad personal, su derecho a su autorrealización. Es conocida la situación de niños que están a la espera de alguna familia que los albergue, pero también existen parejas que desean tener su propio hijo, ya sea con el esperma del esposo o conviviente o con el óvulo de una tercera persona, porqué quitarles esa ilusión? Ser padres de su propio hijo, es natural; es querer priorizar el vínculo biológico, implica el deseo de que su descendencia mantenga los matices de pertenencia por la presencia de sus genes que se proyectaran hacia el futuro.

Se ha comentado que no existe problema en la técnica de reproducción homóloga que puede ser in vitro o por inseminación artificial porque existe identificación en relación al niño nacido mediante estos métodos pues el ovulo y el espermatozoides provienen de sus padres biológicos.

El problema surge en el caso de la técnica de reproducción heteróloga; es decir, cuando por acuerdo sobre la capacidad reproductiva, una mujer portadora gesta una criatura en reemplazo de otra que no puede realizar tal función por impedimento físico con el óvulo de una tercera persona anónima fecundado con el espermatozoides de su pareja ya que la criatura no tiene relación materno filial con la mujer de quien provino la voluntad de traer al mundo un niño porque en nuestro país rige el principio de que el hijo es de quien lo alumbró. Es por tal razón que quien elige celebrar el acuerdo sobre la capacidad reproductiva tiene problemas para inscribir al menor en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil porque la administración niega tal petición, encontrándose obligados a interponer acciones legales para que el Órgano Jurisdiccional ordene su inscripción.

Entonces para evitar y facilitar la inscripción del niño sería conveniente que al celebrar el acuerdo, la portadora se comprometa a entregar al menor vía adopción, de tal manera que se facilite la relación materno filial y con ello se eviten los problemas antes mencionados.

Burgaleta P. Elena en su Tesis Doctoral titulada “*Género, identidad y consumo: las nuevas maternidades*” (2011:276) presentada en la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, considera que “ *la idea de familia está enfocada sobre todo en la*

mujer, en la idea de tener prole y con ello los discursos están dirigidos a la mujer cuya “esencia misma queda determinada por la reproducción”; señala que la necesidad de tener hijos a “*cualquier precio*”, genera en el mercado una mayor competencia en la “*carrera de autorrealización*”. Su investigación está basada fundamentalmente en la lógica del consumo y como tal las personas que se someten a este tipo de tratamiento se convierten en objetos de consumo y que “... *participar en el mercado de la reproducción supone, por tanto, competir como consumidoras en una carrera hacia la autorrealización*”.

En verdad la tesista cuestiona esa posición porque el concepto de familia no solo está enfocada “en la idea de tener prole” como sostiene la doctoranda; por el contrario, aunque parezca mentira actualmente no es prioridad de las parejas el tener hijos; quizá años atrás se pensaba que la pareja que se casaba o convivía lo primero que tenía que hacer es tener descendencia, ahora no es así; incluso, la maternidad se está retardando porque, primero las parejas se organizan económicamente, terminan de estudiar, se gradúan profesionalmente y después, si ellos lo planifican vienen los hijos. La modernidad y quizá la competencia profesional, la igualdad de género ha influido en el pensamiento de las parejas, sobre todo en la mujer.

Además, cabría preguntarse si una mujer no ha sentido plena realización al tener un hijo propio, no sentirlo (salvo que sea no deseado) sería extraño. El instinto maternal es único, es divino, es un regalo de Dios. Distinto es el caso, si una pareja, después de haber logrado sus metas económicas y

profesionales, no pudiera tener descendencia por alguna anomalía física, -la mujer para el tema que nos ocupa-caso en el cual, tendrían que someterse a diversos tratamientos, pero tampoco puede decirse que constituye una *"carrera de autorrealización"*. Cada ser humano es único y cada uno sabe cómo se realiza en la vida; es una situación muy personal y específicamente cuando se trata de celebrar un acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer que no debe ser criticada con argumentos que inclusive suenan ofensivos.

La tesista estima que para opinar o dar un punto de vista se debe tener mucha prudencia para no cuestionar a las mujeres que sufren de problemas de infertilidad, (porque en el fondo la doctoranda lo hace), de querer un resultado rápido y veloz para una respuesta positiva. Es lo lógico, cualquier persona se sentiría nerviosa o estresada al no tener una respuesta positiva y deciden acudir a diversos especialistas para el tratamiento de su infertilidad.

Tanto el hombre como la mujer que forman una pareja tienen ilusiones, los dos quieren tener hijos, ¿eso es malo?. Tampoco se trata de la necesidad de tener hijos a *"cualquier precio"*, hecho que genera en el mercado una mayor competencia en la *"carrera de autorrealización"* como sostiene Burgaleta porque si no funciona ninguna de las técnicas de reproducción asistida, - por recomendación médica - las partes pueden optar por un acuerdo sobre la capacidad reproductiva, de manera que no se trata de juzgar a aquellas personas que optan por esa alternativa si no de otorgarles otras posibilidades que puedan servir de ayuda a su problema. Para emitir una opinión o criticar estos acuerdos, habría que ponerse en el lugar de quienes por impedimento físico ven la manera de tener descendencia; habría que ser

testigos de su sufrimiento, de sus esperanzas perdidas, de su depresión para cerciorarse si van a opinar lo mismo.

Cada ser humano busca su autorrealización y no por ello podemos entender que se genera un “mercado” para ello. Cada ser humano sabrá cómo alcanza sus expectativas, unos tendrán esa realización con hijos, otros sin ellos. Es un tema que la tesista considera muy privado de una pareja y en la que nadie puede interferir en la toma de sus decisiones pretendiendo influir en la voluntad de quienes desean la maternidad o, hablando con propiedad, de quienes desean ser padres.

CAPÍTULO VI

LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER COMO OBJETO DEL ACTO JURÍDICO Y SU VALIDEZ

6.1. El Acto jurídico

La Corte Suprema ha dejado esclarecido el motivo por el cual nuestra legislación ha optado el nombre de acto jurídico para dirigirse a las relaciones jurídicas basadas en la manifestación de voluntad, tan es así que señalo que hubo confusión en los términos acto jurídico y negocio jurídico por estar basadas en teorías, la voluntarista y la declaracionista, provenientes de diferentes ordenamientos jurídicos, la francesa y la alemana situación que causó confusión en los doctrinarios o estudiosos de nuestro país con ocasión de la promulgación del Código Civil de 1984.

Asimismo, es de señalar que cuando se redactaba el Código Civil de 1984 en la parte pertinente al acto jurídico, el Maestro León Barandiaran manifestó

que el artículo 1075 del Código Civil de 1936 era diminuto porque para su celebración era insuficiente el agente capaz y demás requisitos que exigía dicho numeral, sino que era importante tomar en cuenta la manifestación de voluntad y que guarde relación con la voluntad interna del sujeto.

Producto de la conformación de diversas comisiones, fue la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984 integrada por eminentes juristas, entre ellos el Maestro José León Barandiaran que estableció que para la validez la validez del acto jurídico se requiere de la manifestación de voluntad, termino variado al inicialmente propuesto que fue de declaración de voluntad para crear regular modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Sobre la base de lo expuesto surgieron diversas teorías como la voluntarista, delaracionista, de la confianza y de la responsabilidad en virtud de las cuales se hace referencia a si es la voluntad interna o la manifestada la que tiene relevancia. Nuestro ordenamiento jurídico peruano se encuentra regido por la teoría de la declaración en la que prima la voluntad exteriorizada señalado en el artículo 168 del Código Civil peruano que señala expresamente que: *“El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según las reglas de la buena fe”*, dispositivo que a todas luces es eminentemente declaracionista.

Lo que la tesista pretende demostrar con esta investigación es si la capacidad reproductiva de una mujer puede ser objeto de un acto jurídico y; para ello se debe tener en claro en qué consiste el acto jurídico y cuáles son los requisitos que lo conforman para su validez.

Existen conductas humanas que para el Derecho carecen de relevancia jurídica, como ver televisión, bañarse, ir a dormir etc. conductas que son propias de la vida cotidiana de un sujeto pero que en realidad no tienen relevancia para el Derecho. Distinto es el caso por ejemplo de las consecuencias suscitadas por el Fenómeno del Niño producido en el norte de nuestro país el año 2017, donde si bien fue un hecho natural, se ocasionaron derrumbes, muertes y mucha desgracia que, incluso hasta el día de hoy no se han solucionado, pero que han generado consecuencias jurídicas.

Esas consecuencias jurídicas son por ejemplo el hecho que a raíz de los desbordes de los ríos unos terrenos han crecido pero los dueños de esos terrenos, han perdido su parte acrecentando la del vecino, es lo que se denomina la accesión; las muertes han generado que se produzca la transmisión sucesoria, en fin una serie de situaciones que si tienen relevancia jurídica porque se han creado, modificado, extinguido relaciones jurídicas por imperio de la ley; las normas operan en función de ella.

En cambio cuando se habla del acto jurídico, en tanto constituye la expresión de la manifestación de voluntad del sujeto, es esta la que gira en torno a la norma la que finalmente regulara la creación, modificación, o extinción de las relaciones jurídicas

6.2 Posiciones doctrinarias

Es menester señalar que todas las causales de nulidad se construyen y se establecen legalmente en tutela del interés público; la acción para solicitar la nulidad de un acto jurídico puede ser interpuesta no sólo por cualquiera de las partes que lo han celebrado sino también por un tercero que acredite legítimo interés económico o moral o por el Ministerio Público. Incluso el Juez puede declarar de oficio una nulidad cuando sea manifiesta, según lo establece el artículo 220 del Código Civil.

Stolfi, G. (1959:80), señala que:

(...) es nulo el negocio al que le falte un requisito esencial, o bien sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, o bien infrinja una norma imperativa. Para que haya nulidad no es necesario, por consiguiente que sea declarado caso por caso, ya que viene impuesta como sanción con que la Ley castiga en general la inobservancia de una norma coactiva. Por esto se dice justamente que la nulidad, puede ser expresa o tácita (o bien como algunos prefieren, textual o virtual). La primera supone que el legislador la establezca expresamente [...]. La segunda, en cambio, deriva lógicamente de la ley; aunque ninguna norma lo prohíbe, es obvio que es nulo el matrimonio contraído entre personas del mismo sexo.

Agrega que, en merito a la consecuencia esencial de la nulidad:

De lo ya dicho se deducen fácilmente las consecuencias de la nulidad del negocio jurídico entre las partes y respecto de terceros. En cuanto a las partes puede decirse: a) Que ninguna de ellas puede pretender cosa alguna de la otra basándose en el acto invalido, porque de otro modo el negocio no produciría el efecto que le es propio; b) Que si el negocio ha sido cumplido, las cosas deben proponerse en su estado anterior, como si el acto no se hubiese realizado, ya que no tuvo ni puede tener eficacia alguna. (1959:80)

En cuanto al acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer hay opiniones diversas; así tenemos que para Vidal, J. (1999:191):

“(...) un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, así como también, a la legislación que, en el código civil de España (art. 1271), consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando, por ello, la nulidad del mismo”

La tesista ha tenido ocasión de verificar que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer es plenamente valido, sin embargo existen autores que insisten en que el mismo es nulo por diversos motivos.

En Italia De Verda, (2009:12): sostiene que

“el convenio de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, de manera que será

penado, con reclusión de tres meses a dos años y con la multa de 600.000 a un millón de euros, quien, de cualquier modo, realiza, organiza o publicita la maternidad subrogada. La nulidad de este contrato de maternidad subrogada implica que la filiación únicamente se determina por el parto.”

En Holanda, según Embid, F. (2012:89), la mayoría de la doctrina estima que *“el contrato de sustitución es nulo debido a que su causa es ilícita. Si la madre subrogada recibe dinero por gestar y dar a luz a una criatura, que posteriormente entregara a la pareja contratante, se considera que este tipo de contrato es contrario al orden público y a la moral”*.

En Puerto Rico, según el diario Metro (Inter News Services) (2013:56), existe un proyecto de ley para establecer:

La Ley sobre Procedimientos de Maternidad Subrogada e Inseminación Artificial, a fin de legalizar los procedimientos relacionados a la fecundación obtenida sin que medie relación sexual. La finalidad es disponer la nulidad de tales acuerdos cuando medie precio, prohibir la publicidad y la gestión comercial con o sin fines de lucro, encaminada a fomentar y ayudar a que se convenga un acuerdo de maternidad subrogada, suplente o sustituta y, disponer para la interpretación de esta ley, la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil de Puerto Rico de 1930 según enmendado, siempre que no menoscaben de forma alguna el derecho constitucional de toda

persona a la autonomía reproductiva, incluyendo la decisión individual de procrear o cómo la criatura debe ser concebida y engendrada, ya sea por concepción o reproducción “normal” o coital e imponer penalidades.

Por su parte, Gómez, M. (1993:208) sostiene que:

“Se considera que el contrato es nulo, porque el ser humano está fuera del comercio de los hombres y porque es contrario a la moral y al orden público acordar la procreación de un hijo en unión a la renuncia de las relaciones paterno-filiales cuando este nazca, para que otra persona lo adopte.”.

La tesista considera que esta posición es discutible; en principio, porque no se propone la procreación de un ser humano con fines comerciales de ninguna manera, en segundo lugar, de lo que se trata es que otra mujer que no tiene impedimento físico sea la que lleve el embarazo en reemplazo de la primera quien padece de infertilidad porque no tiene la capacidad funcional para ello; es por tal motivo que puede optar por acudir al acuerdo sobre su capacidad reproductiva.

No se trata del simple hecho de la “procreación de un hijo” como si la portadora fuera una máquina de reproducción de bebés, sino que mediante un acuerdo, sea otra la mujer que se embarace con el esperma del cónyuge de la primera y con el óvulo de una tercera persona.

Desde otro punto de vista, hay quienes sostienen - según cita Gómez, M (1993:210) que:

“(...) si se trata de contratos onerosos, los de maternidad subrogada no pueden ser válidos, ya que en esta hipótesis la portadora está poniendo en peligro su salud a cambio de una compensación económica o incluso si se decide que ella es quien aporta el ovulo está vendiendo a su propio hijo. El pacto contravendría así la más elemental regla de orden público: el respeto de la dignidad humana, del cual deriva el principio de indisponibilidad. Por tanto, el juicio de ilicitud justificaría no solo la interdicción de este tipo de acuerdos, sino también la responsabilidad (incluso de carácter penal), tanto de las partes como de los terceros que en cualquier forma participan en su realización”.

No se comprende el motivo de esta corriente de opinión que señala que si se trata de contratos onerosos, los acuerdos sobre la capacidad reproductiva de la mujer no pueden ser válidos ya que en esta hipótesis la portadora está poniendo en peligro su salud a cambio de una compensación económica, o incluso si se decide que ella es quien aporta el ovulo está vendiendo a su propio hijo.

Entonces, si se tratara de un contrato a título gratuito, no se pone en riesgo la salud, por el solo hecho de ser gratuito? Para quienes hemos tenido la suerte y bendición de vivir esa maravillosa experiencia no es nada fácil,

siempre hay riesgos para la salud de la mujer; o el hecho de llevar un catéter en el corazón no es riesgoso para quienes no tienen buen funcionamiento coronario?; se podría sostener que se debe prohibir el uso de ese aditamento a las personas que tienen problemas coronarios porque podría atentar contra su vida en caso se malogre? sabiendo que muchas padecen del corazón y no hay otra alternativa?.

La tesista considera que son situaciones que se presentan en el transcurso de la vida y hay que afrontarlas y darles solución sobre todo acudiendo a los avances científicos. Si vamos a vivir con el temor de que podría suceder algo negativo, la ciencia no avanzaría y en lugar de mejorar la condición humana, no se daría solución al problema de las personas. Es por ello, que para el tema de esta investigación, en el caso las técnicas de reproducción asistida, llámese fecundación in vitro o inseminación artificial no tengan un buen resultado, como última opción y por recomendación médica sería el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer.

Larenz, K. (1978:622-624), sostiene, que:

“(...) la designación de un negocio ineficaz y permanentemente nulo, no debe inducir a estimar que tal negocio sea algo no existente. El negocio existe como acto realizado, esto es, como un evento; solo que se deniegan los efectos jurídicos a los que se dirige. El ordenamiento jurídico no puede convertir en no acontecido el acto realizado como tal. Añade, que respecto al momento en que se ejecuta la conversión, el juez puede tender

a desnaturalizar porque acertadamente ha declarado el BGB que la conversión no debe conducir a una tutela de las partes que se halla en oposición a la autonomía privada y que simplemente no considere la dirección particular de la voluntad ni los particulares criterios de las partes (...). En este caso la conversión es ilícita. El juez no debe sustituir las valoraciones de las partes por las suyas propias o por las que estime adecuadas; ha de basarse en el fundamento de valoración subjetivo de las partes por el desconocido”.

Coincide con Ripert (1864:411-415) para quien:

“El método del legislador es diferente: fija las condiciones de validez del contrato. Se incurre en nulidad cuando falta una de estas condiciones. Indica que, si es útil pronunciar la nulidad de un contrato, es que el contrato existe, la nulidad supone que están reunidos los elementos de un contrato, es decir, que ha habido un acuerdo de voluntades en vista de un resultado a obtenerse. La nulidad no se confunde, pues, con la inexistencia”.

La tesista coincide con tal posición porque en el caso del acuerdo sobre la capacidad reproductiva, los doctrinarios se pronuncian tajantemente por la nulidad del acto en tanto, según su criterio, atenta contra el orden público y las buenas costumbres, el objeto es ilícito y una serie de argumentos que ya hemos visto a través del presente trabajo, pero no se percatan que el acto

jurídico ya se perfeccionó con el acuerdo de voluntades, inclusive la mujer portadora ya dio a luz, por lo tanto no podría declararse nulo.

En otras palabras, resulta ilógico y linda con lo absurdo considerar que pese al acuerdo de voluntades y el alumbramiento del niño, se tenga por no celebrado este acto jurídico.

En contraposición a lo dicho por los autores mencionados, resulta interesante el argumento de los hermanos Mazeaud (1960:332), cuando sostienen que:

*Cuando no se llena uno de los requisitos exigidos para la formación de un contrato, este es nulo, ya sea de nulidad absoluta, ya sea de nulidad relativa. Toda nulidad debe ser verificada por el juez, puesto que se necesita destruir una apariencia. Agregan que la nulidad sea absoluta o relativa, debe ser pronunciada por el juez. En efecto, salvo en casos excepcionales, que constituyen hipótesis didácticas- por ejemplo, el contrato concluido por puro pasatiempo: *jocandi causa-*, un contrato, aunque nulo, tiene la apariencia de un contrato válido. De ahí la necesidad de que el juez destruya esa apariencia y esa presunción de validez [...] a menos que los interesados estén de acuerdo para reconocer la nulidad del acto, es necesario siempre acudir a los tribunales.*

Estos autores, lógicamente se refieren a actos jurídicos de carácter patrimonial que podrían dar la “apariencia” de existir pero que en realidad no

existen por estar afectos de nulidad la misma que debe ser declarada por el juez, o en todo caso, solicitado por el Ministerio Público o por un tercero que acredite legítimo interés económico o moral. Es el caso típico de la simulación absoluta y relativa, figura jurídica que tiene por finalidad revelar un acto jurídico que no existe; o de existir, mostrar un acto distinto al celebrado. En el acuerdo de la capacidad de reproducción de la mujer la situación es distinta. Aquí no hay apariencia; el contrato existe y tiene plenos efectos entre las partes.

El artículo 219 del Código Civil señala expresamente que el acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente; 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358; 3. Cuando su objeto es física y jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable; 4. Cuando su fin sea ilícito; 5. Cuando adolezca de simulación absoluta; 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad; 7. Cuando la ley lo declare nulo; 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

La nulidad constituye la muerte anunciada de un acto jurídico ya que ello supone que no se ha llegado a formar por ausencia de algún elemento o presupuesto, o alguno de los requisitos establecidos en la ley, o peor aún, actos jurídicos cuyo contenido no es lícito o que atentan contra el orden público y las buenas costumbres situaciones que no se presentan en el tema que nos ocupa.

El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer constituye un acto jurídico válido porque cumple los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil, existe la manifestación de voluntad emitida libremente; las personas que lo celebran gozan de plena capacidad jurídica; es lícito y físicamente posible porque no existe norma de carácter imperativo que lo prohíba y la portadora puede gestar porque no tiene impedimento físico; realiza la función de la mujer infértil; el objeto contiene una prestación de dar y la finalidad del acuerdo que consiste precisamente en traer una criatura al mundo; no atenta contra el orden público ni las buenas costumbres; la mujer portadora no realiza acto alguno que pueda generarle daño en su salud, no existe simulación; es decir no se oculta acto distinto al real; los efectos jurídicos de dicho acuerdo son queridos por las partes; no existen presiones de ningún tipo en tanto la mujer receptora no está obligada a aceptar las condiciones del contrato ni mucho menos a llevar un embarazo y no atenta contra el orden público ni las buenas costumbres. Por lo tanto, en opinión de la tesista, el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer cumple con todos los requisitos de validez como lo señala el artículo 140 del Código Civil, y por tanto es plenamente válido y eficaz para las partes.

6.3 Estructura del Acto Jurídico

Los actos jurídicos se definen comúnmente como manifestaciones de voluntad que producen efectos jurídicos, bien se trate de la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas, siendo que los

actos jurídicos tienen una estructura conformada por tres aspectos: los elementos, los presupuestos y los requisitos. Taboada, L. (2000:38).

6.3.1 Los Elementos del acto jurídico.

Taboada, C. (2000:38) nos dice que:

Los elementos se entienden como los componentes del acto jurídico; es decir, todo aquello que conforma el acto jurídico celebrado por los sujetos. En tal sentido, se entiende modernamente que los únicos elementos comunes a todo acto jurídico son dos: la declaración o manifestación de voluntad y la causa o finalidad, existiendo unanimidad en el sentido que la formalidad no es un elemento común a la estructura de todo acto jurídico, sino solamente en aquellos casos en los cuales las partes o la ley prescriban la formalidad bajo sanción de nulidad como componente del acto jurídico y que por ello mismo se denominen actos jurídicos solemnes o formales.

Los elementos son denominados tradicionalmente “elementos esenciales”, los mismos que son necesarios para la formación del acto jurídico.

6.3.2 Los Presupuestos.

Taboada Córdova (2000:38) refiere que además de los elementos, la doctrina moderna hace referencia a los presupuestos, los cuales se definen

“...como los antecedentes o términos de referencia; es decir, todo aquello que es necesario que preexista para que el acto jurídico pueda celebrarse o formarse.” Son dos: El Objeto y El sujeto

Agrega que (...) *“En la doctrina tradicional el objeto era considerado como uno de los elementos esenciales, al igual que el denominado “agente capaz”. “La razón del cambio en la concepción y en la terminología, se justifica en el hecho que tanto el objeto como el sujeto no forman parte del acto jurídico, el cual es en sí mismo una manifestación de voluntad destinada a la producción de efectos jurídicos, sin embargo; es decir el objeto y el sujeto son necesarios para la formación del acto jurídico, pero no como elementos sino como presupuestos...”* (2000:38)

En otras palabras el objeto y el sujeto si son importantes en la celebración de todo acto jurídico; deben existir antes de su celebración, las partes que van a entablar una relación jurídica y definir cuáles son sus intereses para la celebración de tal acto, por ejemplo celebrar un contrato de compra venta.

Como señala Taboada, L *“(…), no se pretende afirmar que los mismos no sean necesarios para la existencia del acto jurídico, sino señalar que los mismos deben preexistir para que el acto jurídico conformado por sus elementos pueda formarse.....”* (2000:38) por lo tanto si un acto jurídico carece de algún elemento o supuesto este no se habrá formado y por ende no será válido; es decir, existe ineficacia estructural.

6.3.3 Los Requisitos

Taboada, L. (2000) sostiene que son aquellas condiciones que deben cumplir los elementos y los presupuestos para que el acto jurídico formado produzca efectos. Tradicionalmente se les conocía como “elementos” de validez pero la justificación que realiza el citado profesor es que se empezó a utilizar esta terminología a efecto de:

(...) que quede bien en claro que no bastan los elementos y los presupuestos para la conformación válida de un acto jurídico, sino que además de ello es necesario que concurren otras condiciones, que deben cumplir tanto los elementos como los presupuestos para que el acto jurídico se considere formado válidamente y por ende pueda producir válidamente sus efectos jurídicos. Esto significa, en consecuencia, que mientras los elementos y presupuestos son necesarios para la formación del acto jurídico, los requisitos son necesarios para que el acto jurídico correctamente formado pueda producir válidamente sus efectos jurídicos. (2000:398).

6.4 El Objeto del Acto Jurídico

Al margen de que el sujeto debe gozar de plena capacidad de ejercicio para expresar su voluntad al celebrar un acto jurídico de manera libre y espontánea, existe otro elemento que también tiene importancia en su

formación; nos estamos refiriendo específicamente al objeto del acto jurídico.
En que consiste el objeto del acto jurídico? Existen diversas teorías:

6.4.1 Teorías.- Posiciones Doctrinarias

a) Teoría del Objeto Jurídico Concreto. Planiol y Ripert, citado por Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (Colombia 1994:32), *“basado en el pensamiento racionalista que erigió la voluntad individual y que supeditó la eficacia de los actos jurídicos a dicha voluntad “por derecho propio” y según su mejor conveniencia, serían los llamados a organizar autónomamente sus relaciones y determinar la naturaleza, alcance y modalidades de la regulación que quisieran darles a aquellas. (...) la voluntad de los agentes es la “fuerza creadora de todos los efectos de los actos jurídicos”, (...). Para esta teoría, la voluntad es la reina de los efectos del acto jurídico, lo que implica que el intérprete solo resolverá basado en la voluntad de las partes.*

b) Teoría del Objeto Jurídico Genérico sostiene esta teoría que *“...para que un acto jurídico adquiriera vigor normativo, o sea, para que sea reconocido como jurídicamente obligatorio, debe estar legalmente celebrado. Si es contrario a la ley imperativa, al orden público o a las buenas costumbres, la voluntad de los agentes es ineficaz” (1994:33).* Para esta teoría no es suficiente la intención de celebrar un acuerdo, sino que es imprescindible que se perfeccione dicho acto con el común acuerdo de voluntades de ambas partes y se respete la normas imperativas; es decir

que se encuentre dentro de los cauces legales; que no atente contra el orden público y las buenas costumbres, de lo contrario el acto jurídico no tendrá efectos. Celebrado así, tendrá efectos legales y por lo tanto, será obligatorio para las partes.

Este sistema es el que predomina en el Perú. De hecho se encuentra regulado en el artículo 1354 del Código Civil que señala que “*Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.*”, por otro lado el artículo V del Título Preliminar del Código Civil señala “*Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes, al orden público y las buenas costumbres*”

c) Teoría del Objeto - Fin Práctico, es una posición ecléctica que considera que “*...el objeto de los actos jurídicos no está constituido por los efectos de esta índole (jurídicos) que los agentes persiguen en forma concreta o genérica sino por el fin práctico que persiguen.*” (...)(1994:33). teoría que constituye la tendencia en la teoría del acto jurídico pues en efecto, las partes requieren ser amparados por el Derecho y por ende el fin que pretendan conseguir.

Betti, citado por Torres, V (2001:206): distingue entre objeto y contenido definiendo a este último como los fines prácticos que se proponen alcanzar las partes mediante el contrato, así como los medios y procedimientos que se han de seguir para alcanzarlos.

El autor manifestó que “(...) *no debe haber confusión entre uno y otro, es decir entre el objeto y el contenido porque este es más amplio que el objeto ya que las partes al celebrar un acto jurídico persiguen que el acto que celebran surta efectos, es decir que tenga eficacia* (...) (2001: 207)

El profesor Taboada en un artículo titulado: “*La problemática del objeto del negocio jurídico en la dogmática jurídica moderna y la necesidad de unificar la noción de objeto del contrato y del acto jurídico dentro del Código Civil peruano*”, (1992:333) hace un cuestionamiento a la confusión generada por los conceptos de objeto de acto jurídico y objeto del contrato, pues se dice que el objeto del contrato es la obligación, y es que el problema fundamental radica en que esta teoría ha sido generada por especialistas en materia de contratos y no en negocios jurídicos, término que en puridad para el referido autor no es diferente a la del acto jurídico regulado en el Código Civil peruano que es exactamente igual al negocio jurídico regulado en la doctrina alemana.

6.4.2 Licitud del Objeto del Acto jurídico

Licito, significa estar acorde a Derecho. Encontrarse dentro del marco de la ley, amparado por el Derecho; que no sea contrario al orden público ni las buenas costumbres. Taboada Córdova citado en la CAS. N° 3098-2011-LIMA (2002:21) señala que:

(...) el artículo 219 Inciso 4 del Código Civil prevé que es nulo el acto jurídico cuando su fin sea ilícito con lo que queda claro que el ordenamiento jurídico nacional acoge el sistema causalista diseñado por el Code Civil francés vinculando la ilegalidad a la ilicitud causal de tal modo que un acto con causa ilícita en el sentido de ser contrario a la Ley o las buenas costumbres estará afectado por nulidad absoluta (...) por lo que de la interpretación sistemática y en su conjunto del artículo 219 inciso 4 del Código Civil con las demás normas que regulan el Acto Jurídico y los Contratos en nuestro medio es posible colegir que la Causa se vincula a la idea de "Causa Concreta" es decir a los propósitos o motivos comunes que dan lugar a la celebración del acto jurídico de tal modo que si estos fines o motivos son ilícitos el negocio será nulo por falta de un elemento estructural (...).

A criterio de la tesista, la licitud radica en la conducta de un sujeto, no creemos que las cosas per se sean lícitas o ilícitas, sino es el comportamiento bueno o malo de un sujeto. Por ejemplo una persona que roba un reloj tiene una conducta que se encuentra dentro de lo ilícito, pues el objeto como bien material, o si se quiere la cosa materia de robo, no es ilícito. La conducta de quien ha delinquido se encuentra al margen de la ley, no es amparado ni protegido por el Derecho y es por ello que la consecuencia es la sanción por parte del Estado. Obviamente la conducta ilícita debe encontrarse regulada o tipificada como ilícita dentro del ordenamiento jurídico, situación que no sucede en el caso del acuerdo sobre

la capacidad reproductiva, porque no existe regulación que lo prohíba; existe un vacío legal.

En cuanto al tema materia de investigación, Cárcava Fernández mencionado por Gonzales C. (2001:29) manifiesta que *"(...) el acuerdo sobre la capacidad reproductiva es ilícito, porque tiene un objeto que es física y jurídicamente imposible al comercializarse el cuerpo humano"*.

Al respecto ya hemos dado nuestro punto de vista, así que nos remitimos a los comentarios reseñados anteriormente más aún si el Poder Judicial ha emitido una sentencia muy interesante que guarda relación con el acuerdo sobre la capacidad reproductiva en el que además se produjeron problemas de índole administrativo.

Se trata del expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 emitida por el Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima en el proceso constitucional sobre Acción de Amparo interpuesto por Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R. contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil - RENIEC. alegando "la vulneración al derecho fundamental a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño, así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y reproductivos".

El caso es que Aurora Nancy Ballesteros Verau y Francisco David Nieves Reyes, contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima; que intentaron ser padres sin éxito y por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas Clínicas en las que se determinó como alternativa para el embarazo el método de reproducción asistida pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo razón por la cual, el 2010, los demandantes Ballesteros Verau y Nieves Reyes recurrieron al método de “ovodonación” (óvulo donado) y la posterior reproducción *in vitro* reimplantado en el útero de la demandante, sin embargo, el embarazo devino en aborto. En el 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación.

Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados, siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónimo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado”.

Realizado el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron en el Instituto Nacional Materno Perinatal los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. No obstante, pese a la declaración expresa de Evelyn Betzabe Rojas Urco, quién habría señalado que no sería la madre, el médico tratante, al momento de efectuar el Certificado de Nacido Vivo inscribió como madre a ésta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes.

Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640 y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC. Los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, consideran que dichas Resoluciones Registrales vulneran el derecho a la identidad y al interés superior del niño, asimismo, con respecto a ellos, la afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.

Al emitir sentencia en primera instancia, el juez además de invocar normas internacionales hace referencia a la Casación N° 563-2011-Lima en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga genética, ni gestó al menor y que en este caso, la Corte

Suprema no puso en duda la validez del acuerdo de maternidad subrogada. *“Por tanto, para este Juzgado no quedan dudas que al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido”*; reitera el Magistrado que: *“Hasta ahora ha quedado claro que el uso de las técnicas de reproducción asistida no es un mecanismo prohibido por ley de reproducción, lo que significaría que se trata de un método permitido por el orden constitucional y que, por tanto, los contratos celebrados al amparo del mismo (contrato de útero subrogado, por ejemplo) también son válidos. Más aún si ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva...”*.

En ese sentido, se trata de una resolución judicial de suma importancia en el que se debe destacar que el juez, actualmente, ya no es la boca de la ley. Como sostiene Igartua (2009:215)

Entre las responsabilidades del juez se halla comprendida una nueva; la de fijar qué consecuencia jurídica precisa ha de coronar la resolución del caso cuando el legislador le confía esa tarea dejándole márgenes más o menos de actuación. Tal dosis de libertad (...) que los textos legales usualmente otorgan al órgano jurisdiccional es perfectamente aceptable y hasta deseable por razones de confianza profesional.

Y es que el autor tiene mucha razón desde que actualmente, se analiza el tema en concreto, se evalúa la realidad; se tiene en cuenta no solo la legislación nacional sino también internacional para solucionar un conflicto de intereses.

Sería muy fácil interpretar el artículo 7 de la Ley General de Salud, de manera literal, y ceñirse a lo que establece la norma:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos; sin embargo, esa no es la labor del Juez; eso sería facilismo

Actualmente, el juez motiva su resolución, manifiesta a través de sus resoluciones por qué considera que se debe amparar o no una demanda; expresa las posibilidades jurídicas que se deben aplicar para solucionar un conflicto de intereses. Es una tarea nada fácil que implica la calificación de la demanda como de la contestación, fijar los puntos controvertidos; es decir, determinar específicamente en qué radica la controversia para que luego de

una evaluación exhaustiva del caudal probatorio se llegue a la solución del problema.

Una de las partes no se encontrará de acuerdo con el fallo y por ello tiene el derecho constitucional a la doble instancia la que confirmará o revocará la resolución, o en el peor de los casos anulará la de vista pero fundamentándola. Esa es la labor del juez peruano, en consecuencia no es como sostiene Gonzales C.(2001:29) citado anteriormente cuando manifiesta que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva es ilícito, porque tiene un objeto que es física y jurídicamente imposible al comercializarse el cuerpo humano .porque en principio no se comercializa con el cuerpo humano; si existe un honorario de por medio, las partes tienen plena autonomía para fijarlos o no lo que no significa que se esté comercializando con el cuerpo humano; y segundo porque el objeto que constituye la prestación es decir la conducta de las partes en un contrato si es factible en tanto existe la alta probabilidad de que una mujer reemplace a la mujer infértil en la gestación.

6.4.3 Posibilidad física y Jurídica del objeto del Acto Jurídico.

La posibilidad física del objeto del acto jurídico se encuentra relacionado a la existencia del acto. El objeto, en principio se traduce en la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas, situaciones que se trasladan a la prestación concebida como la conducta de un sujeto destinada a dar, hacer o no hacer algo.

En el acuerdo sobre la capacidad reproductiva, este hecho si se produce; existe una posibilidad, una factibilidad física de que el embarazo se llevará a cabo; claro, siguiendo las pautas del médico tratante. Esta posibilidad física se ve traducida en la cesión de la función reproductiva; es decir será otra mujer la que reemplace a quien padece de infertilidad gestando por ella. En cuanto a la posibilidad jurídica, tampoco habría problema porque dicho acuerdo no se encuentra prohibido al no haber regulación, por lo tanto, este requisito también se encuentra presente en el pacto.

En el acuerdo sobre la cesión de la capacidad reproductiva de la mujer los requisitos mencionados por Castillo, F (2005:146) están presentes salvo el de “*cosas que estén en el comercio...*”, tan es así que Delgado, C. (2004:56) propuso el siguiente concepto:

“Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará una de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de ésta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante”.

Ya la tesista ha manifestado su posición en el sentido que se debe dejar en libertad a las partes para que pacten sobre la gratuidad u onerosidad del contrato ya que ellos tienen la posibilidad de fijar las pautas del mismo por ser un acuerdo entre privados.

En Brasil existe una Resolución CFM N° 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, que regula la gestación por sustitución (donación temporaria de útero) que señala que, *“ las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética, en cuyo caso la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado...”*; en dicho país se ponen condiciones sobre el tema, tienen una regulación legal que es de carácter excepcional con la condición que debe existir un grado de parentesco entre quien llevará el embarazo y la mujer infértil; por otro lado, en Australia (Mallma) también existe legislación pero sólo en el Estado de Victoria, el cual considera como nulo esta clase de convenios y sanciona penalmente a quien da o recibe pago por ayudar a que se realice un acuerdo de este tenor o efectúa el mismo.

En Canadá (Porrás, 2017:77) existe la *“Ley canadiense sobre la procreación asistida”*, mediante la cual se autoriza a los ciudadanos extranjeros a que puedan recurrir a la gestación subrogada, haciendo presente que sólo se permite por razones altruistas, prohibiendo que se realice de una forma *“comercial”*. Esta ley cuya vigencia data del año 2004 indica las

prohibiciones pertinentes como el pago de un salario a la madre portadora o de cualquier otra retribución económica por su gesto, asimismo prohíben la publicidad o la intermediación con fines de lucro y una edad menor a 21 años de la mujer que se embarace; además, se prohíbe la venta de esperma, óvulos o embriones. En caso de ignorar estas restricciones, los culpables pueden recibir sanciones de diez años de prisión o una multa que puede alcanzar los 500,000 dólares canadienses.

Es conocido que la India era el lugar indicado para cualquier pareja o persona que pretendía tener un hijo. En la actualidad, ya no es así, su legislación ha sido modificada; ya no se permite el acceso de la maternidad subrogada a todos los extranjeros, sino sólo a aquellas parejas heterosexuales casadas en cuyo país se prohíba la gestación subrogada. En octubre del 2015, el gobierno de la India presentó un proyecto de ley ante la Corte Suprema a través del cual se procura que existan menos incidencia de extranjeros en busca de una gestante india para poder tener un hijo por gestación subrogada. En dicha propuesta, se establecen ciertas condiciones, como la de ser de origen indio, extranjero residente en la India o extranjero casado con un ciudadano de la India, que se trate de un matrimonio heterosexual con problemas de fertilidad y que se encuentren casados desde hace al menos 5 años. Salgado, C (2016:66)

Como podemos observar existen países como los reseñados líneas arriba que tienen diversos criterios para regular el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer; cada uno con sus concepciones; cada uno de

acuerdo a su realidad; cada uno regulando las condiciones para que pueda llevarse a cabo este acuerdo; finalmente lo regulan.

6.5 La prestación

Según los primeros comentaristas del Código Civil francés, por objeto del contrato debía entenderse la cosa; es decir, el bien material, sobre la cual recae la relación jurídica nacida del propio contrato; (incluso cuando siendo estudiantes nos confundíamos y nos imaginábamos por ejemplo que el objeto de un contrato de compra venta era el bien inmueble que se estaba adquiriendo), pero esta teoría fue objetada porque si calificamos o entendemos la cosa como objeto, no podría darse ningún supuesto de ilicitud ya que una cosa o bien material jamás podría ser considerada ilícita.

Por ello, Taboada, L. (2001: 88) señala que *“(...) en la medida en que los códigos elaborados siguiendo el ejemplo del Código Civil Francés, sancionaron con nulidad la ilicitud en el objeto, al igual que lo hacía el Código Civil del 1936, la doctrina buscó un nuevo significado al objeto del contrato, entendiéndose según una segunda corriente doctrinaria, ya no como la cosa, sino como la prestación a que vienen obligadas las partes por el contrato.”* vocablo mucho más acertado desde que la prestación es la conducta positiva o negativa expresada en un dar, hacer o no hacer que obliga a un sujeto frente a otro dentro de una relación jurídica.

Uno de los requisitos de validez es que el objeto del acto jurídico sea física y jurídicamente posible (inciso 2); es de señalar en este punto que la posibilidad física y jurídica está referida a la conducta, a la prestación a que está obligado a satisfacer quien forma parte de una relación jurídica.

Los autores consultados en esta investigación han coincidido en que la prestación es la conducta consistente en dar, hacer o no hacer de un sujeto dentro de una relación jurídica; esta última concebida como el nexo, el vínculo que une a dos partes para realizar un acto jurídico.

Por ejemplo, Taboada, L. (2000:29) señala que el *“objeto del acto jurídico es entendido como prestación, y que este hecho debe a su vez reunir los cuatro requisitos siguientes: debe ser un hecho física y/o jurídicamente posible; el hecho prometido debe ser lícito en el sentido estricto; debe ser personal del deudor por regla general, y por último, el hecho prometido debe representar un interés para el acreedor, patrimonial o moral (...)”*.

En el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer las partes fijarán el contenido del mismo, que en puridad, viene a ser la prestación, es decir la conducta que asumirán las partes tanto en el desarrollo del contrato como en su ejecución, asimismo fijarán las condiciones y obligaciones a que están sujetos y que constituyen el objeto del contrato y que pueden consistir, entre ellas- por poner un ejemplo – en los cuidados que deberá recibir la gestante para que lleve a cabo un buen embarazo y sin riesgos. Obviamente se parte de lo establecido en el artículo 1362 del Código Sustantivo que señala *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la*

buena fe y común intención de las partes.”, elementos que se presentan en el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer.

Por otro lado, las partes también se pondrán de acuerdo sobre las consecuencias que deriven de su celebración; la tesista se refiere a la responsabilidad civil o penal tanto de la clínica o del médico tratante, en armonía con lo dispuesto en el numeral 1321 del Código Civil:

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Asimismo, a criterio de la tesista, este acuerdo debe celebrarse solo entre parejas estables; es decir, casados o convivientes debidamente acreditadas por un servicio social quienes deben someterse estrictamente a las condiciones impuestas en el acto jurídico como por ejemplo el consentimiento obligatorio expreso y por escrito del cónyuge de la mujer que padece de infertilidad con la finalidad de que posteriormente no pretenda desconocer el acuerdo y asuma todas las obligaciones que correspondería a un padre biológico; la obligatoriedad de entrega del niño por parte de la

mujer portadora así como recibir al menor así presente defectos físicos o mentales; puede incluirse en el acuerdo las responsabilidades civil, penal o administrativa tanto de la clínica como del médico tratante así como sus auxiliares etc. Estas situaciones o condiciones contractuales deben ser aceptadas expresamente por los contratantes, pues en caso contrario no existirá acuerdo.

De La Puente y Lavallo. (1998:40) sostiene que:

(...) en el campo contractual este poderío se manifiesta en dos libertades: la libertad de contratar, denominada libertad de conclusión, es la potestad que se concede a los particulares para contratar y no contratar y, en caso de hacerlo, para elegir a la persona del otro contratante; la libertad contractual, llamada también libertad de configuración interna, supone la facultad reconocida legalmente a las partes para que de común acuerdo, determinen el contenido del contrato. Del mismo modo en ejercicio de esta libertad, los particulares tienen el poder de modelar el contrato, dándole el contenido que ellos consideran apropiado, con la limitación de que no puede ser contrario a normas imperativas (...).

A modo de reflexión la tesista manifiesta su coincidencia con la doctrina, cuando sostiene que la esencia propia del Derecho es la vida, el ser humano, quien no es un bien sino una unidad bio-psico-social suprema, digno de protección; no obstante, hemos advertido que los doctrinarios centran su atención y protección en el ser humano que está por nacer, lo

cual definitivamente es correcto, pero la tesista se pregunta ¿ y la mujer imposibilitada físicamente para engendrar, ¿acaso ella no puede ser el centro de discusión, de atención ?; ¿qué alternativas se le proporciona para solucionar o por lo menos aliviar su drama?, ¿basta con decir que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva es nulo?, ¿por qué no fijan su atención en este problema que es álgido en muchos países, sobre todo en el nuestro?.

La tesista se ha referido a la emblemática sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fue emitida a propósito de un Decreto Ejecutivo que emitió el Gobierno de Costa Rica el año 1995 que tenía como objetivo establecer un marco normativo para la fecundación in vitro. Sin embargo, esa norma fue cuestionada en un proceso de inconstitucionalidad que culminó con su retiro del ordenamiento jurídico ya que el Tribunal consideró que afectaba el derecho a la vida del embrión.

Como consecuencia de ello, todas aquellas personas que se habían acogido a la anterior legislación tuvieron que detener el proceso de embarazo y, algunas de ellas, buscar alternativas en otros países. Anteriormente existía una norma el Decreto Ejecutivo N° 24029 de fecha 3 de febrero de 1995 que regulaba el tema de la maternidad asistida entre cónyuges, técnica que fue practicada entre los años 1995 a 2000 por el Instituto Costarricense de Infertilidad.

En virtud de una norma que regula los intereses difusos en Costa Rica es que Hermes Navarro Del Valle, presentó una acción de inconstitucionalidad

basado en una serie de argumentos, entre ellos que se atenta contra el derecho a la vida; que la fecundación in vitro es un negocio, no cura. etc. Es de señalar que de conformidad con el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de ese país cualquier ciudadano puede interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma *“cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto”*.

Tras la actuación de todos los medios probatorios, historias clínicas, declaraciones testimoniales, la ayuda del *amicus curiae*, informes de naturaleza médica emitido por diversos peritos, la Corte Interamericana concluyó que la Corte Suprema de Costa Rica se excedió al declarar inconstitucional el citado decreto prohibiendo los métodos reproductivos.

Además, el fundamento 142 nos remite al concepto de libertad que debe tener una mujer para decidir su maternidad, decisión que es eminentemente personalísima y que sólo le compete a ella; ello teniendo en cuenta los alcances que la Comisión le otorga al artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y,

la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y

convicciones. (...) La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. (...) La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Señala que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, y que "...la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Es más, el fundamento 260 señala que:

"... la Corte considera que otras sentencias en el derecho constitucional comparado procuran efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto y, por lo tanto, constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la cláusula "en

general, desde la concepción establecida en el artículo 4.1 de la Convención”.

Se hace alusión a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre.

La Corte concluye interpretando el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos sosteniendo que:

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

El Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece.- Derecho a la Vida: *“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”*

Una persona se forma a través de las vivencias porque adquiere un patrón de vida en el ambiente donde se desarrollen y esto necesariamente ocurre después del parto, mientras van pasando los años; a lo largo de la vida. El embrión es una etapa del proceso de la gestación entre la semana 3 y la semana 8; es un ser humano en desarrollo porque este producto tiene un código genético que exclusivamente le pertenece a él como especie; es decir, cada ser humano tiene una y solo una condición de tipo genético y es diferente a otro ser humano motivo por el cual el más alto Tribunal Internacional después de haber utilizado una serie de interpretaciones para determinar si el embrión - para los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana - señala en el fundamento 264 que *“... no puede ser entendido como persona”*; concluyendo además *“...que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición (se refiere al artículo 4.1 de la Convención), no es absoluta, sino gradual e incremental según su desarrollo debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla.”* .

Los argumentos de quienes consideran que el acto jurídico sobre la capacidad reproductiva de la mujer es nulo basándose en criterios,

respetables si pero no compartidos carecen de sentido desde que es un acto en el que se presentan todos los requisitos del acto jurídico; por ende es plenamente válido y eficaz para las partes que así lo convinieron.

No existe, en consecuencia, vicio alguno que afecte el momento de su formación y que conlleve a su invalidez. Por el contrario, es un acto jurídico atípico que produce plenos efectos entre las partes.

CAPÍTULO VII

EXIGIBILIDAD O INEXIGIBILIDAD DEL ACTO JURIDICO SOBRE LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER

7.1 Formalidad del acuerdo.

Hemos destacado que en virtud de la autonomía privada, los particulares tienen la facultad de celebrar actos jurídicos, por cuanto a través de los mismos podrán alcanzar los resultados que deseen, creando, modificando, regulando o extinguiendo relaciones jurídicas de carácter patrimonial o extra patrimonial, ello porque las partes se comprometen a realizar determinada conducta frente a otra que consiste en la prestación debida (un dar, hacer o no hacer) que es objeto del acto jurídico; comportamiento que debe estar presente para la validez del supuesto de hecho, situación que también debe presentarse en la otra parte y que en conjunción entre ambas voluntades dará lugar al nacimiento de obligaciones a cargo de cada uno de ellos.

Albadalejo (1980:15) sostiene que:

“(…) el contenido u objeto de la obligación, está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado; dicha conducta, a través de la cual el deudor satisface un interés del acreedor, puede consistir en entregar un bien, prestar un servicio o abstenerse de realizar alguna acción”.

Larenz, K. (1958:18-45) refiere que:

“...lo que distingue la relación de obligación de otras relaciones jurídicas es el significado primario del deber de prestación. Ello no significa, sin embargo, que la relación obligatoria se agote con ese deber. Para toda relación jurídica, cualquiera que sea su estructura, rige el principio de cumplir la prestación con fidelidad a la palabra dada o a la obligación fundamentada de cualquier modo que sea, sin defraudar la confianza de la otra parte, es decir cumplir la prestación según la buena fe.”;

Totalmente de acuerdo pues la celebración de los actos jurídicos está basado en la confianza de que la otra parte cumplirá con su prestación.

Ya la tesista ha considerado que tratándose de un contrato tan especial como es el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, sería importante que tenga una formalidad estricta como por ejemplo un documento en el que se fijen todas las condiciones del contrato, el consentimiento expreso del esposo en caso sea casada o conviviente de la portadora, así como del cónyuge de la mujer físicamente impedida de tener niños, los gastos por atención médica, el tema de la onerosidad o gratuidad del acuerdo; las responsabilidades a que hubiera lugar en caso de

incumplimiento de las partes y sobre todo, lo más importante, la entrega del niño por parte de la portadora; la obligación de hacer de conocimiento del médico tratante que se trata de un embarazo por sustitución. A criterio de la tesista, debe ser un acto jurídico eminentemente formal que no genere dudas de ningún tipo; es más este documento debe tener fecha cierta que puede ser protocolizado ante un Notario Público o ante un Juez de Primera Instancia.

7.2. Requisitos de las partes

La tesista ha compartido la posición del profesor Enrique Varsi cuando este sostiene que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer debe ser excepcional; es decir, en caso que no prosperen las técnicas de reproducción asistida se podrá acudir al acuerdo, pero para arribar a este punto, la tesista estima que las partes involucradas deben ser parejas estables casadas o convivientes, pero estables porque de por medio se encuentra el bienestar de la criatura. Para ello la tesista considera que se debe exigir como requisito no solo un certificado médico que demuestre el buen estado de salud de la portadora sino la historia clínica y demás documentos que corroboren que, previo al acuerdo, se ha sometido a los chequeos médicos correspondientes. Inclusive para dar mayor formalidad, puede ser celebrado frente a un Notario Público que de fe plena del acto, con firmas legalizadas, o en todo caso frente a un Juez de Familia e inclusive, el acuerdo acompañado del certificado de nacimiento del menor

puede servir para su inscripción en la Registro Nacional de Identidad y Estado Civil.

7.3. Incumplimiento del acuerdo por parte de la portadora

La ejecución de un contrato, está íntimamente ligado al cumplimiento de las prestaciones por tener la característica de sinalagmática, ambas partes son acreedores y deudores a la vez por tanto, ambos deben cumplir sus compromisos. En el acuerdo sobre la capacidad reproductiva, la mujer subrogada estará obligada a pagar los gastos de embarazo, alimentación, medicinas, controles médicos, etc., mientras que la mujer que gestó y alumbró al niño tiene la obligación de cuidar de su salud como la del niño que lleva en su vientre. Son condiciones u obligaciones que deben estar estrictamente detalladas al suscribir el acuerdo. Por ejemplo que la mujer no fume, no consuma drogas, ni bebidas alcohólicas, que se someta estrictamente a los controles médicos para que una vez nacida la criatura lo entregue a la mujer que la contrató.

Ahora bien, por regla general toda obligación deviene exigible: en caso de incumplimiento el acreedor tiene a su alcance todos los medios legales para hacer valer su derecho; sin embargo, en el tema que nos ocupa ¿podremos utilizar los medios legales que nuestra legislación regula? Freyre, M. (2005:72), señala que:

(...) en la definición de la obligación consignada en las Instituciones de Justiniano, se observan elementos esenciales. En primer lugar, el vínculo jurídico, esto es, el nexo que vincula a las dos partes de la relación jurídica, que determina su exigibilidad y que no puede faltar en obligación alguna. Es el constreñimiento, que implica la facultad del acreedor para exigir a su deudor el cumplimiento de la prestación, y el deber de este último de pagar lo ofrecido. Asimismo menciona que para Justiniano existían, en suma, un sujeto activo, llamado acreedor; un sujeto pasivo, llamado deudor; el vínculo jurídico que unía a ambas partes y que creaba situaciones correlativas; la prestación, cuyo contenido podía ser de dar, de hacer o de no hacer; y la acción del acreedor frente a su deudor para reclamar por la vía judicial el cumplimiento de la obligación, consecuencia del vínculo jurídico.

Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, mencionados por el autor (2005:72) señalan que

la obligación es una relación jurídica, esto es, una relación humana regulada por el derecho. La expresión, según dichos tratadistas, resulta preferible a la de "vínculo", por su mayor precisión técnica y porque la relación jurídica obligacional es una de las varias relaciones jurídicas que surgen de la conducta humana. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el "poder" o "derecho de crédito" para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la

prestación, o la cumple defectuosamente, por motivos a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento; esa es la regla general.

La tesista estima que es más sencillo hacer valer un derecho subjetivo solicitando el poder coercitivo del Estado cuando existe regulación jurídica que lo ampare; es decir cuando el Derecho Objetivo respalda el derecho subjetivo reclamado; que cuando no existe regulación sobre una figura jurídica. Constituye uno de los principios jurídicos que el Juez no debe dejar de administrar justicia en caso de vacío o defecto de la ley; el Juez es creador del derecho ante nuevas situaciones que se presenten, pero la administración de justicia sería mucho más eficaz si el legislador colaborara con determinadas figuras jurídicas, como en el caso del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer.

Dichos autores hacen la distinción entre obligación y el deber; en la obligación resaltan la relación jurídica que existe entre ambas partes al celebrar un acto jurídico en virtud del cual se encuentran vinculadas; de ellas emanan prestaciones para ambas las mismas que deben cumplirse y si no lo hacen, el poder coercitivo del Estado se hace presente. En cambio, asimilan el deber con el compromiso moral, ético. Toda persona natural o jurídica tiene la obligación de honrar las prestaciones de dar, hacer o no hacer a que se ha comprometido. No es posible ni justificable que se celebre un acto jurídico para incumplirlo; por ejemplo una compra venta en el que no se pague el precio de venta o no se cumpla con la entrega del bien. El contrato debe cumplirse de acuerdo con lo pactado en él; es por ello que se tiene el

derecho subjetivo de hacerlo valer ante las instancias correspondientes de cara a exigir del órgano jurisdiccional que imponga su autoridad para obligar al deudor al cumplimiento de su prestación.

La conducta del deudor que constituye la prestación objeto del acto jurídico nos remite al argumento de Sotomarino, R. (2010:130) quien en su artículo *“Fenómenos Jurídicos y Derechos Subjetivos”*, realiza una clasificación muy interesante de los derechos subjetivos; citando a Cornu, refiere que:

“Los derechos subjetivos (droits subjectifs en francés, das subjektive Recht en alemán, diritti soggettivi en italiano) están rodeados de matices. En general, se les ha definido como prerrogativa reconocida a una persona natural o jurídica, de hacer o exigir alguna cosa en virtud del Derecho objetivo para la satisfacción de un interés personal”, agrega que: “..., designa a la facultad de exigir de otro, una determinada conducta. Así, cuando Juan reclama su derecho a cobrar una deuda, a que se le devuelva un objeto prestado, a que no se afecte su honor o su imagen, estamos aludiendo a los derechos subjetivos que Juan posee...”.

La tesista considera que las posiciones reseñadas están basadas en el Derecho Objetivo; es decir, cuando existe regulación en la legislación, pero en el caso que nos ocupa no es así.

La prestación es el contenido de una obligación. Su cumplimiento se sustenta en el deber jurídico asumido por el deudor frente al acreedor, la

ejecución de la prestación, es hacer realidad el acto o la omisión en que ella consiste. El acto jurídico celebrado entre las partes vincula recíprocamente las obligaciones, y al ejecutarse, la relación jurídica obligacional creada por él vinculará recíprocamente las prestaciones por tanto estas serán exigibles.

En todo contrato, por más que las partes inicialmente se hayan puesto de acuerdo en las condiciones del mismo, siempre existe el riesgo que una de ellas incumpla con lo convenido. Por más cuidadosas que sean los contratantes al consignar en el acuerdo el consentimiento del cónyuge los gastos de cuidado, alimentación controles periódicos de la mujer que va a quedar embarazada, gastos del parto etc. existe la posibilidad de que la mujer que dio a luz se niegue a la entrega del menor.

A lo largo de nuestra vida profesional, hemos sido testigos de incumplimientos de una serie de actos jurídicos como por ejemplo de contratos de compra venta, en los que el deudor no cancela el precio de venta, o el acreedor no entrega el bien; en un arrendamiento en el que el arrendatario no cumple con desocupar el inmueble al vencimiento del plazo del contrato, o incumple con el pago de la merced conductiva que le corresponde, etc., casos en los cuales el Poder Judicial ha tomado decisiones importantes estimando o desestimando las pretensiones. Tal situación también puede presentarse en el caso del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer sobre todo en quien se comprometió a la entrega del recién nacido; es decir puede suceder que la mujer que gestó se desanime y no cumpla con su prestación.

Existen posiciones respecto de la exigibilidad o inexigibilidad de este tipo de acuerdos para el caso de incumplimiento de quien se comprometió a entregar al niño y no lo hace.

Bossert, G. citado por Ramos, R. (1992:17) admite la licitud de este pacto cuando el mismo deviene en gratuito, desconociendo sin embargo acción a los contratantes para reclamar el niño, siendo la obligación de quien presta su vientre un detalle natural y, en consecuencia no exigible jurídicamente.

Conforme al artículo del Boletín Mexicano de Derecho Comparado: *“La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”* (2012) se señaló que en Italia, las opiniones se dividen entre quienes lo consideran nulo y carente de efectos jurídicos y quienes intentan ponerlo en conexión con el instituto de la Adopción. En este último sentido, configuran la renuncia de los derechos materno-filiales, por parte de la madre subrogada, como un asentimiento a que el hijo sea legitimado por su padre de sangre y adoptado por la mujer de este último. En lo que hay unanimidad por parte de los juristas italianos, es en considerar como no obligatoria la cláusula de entrega del hijo por parte de la madre subrogada. Es necesario aclarar que la mujer portadora, renuncia a los derechos y obligaciones que le compete como “madre”, (aunque para la tesista debiera ser considerada con este título la mujer de quien provino el deseo de la maternidad); es decir renuncia al reconocimiento, a la patria potestad, al derecho hereditario a los alimentos etc. Mientras no deje de regir el principio Mater Semper certa est jurídicamente quien da a luz seguirá siendo considerada madre del menor.

El Informe Warnock de Gran Bretaña del 26 de junio de 1984 *recomienda la “prohibición de la maternidad subrogada y que mediante la promulgación de una ley, se establezca que los acuerdos que tengan por objeto la subrogación sean considerados contratos ilegales y, por tanto, estén desprovistos de acciones para hacer efectivo su cumplimiento. “... Se detecta un vacío legislativo por lo que la maternidad subrogada no es perseguible. Se debe legislar considerándola como delito cuando se realiza por dinero (recomendación 57 y 58) y teniendo como ilegal la gratuita (recomendación 59)”*.

Ciertamente, la gestación y el parto es una bendición de Dios que puede tener una mujer, pero para el caso que nos ocupa, la experiencia de la que hablamos no es disfrutada por la mujer infértil; es decir de quien desea tener un hijo pero no está en posibilidades físicas de tenerlo, y por si fuera poco no existe legislación que las proteja en caso deseen celebrar un acuerdo sobre su capacidad con otra mujer para que la sustituya porque el artículo 7 de la Ley General de Salud establece que debe existir plena coincidencia entre la mujer gestante y la mujer que da a luz; es decir, debe ser la misma persona; ya que en el Perú rige el principio “Mater semper certa est”, consagrando de este modo la atribución de la maternidad por el hecho del parto principio, que a criterio de la tesista debe estar a la par con la realidad.

El caso de Ucrania (Maternidad subrogada, 2016) constituye un magnífico ejemplo de lo que significa esta situación. En dicho país es plenamente legal la celebración del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer. El Código de Familia de Ucrania (art. 123, punto 2) dispone que, en caso de

que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, los cónyuges serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución. Se posibilita que los cónyuges puedan realizar la fecundación in vitro con ovocitos donados. En cualquier caso, se considerará que el embrión procede de los cónyuges, de tal modo, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ellos ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas. El aspecto médico se regula por el Ministerio de Salud de Ucrania a través de la Orden N° 771, del 23 de diciembre del 2008. Como se aprecia, este país ha superado los prejuicios considerando como los verdaderos padres a quienes ceden el material genético a una mujer para que gaste atribuyéndoles todos los derechos y obligaciones que les corresponden como tales. La tesista considera que su legislación está acorde con la realidad porque quienes ceden el ovulo y el esperma son los padres biológicos con la diferencia que es otra persona quien procede a desarrollarlo en su útero.

Pero volviendo al tema del incumplimiento de entregar al niño por la portadora si un abogado tuviera que defender un problema de esta naturaleza, qué acciones legales podría tomar a efecto de que se cumpla el acuerdo con la entrega del niño habiendo sufragado todos los gastos de embarazo y pagado cierta cantidad de dinero ?; incluso, si el niño fue reconocido por el esposo o conviviente de la mujer que padece de infertilidad como hijo propio, conociendo el médico tratante que el niño es fruto de un acuerdo ¿se podría persuadir al Poder Judicial en el sentido de que dicho

acuerdo es exigible por haber existido manifestación de voluntad y plena coincidencia de voluntades entre las partes?.

¿Sería posible hacer uso de la condición resolutoria en caso de incumplimiento establecido en el artículo 1428 del Código Civil que establece “ *En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.(...)*” o el artículo 1429 del mismo Cuerpo Legal referente a la resolución de pleno derecho que señala “*En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios*”?

En el ámbito jurisdiccional se conocen muchos casos en los cuales las partes han celebrado contratos y no obstante haberle dado la formalidad que ellos mismos acordaron no han cumplido con las obligaciones contenidas en él; existen infinidad de demandas en ese sentido. Lo mismo podría suceder en el acuerdo sobre la capacidad reproductiva; puede que las partes le hayan dado la formalidad que estimaron pero finalmente la mujer que dio a luz no cumplió con su obligación de entregar a la criatura, Qué hacer frente a esta situación? si el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer no

se encuentra regulado en nuestro país. Evidentemente hay un problema y grave. Cómo hacer que se cumpla, cuando en puridad la criatura es del cónyuge de la mujer que tiene problemas de infertilidad?

Las partes han actuado con total libertad al celebrar el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de una mujer que se encuentra impedida físicamente de tener hijos con otra que si puede llevar un embarazo a término con el óvulo fecundado de una tercera persona con el marido de la primera. Se han establecido expresamente todas las formalidades acordadas por las partes los derechos y obligaciones a cargo de cada una de ellas y sobre todo la obligación de entregar a la criatura a quien la contrato una vez que haya nacido.

A pesar de haber aceptado, es posible que la portadora incumpla esta cláusula?, si es posible; es posible reclamar que el acuerdo se cumpla?, si es posible.

La tesista considera que es factible interponer una demanda por indemnización de daños y perjuicios por daño moral, teniendo en cuenta que se han perjudicado los más altos sentimientos de la mujer imposibilitada y ve frustrada sus expectativas de verse coronada como madre?, Podría pensarse que la indemnización por daños y perjuicios sería incobrable si se tiene en cuenta los bajos recursos de la realidad peruana, pero también es cierto que el Perú no es el único país de bajos recursos; así tenemos el caso de Bolivia, Venezuela, Argentina que viven momentos difíciles económicamente como es de público conocimiento, pero esa situación no

justifica que no se pueda demandar sobre todo si quien contrató a la mujer se ve impedida de recibir a su hijo, si fue ella quien sufrió el stres, si fue ella quien asumió los gastos acudiendo a diversos médicos para someterse a las técnicas de reproducción asistida para el tratamiento de su infertilidad y no logró nada; eso es justo?. Sin embargo la sentencia que declare fundada la demanda por indemnización de daños y perjuicios no ordena la entrega del niño.

En otros países se han presentado casos que se han judicializado y el órgano jurisdiccional ha estimado las pretensiones partiendo del supuesto de que las partes se han comprometido a la entrega del niño por nacer; como aconteció con el conocido caso Baby M. El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían; asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebe. (Cabe hacer presente que la agencia que intermedió entre la familia Stern y la Sra. Whitehead conocía de los resultados del indicado test psicológico antes de que se produjera la fecundación in Vitro e implantación del embrión, sin embargo dadas las dificultades de encontrar otra candidata a madre

sustituta, “olvidaron” informar este “pequeño” detalle, para no perder la comisión que les correspondía en el contrato). El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido.

Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M, invocando el principio del interés superior del niño. (Alkorta, I. 2003:22)

Posterior al problema judicial que hubo por el incumplimiento de la mujer portadora para la entrega del niño el juez de primera instancia declaró válido el contrato, resolución que la tesista considera acertada, desde que si lo analizamos desde el punto de vista jurídico peruano existen todos los elementos del acto jurídico conforme lo establece el artículo 140 del Código Civil.

Entendemos que el Tribunal Supremo al declarar nulo el referido contrato, pretendió quitar efectos jurídicos y desconocer la maternidad de la mujer portadora,- sin embargo la agencia que intermedió entre la familia Stern y la Sra. Whitehead que conocía de los resultados del test psicológico tomado antes de que se produjera la fecundación in Vitro e implantación del embrión a la mujer portadora y dueña del ovulo y que no informó este detalle tuvo responsabilidad en los hechos que se suscitaron, porque para no perder su

comisión, permitieron la celebración del acto jurídico con las consecuencias que hemos reseñado.

En el Perú, precisamente se publicó la Casación 563-2011 (Demandantes Giovanni Sanssone y Dina Felicitas Palomino Quicaño; Demandados Zenaida Castro Muñoz -madre biológica- casada con Paul Frank Palomino Cordero) emitida por la Corte Suprema de la República interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz contra la sentencia de vista de fecha 30 de noviembre de 2010, que confirma la apelada de fecha 15 de abril del 2010 que declara fundada la demanda de Adopción por excepción y declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de Giovanni Sansone (casado con Dina Felicitas Palomino) y de doña Dina Felícitas Palomino.

El caso proviene de la demanda de adopción por excepción a favor de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis interpuesta por Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone. Sostienen los actores que la menor es hija de Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, y se amparan en lo dispuesto en el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Manifiestan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente.

Los demandados se allanan a la demanda momento procesal en el cual el juez al sentenciar declara fundada la demanda, teniendo como base los

medios probatorios presentados por las partes, entre ellos el acta de nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, del que se desprende que la madre biológica es Isabel Zenaida Castro Muñoz, y que figura como padre Paúl Frank Palomino Cordero; así mismo la prueba de ADN en cuyo informe fluye que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino Giovanni Sansone, (demandante). resolviendo sobre la base del Interés Superior del Niño, sentencia que fue confirmada por la Corte Superior.

La Corte Suprema declaró infundado el Recurso de Casación interpuesto por los demandados basándose fundamentalmente en el hecho que existió un interés económico de la codemandada quien en virtud de un acuerdo arribado con los demandantes se embarazó con semen de Giovanni Sansone, (quien a pesar de no figurar como progenitor en la partida de nacimiento de la menor, en realidad es el padre biológico de la niña) para posteriormente darla en adopción a los actores.

Lo rescatable de esta Ejecutoria es que implícitamente reconoce el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer y lo más resaltante es que la Corte Suprema no observa el acuerdo sostenido por las partes, que en puridad es un acto jurídico válido, así como tampoco su licitud o ilicitud, características esenciales que hubiese sido interesante desarrollar. Lo que si reprocha la Corte Suprema es la conducta de la madre biológica ya que en el fondo existió un ánimo de lucro por parte de la madre biológica (problemas económicos que enfrentaba por no contar con recursos para sustentar a sus otros dos hijos) resolviendo el conflicto sobre la base del Interés Superior del

Niño y del Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y demás tratados internacionales.

La tesista es del criterio que es importante resaltar la aplicación del principio de ponderación de los derechos e intereses en juego tal como lo señala el Tribunal Constitucional del Perú en el entendido que el derecho a ser padres por el método que estos elijan constituye un derecho al libre desarrollo de la personalidad que de ninguna manera puede ser restringido ni mucho menos limitado por el Estado. Sin embargo, hubiera sido mucho más interesante conocer la posición de la Corte Suprema de la República del Perú, o por lo menos que nos brinde un alcance jurídico respecto a la interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud desde que no pone en tela de juicio el acuerdo de las partes, y que en el fondo la tesista considera que tácitamente acepta la celebración del acto jurídico.

Es más, la Casación no abunda respecto de si el contrato atenta contra la moral y el orden público como otras legislaciones si lo hacen; por el contrario en base al Interés Superior del Niño facilitan el bienestar de la menor, posición que nos persuade para considerar que pese a no existir regulación jurídica en el Perú si se realizan acuerdos sobre la capacidad reproductiva de la mujer que son actos jurídicos, física y jurídicamente posibles; que son válidos y plenamente eficaces y que no se encuentran proscritos por la ley.

La tesista reconoce que por lo menos ya hay reacciones en el Poder Judicial frente a este tema silenciado por tanto tiempo por los legisladores peruanos, situación que sinceramente nos indigna por la falta de preocupación para

resolver problemas de esta naturaleza que se presentan en nuestra sociedad peruana.

De lo investigado se observa que hay países que aceptan este tipo de acuerdos; otros que no con argumentos discutibles pero respetables, pero por lo menos lo regulan; en nuestro país lamentablemente no es así. En nuestra legislación tan sólo tenemos una norma parca que es la Ley General de Salud (Ley N° 26842) en el artículo 7 del Título I “De los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual”, que establece que:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

La Ley refiere que toda persona tiene derecho al uso de las TERAS “*siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona*”. No regula en lo absoluto el tema de la capacidad reproductiva de la mujer. Entonces, cual es la solución para aquellas mujeres que por alguna enfermedad genética nacieron sin ovarios o aquellas en las que los ovarios le han sido extirpados por cáncer u otras

enfermedades y que no pueden tener hijos? Es que no tienen el derecho a tener descendencia?; porqué el legislador no se pone en el lugar de una pareja que tiene problemas de infertilidad; se puede ser tan insensible que por su forma de pensar opte por limitar o guardar silencio frente a este grave problema?. Es lamentable y sobre todo frustrante que el legislador no se pronuncie en lo absoluto frente a un vacío legal tan trascendental, sin embargo creemos firmemente que esta investigación servirá de aporte a la comunidad jurídica para efectuar propuestas de ley en este tema.

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de menores resolviera esta situación. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción. (Conforme a la Human Fertilization Embriology Act de 1990, la maternidad subrogada solo es permitida si se lleva a cabo a título gratuito y bajo la supervisión de la Human Fertilization and Embriology Authority, luego de verificar la imposibilidad de la madre comitente de llevar adelante la gestación. Moran: 2005).

La tesista se pregunta, de que sirve celebrar un acuerdo de esta naturaleza cuando no existe seguridad del cumplimiento por parte de la portadora en la entrega de la criatura y peor aun cuando no existe acción judicial a interponer?. Evidentemente existe un vacío legal, pero el hecho de que se presente esa situación no significa que el órgano Jurisdiccional deje de administrar justicia; no podría sostener que se encuentra impedido de resolver la causa por no existir una norma en la legislación que regule el tema en concreto; de actuar así se dejaría en completo desamparo a los justiciables que requieren una respuesta a su petición. El Juez podrá advertir frente a determinado problema, que si bien no existe una norma aplicable a la controversia, no por esta razón habrá de excusarse de solucionar el conflicto.

De la lectura del artículo 7 de la Ley General de Salud, fluye que el legislador solo ha contemplado la identificación entre la mujer gestante y la que da a luz; no ha cubierto todas las posibilidades que en un futuro podrían haberse presentado por el normal desarrollo y el progreso científico; no regula el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, inclusive podríamos señalar que la norma es defectuosa porque como dijera García Toma no se ha tomado en cuenta (2001:377) *“el cambio de los patrones culturales en una sociedad; falta de previsión por parte del legislador; abrupto adelanto científico o tecnológico que desborda o transforma la sociedad; ocio intencional del legislador”* .

Ahora bien, es comprensible la situación por la que pudiera atravesar la mujer que llevó el embarazo y que finalmente no quiera entregarlo ni

desprenderse de él por considerarlo parte de ella, tomar una decisión de esa naturaleza debe ser muy complicado por eso la tesis ha dejado sentada su posición en el sentido que la entrega de la criatura si es exigible, teniendo en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño así como el Interés Superior de Niño; es decir, buscar las mejores alternativas para el bienestar de la criatura.

7.4 Incumplimiento por parte de la solicitante.

Se ha señalado en reiteradas oportunidades que el acto jurídico que las partes celebran sobre la capacidad reproductiva de la mujer es plenamente válido al contener todos los requisitos exigidos por el artículo 140 del Código Civil; se ha reseñado también que este acto jurídico genera derechos y obligaciones para ambas partes; por un lado, la obligación de entrega del niño por quien llevó el embarazo y por otro, la obligación de recibir a la criatura por parte de quien provino la voluntad de celebrar este acuerdo.

Ahora bien, qué sucedería si la mujer portadora cumple con su obligación de entregar al menor, pero este ha nacido con problemas físicos o con deformaciones, la mujer que se encuentra impedida físicamente de tener descendencia y que contrató con otra para que lleve el embarazo, se encontraría en la obligación de recibir al niño?

Definitivamente esta situación es distinta a la anterior pero puede presentarse. Tampoco se regula ninguna acción judicial que permita hacer valer el derecho, en este caso del niño, cuál sería el escenario de la criatura si su madre se niega a recibirlo porque tiene estos problemas?.

La tesista se hace la misma pregunta, se podría hacer valer los artículos 1428 y 1429 del Código Civil antes reseñados para el caso de incumplimiento de quien procedió la voluntad de traer a ese niño al mundo?. Sería justo que la mujer que llevó por nueve meses el embarazo con los inconvenientes propios que tal estado significa y que cumplió con su obligación como se había acordado, ahora no tenga la posibilidad material de entregarlo porque la contraparte no quiere recibirlo?

Hay que recordar que se ha celebrado un acuerdo, las partes han manifestado su voluntad y han aceptado todas las obligaciones a que se comprometieron; pues bien, en este caso, el niño nació pero con deformaciones; recuérdese que la negativa de recibir al menor emana de quien provino la voluntad que ese niño venga al mundo y ahora se niega a recibirlo; en verdad esa conducta no es comprensible. El hecho que haya nacido con una deformación o con problemas mentales, no implica de ninguna manera que esta pueda desentenderse de su crianza, de los cuidados propios que le corresponden tanto porque es un ser humano con todos los derechos inherentes a él cuanto porque, en puridad, sería su propio hijo a quien le está negando todo el cariño que merece. Aceptar jurídicamente que esta situación se pudiera producir, sería infringir la dignidad humana, y eso no se puede permitir.

Es en virtud a ello que la tesista, considera que de producirse esta situación, la mujer de quien provino la voluntad de traer al niño al mundo está en la obligación ineludible de recibir a la criatura; de reconocerlo como su hijo y

darle los cuidados que le corresponden. De negarse, podría ponerse en conocimiento del Ministerio Público para que haga uso de sus facultades que la ley le otorga.

Finalmente, a modo de reflexión si existiera una regulación jurídica sobre el acuerdo de la capacidad reproductiva de la mujer, distinta sería la solución en un conflicto de intereses; por ello, la tesista abriga la esperanza que el legislador tomará conciencia del problema y cubrirá el vacío legal que los afecta.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- El desarrollo tecnológico permite que hombres y mujeres puedan recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida con la finalidad de que, a través de ellas, tengan la posibilidad de tener descendencia y así poder superar el problema que los afecta debido a múltiples causas de índole orgánica o física que les impide la procreación.

SEGUNDO.- La procreación mediante el uso de técnicas de reproducción asistida en la que la condición de madre genética y de madre gestante no recae sobre la misma persona, se presenta en la realidad cotidiana. No siempre las mujeres involucradas expresan de manera formal ni por escrito los términos y condiciones de su compromiso; por lo que es conveniente que el legislador regule la necesidad de la existencia de un acuerdo previo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, pues conforme al artículo 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades en materia de derechos reproductivos reconocidos en la Convención, toda vez

que tiene la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos consagrados por ella.

TERCERO.- Existen posiciones radicales de algunos juristas que sostienen que este tipo de acuerdos son ilícitos, atentan contra el orden público y las buenas costumbres y que por ese motivo son nulos; no obstante es preciso destacar que el acto jurídico ya se celebró; el niño ya nació y tiene todos los derechos que a todo ser humano le corresponde, razones por las cuales sostengo que estas posiciones no pueden desconocer la realidad, de ahí que hay que normarla y regularla.

CUARTO.- El argumento de algunos críticos que sostienen que en el acuerdo sobre la capacidad reproductiva *lo tecnológico se contrapone a lo natural*, resulta impropio porque, precisamente, constituye uno de los avances de la ciencia que permite la sustitución de la mujer infértil introduciendo el óvulo de una tercera persona fecundado con el espermatozoides del marido o conviviente en el útero de una mujer para llevar a cabo la gestación; de tal modo que lo propio es afirmar que lo tecnológico contribuye a superar las deficiencias de lo natural para lograr un fin noble como es la procreación.

QUINTO.- Atendiendo que el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer tiene sustento en la libre voluntad de las partes, resulta pertinente permitir que ellas sean quienes decidan sobre la onerosidad o gratuidad del mismo.

SEXTO.- En el Perú la maternidad se establece por el hecho del parto, pues el artículo 7 de la Ley General de Salud, señala que debe existir coincidencia entre la madre genética y la madre gestante, pero no se contempla -tampoco se prohíbe- el hecho de que sean diferentes; razón por la cual sostengo que existe un vacío legal, por falta de previsión normativa de esta eventualidad, que debe ser llenado mediante una norma jurídica que regule la necesidad de un acuerdo previo y formal que prevea los términos y condiciones al respecto.

SÉTIMO.- Dicho vacío legal, no obstante, no es razón suficiente para que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil se niegue a inscribir el nacimiento de una persona al amparo de un acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer, obligando a las partes a acudir a la vía legal en caso de incumplimiento, agravando el conflicto intersubjetivo de intereses, revictimizando a la parte perjudicada e incrementando la carga procesal del Poder Judicial por lo que debe proceder a inscribir dicho nacimiento teniendo a la vista la presentación del acuerdo protocolizado notarialmente en el que conste la identidad de los padres del menor.

OCTAVO.- El objeto del acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer es física y jurídicamente posible porque la conducta de los contratantes constituyen prestaciones de dar y de hacer, las que consisten, en principio, en ceder su útero cuya función es albergar el fruto de la fecundación del ovulo de una tercera persona anónima con el espermatozoides del marido o conviviente de la mujer que padece de infertilidad para que al

finalizar el embarazo se produzca la entrega del menor; por su parte, la mujer sustituida o subrogada tendrá la obligación de sufragar los gastos de gestación, así como pagar una retribución en caso así lo hayan acordado y recibir a la criatura aun cuando haya nacido con defectos físicos o mentales.

NOVENO.- El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer es válido porque reúne los requisitos esenciales del acto jurídico señalados en el artículo 140 del Código Civil, como son, la manifestación de voluntad que proviene de ambas partes; agente capaz, que es la mujer casada o conviviente que está impedida físicamente de gestar y la mujer que llevará el embarazo a término; coincidencia entre la voluntad interna y lo manifestado o exteriorizado por las partes; el objeto es física y jurídicamente posible porque las partes están obligadas a satisfacer una prestación; y la finalidad del acuerdo, que en puridad es lo que motiva a las partes a contratar a efecto de concebir una criatura en reemplazo de una mujer que adolece de infertilidad, para que producido el alumbramiento sea entregado a esta última con renuncia de sus derechos y obligaciones respecto del menor.

DECIMO.- El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer es atípico, porque si bien genera consecuencias jurídicas carece de una regulación legal, por lo tanto debe considerarse su regulación en el ordenamiento jurídico a fin de permitir que quienes celebren el referido acto jurídico se sientan respaldados por el Derecho.

DECIMO PRIMERO.- El acuerdo sobre la capacidad reproductiva no afecta la integridad física de la mujer porque esta no realiza ningún acto de

disposición de su cuerpo que pueda generarle una disminución permanente en su integridad física, ya que la mujer portadora solo reemplaza en la función de llevar un embarazo por impedimento físico de otra mujer, albergando el ovulo de una persona anodina fecundado con el esperma del esposo o conviviente de quien adolece de infertilidad.

DECIMO SEGUNDO.- Por su especial naturaleza jurídica, el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer es un acto jurídico *sui géneris*, no solo porque no se asimila al contrato de locación de servicios ni al contrato de arrendamiento ni a contrato alguno, sino porque se sustenta en la libre voluntad de las partes a efecto de que una persona ceda su función de gestar una criatura para que llegado el momento lo entregue a quien la contrato quien por impedimento físico no puede tener descendencia.

DECIMO TERCERO.- Es exigible judicialmente la entrega del recién nacido a la pareja casada o de convivientes en la que la mujer se encuentra impedida de tener descendencia, teniendo en cuenta la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, así como el Interés Superior del Niño.

DECIMO CUARTO.- El médico tratante debe tener conocimiento de que se celebró un acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer en virtud del cual debe emitir el certificado de nacimiento a nombre de quien procedió la voluntad de traer al niño al mundo y no de la portadora, el que acompañado del acuerdo suscrito por las partes y protocolizado notarialmente servirá para la inscripción del menor en el Registro Nacional de Identidad

generando derechos como el de reconocimiento, de patria potestad, alimentos, derechos hereditarios.

DECIMO QUINTO.- El incumplimiento en la entrega del menor por parte de la portadora no afecta los derechos de reconocimiento ni sucesorios, por cuanto al haberse producido la fecundación con el espermatozoides del esposo o conviviente de la mujer infértil, existe una relación jurídica que los vincula, de manera que el niño tiene todos los derechos que por ley le corresponden. Similar situación sucederá si el espermatozoides es donado y el óvulo corresponde a la esposa o conviviente con la diferencia que este tendrá que reconocerlo como hijo propio lo que generará los derechos antes mencionados en favor del menor.

DECIMO SEXTO.- El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer debe prevalecer frente al derecho a la identidad del menor porque revelar que su madre biológica no es la que lo cría, es decir la esposa de su padre, o manifestarle que su madre es una mujer portadora que llevo el embarazo en reemplazo de quien considero que era su verdadera madre o que es una persona anónima podría ocasionar serios problemas sociológicos, psiquiátricos, fuertes depresiones llegando inclusive a atentar contra su vida, ya que no se sabe que reacción anímica pueda tener el niño caso en el cual el Interés Superior del Niño se relativiza

DÉCIMO SÉTIMO.- En caso de incumplimiento en la entrega del menor, el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer que celebren las partes

facultará a la madre subrogada a acudir a la vía legal correspondiente en la que podrá solicitar oportunamente que el Juez requiera a la mujer subrogante que cumpla con la decisión judicial y entregue al menor, bajo apercibimiento remitir copias del expediente al Ministerio Público para que formule denuncia por desacato y resistencia a la autoridad, en virtud de las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECOMENDACIONES

PRIMERO.- Se debe implementar políticas de Estado que generen la posibilidad de poder invertir en tratamientos tecnológicos y científicos con fines reproductivos lo que en definitiva no causará gasto al Estado; ello en armonía con el primer párrafo del artículo 6 de la Constitución Política del Perú.

SEGUNDO.- Se debe brindar asesoría jurídica gratuita a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a efecto de que las mujeres que deseen celebrar acuerdos sobre su capacidad reproductiva, tengan conocimiento sobre sus derechos y obligaciones a que se encuentran sujetas y las responsabilidades que les pueda generar en caso de incumplimiento.

TERCERO.- El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Colegio Médico del Perú deben promover debates, con la participación de renombrados profesionales

en la materia para que brinden alternativas de solución y lo hagan llegar al Congreso de la República para su aprobación con la finalidad de llenar el vacío legal existente en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

CUARTO.- Se deben realizar campañas de concientización a efecto de crear centros psiquiátricos y psicológicos solventados por el Estado en colaboración con entidades privadas para que colaboren con el bienestar emocional de las mujeres que padecen de infertilidad, dado que esta condición puede producir gran depresión por la frustración de no poder tener descendencia.

ANEXO

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N°

26482

Los Congresistas de la República que suscriben,, ejerciendo su derecho funcional de presentar propuestas de ley que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política, concordado con lo establecido en el artículo 74° del Reglamento del Congreso, presentan el siguiente proyecto de ley:

EXPOSICION DE MOTIVOS

Atendiendo que el texto vigente contenido en el Artículo 7 de la Ley N° 26842, del 15 de julio de 1997, Ley General de Salud, que establece que *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción*

asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos” contiene un vacío normativo toda vez que no contempla el acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer.

Somos conscientes de que en la práctica este tipo de acuerdos se vienen realizando sin un amparo legal, hecho que genera incertidumbre jurídica en las partes contratantes.

Que este tipo de acuerdos sobre la capacidad reproductiva de la mujer debe tener carácter excepcional a efecto de no desnaturalizar su esencia.

Que tratándose de un acto jurídico que reúne los requisitos de validez contenidos en el artículo 140 del Código Civil y encontrándose plenamente identificado con la manifestación de voluntad, la onerosidad o gratuidad del contrato debe ser establecida por las partes.

Que la Medicina como ciencia ha realizado estudios con la ayuda de los avances tecnológicos concluyendo que las mujeres con problemas de infertilidad debidamente comprobado que recurran a las técnicas de reproducción asistida no perjudican físicamente su organismo.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Esta norma contribuirá indefectiblemente a llenar el vacío normativo que existe actualmente en el artículo 7 de la Ley N° 26842 -Ley General de Salud para que haya un adecuado tratamiento legal.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Como ya hemos señalado, la presente propuesta legal es de naturaleza declarativa, pues los Congresistas no tenemos iniciativa de gasto. Los beneficios de la norma son mayores que sus costos y se traducen en una sustancial mejora de la legislación civil, de cara a una realidad social que no puede ser negada ni discutida. La iniciativa es beneficiosa para el Estado y la sociedad en su conjunto y sus costos serán largamente superados por los beneficios e impacto positivo en la comunidad.

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO Nº 7 DE LA LEY 26842; LEY GENERAL DE SALUD

ARTÍCULO ÚNICO: Modifíquese el artículo 7 de la Ley Nº 26842, del 15 de julio de 1997, Ley General de Salud con el siguiente texto:

*“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. **Se permiten, por excepción y como última alternativa, las técnicas de reproducción asistida heteróloga en cuyo caso es obligatorio la suscripción de un acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer siempre y cuando exista plena aceptación de las partes debidamente comprobada por documento de fecha cierta legalizada ante Notario Público o ante el Juez de Familia.***

Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Vigencia.- La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación.

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima a los días de de 2019.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Ahued, Roberto (2003) *Ginecología y Obstetricia aplicada*. México. Manual Moderno.

Albadalejo, M. (1958). *El negocio Jurídico*. Barcelona: Librería Boch.

Albadalejo, M. (1980). *Derecho Civil*. (2º Tomo) Barcelona: Editorial Bosch.

Albaladejo García, Manuel (2003). *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: José María Bosch Editor.

Arnau Moya, F. (2008). *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Castelló: Publicaciones de la Universitat Jaume I.

Atienza., M. (2004). *Bioética, Derecho y Argumentación*. Lima – Bogotá: Palestra - Themis.

Betti, E. (1958). *Autonomía Privada*. Vol. 1-2, Turin: Novissimo Digesto Italiano.

Betti, E. (2000). *Forma y contenido del negocio. Declaración de voluntad en Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial

Comares, S.L.

Betti E. (1959). *Teoría General del Negocio Jurídico*, Madrid. (2^o edición). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Borda, G. (1995). *Manual de Contratos*. (18^o edición). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Borrell Macía, Antonio, *La Persona Humana: Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; Derechos sobre el Cuerpo Vivo y Muerto de otros hombres*. Barcelona: España, 1954, p. 25.

Castillo Freyre, M. (2005). *Tratado de las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Carcaba Fernández, M. (1995). *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana*. España: Giuffrè Editore

Código Civil Comentado: Comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil (2010). Lima: Gaceta Jurídica. Tercera Edición.

De la Puente y La Valle, M. (1983). *Estudios sobre el contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco.

De la Puente y La Valle, M. (1991). *El Contrato en General*. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII DEL Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Diez-Picazo y Ponce de León, L. (1996). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*. (2^o edición). Madrid: Civitas.

Diez Picazo, L., Gullón A. (2002). *Sistema de Derecho Civil. El contrato en general*. Madrid, 2002. Editorial Trotta.

Decherney, Alan H. (2007) *Diagnóstico y Tratamiento Gineco-obstétrico*. Ed. Manual Moderno. México.

- Enneccerus, L., Kipp, T. (1954) *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1954.
- Espinoza Espinoza, J. (2002). *Título Preliminar del Código Civil*, Código Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández Cruz, G. (2001). *La obligación*, apuntes para una dogmática de concepto. Lima: Themis.
- Espinoza Espinoza, J. (2000). *Título Preliminar del Código Civil*, Código Civil Comentado. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández Sessarego, C. (2000). *Contratación contemporánea*. Teoría general y principios, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías- La Ley del más débil*. España: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrero Costa, R., Von Thur, A., (1934). *En El negocio jurídico*, Tratado de las Obligaciones, Madrid: Editorial Reus.
- Ferrero Costa, R. (1974). *El negocio jurídico*, Lima: Editorial Reus.-
- Ferri, G. (2004). *El Negocio Jurídico en Teoría General del Negocio Jurídico*. Lima: Ara Editores.
- Flume, W. (1998). *El Negocio Jurídico*. Madrid Editorial: Fundación Cultural del Notariado.
- García Toma, Víctor. (2001). *Introducción a las ciencias jurídicas*. Lima: Universidad de Lima – Fondo de Desarrollo Editorial.
- Gastaldi, J. (1994). *Contratos*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Giorgianni, M. (1958). *El concepto de obligación*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Gómez de la Torre, M. (1993). *La fecundación in vitro y la filiación*.

Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Hattenhaner, H. (1987). *La relación obligatoria*, tomado de: Conceptos Fundamentales del Derecho Civil, Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Igartua Salaverría, Juan (2009). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima. Palestra.

Lalupú Sernaqué, L. (2012). *Subrogación de la maternidad en la legislación peruana*. Piura: Editorial Aequitas.

León Barandarián, J. (1997). *Curso Elemental de Derecho Civil Peruano*, Lima: Editorial Cuzco.

Llambias, J. (1986). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. (12° edición). Madrid. Editorial Perrot.

Luna, F. (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Lohmann Luca de Tena, G. (1994). *El Negocio Jurídico*. (2° edición). Lima: Editorial Grijley.

Martínez Calcerrada, L. (1989). *La nueva inseminación artificial*. Madrid: Madrid.: Ara Editores.

Martínez-Pereda Rodriguez, J., Massigoge Benegiu, J. (1994). *La Maternidad portadora, subrogada o por encargo en el Derecho Español*. Madrid: Editorial Cuzco.

Massimo, B. (1984). *Diritto Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Massino. B. (1998). *Diritto Civile, Il contratto*. Vol. III. Milán: Giuffrè Editore.

Mazeaud, H., L., J. (1960). *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos

Aires: Editorial EJEA.

Morales Hervias, R. (2002). *Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico*. Lima: Ara Editores.

Morales Hervias, R. (2006). *Objeto y Tipo en las Teorías del Negocio Jurídico y del Contrato*. En: Estudio sobre Teoría General del Contrato. Lima: Editorial Grijley.

Moran de Vicenzi, C. (2005). *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial*. Madrid.: Ara Editores.

O'Donnell, D. (1989). *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

Palacios Martínez, Eric (2002). *La Nulidad del Negocio Jurídico. Principios generales y su aplicación práctica*. Lima: Jurista Editores.

Pérez Peña, Efraín (1995) *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción- Un Enfoque Integral*. México. Ed. Salvat.

Ramos, R. (2000). *Fecundación asistida y derecho*. Rosario: Editorial Juris.

Ripert, G., Boulanger, J. (1864). *Tratado de Derecho Civil*, Según el Tratado de Planiol, Buenos Aires: La Ley.

Rubio Correa, M. (2003). *La Invalidez del Acto Jurídico*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Volumen IX.

Rubio Correa, M. (1993). *Título Preliminar*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salvat, R. (1931). *Tratado de Derecho Civil argentino: parte general*. (5° edición). Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires.

Santos Briz, J. (1992). *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Granada: Editorial Comares.

- Savigny, M., F., C. (1989). *Sistema del Derecho Romano Actual*. (2^o edición). Madrid: Centro Góngora
- Scognamiglio, R. (1970). *Comentario del Codice Civile: A ura de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Del Contratti in generale*. Bologna: Incola Zanichelli Editore.
- Stolfi, G. (1959). *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Taboada Córdova, L. (2000). *Curso para magistrados*. Lima: Academia de la Magistratura. Lima.
- Taboada Córdova, L. (2002). *Nulidad del Acto Jurídico*, Lima: Editorial Grijley, Segunda Edición. Lima, Perú.
- Taboada Córdova, L. (2002). *Acto jurídico, negocio Jurídico y contrato*. Lima: Editorial Grijley. Lima, Perú.
- Taboada Córdova, L. (2006). *Negocio Jurídico, contrato y responsabilidad civil*. Lima: Editorial Grijley, Segunda Edición. Lima, Perú.
- Torres Vásquez, Aníbal (2001). *Acto jurídico*. Lima: IDEMSA.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genético. Principios generales*. Lima: Editorial Grijley. Quinta Edición. Lima, Perú.
- Varsi Rospigliosi, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Editorial Grijley. Cuarta Edición. Lima, Perú.
- Varsi Rospigliosi E. (2013) *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la Filiación*”. T.IV. Lima, Perú.
- Vidal Ramírez, F. (1985). *Teoría General del Acto Jurídico*. Lima: Cultural Cuzco S.A.
- Vidal Ramírez, J. (1988). *Las nuevas formas de Reproducción Humana*. Madrid: Civitas.

Vidal Ramírez, F. (2000). *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica.

Vidal Ramírez, F. (1999). *El acto jurídico*. (4º edición). Lima: Gaceta Jurídica.

Vidal Ramírez, F. (1990). *Orden Público y Nulidad Virtual del Acto Jurídico*. Tomo I. Tratado de Derecho Civil. Lima: Universidad de Lima.

Vidal Ramírez, F. (1990). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Título Preliminar. Primera Edición. Lima: Universidad de Lima.

Zannoni, E. (1978). *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Buenos Aires: Astrea.

Zusman Tinman, S., De La Puente y Lavalle, M. (1980). *Anteproyecto Sustitutorio de los Actos Jurídicos*. En: Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CURSOS:

Ferri, L. (1982). *El objeto del contrato* en Lecciones sobre el contrato, Curso de Derecho Civil, Traducción de Nelvar Carreteros Torres, Presentación, notas y edición por Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982), Editora Jurídica Grijley. E.I.R.L. Lima, 2004

Taboada Córdova, L. *Curso a distancia para Magistrados*. Academia de la Magistratura. Editorial Escuela Activa. Lima.

Garita, E. (1999) *Ética médica: Gestación Subrogada*. Universidad de Ciências Médicas Dr. Andrés Vesalio Guzmán – Facultad de Medicina. ucimed912.files.wordpress.com/2012/.../gestacic3b3n-subrogada.pptx

REVISTAS IMPRESAS:

Boza Dibos, B. (2001). Revista PUCP. *Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la Reproducción Humana Asistida*. vol. 10 (04), p. 98.

Barrera Correa, A. y Cadavid Pulgarin, Karla Mariana (2017). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema*, pp. 2, 120.

Castillo Freyre, M. (2005). Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima N° 1 Año XCI. *Las Persona Naturales y el Anteproyecto de Reforma del Código Civil*. vol. 05 (09), p. 139.

Castillo Freyre, Mario y Torres Maldonado, Marco (2014). Revista Jurídica Thomson Reuters. *Vicisitudes y perspectivas en torno a la maternidad subrogada en el Perú*. Lima: La Ley, N° 81, año II, 21 de julio de 2014, pp. 14.

Cieza Mora, Jairo (2013). *Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Una aproximación bioética y la necesidad de su regulación*. Gaceta Jurídica. T. 32. Febrero 2016, p 145.

De Verda y Beamonte, José Ramón. (2009). Revista Boliv. de Derecho. *Reproducción Humana Asistida*. N° 8, p. 199-211

García Rubio, M. (1987). *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida*. Consideraciones respecto del derecho civil español. vol. 05 (04), p. 150.

Gonzáles Cáceres, Alberto. (2008) *Cuando mi Madre es un número; identidad genética e Interés Superior del Niño*. Revista Jurídica del Perú, derecho privado y público, N° 93. Normas Legales. p.25

Guitrón Fuentecilla, J. (1987). *La genética y el Derecho familiar*. vol. 07 (03), p. 83-90.

Larenz, K. (1978). Revista de Derecho Privado, Ajen. *Derecho Civil - Parte General*. vol. 10 (03), p. 124-130.

- Larenz, K. (1958). Madrid.: Ara Editores.. *Concepto de relación obligatoria*. vol. 02 (08), p. 145.
- León Barandarián, J. (1997). Gaceta Jurídica. *Acto jurídico*, vol. 50 (12), p. 100.
- Llego, Y. (1987). Tapia. *La genética actual y el derecho de familia*, vol. 27 (34), p. 49-52.
- Matozzo de Romualdi, L. (1999). Madrid.: Ara Editores. *Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada...¿Puede reconocerse un derecho al hijo?*. Vol. 1, p. 183
- Rubio Correa, M. (1987). *Título Preliminar del Código Civil Peruano*, Universidad de Lima, vol. 05 (02) p. 55-60.
- Schlesinger, P. (2002). Revista de Derecho Procesal. *La Autonomía Privada y sus límites*, en *Proceso & Justicia*, Traducción de Leysser L. León, Editada por la Asociación Civil Taller de Derecho, N° 3, vol. 04 (10), p. 170.
- Sotomarino, R. (2010). Gaceta Jurídica del Perú. “*Fenómenos Jurídicos y Derechos Subjetivos*”, Dialogo con la Jurisprudencia.
- Taboada Córdova, Lizardo. *Ius et veritas. La problemática del objeto del negocio jurídico en la dogmática jurídica moderna y la necesidad de unificar la noción de objeto del contrato y del acto jurídico dentro del Código Civil peruano*, N° 5, p. 54.
- Torres Maldonado, M. (2013). Gaceta Jurídica del Perú. *¿Mi papá es un donante? El eufemismo del interés superior y la identidad del menor derivada de las técnicas de reproducción humana asistida*. vol. 27 (34), p. 49-52.
- Vega Centeno, M. (2010:22) *Gestión en el Tercer Milenio*, Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas, UNMSM (Vol. 13, N° 25, Lima, julio 2010).

PÁGINAS WEB:

Salgado S. (2016). Maternidad subrogada en la India. Disponible en:

<https://www.babygest.es/india/>

Castán, J. (1986). *Nuevas técnicas de reproducción humana*.

Disponible en:

https://books.google.com.pe/books/about/Nuevas_t%C3%A9cnicas_de_reproducci%C3%B3n_humana.html?id=UmPdDdPaC5UC&redir_esc=y

Castillo. A. (2008). *Vientres de alquiler: ser madre tiene un precio*.

Disponible en:

http://www.hoymujer.com/sermadre/premama/Vientres_alquiler_madre_tiene,67776,11,2008.html

Camacho, J. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*.

Disponible en:

<http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

Cano, M. *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*. Disponible en:

<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

Cárcaba Fernández, M. (2001) *Problemas Jurídico planteado por las nuevas técnicas de reproducción asistida*. Disponible en:

[/www.google.com.pe/search?hl=es&tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:"María+Cárcaba+Fernández"](http://www.google.com.pe/search?hl=es&tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:)

De Trazegnies Granda, Fernando. (2014). *Ética y Derecho*. Disponible en:

<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaf.htm>

Embib, F. (2012). *La maternidad subrogada o de alquiler*. Disponible en:

http://4legal.blogspot.com/2012/09/la-maternidad-subrogada-o-de-alquiler_22.html

Gamboa, C. (2010). *Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado*. Disponible en:

www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf

Mallma Soto, J. *Alquiler de vientre y sus problemas de filiación*. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-ventre-problemas/alquiler-ventre-problemas2.shtml>

Maternidad subrogada en Ucrania. 2016. Disponible en: <http://surrogacy-ukraine.com/index-esp.php>

La maternidad subrogada (alquiler de vientres). 2008. Disponible en: <http://www.vientredealquiler.com/index.php/noticias/591-la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres>

Morales, R. (2008). *Nuevas Perspectivas del Negocio Jurídico*. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/.../nuevas-perspectivas-del-negocio-juridico>

Observando blog. (2008). *La industria del vientre de alquiler*. Disponible en: blogspot.com/2008/01/dos-viejos-conceptos-una-idea-nueva.html

Organización Mundial de la Salud (2018). Disponible en: <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>

Paris, E. (2010). *Ventre de alquiler o maternidad subrogada: legalidad en el mundo*. Disponible en: <http://www.bebesymas.com/ser-padres/ventre-de-alquiler-o-maternidad-subrogada-legalidad-en-el-mundo>

Paz, A. (2014). *La acción de nulidad y la impugnación de los acuerdos societarios, legitimación, procesos y caducidad en la ley general de sociedades*. Disponible en:

file:///D:/Users/jdurand/Downloads/PAZ_GUILLEN_ANDRES_ACCION_NULIDAD.pdf

Préambule de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud
disponible en :

https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

Ramos, R. (2000). *Fecundación Asistida y derecho*. Disponible en:
https://books.google.com.pe/books?id=BYDH3R8LxIAC&pg=PA5&dq=Fecundaci%C3%B3n+Asistida+y+derecho&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=Fecundaci%C3%B3n%20Asistida%20y%20derecho&f=false

Rosjurconsulting: Profesionales en el derecho de familia. (2010)
Disponible en:
http://jurconsult.ru/es/preguntas_frecuentes/alquiler_de_vientres_maternos/

Vidal, J. (1988). *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana: estudio Desde la Perspectiva del Derecho Civil Español*. Disponible en:
<http://books.google.com.pe/books?id=fappQgAACAAJ&dq=jaime+vidal+martinez&hl=es&sitesec=reviews>.

Zanoni, E. (2007). *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina: Proyecciones Jurídicas*. Disponible en:
<https://www.google.com.pe/search?tbm=bks&hl=es&q=Zannoni>

PÁGINAS INSTITUCIONALES

Tribunal Federal de Justicia Administrativa: <http://www.tfja.mx/>

Congreso de la República: www.congreso.gob.pe

Jurisprudencia Civil: <http://www.jurisprudenciacivil.com/>

Código Civil para el Distrito Federal: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-2e8d72b55b5b732a3535a7b8152304f8.pdf>

Convención Americana de Derechos Humanos:

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

(extraído de: https://prezi.com/ppc9e9c_o9tz/como-define-la-oms-la-salud/)

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina:
http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Expediente N° 2016-2004-AA/TC disponible en:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>

DIARIOS ONLINE:

ANF/ La Paz (2017, 8 de may.). Al descubierto el primer caso de vientre de alquiler. *Página siete*. Disponible en:
<http://www.paginasiete.bo/sociedad/2017/5/8/descubierto-primer-caso-vientre-alquiler-136907.html>

Fujioka, C. (2008, 24 de marzo). Madres sustitutas en Japón emergen de las sombras. *EcoDiario*. Disponible en:

<http://ecodiario.eleconomista.es/noticias/noticias/428912/03/08/ENFOQUEMadres-sustitutas-en-Japon-emergen-de-las-sombras.html>

Figuroa, A. (2013, 03 de dic.). Buscan regular la inseminación artificial y el alquiler de vientres. *Primera hora*. Disponible en:

<http://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/nota/buscanregularlainseminacionartificialyelalquilerdevientres-902686/>

Inter News Services. (2013, 12 de marzo). Proponen regular procedimientos de inseminación artificial y maternidad subrogada.

Diario Metro. Disponible en:

<https://www.metro.pr/pr/noticias/2013/03/12/proponen-regular-procedimientos-inseminacion-artificial-maternidad-subrogada.html>

Porras Ferreyra, Jaime (2017, 21 de feb.). Canadá y los vientres altruistas. *El País Internacional*. Disponible en:

https://elpais.com/internacional/2017/02/20/actualidad/1487608787_068654.html

Sepúlveda Morales, Aixa. (2015, 10 de may.). Alquilar el vientre, una práctica sin marco legal en Puerto Rico. *Noticel*. Disponible en:

<http://www.noticel.com/vida/alquilar-el-vientre-una-prctica-sin-marco-legal-en-puerto-rico/611058208>

DIARIOS IMPRESOS:

Kanno, F. (2016, 02 de junio). "He decidido congelar mis óvulos". *El Comercio*. P. 08.

ARTÍCULOS ONLINE:

Baffone, C. (2012). La Maternidad Subrogada: Una Confrontación entre Italia y México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. 01 (137). p. 441-470. Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art1.pdf>

Cano, M. (2002). Maternidad Subrogada. *Editorial Astrea*. Disponible en:

<https://www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0061.pdf>

Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad de

Género (2010). *Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia social y de Equidad y Género de la Iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal*. Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-fdf9ce4828184d7d3ab9690807dfb1ad.pdf>

Contreras López, Raquel S. (2016). *El hecho y el acto jurídico en la tesis francesa y alemana*. Disponible en: <http://derechocivil-mexicano.com/assets/el-hecho-y-el-acto-juridico-en-la-tesis-francesa-y-alemana.pdf>

REVISTAS ONLINE:

Jadue, G. (2003). Transformaciones familiares en Chile: riesgo creciente para el desarrollo emocional, psicosocial y la educación de los hijos. *Revistas electrónicas UACH* (29), p. 115-126. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=s0718-07052003000100008&script=sci_arttext

Declaración de Helsinki de la AMM - Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos disponible en: <http://www.isciii.es/ISCIII/es/contenidos/fd-investigacion/fd-evaluacion/fd-evaluacion-etica-investigacion/Declaracion-Helsinki-2013-Esp.pdf>

LEGISLACIÓN:

Sistema Peruano de Información Jurídica SPIJ:
<http://spij.minjus.gob.pe> -