

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



Informe jurídico sobre la Casación N.º 563-2011-LIMA  
"Maternidad Subrogada"

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título  
de Abogada

**Autora:**

*Teresa Dilaines Salazar Quiñones*

**Revisora:**

*Silvia Jenifer Herencia Espinoza*

Lima, 2021

## RESUMEN

El presente informe analiza la Casación N.º 563-2011 LIMA, cuyo eje central gira en torno a una niña que nació como consecuencia de un acuerdo de gestación comercial y que, a los nueve días fue dada a los demandantes (esposos contratantes), en dicha Casación se determinó que debe prevalecer el interés superior de la niña, en tanto que arrancarla de su núcleo familiar sería perjudicial para ella. Por otro lado, mediante el método sistemático, se evaluará si la maternidad subrogada en nuestro país se encuentra debidamente regulada o no, en atención a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley General de Salud. En caso de no estar permitido el uso de este método, se analizarán qué medidas corresponde tomar ante dicha práctica, cada vez más notoria, en la actualidad. Ello en resguardo de los derechos intrínsecos que se encuentran presentes ante su prohibición, con el objetivo de buscar igualdad de oportunidades y de trato para aquellas personas que padecen de esterilidad e infertilidad. Finalmente, se concluye que si bien la maternidad subrogada altruista, no se encuentra regulada expresamente en nuestra legislación, no resulta menos cierto que a nivel jurisprudencial se han resuelto casos en los que se involucra el uso de esta técnica de reproducción; por lo que, queda en manos del legislador el darle celeridad a la propuesta de modificación del Código Civil, en donde se reconoce que más allá de la posibilidad biológica de tener hijos se encuentra la voluntad procreacional.

## INDICE

|  |    |
|--|----|
| 1. Introducción .....  | 4  |
| 2. Justificación de la elección de la resolución .....   | 4  |
| 3. Hechos del caso .....   | 5  |
| 3.1. Orden cronológico de los hechos .....   | 5  |
| 3.2. Hechos de la demanda .....  | 6  |
| 3.3. Árbol genealógico de la niña de iniciales V.P.C. ....   | 6  |
| 4. Argumentos .....  | 7  |
| 4.1. Argumentos del Juzgado .....  | 7  |
| 4.2. Argumentos de la Sala Superior .....  | 7  |
| 4.3. Argumentos de la Sala Civil Permanente .....  | 8  |
| 5. Cuestiones teóricas preliminares .....  | 10 |
| 5.1. Interés Superior del niño .....   | 10 |
| 5.2. Maternidad subrogada .....  | 13 |
| 6. Identificación y análisis de los problemas jurídicos .....  | 20 |
| 6.1. ¿Son válidos los contratos de maternidad subrogada en el Perú?<br>¿La Corte Suprema de Justicia se pronuncia al respecto? ..... | 21 |
| 6.2. ¿Qué es la voluntad procreacional? ¿Está presente en el caso<br>materia de análisis? .....                                      | 23 |
| 7. Conclusiones .....  | 24 |
| 8. Bibliografía .....  | 25 |

## **1. INTRODUCCIÓN**

Ante la presencia de un conflicto que no puede ser resuelto directamente entre las partes, acudir al sistema de justicia debe suponer la búsqueda de una solución adecuada para ellas, quienes, luego de resolverse la controversia en un debido proceso y agotada la vía pertinente, tienen como única opción respetar el carácter definitivo de la sentencia expedida por el órgano jurisdiccional.

Presupone, además, la capacidad que tienen los magistrados para pronunciarse respecto de diversas materias y fijar criterios cuando la sensibilidad del caso lo amerite, más aún si se requiere velar por los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

En el presente informe se analizarán ciertos conceptos, como son el interés superior del niño y la maternidad subrogada, entre otros, los mismos que no fueron desarrollados por el Poder Judicial, pese a que tuvo la oportunidad de hacerlo y, de esta manera, fijar parámetros respecto de temas tan relevantes que involucra los derechos de los niños.

Así también, trataremos de dilucidar cómo se concedió la adopción sin abordar los parámetros que engloba la gestación subrogada, que considero debieron desarrollarse para poder aplicar adecuadamente el principio del interés superior del niño.

## **2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN**

Decidir ser abogada fue una de las mejores decisiones que he tomado para poder contribuir a mi país desde mi profesión. Esto lo reafirmé cuando en el año 2015 participé del programa secigra, mediante el cual tuve la oportunidad de ver de cerca la problemática que existía alrededor de los niños, niñas y adolescentes y cómo esta era abordada dentro de un juzgado.

En torno a este contexto, decidí trabajar esta resolución para abordar y analizar los distintos puntos que, a mi criterio, debieron ser desarrollados con mucha más precisión, puesto que una entidad como la Corte Suprema era la indicada en marcar un hito con el desarrollo de este caso tan interesante; sin embargo, dejó pasar la oportunidad de hacer que más niños y niñas puedan gozar de su derecho a la identidad desde que nacen, así como de permitir que cada vez más tanto hombres como mujeres puedan ejercer su derecho al libre desarrollo personal.

### **3. HECHOS DEL CASO**

#### **3.1. Orden cronológico de los hechos**

- 3.1.1.** Las partes<sup>1</sup> convinieron que los demandantes se someterían a un tratamiento de fecundación asistida con la finalidad de procrear a la niña de iniciales V.P.C., para que posteriormente sea entregada a los demandantes.
- 3.1.2.** La niña nació el 26 de diciembre de 2006.
- 3.1.3.** En el acta de nacimiento, los demandados figuran como declarantes y padres.
- 3.1.4.** La niña fue dada por los demandados a los demandantes cuando tenía nueve (09) días, conforme al acta de entrega.
- 3.1.5.** A partir del 04 de enero de 2007, la niña se halla bajo la protección de los demandantes, ininterrumpidamente.
- 3.1.6.** Después de haber hecho entrega de su hija, los demandados se muestran disconformes con el proceso de adopción entablado.
- 3.1.7.** Mediante prueba de ADN, se tiene que Giovanni Sansone es padre biológico de la niña V.P.C..
- 3.1.8.** No habría lazo consanguíneo entre la demandante y la niña, toda vez que el demandado no es el padre genético de la niña.
- 3.1.9.** Para los esposos demandados no hay ningún informe favorable del equipo multidisciplinario, sino por el contrario en ellos se consignan

---

<sup>1</sup> **Demandantes:** Dina Palomino y Giovanni Sansone.  
**Demandados:** Frank Palomino e Isabel Castro.

que los señores Palomino Castro entregaron a su hija recién nacida, por propia voluntad, a los demandantes a fin de que estos se encargaran de su crianza; alegando que no contaban con recursos económicos suficientes.

**3.1.10.** Los esposos demandantes tienen a su favor los informes psicológico y social, realizados mediante visitas inopinadas.

### **3.2. Hechos de la demanda**

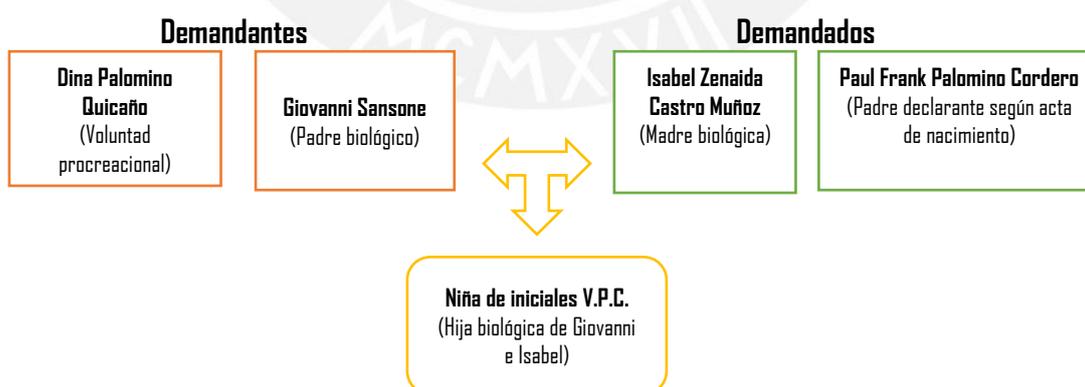
**3.2.1.** Los demandantes interpusieron demanda de adopción por excepción respecto de la niña de iniciales V.P.C., quien nació el 26 de diciembre de 2006, arguyendo que es hija de los señores Palomino Castro, conforme a su acta de nacimiento.

**3.2.2.** La demandante es hermana del papá<sup>2</sup> del demandado, por lo que la relación entre la demandante y el demandado es el de tía – sobrino.

**3.2.3.** Los demandantes tienen a la niña en su poder desde el 04 de enero de 2007, debido a que los señores Palomino Castro dieron provisionalmente a la niña.

**3.2.4.** Los demandados contestan la demanda allanándose y reconociendo la demanda en todos sus términos.

### **3.3. Árbol genealógico de la niña de iniciales V.P.C.**



<sup>2</sup> Nombre del padre del demandado: José Palomino Quicaño.

## **4. ARGUMENTOS**

### **4.1. Argumentos del Juzgado**

Se expidió sentencia de primera instancia la cual ampara la demanda en base a los fundamentos siguientes:

- 4.1.1.** El acta de nacimiento acredita el nacimiento de la niña de iniciales V.P.C., en el cual consta el reconocimiento de los señores Palomino Castro en su calidad de madre y padre biológicos, respectivamente.
- 4.1.2.** De la prueba de ADN se tiene que el demandado no es padre biológico de la niña, sino que quien ostenta ese título es el demandante. Así también, que dicha acta de nacimiento al ser un documento público, mantiene su eficacia jurídica al no figurar sentencia judicial firme que declare su nulidad, conforme se desprende de autos.
- 4.1.3.** La demandada se desiste del proceso planteado, pedido que no fue amparado, pues luego de habersele requerido que especifique el acto en el cual recae su desistimiento, la demandada no subsanó correctamente; la cual no impugnó en su oportunidad.
- 4.1.4.** Sin embargo, ante la duda de la aprobación o no de la demandada en su calidad de madre biológica, se priorizó resguardar los derechos de la niña y basarse en el principio del interés superior del niño. Pues, por un lado, se tiene el derecho de la demandada como madre biológica de negarse a dar su consentimiento en el proceso de adopción; y, por el otro, está el derecho de la niña de iniciales V.P.C. a poseer una familia, y como tal a seguir formando parte de aquella que constituye desde los primeros días de nacida junto a los señores demandantes.
- 4.1.5.** El juzgado prefirió anteponer los derechos de la niña, como es el de tener una familia, por ejemplo; pues, los señores Sansone Palomino tenían acreditado su capacidad moral y salud física.

### **4.2. Argumentos de la Sala Superior**

La Sala Superior confirma la apelada en razón a los argumentos siguientes:

- 4.2.1.** Legalmente, los demandados son progenitores de la niña de iniciales V.P.C.; y, como tal la entregaron a días de nacida, de manera voluntaria a los demandantes, renunciando y abandonando por completo las responsabilidades que como padres tenían para con ella.
- 4.2.2.** Los informes psicológicos y sociales demuestran que la niña se identifica completamente con su círculo familiar, el mismo que lo conforma conjuntamente con los señores demandantes, pues viven bajo el mismo techo desde que fue entregada.
- 4.2.3.** El examen de ADN determinó que el demandante es progenitor de la niña de iniciales V.P.C., por lo que convergen en su persona tanto el título de padre biológico y de padre pre adoptante). Además, vale decir que por esta vía o por cualquier otra idónea, su reconocimiento legal de padre le sería otorgado, por lo que no tiene sentido sostener en la vacilación una relación paterno filial existente e impedir que la niña goce de esa filiación a la que tiene derecho.
- 4.2.4.** La madre biológica en total acuerdo con su esposo, aceptó ser inseminada artificialmente con el material genético que no era de su cónyuge, pues la finalidad de procrear a la niña de iniciales V.P.C. era con el propósito de mejorar su economía y poder viajar con su familia a Italia, hecho que dista de aquello implica una maternidad responsable. Situación que indica que, para los demandados, la concepción era con fines distintos a la maternidad o paternidad.

### **4.3. Argumentos de la Sala Civil Permanente**

La Sala falló declarando infundado el recurso interpuesto en base a lo siguiente:

- 4.3.1.** No es dable que los padres adopten a sus hijos; sin embargo, el test de ADN acredita que el padre biológico de la niña es el demandante y la partida de nacimiento prueba la paternidad del demandado con la cual se demuestra que la niña legalmente es su hija; por lo que, la niña sí sería sobrina de la demandante. No corresponde decidir sobre la paternidad de la niña en este proceso.

- 4.3.2.** Existe una confrontación de derechos de los demandados y de la niña, como son el de ejercer su patria potestad y el de tener una familia, respectivamente, en donde ambos derechos no pueden coexistir. Pues los demandados acordaron dar vida un ser humano con la intención de ponerla en manos de terceras personas, en este caso en manos de los demandantes, a cambio de recibir provecho económico, y así cumplir su deseo de mejorar su calidad de vida y poder viajar con su familia a Italia.
- 4.3.3.** La demanda de adopción fue suscrita conjuntamente por ambas partes del proceso, en donde se adjuntó el acta de entrega de la niña con las firmas legalizadas ante notario, con la finalidad de que los demandantes se establezcan como los padres adoptivos de la niña. Es decir, en todo momento el objetivo fue dar a su hija en adopción, conforme al acuerdo pactado con los demandantes, luego de procrear a la niña mediante inseminación asistida con el semen del demandante Giovanni Sansone.
- 4.3.4.** La controversia ha sido resuelta correctamente, ya que se debe priorizar el interés superior de la niña, más aún si se encuentra viviendo con los padres pre adoptantes, prácticamente a partir de su nacimiento, en un entorno familiar apropiado, recibiendo amor de mamá y papá por parte de los esposos demandantes. Esto se encuentra sustentado en informes psicológicos y sociales practicados a la niña.
- 4.3.5.** Los demandados demuestran la escasa importancia que le asignan a la vida y el lamentable manejo que han realizado con un ser que no puede defenderse, dado que se ha puesto en evidencia el beneficio económico de los demandados, quienes reconocieron en todo momento haber recibido dinero de los demandantes, aduciendo que fue 'ayuda económica'.
- 4.3.6.** Debe primar el hecho de que la niña identifica como sus padres a los demandantes, ya que arrancarla de su círculo familiar produciría grave perjuicio para su vida. Además, a la luz de los hechos detallados la adopción es un modo de protección.

## 5. CUESTIONES TEÓRICAS PRELIMINARES

### 5.1. Interés Superior del Niño

Este principio, inspirado en la doctrina de la protección integral, es uno de los principios rectores que recoge la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup> (en adelante la Convención), el cual sirve de referencia para aplicar y verificar los derechos de todos los niños en general, así como de los adolescentes, igualmente, sirve para orientar la forma en que se deben cumplir y respetar esos derechos. Por ello, cuando se adopten decisiones que involucren a todos ellos deberá hacerse priorizando su bienestar y desarrollo<sup>4</sup>.

Así, el artículo 3° de la Convención estatuye de manera amplia que toda medida referente a los niños que adopten tanto las instituciones públicas como privadas se harán atendiendo el interés superior del niño. Para ello, cada uno de los Estados que forman parte se obligan a afianzar su protección y cuidado en pro de su bienestar integral.

Por su parte, el artículo 9° ordena que dichos Estados velen por que el niño permanezca junto a sus padres; sin embargo, permite, conforme a la ley y a los procedimientos aplicables, que el Estado pueda separar a los hijos de sus padres siempre que esta decisión se encuentre justificada en el resguardo del interés superior del niño.

En ese marco, este principio presume que todos los niños tienen derechos y que ante la existencia de situaciones que no permitan que dos o más de esos derechos se ejerzan en conjunto armónicamente, se tiene permitido "arbitrar" esos conflictos jurídicos de derecho. Al respecto, Cillero (S.f.) manifiesta que ante esa diversidad de situaciones, la Convención opta por establecer un orden de prelación

---

<sup>3</sup> Adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada el 03 de agosto de 1990 por el Estado peruano, mediante resolución legislativa N°. 25278.

<sup>4</sup> [https://www.unicef.org/peru/sites/unicef.org/peru/files/2019-01/convencion\\_sobre\\_los\\_derechos\\_del\\_nino\\_final.pdf](https://www.unicef.org/peru/sites/unicef.org/peru/files/2019-01/convencion_sobre_los_derechos_del_nino_final.pdf)

entre un derecho y otro, para finalmente dejarla sujeta a la aplicación del interés superior del niño; en donde, a modo de ejemplo tenemos lo referido por el artículo 9° de dicha Convención, según el cual está permitido el apartamiento de los niños del poder de sus padres, siempre que con esta medida se esté defendiendo su derecho a la vida o a su integridad a causa de los malos tratos. (p. 11)

En este sentido, se tiene que en nuestro país se promulgó la “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño”<sup>5</sup> (en adelante la Ley), la cual refiere que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se le considere prioritariamente su interés superior frente a toda medida que le afecte directa o indirectamente. (Ley N.º 30466, 2016, art. 2)

Por su parte, el Reglamento de la Ley (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP) señala los aspectos que se deben valorar ante la toma de decisiones que involucren a todos los niños en general, como son la evaluación de sus características individuales; la ponderación de sus derechos a través de un análisis idóneo de la relación de primacía de aquellos derechos que entran en conflicto, prefiriendo aquellos que a largo plazo puedan garantizar de manera íntegra su interés y desarrollo; la de escuchar las opiniones de las niñas y niños y preservar sus identidades y la de su entorno familiar; entre otros. (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, 2018, art. 8 - 9.)

En cuanto a las decisiones tomadas que inciden en el interés superior del niño, el reglamento señala que toda decisión que sea tomada por cualquier autoridad competente que forma parte de las entidades públicas, de cualquiera de los tres niveles de gobierno, deberán ser motivadas, justificadas y explicadas. En dicha motivación deberán señalarse explícitamente cada una de las circunstancias de hecho

---

<sup>5</sup> Ley N.º 30466. Publicado el 17 de junio de 2016, en el Diario Oficial El Peruano.

referidas a la niña o niño, los elementos pertinentes para poder evaluar su interés superior, el contenido de dichos elementos y la forma en cómo se han ponderado para determinar el interés superior de la niña o niño, según sea el caso. Empero, si la decisión diverge de la opinión de la niña, niño o adolescente, se deberá exponer con claridad las razones por las que fue tomada (Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, 2018, art. 12.6)

Entonces, de lo expuesto tenemos que, el principio del interés superior del niño requiere una motivación adecuada, en donde se pueda establecer cuáles son los derechos que concurren y que entran en conflicto; y, la ponderación efectuada con el objetivo de ver que la medida adoptada permita ese desarrollo integral al que tienen derecho los niños, niñas y adolescentes.

Por ello, considero que el interés superior del niño debe ser el punto de partida al momento de tomar decisiones, tanto en el ámbito privado como público, más aún cuando le corresponde hacerlo a los magistrados en sede judicial; no obstante, para Sokolich (2013) la simple enunciación de dicho principio no brinda justificación suficiente de la decisión tomada, peor aún, no podría constituirse como instrumento de la arbitrariedad, sino más bien debería ser el resultado de la valoración hecha a todos los elementos probatorios aportados al proceso, en función del cual el Juzgador tiene la potestad de determinar aquello que es mejor para el niño, niña o adolescente. (p. 84)

Pues, toda decisión que menciona este principio como la típica frase “cliché<sup>6</sup>”, sin mayor sustento, no estarían resolviendo el problema, sino que lo estarían agravando al incurrir en vicio procesal en tanto que

---

<sup>6</sup> Conforme a la Real Academia Española:

**Cliché:** Voz tomada del francés *cliché*, ‘plancha que se utiliza para reproducir múltiples copias de los textos o imágenes grabados en ella’, ‘negativo fotográfico’ y ‘estereotipo o lugar común’.

estaría afectando el deber de motivación que toda resolución judicial debe tener.

## **5.2. Maternidad subrogada**

La maternidad subrogada<sup>7</sup> es una técnica de reproducción asistida (en adelante TRA) que tiene por finalidad resolver problemas de esterilidad o infertilidad que impide la reproducción del ser humano de forma natural. Es decir, mediante este método y ante un acuerdo previo, una mujer se responsabiliza de llevar un embarazo durante el tiempo que este dure y de hacer entrega del bebé una vez terminado este, renunciando a los derechos que implicarían ser madre (Rupay 2018: 105). Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) señala que “la esterilidad o infertilidad es un trastorno del aparato reproductor (masculino o femenino) consistente en la capacidad para lograr el embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales regulares sin protección”<sup>8</sup>.

Hoy en día, este tipo de maternidad es una alternativa que cada vez más está siendo utilizada por aquellos que desean convertirse en padres; sin embargo, el problema que se presenta en nuestro país es su falta de regulación o peor aún que ésta no sea del todo clara, tal como lo demuestra la Ley General de Salud<sup>9</sup>, al señalar que cualquier persona tiene la potestad de decidir y optar por el tratamiento de su infertilidad, al igual que de procrear haciendo uso de las TRAs, siempre y cuando la condición de madre gestante y madre genética recaiga en la misma persona. Para esto se necesita previamente y por escrito, el consentimiento de los padres biológicos. Dejando expresa prohibición la fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta al de la procreación. (Ley N.º 26842, 1997, art. 7):

---

<sup>7</sup> Conforme a la Real Academia:

**Maternidad:** Estado o cualidad de madre.

**Subrogar:** Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.

<sup>8</sup> <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>

<sup>9</sup> Ley N.º 26842. Publicado el 15 de julio de 1997, en el Diario Oficial El Peruano.

Ahora bien, la maternidad subrogada, en cuanto a la procedencia de gametos puede clasificarse en subrogación total y subrogación parcial; y, en cuanto a la existencia o no de una contraprestación se clasifica en subrogación comercial y subrogación altruista. Tal como se detalla en el siguiente cuadro:

|                            |   |
|----------------------------|---|
| <b>Subrogación total</b>   | La mujer que va a gestar aporta sus propios óvulos para ser inseminada, comprometiéndose a entregar el hijo al padre biológico una vez producido el parto y renunciando a todos los derechos que la maternidad implica. |
| <b>Subrogación parcial</b> | El rol de la mujer es exclusivamente gestacional, no aporta su material genético. Su vientre llevará el embrión fecundado in vitro que la pareja contratante le proporcionará.  |

*(Elaboración propia)*

|                              |  |
|------------------------------|--|
| <b>Subrogación comercial</b> | La mujer se compromete a embarazarse en reemplazo de otra, a cambio del pago de una suma dineraria, adicional a los gastos propios que la gestación genera.  |
| <b>Subrogación altruista</b> | La mujer acepta embarazarse en reemplazo de otra, de manera gratuita, solo recibe el pago de los gastos que conlleva el embarazo. Normalmente, existen vínculos de amistad o algún tipo de parentesco entre la gestante y ambos padres o uno de ellos. |

*(Elaboración propia)*

Al respecto, vemos que la subrogación total y parcial no se encuentran amparadas dentro de nuestra normativa, limitándose, el artículo 7° de la Ley en comento, a señalar que toda persona infértil tiene derecho a recurrir al uso de las TRAs, siempre y cuando la madre genética y la madre que gesta sean la misma persona, siendo necesario el consentimiento por escrito de ambos padres biológicos. Sin embargo, no se pronuncia respecto de con quién y dónde debe quedarse el recién nacido, ni qué trato se le debe dar al padre del bebé, por ejemplo. Peor aún, el sentido de la norma no reconoce si, en caso de

subrogación materna, debe mediar una contraprestación a cambio o si debe ser a título gratuito.

Ante este vacío legal y su necesidad de ser regulada, vemos que la maternidad subrogada en el Perú afronta problemas no solo jurídicos, sino también sociales. Los mismos que serán desarrollados en los siguientes párrafos.

En el ámbito social, cada vez más, vemos tanto a varones como a mujeres priorizar sus metas profesionales, posponiendo su deseo de realizarse como padres. Esta situación se torna aún más complicada para el caso de las mujeres, quienes ante una ligera y progresiva reducción de la brecha de género, actualmente cuentan con más oportunidades laborales en comparación con las décadas pasadas, lo que las motiva a aplazar su anhelo de ser madre.

En este sentido, Rupay (2018) sostiene que hace algunos años, para las parejas el tema fundamental era tener hijos, en donde eran las mujeres quienes se dedicaban a ser amas de casa y por ende llevaban la responsabilidad de criar a los hijos; situación muy distinta a lo que ocurre hoy en día, pues las mujeres controlan no solo su dinero, sino que también deciden en qué momento y cómo tener descendencia, ante algún problema de fertilidad, por ejemplo. Siendo común, en el caso de las mujeres, que antepongan sus objetivos profesionales a su deseo de ser madre y que cuando deciden tener su primer hijo o hija ya les es dificultoso, pues en muchos casos ya han pasado la barrera de los 30 años. (p. 108)

Es así que, para lograr tal fin, muchas de ellas suelen enfrentarse a diversos problemas de salud propios de la edad, siendo la infertilidad uno de ellos. Esta situación las llevará a visitar diversos especialistas, a practicarse innumerables exámenes médicos y a buscar diferentes tratamientos con un único fin: *ser madre*. De manera que, se reflejarán inconvenientes de tipo económico, pues el costo de los tratamientos

de fertilidad es muy elevado. En las clínicas del país, por ejemplo, el precio de la fertilización in vitro puede oscilar entre los 5 mil dólares<sup>10</sup> a 11 mil soles sin considerar otros exámenes como la colposcopia, papanicolau, ecografías, descarte de enfermedades como la hepatitis, VIH-Sida, entre otros<sup>11</sup>.

Así también, tal como veíamos líneas arriba, la maternidad subrogada enfrenta problemas de tipo jurídico, ya que luego de una interpretación literal del artículo 7° de la referida Ley, vemos que dicho artículo solo contempla que la condición de madre genética y de madre gestante tienen que recaer en la misma persona; sin embargo, en la realidad no solo se aprecia ese único supuesto “permitido”, sino por el contrario, existen diversidad de casos que han ido más allá de la norma, más aún si ésta no los prohíbe de forma clara. Lo que podría ocasionar una interpretación errónea y entenderse como una prohibición a que la condición de madre recaiga en dos mujeres distintas.

Entonces, este precepto estaría vulnerando los derechos fundamentales de aquellas personas que quieren ejercer su derecho de ser padres, cuyos problemas de salud van más allá de lo que la norma ampara, pudiendo presentarse seis variantes en el “alquiler de útero”:

- 1) Cuando tanto el semen como el óvulo provengan de la pareja “contratante”.
- 2) El óvulo proviene de la esposa “contratante” y el semen de un “cedente”.
- 3) Cuando el óvulo pertenece a un cedente y el semen al esposo “contratante”.
- 4) Cuando tanto el óvulo como el semen provienen de cedentes.
- 5) Cuando el óvulo proviene de la “madre de alquiler” y el semen del esposo “contratante”.
- 6) Cuando el óvulo proviene de la “madre de alquiler” y el semen de un cedente. (citado en Canessa 2008: 183-184)

---

<sup>10</sup> <https://procrear.com.pe/fivhazrealidadtusueno/>

<sup>11</sup> <https://andina.pe/agencia/noticia-parejas-invierten-hasta-12-mil-soles-tratamientos-fertilidad-el-peru-estiman-225546.aspx>

Siendo ello así, ante esta variedad de posibilidades, dicha interpretación les estaría impidiendo acceder al método de procreación asistida que mejor se adecue a sus necesidades, y con ello transgrediendo derechos constitucionales<sup>12</sup> como son el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la protección familiar, la autonomía reproductiva, entre otros, conforme es de apreciarse de los artículos 2°, inciso 1) y 4°, de nuestra Constitución.

En este entendido, el libre desarrollo de la personalidad implica que cada quien es dueño de su propio proyecto de vida, de la construcción de su plan vital, es decir, en el tema que nos atañe, tiene la libre elección de decidir si opta por la maternidad subrogada o no, y por el tipo de variante que mejor se ajuste a su caso.

Podemos destacar las siguientes características:

- a. Es atributo jurídico general de ser persona humana. Tutela y protege los diversos aspectos indispensables a la dignidad y calidad de la persona humana.
- b. Para poder desarrollar libremente la personalidad es indispensable que la persona humana goce efectivamente de todo el sistema de libertades y derechos fundamentales.
- c. Protege al ser humano en su individualidad como ser único y valioso en su individualidad como ser único y valioso en sí mismo. Busca tutelar el desarrollo particular de cada persona, es decir el desarrollo del propio ser.
- d. Protege la autodeterminación personal del individuo acorde con su propio proyecto de vida. (Alvarado 2015: 6).

Así, la prohibición de elegir el método de la maternidad subrogada está poniendo en juego la dignidad de las personas, toda vez que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho implícito derivado del principio de la dignidad del ser humano (Rupay 2018: 111). Por lo que, ante la utilización de este método de reproducción, deberá primar el respeto de su decisión de querer alcanzar su anhelo de ser padres, en tanto gozan de todo el sistema de libertades y derechos fundamentales.

---

<sup>12</sup> Constitución Política del Perú, publicada el 30 de diciembre de 1993.

Por otro lado, tenemos que el derecho a la protección familiar es un derecho social, el cual se encuentra reconocido por nuestra Constitución<sup>13</sup> e instrumentos internacionales<sup>14</sup>. La familia es el cimiento de la sociedad y por tanto la institución más importante del Estado, cuyo desarrollo merece su oportuna protección. Además, sin ella, no sería posible el desarrollo del ser humano ni su inserción y desenvolvimiento en sociedad.

En esa línea, la aceptación y regulación de la maternidad subrogada gestacional altruista permitiría que se originen nuevas formas de familia, haciendo que la idea de familia no pueda ser delimitada porque la sociedad en la que vivimos está cambiando constantemente (Núñez 2015: 94). Por ejemplo, basta ver a las mujeres infértiles o estériles, en cuyo proyecto de vida está su deseo de ser madres, ya sea con una pareja al lado o aun siendo solteras, porque detrás del querer tener un hijo está el sentimiento de amor y cariño, la voluntad que tiene para querer que exista ese bebé y entregarse de lleno a esa responsabilidad maravillosa que engloba el término *mamá*. Por lo que, dichos supuestos tienen que ser protegidos ampliamente por el Estado.

Por su parte, la autonomía reproductiva se rige bajo el derecho a la vida y al libre desenvolvimiento de la personalidad, ya que toda persona tiene la capacidad de decidir acerca de su reproducción y su sexualidad, así como de decidir la cantidad de hijos que aspira tener y la forma de gestarlos, la cual dependerá de cada caso en concreto, en función de la esterilidad o infertilidad que presenten los futuros padres.

---

<sup>13</sup> El artículo 4° ampara la protección a la familia.

<sup>14</sup> De acuerdo al artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), por ejemplo, los Estados que lo conforman, reconocen que a la familia se le debe conceder una amplia protección, toda vez que esta es el elemento fundamental y natural de la sociedad.

Por su parte, el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos también reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de toda la sociedad y que por tanto tiene derecho a ser protegida por la sociedad y el Estado.

Al respecto, se tiene que en nuestra Constitución no hay reconocimiento expreso de los derechos reproductivos ni sexuales; empero, sí amparan otros derechos que se encuentran estrechamente relacionados, como por ejemplo el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física y mental, al libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, de información, a la intimidad personal, entre otros. (Llaja 2010: 8)

Entonces, la autonomía reproductiva vista en conjunto con esos derechos son el punto de partida para darle solución a dichas enfermedades mediante la gestación subrogada, ya que la inseminación artificial y la de fecundación in vitro son técnicas de reproducción que por sí solas, no siempre solucionan este problema, en tanto que, a pesar de que la mujer infértil puede concebir, esta no siempre podrá llegar al término del embarazo y dar a luz. Por ello, se puede decir que, en ese supuesto, el método de la maternidad subrogada se muestra como el único medio para lograr tener hijos (Núñez 2015: 91). Por el contrario, con la ausencia de autonomía reproductiva se estaría poniendo en peligro la salud y vida de la mujer; además, recorta directamente esa libertad personal que necesita para construir sus propios proyectos. (citado en Núñez 2015: 97).

Considerando lo expuesto, resulta evidente que la Ley General de Salud no ha contemplado todos los supuestos de gestación que se pueden presentar y, cuya prohibición resulta un limitante para el disfrute de los derechos fundamentales, ya reseñados.

Sin embargo, hemos advertido que existen, adicionalmente, dos supuestos adicionales: subrogación comercial y la subrogación altruista. Con relación a la primera, tomando como fundamento lo que dispone el artículo 219° de nuestro Código Civil, concluimos que las expresiones de voluntad que versan sobre objetos jurídicamente imposibles resultan nulas, ello, nos permite concluir que el intercambio

monetario por la entrega de un bebé, renunciando a los derechos de maternidad, no es una actividad permitida por nuestro ordenamiento.

Por el contrario, cuando la conducta se sustenta en una finalidad altruista, es decir, en un comportamiento que priorice el bienestar de otra persona que no sea uno mismo, permitiendo el goce de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la protección familiar y la autonomía reproductiva, su ejecución ha sido aceptada jurisprudencialmente, tal como se evidencia en la Sentencia emitida por el 15° Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N° 00113-2006-0-1801-JR-FC-15, en cuya sentencia se reconoce el derecho de la madre a ser reconocida como tal, pese a no haber sido la madre gestante, aunque sí la madre biológica.

Ello, nos permite corroborar que es sólo a nivel jurisprudencial que los casos que involucran el uso de las TRAs han merecido un pronunciamiento, que va más allá del ámbito legislativo. Con la finalidad de regular el uso de estas formas de concepción, el proyecto que busca modificar el Código Civil plantea la incorporación de una norma que establezca una alternativa de solución, frente a los conflictos que pudieran surgir, es por ello que, el artículo 415-D del Proyecto, incorpora un nuevo concepto: *Voluntad Procreacional*. Conforme a esta norma se tendrá en consideración la voluntad procreacional de aquella mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética". (Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, art. 415-D: 109)

## **6. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

**6.1. ¿Son válidos los contratos de maternidad subrogada en el Perú? ¿La Corte Suprema de Justicia se pronuncia al respecto?**

Después de haber esbozado en qué consiste la maternidad subrogada (punto 5.2.) considero que esta no se encuentra debidamente protegida, pese a que la Ley General de Salud, en su artículo 7°, refiere que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad y a poder utilizar las TRAs, es decir, en un primer momento le brinda a las personas la posibilidad de tratar su problema de infertilidad mediante el uso de dichas técnicas, pero condiciona a que la madre gestacional tiene que ser a su vez la madre genética. Generando, así, un vacío en la norma, en perjuicio de aquellas personas que adolecen de esterilidad e infertilidad, ya que cuando ponen en práctica sus derechos ven limitados y vulnerados varios de ellos, como son el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía reproductiva, la protección familiar, entre otros, por ejemplo.

Más aun cuando el avance de la ciencia puede permitirnos buscar esa igualdad de condiciones entre aquellas personas que pueden ser padres de manera convencional y las que no; y, puede darle solución a esa enfermedad, a través de la maternidad subrogada, como una forma de reproducción asistida. Quedando la labor urgente de legislar regularizando lo que ya se viene dando en la realidad, más todavía, si al inicio de la citada norma, se tiene la intención de presentar a estos métodos de reproducción asistida como una solución a todo aquel que necesite tratar su infertilidad.

Sin embargo, en los hechos sí se viene desarrollando este tipo de procedimiento, pese a que legalmente existe un vacío, tal como lo demuestra la Cas. N.º 563-2011-Lima, que es materia de análisis del presente informe, el caso recaído en el Expediente N.º 183515-2006-00113, con número de consulta 2141-2009-Lima, y la Cas. N.º 5003-2007-Lima. Casos en los que la jurisprudencia ha ido en un sentido diferente a lo que señala la Ley.

Además, se ha reconocido que quien gesta y que pare no necesariamente es la madre. Una cosa es la madre que da a luz y otra muy distinta es la madre que tiene la voluntad de procrear, quien físicamente no puede llevar a término un embarazo, y asumir todos los deberes y obligaciones que conlleva tener ese rol.

En el caso en concreto, se presenta un caso de maternidad subrogada, en el que la demandante no puede tener hijos, pero su esposo sí; por lo que, deciden procrear haciendo uso del óvulo y vientre de la demandada, previo consentimiento de su cónyuge (el demandado); sin embargo, entre ambas partes acuerdan que los demandantes se comprometen a efectuar pagos a favor de los demandados. Lo cual hace que la gestación sea comercial y no altruista.

Esta gestación comercial no está contemplada en nuestro país, toda vez que va en contra del sentido de la norma y de la posición jurisprudencial que ha tomado el tema en nuestro país, por cuanto tiene el objeto jurídicamente imposible (entregar un bebe a cambio de dinero). De modo que, ese contrato de subrogación comercial, así establecido, no era válido.

En este sentido, la Corte Suprema, pudo haberse pronunciado respecto del acto altruista que debe primar en la maternidad subrogada, para reafirmar la posición que tomó en el año 2006, cuando una abuela gestó a su nieta, porque su hija fue diagnosticada con insuficiencia renal e hipertensión arterial, lo que impedía que su organismo pueda resistir un embarazo. Empero, prefirió obviar este detalle tan importante y se inclinó por hacer uso del principio superior del niño, para decidir que la niña de iniciales V.P.C. se mantenga dentro del seno familiar junto a sus padres (los demandantes), lugar que ella reconoce como su único hogar.

A pesar de ello, se puede decir que mientras la maternidad subrogada sea altruista, sí es válida, puesto que aquí solo se está priorizando el bienestar de la otra persona (la madre/pareja contratante). Esta condición viene siendo respaldada por la jurisprudencia y por nuestra Constitución, que conforme al artículo 2.24.a), se regula el Principio de Reserva al señalar que nadie está obligado a hacer aquello que la ley no ordena, ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe.

## **6.2. ¿Qué es la voluntad procreacional? ¿Está presente en el caso materia de análisis?**

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción que para su realización exige el consentimiento procreacional expreso de la pareja contratante, cuyo único objetivo es el de procrear un nuevo ser.

Hoy por hoy, esta voluntad no se encuentra regulada en ninguna norma, sin embargo, ya aparece de manera expresa en el artículo 415-D del Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, en donde se señala que deberá tomarse en consideración la voluntad procreacional de aquella mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro. Así también, en su exposición de motivos manifiesta que la maternidad viene determinada por el parto, es decir, prima la maternidad biológica, la maternidad de la mujer que lleva la gestación y consecuentemente pare al bebé; ello independientemente de que sea embriodonación, ovodonación, maternidad sustituta o cualquier otra derivación aplicable de la procreación.

Con esto, los derechos de las personas estériles e infértiles se verían resguardados y la situación de las parejas contratantes quedaría legalmente protegidas. Ya que, se está determinando la maternidad no solo a favor de la mujer que gesta y pare, sino también a favor de la mujer o pareja contratante que tiene esa voluntad procreacional y

que puede optar por la embriodonación, ovodonación, maternidad sustituta o cualquier otro tipo de procreación aplicable.

En el presente caso, es de observarse que la pareja contratante (demandantes) sí contaban con esa voluntad procreacional, pues lo que querían era convertirse en padres, tanto así que tuvieron que pagar a los demandados, un monto dinerario, a efectos de suscribir el acuerdo. Situación que no está permitida en nuestra legislación, puesto que toda manifestación de voluntad para que sea válida tiene que tener un objeto jurídicamente posible.

Entonces, el acuerdo entre las partes tenía como objeto la entrega de un bebé, como éste no es un objeto jurídicamente posible, el contrato deviene en nulo, por lo tanto, hubiera sido nulo la entrega de la bebé (de la madre biológica a la madre sustituta), así como el acuerdo con el padre biológico (demandante).

Sin embargo, la Corte Suprema no dice nada al respecto, pese a que las partes dejan en manifiesto que mediaba un contrato y que los demandantes habían realizado pagos excesivos, exigidos por los demandados, encima de los gastos propios del embarazo, a favor de los demandados. Además, la madre biológica y su esposo (demandados) hicieron entrega de la niña de iniciales V.P.C. a los demandantes a nueve días de haber nacido, lo que demostraba que los demandados le daban poco valor a la vida y que sus actitudes distaban mucho de ejercer la maternidad o paternidad respecto de la niña.

## **7. CONCLUSIONES**

- 7.1. El Poder Judicial, dentro de lo que cabe, ha hecho su mejor esfuerzo por dejarnos jurisprudencia que va direccionada a amparar los casos de subrogación altruista, pese a que la maternidad subrogada en sí

misma, no se encuentra claramente regulada; sin embargo, hubiera sido idóneo contar con un pronunciamiento en este mismo sentido, respecto a la casación materia del presente informe (Cas. 563-2011-Lima).

- 7.2. Se espera, en un futuro no muy lejano que pueda ir consolidándose y unificándose posiciones respecto de estas nuevas situaciones, que tienen a las mujeres como protagonistas de este giro conceptual que ha dado la maternidad al día de hoy; y, como plenos sujetos de derecho.
- 7.3. Así también, urge que el legislador pueda darle celeridad a la propuesta de modificación del Código Civil, en donde se reconoce que más allá de la posibilidad biológica de tener hijos se encuentra la voluntad procreacional.
- 7.4. Adicional a ello, ante estos casos de maternidad subrogada altruista, con el afán de fomentar políticas de salud públicas en todo establecimiento de salud (sean clínicas u hospitales), aquellos que cuentan con un área legal; el Estado podría implementar y exigir a favor de los niños y los padres, que el llenado del certificado de nacido vivo obedezca a lo establecido en el acuerdo privado de útero subrogado, para evitar dilaciones y vulneración de derechos, innecesarios.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

Alvarado, K.

- 2015 “El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España”. *IUS. Revista de investigación de la facultad de derecho*. Chiclayo, número 10, pp. 1-30. Consulta: 24 de noviembre de 2021.  
<https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#WW/vid/651744189>

BARLETTA, María.

- 2018 *Derecho de la niñez y adolescencia*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Consulta: 5 de octubre de 2021.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170686/29%20Derecho%20de%20la%20ni%C3%B1ez%20y%20adolescencia%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CANESSA, Rolando

2008 *Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana*. Tesis de maestría en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política. Consulta: 22 de noviembre de 2021.

[https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/192/Canessa\\_vr.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/192/Canessa_vr.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

CILLERO, Miguel.

s/f El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Consulta: 11 de octubre de 2021.

[http://www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

FACIO, Alda.

2008 *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Consulta: 9 de diciembre de 2021.

<https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%201.%20Los%20derechos%20reproductivos-DH.pdf>

LLAJA, Jeannette.

2010 *Derechos sexuales y derechos reproductivos en el Perú. Informe para el cumplimiento de la CEDAW*. Lima. Consulta: 7 de diciembre de 2021.

[https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/06/2dd\\_doc\\_diagnostico\\_ddssrr1.pdf](https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/06/2dd_doc_diagnostico_ddssrr1.pdf)

NÚÑEZ, André.

2015 “Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada”. *Revista Foro Jurídico*. Lima, número 14, pp. 89-99. Consulta: 19 de noviembre de 2021.

<https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#WWW/vid/741280725>

RUPAY, Karolina.

2018 “La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, número 51, pp. 103-117. Consulta: 2 de noviembre de 2021.  
<https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#WWW/vid/791084889>

SIVERINO, Paula.

2010 “¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas”. *Revista Jurídica*. Número 14, pp. 19-42. Consulta: 25 de setiembre de 2021.  
[http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/906/Quien\\_lamo\\_cig\\_Silverino.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/906/Quien_lamo_cig_Silverino.pdf?sequence=1)

SOKOLICH, María.

2013 La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *Vox Juris*. Lima, volumen 25, número 1, pp. 81-90. Consulta: 6 de setiembre de 2021.  
<https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/1083/5.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

## DOCUMENTOS LEGALES

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1997 *Ley N° 26842*. Ley General de Salud. Lima, 15 de julio. Consulta: 8 de noviembre de 2021.  
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/284868/ley-general-de-salud.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2016 *Ley N° 30466*. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Lima, 17 de junio. Consulta: 16 de octubre de 2021.  
<https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30466.pdf>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

1993 Constitución Política del Perú. Lima, 30 de diciembre. Consulta: 5 de diciembre de 2021.  
<http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES

2018 Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP. Lima, 1 de junio. Consulta: 16 de octubre de 2021.

<https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/ds-002-2018-mimp.pdf>

**PÁGINAS WEB**

UNICEF

Convención sobre los Derechos del Niño: UNICEF. Consulta: 01 de octubre de 2021.

[https://www.unicef.org/peru/sites/unicef.org.peru/files/2019-01/convencion\\_sobre\\_los\\_derechos\\_del\\_nino\\_final.pdf](https://www.unicef.org/peru/sites/unicef.org.peru/files/2019-01/convencion_sobre_los_derechos_del_nino_final.pdf)

OMS

Organización Mundial de la Salud: OMS. Consulta: 16 de noviembre de 2021.

<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>

CEDAW

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Consulta: 1 de diciembre de 2021.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>