

# MATERNIDAD SUBROGADA: ENTRE DIGNIDAD HUMANA Y AUTONOMÍA PRIVADA

*SURROGACY: BETWEEN HUMAN DIGNITY AND PRIVATE AUTONOMY*

Fecha de recepción: 16/07/2023  
Fecha de aprobación: 06/09/2023

**Diego Enrique Mantilla Yarango**

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo  
dmantilla@unprg.edu.pe



 <https://orcid.org/0000-0002-2337-6057>

e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.22>

## RESUMEN

El convenio de maternidad subrogada se gesta en el ámbito jurídico civil y trasciende a las distintas disciplinas jurídicas, como consecuencia, genera un gran número de problemas. Uno de los más básicos problemas se circunscribe en el presunto dilema entre la dignidad y la autonomía. Con la presente investigación no pretendo resolver el problema, sino disolverlo. Resolver el presunto dilema, implica confrontar a la dignidad y a la autonomía para obtener un vencedor; muy por el contrario, comprender que el respeto de la dignidad garantiza el espacio de actuación autónoma de la persona, implica disolver el problema, es decir, aclarar que la dignidad y autonomía fluyen de manera armónica, pues no son antagónicas y, por tanto, no existe conflicto alguno. Una vez superada la falacia, analizo la compatibilidad de la práctica con el ordenamiento para establecer su factibilidad jurídica. Así, al no existir impedimento para concebir por encargo, se entiende permitida, pero debido a los intereses involucrados, hago patente una regulación especial sobre la subrogación del vientre como parte del ámbito privado del desarrollo de la persona humana en sociedad.

## Palabras claves

Maternidad subrogada, vientre de alquiler, dignidad y autonomía.



### **ABSTRACT**

The surrogacy agreement is developed in the civil legal sphere and transcends the different legal disciplines, as a consequence, it generates a great number of problems. One of the most basic problems is circumscribed in the alleged dilemma between dignity and autonomy. With the present research I do not intend to solve the problem, but to dissolve it. Resolving the alleged dilemma implies confronting dignity and autonomy in order to obtain a winner; on the contrary, understanding that respect for dignity guarantees the space for autonomous action of the person implies dissolving the problem, that is, clarifying that dignity and autonomy flow harmoniously, since they are not antagonistic and, therefore, there is no conflict whatsoever. Once the fallacy is overcome, I analyze the compatibility of the practice with the legal system to establish its legal feasibility. Thus, since there is no impediment to conceive on demand, it is understood to be permitted, but due to the interests involved, I make clear a special regulation on surrogacy of the womb as part of the private sphere of the development of the human person in society.

### **Keywords**

Surrogate, surrogate motherhood, dignity and autonomy.

### **RÉSUMÉ**

L'accord de gestation pour autrui se développe dans le domaine juridique civil et transcende les différentes disciplines juridiques, ce qui entraîne de nombreux problèmes. L'un des problèmes les plus fondamentaux réside dans le prétendu dilemme entre la dignité et l'autonomie. Avec la présente recherche, je n'ai pas l'intention de résoudre le problème, mais de le dissoudre. Résoudre le prétendu dilemme implique de confronter la dignité et l'autonomie pour obtenir un gagnant ; au contraire, comprendre que le respect de la dignité garantit l'espace pour l'action autonome de la personne implique de dissoudre le problème, c'est-à-dire de clarifier que la dignité et l'autonomie s'écoulent harmonieusement, car elles ne sont pas antagonistes et, par conséquent, il n'y a aucun conflit. Une fois la fallacieuse résolue, j'analyse la compatibilité de la pratique avec le système juridique pour établir sa faisabilité juridique. Ainsi, puisqu'il n'y a aucun obstacle à concevoir sur demande, on comprend que c'est permis, mais en raison des intérêts en jeu, je précise une réglementation spéciale sur la gestation pour autrui en tant que partie de la sphère privée du développement de la personne humaine dans la société.

### **Mots-clés**

Sujet substitut, maternité de substitution, dignité et autonomie.

## INTRODUCCIÓN

Maternidad subrogada, vientre de alquiler o gestación por sustitución, son algunos de los nombres que recibe la práctica a través de la cual se fecunda a una mujer mediante el empleo de técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) para gestar por encargo de otros, a quienes se les denomina padres de intención o comitentes. Aunque, debo advertir que hoy en día hay voces que reservan el término “Maternidad Subrogada” exclusivamente para los casos en que la gestante aporta también el material genético. Sin embargo, considero inocuo tales disquisiciones terminológicas para los fines de este trabajo, por lo que, utilizaré indistintamente tales términos.

Respecto de los supuestos sobre los posibles comitentes, aquellos quienes portan la voluntad de ser padres, se podría afirmar que son tan variados como lo son las parejas de hoy. Así, podría tratarse de una pareja heterosexual cuya integrante femenina se encuentre impedida de gestar o hacerlo implique un alto riesgo; también, puede ser el caso de una pareja homosexual masculina o femenina si ambas adolecen de algún óbice para gestar. Pero por qué pensar en una pareja, también podría tratarse de una sola persona; es más, por qué pensar que la madre de intención tendría que sufrir alguna afección o cierto peligro para recurrir al vientre de alquiler.

La gestación por sustitución –práctica si bien no nueva, medianamente reciente y cada vez más frecuente– acarrea disímiles problemas en las diferentes disciplinas del saber humano; sin que el Derecho sea ajeno a estas problemáticas. Tal práctica resulta transversal al ámbito jurídico, atravesando desde el Derecho Civil, con lo relativo a la autonomía de la voluntad privada y los límites impuestos por el orden público y las buenas costumbres; hasta el Derecho Internacional Público, en tanto que la prohibición de los vientres de alquiler en algunos Estados ha originado migraciones hacia los países en donde se permite; pasando por el Derecho Constitucional, en lo atinente al derecho fundamental a la identidad del nacido, sin soslayar el interés superior del menor o la mismísima dignidad humana; así como, por el Derecho Penal, pues en algunos países se ha optado por criminalizar a quienes infrinjan la legislación de la materia, en esta línea encontramos a Canadá que en virtud de su Ley de reproducción humana asistida (Ley AHR), aprobada en 2004, proscribió la maternidad por sustitución cuando es onerosa.

Otro aspecto no menor, sería tener en cuenta que la mujer subrogante, es decir, aquella que soporta la gestación, renunciaría a la filiación del recién nacido para arrojárselo a los padres de intención. Esta situación quiebra el paradigma que originó el viejo principio *mater semper certa est*, por el cual, la filiación materna se determina por el hecho del parto. Cuando la mujer subrogante acepta esta situación de manera gratuita se habla de maternidad subrogada altruista; y, cuando para el sometimiento de esta práctica media onerosidad se le llama maternidad subrogada comercial.

Y dejando de mencionar muchos otros escenarios, es de verse que existen un sinnúmero de cuestiones problemáticas en torno a la maternidad subrogada. Por lo que, no es mi propósito agotar la totalidad de la discusión, sino seleccionar algunos puntos neurálgicos que enriquezcan

el debate, con la finalidad de garantizar una adecuada regulación jurídica. Así, en principio, considero fundamental el ocuparnos de algunos problemas básicos a cualquier supuesto de gestar por encargo, los que se traslucen de dos categorías; “Dignidad Humana” y “Autonomía Privada”.

Por tanto, el primer escollo es determinar si la maternidad por sustitución afecta a la dignidad de la gestante y/o la del menor nacido mediante esta práctica, que para los que propugnan por su prohibición, este (menor) es tratado como una cosa pasible de intercambio en el mercado y aquella (gestante) es tratada como un instrumento para satisfacer el deseo de otros; los comitentes. La segunda cuestión, es analizar la autonomía privada para establecer sus límites y determinar si este convenio es contrario al orden público o a las buenas costumbres; sin soslayar, el objeto del contrato, lo que nos lleva a transitar en el estudio del Acto Jurídico en lo atinente al fin lícito y al objeto jurídicamente imposible; para finalmente, arribar a la pregunta más importante: ¿La Maternidad subrogada es compatible con el ordenamiento jurídico peruano?

### **1. Maternidad subrogada a la luz de la dignidad humana**

En los debates jurídico-morales más importantes de nuestro tiempo, la dignidad cumple un rol trascendental. El vocero del poder constituyente en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2273-2005-PHC/TC ha precisado que; “la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento” (Tribunal Constitucional, 2006). Por ello, la dignidad humana, en el moderno Estado Constitucional de Derecho, ocupa un lugar primordial en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, pese a los denodados esfuerzos, el concepto de dignidad sigue siendo aún incierto.

Respecto del asunto en cuestión, la polémica sobre los vientres de alquiler no está exenta de su contraste a la luz de la dignidad. Uno de los argumentos, tal vez el más importante, de quienes abogan en contra de la gestación por sustitución, es que tal práctica supone afectar la dignidad del ser humano, concretamente la dignidad de la mujer subrogante (mujer que soporta el proceso de gestación), ya que, esta práctica implicaría instrumentalizarla al tratarla como un instrumento para satisfacer el deseo de un individuo o pareja que por alguna razón no pueden, o incluso no quieren, concebir naturalmente. Además, también se vería afectada la dignidad del menor nacido mediante esta práctica, pues, para algunos, el recién nacido sería tratado como un objeto o un bien pasible de intercambio en el mercado, es decir, se sometería a comercialización a una persona.

Sin embargo, antes de responder a la pregunta de si la práctica de la maternidad subrogada afecta o no a la dignidad, es necesario responder primero sobre qué entendemos por dignidad. Lo contrario, supondría obtener una respuesta poéticamente elucubrada, dada su indeterminación flagrante, pues no se puede saber si un ente es afectado si no tenemos certeza del ente mismo. En ese sentido, Manuel Atienza (2013), ha señalado que uno de los errores de

argumentación, o mentiras cuando se es consciente de ello, consiste en invocar términos prestigiosos, a propósito de la dignidad humana, sin siquiera intentar delimitarlos conceptualmente, cayendo en el abismo de la imprecisión y emotividad. Por ello, es menester intentar esbozar conceptos sobre ese tipo de términos, para no caer en argumentos romantizados.

No obstante, y pese a su vigente gran importancia, como ha quedado demostrado, no existe un concepto unívoco sobre dignidad humana, pues, pareciera ser que hasta no hace mucho se le ha prestado merecida atención. Así, el propósito de este apartado es proporcionar un concepto de dignidad humana (sin dar nada por concluso) que coadyuve en el debate en torno a la gestación por sustitución.

### **1.1. Hacia un concepto de dignidad**

Desde tiempos pretéritos se ha usado el vocablo dignidad, sin embargo, desde siempre su concepto ha sido nebuloso. Ello, no quiere decir que no se han realizado aportes al respecto. Así, por ejemplo, los postulados católicos entienden a la dignidad del ser humano como un valor absoluto que proviene de un íntimo vínculo divino con su creador; Dios, por tanto, la dignidad se enraizaría con la vida humana, al punto de sacralizarla, de ese modo, queda totalmente proscrito matar, aun en casos como la eutanasia (Chávez-Fernández, 2020). En mi opinión –sin desconocer que lo teológico rebasa por mucho las pretensiones de este trabajo– esta postura equipara la vida humana con la dignidad, al extremo de confundirlas como las aguas de dos ríos que convergen entre sí, haciendo improbable siquiera vislumbrar ambas ideas por separado; no obstante, ello no significa negar que la dignidad no pueda ser el fundamento del derecho a la vida, tal como lo ha indicado el Tribunal Constitucional, pero, sin lugar a duda, obnubila el concepto de dignidad. Aunado a ello, siguiendo intransigentemente esa idea de dignidad, no se permitiría, hoy en día, ni la legítima defensa ni el aborto terapéutico. Finalmente, en un Estado Democrático de Derecho, o en vías de serlo, no se puede imponer la moral católica. Por estas razones, considero inadecuado tal concepto para abordar la problemática sobre la maternidad subrogada.

Santo Tomás de Aquino también aborda el asunto de la dignidad. “Como bien se sabe, en el pensamiento tomista, la dignidad del hombre radicaba en la capacidad de entendimiento y en la posibilidad de actuar desde la inteligencia y no desde el instinto” (Smith, 1995, como se citó en Soberon, 2006, p. 37). Asimismo, Jeremy Waldron, jurista y filósofo contemporáneo, ha bosquejado, en no pocos trabajos, una definición de dignidad. “A su juicio, se trataría de evidenciar que la dignidad humana se refiere a «un estatus de rango elevado, comparable al rango de la nobleza», asignado ahora igualitariamente y sin discriminación alguna a toda persona humana”. (Chávez-Fernández, 2020, p. 253)

A mi modo de ver, siendo que se halle en la capacidad de entendimiento o se trate de un estatus, pareciera que se describen aspectos externos sobre la dignidad; ésta limitada premisa no permite mayor análisis sobre las posturas citadas, pero no es mi intención abordar mayores reflexiones,

sino simplemente dejar sentado el concepto de dignidad que deberíamos seguir, sin dar nada por acabado. De ese modo, no obstante, los esfuerzos desplegados por las personalidades mencionadas, a mi juicio, quizá la obra más importante que aborda el concepto de dignidad es la “Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres” de Immanuel Kant.

El autor del imperativo categórico entiende a la dignidad desde el punto de vista de la filosofía moral, inspirado en el estoicismo de Séneca, quien creía que solo puede poseer dignidad aquel ser racional con conciencia moral, distinguiendo entre aquellos entes que tienen un precio o valor relativo y aquellos que tienen un valor intrínseco o dignidad. Siguiendo este postulado, Kant (2012), afirma:

En el reino de los fines todo tiene o bien un precio o bien una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad. [Cuando] se refiere a las universales necesidades e inclinaciones humanas tiene un precio de mercado; aquello que sin presuponer una necesidad se adecua a cierto gusto, esto es, a una complacencia en el simple juego sin objeto de nuestras fuerzas anímicas, tiene un precio afectivo; sin embargo, lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser fin en sí mismo no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la dignidad. Ahora bien, la moralidad es la única condición bajo la cual un ser racional puede ser un fin en sí mismo; porque sólo a través suyo es posible ser un miembro legislador en el reino de los fines. Así pues, la moralidad y la humanidad, en la medida en que ésta es susceptible de aquélla, es lo único que posee dignidad. (p. 148)

Conforme se desprende de lo anterior, Kant define a la dignidad como un valor intrínseco, por el cual, un ser con conciencia moral es un fin en sí mismo. Entendido esto en sentido negativo, tenemos que; ningún ser humano puede ser tratado simplemente como un medio. El ser humano es un ser social por naturaleza, pues para alcanzar sus objetivos, desde los más básicos hasta los más superfluos, necesita servirse de otros. Este “servirse de otros” equivale a tratar a otro ser humano como un medio para satisfacer una necesidad, sin embargo, de acuerdo con la idea kantiana, la dignidad (valor intrínseco del ser moral) se afecta no cuando se trata a una persona como un medio, sino cuando se la trata “únicamente” como un medio. Para Kant el ser humano es un fin-medio, pues qué duda cabe que la interacción humana se basa en el interés que el individuo tiene respecto de sus semejantes. Pedestre sea el ejemplo de cuando necesitamos trasladarnos de un lugar a otro y utilizamos como un medio al conductor para que nos movilice. La dignidad del conductor quedaría afectada si “solo” lo tratamos como un medio. Aquí cabe una legítima pregunta: ¿Cuándo tratamos a un ser humano “solamente” como un medio? Pregunta que abordaré más adelante.

A manera de excursu brevísimo; un medio es equiparable a un instrumento, al que también podemos referirnos como ente exclusivamente útil. Un medio tiene su valor fuera de sí, es decir,

si un instrumento ya no puede ser utilizado para la consecución de un fin, pierde su valor, no sirve, verbigracia una herramienta quebrada, en la medida que pierde su utilidad no tiene otro destino que el ser desechada.

Nadie puede negar la influencia de la filosofía kantiana en nuestros días, en ese sentido, el maestro Fernández Sessarego (2016) expone: “El humanismo o personalismo jurídico es concorde con una visión del mundo en la que el hombre es un fin en sí mismo y no un instrumento” (p. 87). Desde la óptica del maestro, esa es la razón por la cual el ser humano es la piedra angular del derecho.

El arraigo de la noción kantiana está presente también en nuestra jurisprudencia: “La dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental” (Tribunal Constitucional, STC Exp. N.º 10087-2005-PA/TC, 2007). Podría decir entonces que somos herederos de la noción kantiana de dignidad, por tanto, esta será la idea de dignidad a tener en cuenta en este trabajo a efectos de dilucidar si la práctica de la gestación por otro es contraria a ella. Haciendo patente que la determinación del concepto de dignidad humana no es una tarea acabada, muy por el contrario, aún falta mucho tramo por recorrer.

## **1.2. La gestación por sustitución desde la dignidad humana**

El debate sobre el presunto atentado contra la dignidad humana en la práctica de la gestación por otro, involucra dos situaciones. La primera, relativa a la mujer gestante, aquella que alumbrará al nuevo ser; y, la segunda, en relación al recién nacido que es entregado a los padres de intención después del parto. De ese modo, corresponde abordar el asunto problemático de igual manera por separado.

Comenzando por la situación de la gestante, se ha dicho, por parte de algunos opositores a la maternidad subrogada, que su realización implicaría utilizar o servirse del cuerpo de una mujer, que bien podría verse orillada a someterse a esta práctica por razones de índole puramente económicas –aludiendo a la maternidad subrogada comercial– para satisfacer el anhelo, de un individuo o pareja, que por algún motivo deseen recurrir a esta práctica para procrear, por tanto, la mujer subrogante sería un instrumento empleado para la consecución de un deseo, lo que a todas luces atentaría contra su dignidad.

Este argumento, a simple vista, pareciera ser válido para desvirtuar la hipótesis de permitir la maternidad subrogada desde la idea kantiana de dignidad. Sin embargo, si esta conjetura es cierta, tendríamos que aceptar que cualquier contrato laboral o de prestación de servicios caerían en el mismo defecto. La controversia surge a partir de un mal entendido; como bien aclara Manuel Atienza (2018), Kant entendía de que el ser humano no puede ser tratado “solo” como un medio. Lo cual se hace evidente en las siguientes líneas: “(...) un fin establecido por cuenta propia (...) nunca ha de ser apreciado simplemente como medio, sino que ha de ser

estimado al mismo tiempo como fin en todo querer” (Kant, 2012, p. 152). Con una espléndida lucidez Nino (1989) parece ser partidario de esta postura al escribir:

Hay ciertos puntos de contacto claros entre el principio de dignidad de la persona y los otros principios de una concepción liberal de la sociedad. Para empezar, ya se ha dicho que el principio de inviolabilidad de la persona no se ve infringido cuando un daño o sacrificio ha sido querido o consentido por el individuo que lo padece. De este modo, cuando se toma en cuenta la voluntad del individuo perjudicado no se lo está tratando como un mero medio en beneficio de otro. (p. 291)

Así, la vida en sociedad hace manifiesta la necesidad de colaborar unos con otros para satisfacer nuestros intereses, desde los más básicos para subsistir hasta nuestras aspiraciones de realización personal, sirva de ejemplo el de un joven universitario que desea adquirir un libro de reciente publicación extranjera y, para ello, con el ánimo de cubrir el costo, busca un trabajo, aunque ello implique reducir sus horas habituales de estudio. Este sencillo ejemplo me permite afirmar que nuestros proyectos de vida se encuentran relacionados, pues nos servimos de otros para hacer verosímil su concreción –en el ejemplo, el estudiante ve como un medio a su empleador y viceversa– esto no significa ser tratados solo como medios para la obtención de un fin, debido a que en los modernos Estados Constitucionales de Derecho existen mecanismos jurídicos tendentes a tutelar el íntegro respeto por nuestra autonomía, en el marco de prohibiciones, permisiones, deberes, facultades, entre otros; garantizando el libre desarrollo de la persona humana en respeto de su dignidad. En ese sentido, el rol del Estado en lo atinente a los contratos laborales, siguiendo el ejemplo presentado, es tuitivo del trabajador (por ser la parte más débil de la relación) para garantizar que este sea tratado no solo como un medio, sino a la vez como un fin en sí mismo que es.

### ***1.2.1. La dignidad de la mujer subrogante***

Cuando se aborda el dilema de la dignidad de la gestante en la práctica de la gestación por sustitución, erróneamente suele considerarse la existencia de un conflicto entre la autonomía y la dignidad. Por ello, es preciso aclarar que, el respeto de la dignidad es lo que posibilita la autonomía, entendida como la capacidad de decidir libre y voluntariamente. En numerosas ocasiones, una persona se ve compelida, por verse beneficiada de algún modo, a ser un medio en el propósito de otra persona y asume las vicisitudes adversas. Es ahí, cuando la dignidad yergue como el guardián tuitivo de la autonomía de la persona (fin-medio) para no verse avasallada por el plan, proyecto o propósito de otra persona. Ninguna persona consentiría algún padecimiento si no ganara algo: “En realidad, ni siquiera un masoquista quiere un daño, ya que lo que es generalmente considerado tal, no lo es, en balance, para él” (Nino, 1989, p. 292).

De lo expuesto, es fácil llegar a colegir que, desde el kantismo, la dignidad de la mujer subrogante no se ve menoscabada. Sin embargo, si esta práctica se permitiese sin ninguna restricción podríamos vivenciar lo sucedido en la India:



Bindel narra cómo las clínicas tienen catálogos en los que las parejas pueden conocer a las mujeres o potenciales «gestantes», quienes no reciben el dinero en un solo momento, sino que se les va dando poco a poco, como medida de control y para asegurarse que la mujer cumpla con todo lo que se le exige. Asimismo, se tienen condiciones estrictas sobre su alimentación, salud e incluso quiénes las «cuidan». (Énfasis añadido) (Alejandra Bolívar, 2018)

Por lo dicho, podemos convenir en que, una permisión absoluta de la maternidad subrogada podría desencadenar un potencial trato meramente instrumental de las mujeres subrogantes. Al convertir en verdaderas incubadoras humanas a las gestantes se las deshumanizaría, aun con su pleno asentimiento. Como explicaré más adelante, aunque aceptar un padecimiento sea válido, no cualquier aceptación lo es. Por ello, permitir la gestación por sustitución no supone necesariamente afectar la dignidad de la gestante.

El fenómeno debe ser analizado de acuerdo a las experiencias previas. Por ejemplo, de acuerdo a lo suscitado en la India, una forma de tratar con dignidad a la gestante, sería proscribir que los comitentes no contraten directamente con la mujer subrogante, a efectos de impedir que las clínicas subcontraten con mujeres para llevar a cabo la gestación y reciban una minúscula ventaja patrimonial. Para ello, las clínicas deberían ser supervisadas con rigurosidad y la potencial mujer subrogante debería recibir un acompañamiento multidisciplinario; incluso podrían establecerse tarifas mínimas para garantizar que ninguna mujer reciba una contraprestación desproporcional.

### ***1.2.2. La dignidad del menor***

Ahora bien, ¿qué sucede con la dignidad del recién nacido? Hay quienes han dicho que tal práctica cosifica al menor, el mismo que es visto como un objeto pasible de comercio, pues lo que percibimos es a una mujer dando a luz a un bebé para, luego, entregarlo a otras personas que, tal vez, ni siquiera aportaron material genético para su concepción.

Es pertinente precisar que el ser humano, fin en sí mismo, inicia su vida en el preciso momento de la concepción, es decir, cuando queda unido el gameto femenino al masculino, independientemente si se produjo de manera natural o artificial, dando lugar al nuevo ser; y, como tal, posee entonces dignidad. Siguiendo la noción kantiana, debemos tener en cuenta de que la dignidad implica un valor intrínseco en el ser humano; un ser que vale en sí mismo, sin existir equivalente alguno.

Cuando los comitentes tuvieron la voluntad de ser padres, fueron conscientes de que el menor tendrá un proyecto de vida propio. Es el respeto del plan de vida de nuestros semejantes lo que denota reconocer el valor intrínseco de la persona llamado “dignidad”. Por esto, considero que, si bien recurrir a la maternidad subrogada implica satisfacer el deseo legítimo de los comitentes de ser padres; también se evidencia que el menor será tratado no solo como un medio del anhelo

personal de quienes deseen ser padres, sino a la vez como un ser de fines en tanto tendrá su propio proyecto vital.

En segundo lugar, debo poner de relieve de que el objeto del contrato es el servicio brindado por la gestante, no así el menor concebido mediante esta práctica, argumento que desarrollaré más adelante. Asimismo, el Estado debe de crear un marco normativo riguroso que garantice el respeto de la dignidad del menor, para evitar casos como el de Gammy, un bebé nacido en Tailandia mediante esta práctica con síndrome de Down y problemas cardíacos congénitos que, contrario a toda idea de humanidad, fue vilmente abandonado por una pareja australiana, sus padres de intención (?) (BBC Mundo, 2014).

Hechos como el mencionado no deberían repetirse y, para ello, se hace necesario una regulación jurídica al respecto. Considero que, aun si no existiesen razones para prohibir la maternidad subrogada es preferible al silencio legislativo. Ahora bien, tampoco considero adecuado una permisión absoluta, pues una práctica legítima sin límites podría volverse perversa si se abusa de los más débiles de la relación jurídica. Por esto, el Derecho debería servir para equiparar fuerzas y evitar el ejercicio abusivo de quien se encuentre en mejor posición dentro de la relación de intereses de los sujetos involucrados.

Siguiendo lo dicho, a manera de *lege ferenda*, en el entendido de permitir la gestación subrogada, el vínculo paternofilial debería estar determinado con anterioridad al nacimiento del nuevo ser; bien sea estableciendo la filiación entre nacido y los padres de intención sin más, o estableciendo un periodo breve y preclusivo contado después del alumbramiento en el cual la gestante pueda decidir preservar la filiación del menor. Esto, para garantizar los deberes parentales para con el menor, así como, mantener vigente el derecho fundamental a la identidad del mismo.

Otro aspecto a considerar, enfocado en el ámbito internacional, podría ser vedar la práctica a los extranjeros no residentes cuando en su país de origen esté prohibida; primero, porque se evitaría un presunto fraude a la ley; y, segundo, porque reduciría el riesgo de que los comitentes abandonen al recién nacido dejando a la mujer gestante a su suerte.

## **2. Problemática entorno al convenio de gestación por sustitución**

En este apartado me ocuparé del contraste entre el convenio de maternidad subrogada y de ciertas instituciones jurídicas del derecho privado que, podrían suscitar algún pragma conflictivo a fin de aproximarnos hacia una regulación normativa coherente con nuestro ordenamiento jurídico sobre la gestación por otro. Así, debemos determinar cuál es el objeto de este contrato, pasando antes por la autonomía privada y sus límites fundados en el orden público y las buenas costumbres. Sin embargo, conviene transitar con cuidado, pues son muchos los supuestos a los que se enfrenta el legislador, sobre todo de cara al debido respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales de los sujetos involucrados.

## **2.1. Una falacia: La autonomía en conflicto con la dignidad**

La autonomía de la persona humana es la piedra angular de las relaciones jurídicas privadas que el ordenamiento jurídico busca proteger, más aún en materia de contratos, ora porque es imposible legislarlo todo, ora por la conveniencia evidente del respeto de la palabra empeñada. La autonomía privada es entendida por innumerables juristas como la capacidad soberana de la persona para autoimponerse reglas, claro está, siempre dentro del marco normativo. Así, por ejemplo, Aníbal Torres Vásquez (2018) dice: “La autonomía privada conlleva la idea de independencia (...) en la cual el legislador no puede entrar en cuanto está reservada al poder soberano de los privados” (p. 189).

En la misma línea, Fernando Vidal Ramírez (2016) expresa: “La autonomía de la voluntad debe entenderse, por eso, como la libertad humana y el poder jurídico que el derecho objetivo reconoce a los sujetos para la regulación de sus propios intereses (...)” (p. 96). Es justamente la capacidad de autogobierno del ser humano lo que, en materia de contratos, permite “obligarse”. La libertad, inefable como es, constituye el presupuesto ontológico de la autonomía de la persona, pues nadie podría ser capaz de elegir imponerse obligaciones a sí mismo si no fuera libre de hacerlo.

Ahora bien, es muy común, considerar que la gestación subrogada supone confrontar a la autonomía privada con la dignidad humana. Así, de un lado estaría la decisión de la mujer subrogante quien aceptará ser instrumentalizada y, voluntaria, se someterá a un padecimiento: la gestación, primando así, el acuerdo entre las partes. Y de otro lado, estaría su dignidad que impide aceptar una situación, si tal supone ser vista solo como un medio para alcanzar un fin, lo que equivale a ser deshumanizada. El antagonismo expuesto no es tal, pues confrontar a la dignidad humana con la autonomía privada implica caer en la falacia de la falsa oposición.

La autonomía consiste en determinar y perseguir nuestro propósito de vida construyendo un plan o proyecto independiente; para ello, no basta satisfacer nuestras más básicas necesidades (alimento, abrigo, descanso, etc.), sino además buscar nuestra propia autorrealización.

Por esto, en lo atinente a los contratos laborales, el Estado crea un marco jurídico en cual la obligación a que se ha comprometido el trabajador no avasalle su propio proyecto de vida, así, por ejemplo, el artículo 25° de nuestra Ley Fundamental proclama de que la jornada ordinaria de trabajo es de máximo ocho horas diarias, con lo cual, restado el promedio de horas de sueño (ocho horas) el trabajador tendría un tercio del día para buscar su autorrealización personal.

De otro lado, en la legítima búsqueda o construcción de nuestra senda vital es natural aceptar situaciones no deseadas por un fin ulterior. Aceptar un daño, aunque no sea deseado, es acorde con la autonomía, pues siempre que forme parte del plan o proyecto de vida de la persona, se estará usando el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el Estado debe establecer un orden jurídico que reduzca al mínimo el impacto del potencial daño, justamente porque se entiende como no deseado, aunque aceptado.

Un claro ejemplo de lo anterior, serían los llamados deportes de contacto. Nadie pondría en discusión que deportes como el Boxeo se ejercitan en respeto de la autonomía privada. Para estas personas, el deporte que practican es un estilo de vida. No obstante, mal podría creerse que todo asentimiento para soportar una obligación implica adoptar una elección autónoma. Es posible asentir un trato indigno, como el caso de una persona que acepta trabajar de manera informal (como lamentablemente ocurre) doce horas diarias los siete días de la semana recibiendo un sueldo muy por debajo del mínimo legal, lo que le permite nada más que subsistir.

Bajo esta premisa, y reconociendo que me encuentro en el incipiente umbral de una conclusión categórica, a manera de bosquejo considero que, el límite entre la aceptación autónomamente digna del padecimiento y la que no lo es, se halla en la afectación de la autodeterminación moral de nuestro proyecto de vida. El sentido moral del individuo determina la senda que ha de seguir en la búsqueda de su autorrealización personal, por lo que, cualquier consentimiento de la persona que atente contra su propio proyecto de vida desde el detrimento de su sentido moral no puede considerarse una decisión autónoma. Como dice Nino (1989): “(...) la maximización de la autonomía de ciertos individuos está vedada cuando ello se hace a costa del sacrificio de la autonomía de otros individuos” (p. 264). En el ejemplo del trabajador explotado, este acepta tal situación a costa de su libre autodeterminación (pierde su proyecto de vida), muy por el contrario, el boxeador, acepta un potencial daño físico, pero ha orientado su plan de vida a ese deporte, de hecho, es su estilo de vida.

Si una persona presta su consentimiento para ser tratado exclusivamente como un medio, negando su autonomía (por someter su plan de vida al de otro), atenta contra su dignidad. Así, es evidente que confrontar a la dignidad humana con autonomía privada implica caer en la falacia de la falsa oposición, pues ambos aspectos son parte de la misma esencia, son aspectos connaturales al ser humano. Como he advertido, dentro de las interacciones sociales una persona puede consentir un padecimiento, aunque no sea deseado, a cambio de una contraprestación de algún tipo, no obstante, la dignidad entra en escena para salvaguardar la autodeterminación de esta persona. La dignidad en sentido negativo significa no ser tratado únicamente como un medio (instrumento), sino a la vez como un fin en sí mismo, para ello, se requiere garantizar de que cada quien pueda desarrollar su propio proyecto de vida desde sus convicciones morales, sin estar subyugado al proyecto vital de otro. En otras palabras, la autonomía privada solo es posible en consonancia con la dignidad, pues ella viabiliza su actuación. En igual sentido, entiende Díez-Picazo (1996) la vinculación entre la autonomía y la dignidad a la hora de fundamentar la idea de contrato:

La obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en la idea misma de persona. Si la persona es un ser de fines cuya dignidad, derivada de su naturaleza racional, el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer, no cabe duda ninguna que debe reconocerse a la persona un ámbito de auto soberanía para reglamentar sus propias situaciones jurídicas y a través de ellas dar cauce a sus fines, intereses y aspiraciones. El contrato es así un cauce de realización de la persona en la vida social. A esta idea de

poder de autogobierno de los propios fines nosotros la hemos denominado «autonomía privada». (p. 126)

Nino (1989), desde la óptica de la Filosofía del Derecho pregona idea parecida sobre el principio de autonomía:

El principio liberal que está aquí en juego es el que puede denominarse "principio de autonomía de la persona" y que prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. (p. 204)

## **2.2. La decisión digna de la mujer subrogante**

Aclarado el asunto sobre la falaz oposición entre la autonomía y la dignidad, pero puesto sobre la mesa que bien se puede aceptar un trato indigno, es pertinente analizar si, en la práctica de la maternidad subrogada, una mujer podría decidir, en autonomía y respeto por su dignidad, gestar por encargo de los comitentes. Por ello, para mejor explicación, es pertinente bifurcar el análisis de la gestación subrogada de manera diferenciada entre la práctica comercial y la práctica altruista.

### **2.2.1. Una práctica onerosa: La maternidad subrogada comercial**

Por la maternidad subrogada comercial una mujer presta su consentimiento para llevar a cabo un embarazo donde reconoce el vínculo filial entre el concebido que gesta y los comitentes (padres de intención), rompiendo el paradigma del principio latino *mater semper certa est*; asimismo, los comitentes se obligan a corresponderle con una retribución económica. En coherencia con lo mencionado, si bien muchas veces la gestación es motivo de dicha, nadie puede negar las vicisitudes adversas por las que atraviesa la mujer a lo largo del embarazo, entonces, es evidente de que existe un padecimiento. Ahora, la pregunta necesaria es ¿Ese padecimiento afecta la autodeterminación del proyecto de vida de quien lo sufre? En mi opinión, la respuesta no se circunscribe a un rotundo sí o no, aunque suene a cliché, mi respuesta es “depende”. Deben tenerse en cuenta varias situaciones para garantizar de que una mujer actúe dentro del espacio de su autonomía protegida por su dignidad.

En primer lugar, debe considerarse que quien decida gestar por sustitución, para obtener con ello un beneficio económico, no puede verse compelida por una avasallante necesidad económica a someterse a tal práctica, aún en contra de su conciencia moral. La necesidad económica no puede coaccionar moralmente a una mujer para aceptar dicha situación. Desde otro ángulo, se podría observar una desigualdad socioeconómica, porque serían las mujeres más

empobrecidas quienes en mayor medida aceptarían gestar por sustitución. Esto, podría generar suspicacia en cuanto al monto del pago, pues una persona en estado de necesidad podría aceptar una contraprestación menor frente a quien no la está. Así parece entenderse en el Estado de California, pues allí una mujer en precariedad económica no puede alquilar su vientre (Atienza, 2018).

En segundo lugar, el asentimiento de someterse a la práctica de la maternidad subrogada debe estar condicionado por el hecho de que la mujer subrogante haya experimentado por lo menos un proceso de gestación previo al alquiler de su vientre. Esto, con la finalidad de que tenga pleno conocimiento de las vivencias que eventualmente podría experimentar, en su caso particular, al someterse a esta práctica. Sin embargo, dado que el embarazo involucra, en general, un periodo de nueve meses, estado del que no se puede salir voluntariamente de forma lícita, sino hasta concluirlo, no se debe admitir que una mujer se someta a esta práctica en tantas ocasiones como le permita su fertilidad. Hacerlo podría ocasionar deshumanizar a la gestante, tratarla como nada más que un receptáculo, ya que, no solo se estaría alquilando el vientre, sino el periodo de la vida fértil de una mujer. Debido a que la gestación involucra un padecimiento lleno de cuidados y restricciones “necesarios”, prolongar ese estado por dos, tres o más periodos (peor aún si son consecutivos) podría verse como un recorte de la libertad de la mujer gestante. Recordemos que el plan de vida de la gestante no puede subyugarse al de los comitentes.

Por último, un tema muy sensible es el de la interrupción del embarazo, pues una vez iniciado el proceso de gestación, este no podría interrumpirse, con la salvedad del aborto terapéutico. Es sabido que, además del cumplimiento de la obligación contractual, existen otras formas de extinguirla, mas no es así en la práctica de la maternidad subrogada, pues la única forma de extinguir esta obligación es que la gestante cumpla con alumbrar al nuevo ser, pues la voluntad de las partes contratantes no puede motivar la extinción de esta obligación una vez la mujer subrogante quede fecundada. En el Perú no existe, a diferencia de otras legislaciones, un tiempo inicial de la gestación en el que la mujer pueda decidir interrumpir el embarazo. Por esto, en relación a la gestación por sustitución, ni siquiera en un momento inicial del embarazo o en el hipotético negado en que medie el consentimiento de los comitentes, se podría producir un aborto. Por ende, la mujer subrogante debe ser plenamente informada de todos los pormenores médicos y a la par evaluada psicológica y físicamente para garantizar el estado óptimo de su salud, ya que, si se arrepintiese después de ser fecundada, no cabe la posibilidad de extinguir la obligación de otra manera que no sea cumpliéndola.

### ***2.2.2. Una práctica gratuita: La maternidad subrogada altruista***

En relación con la maternidad subrogada altruista, la gestante acepta concebir sin perseguir un fin económico. Esto no quiere decir que no se deban pagar por los gastos médicos o el detrimento económico en razón de lo que se deja de percibir producto de la gestación. Como se vislumbra, aquí una mujer acepta un padecimiento sin, aparentemente, esperar nada a cambio, más que la sola satisfacción de haber colaborado en la formación de una familia.

Dejando de lado la discusión filosófica sobre el porqué de la benevolencia humana, el artículo 6° del Código Civil establece que, aun los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de la integridad física son válidos si están inspirados por motivos humanitarios. Esto, hace prever la factibilidad jurídica de admitir por lo menos la práctica de la maternidad subrogada altruista. Si esto es así, el mayor escollo con el que se enfrenta el legislador, si permitiese “solo” la maternidad subrogada altruista, es el de poder garantizar de que efectivamente se trate de un convenio a título gratuito y no de un acto que conlleve una contraprestación soterrada. Aunque, una posible solución sería establecer una condición objetiva de la cual se presuma el sentimiento de generosidad de la mujer subrogante, la que bien podría ser que la aspirante a gestante sea un familiar o una persona del entorno más cercano de los padres de intención.

Por otro lado, cuando la gestación por sustitución es altruista no cabe hablar de contrato, pues el artículo 1351° del Código Civil establece que: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”; por ello, al no existir una relación de carácter patrimonial, no podría considerarse que en este caso estamos frente a un contrato como tal, ahora, según Fernando Vidal Ramírez (2016) cualquier contrato es una convención, pero no toda convención resulta ser un contrato, pues este tiene un contenido patrimonial, en cambio aquel es un acuerdo de voluntades regulador de intereses de diversa índole. Por ende, al referirnos al acto jurídico sobre gestación por sustitución altruista, el término preciso es: “convenio”.

### **2.3. Orden público y maternidad subrogada**

El estado natural del ser humano es la libertad, qué duda cabe, pero en un mundo de iguales la esfera de libertad de unos no puede subyugar la de otros. En atención a ello, el Estado impone límites al libre albedrío del ser humano. Con acierto opina Cancino (1979, citado en De La Puente y Lavalle, 2017) en igual sentido: “cuando afirma que no se concibe el ejercicio de la autonomía privada sino en la estructura de una libertad reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico”. Es en virtud de lo anterior que la legislación de orden público constituye uno de los óbices al arbitrio de la libertad humana, pues todo acto contrario a las leyes que interesen al orden público deviene en nulo de pleno derecho.

Es conveniente delimitar el concepto del obstáculo de la autonomía privada impuesto por nuestro orden jurídico civil contenido en el artículo V del título preliminar del Código del 84: el orden público. El concepto de orden público es diverso, sin embargo, Vidal Ramírez (2016) parece resumir en una sola frase como entender esta categoría: “El orden público se origina en la organización social y se expresa en el ordenamiento legal, estableciéndolo el Estado” (p. 97). De esta manera, se nos permite colegir de que el orden público se manifiesta a través de una disposición normativa imperativa, de obligatorio cumplimiento, imprescindible por la voluntad de las partes. Esto no quiere decir que sean preceptos perpetuamente inexorables, pues pueden variar en sintonía con el marco coyuntural de una sociedad determinada.

Ahora corresponde analizar si en el ordenamiento jurídico peruano existe alguna norma imperativa que impida la práctica de la maternidad subrogada. En primer orden traigo a colación el artículo 1° de la Ley de leyes que literalmente dice: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, pero como he dicho, la práctica de la gestación por sustitución no tiene por qué implicar necesariamente una afectación a la dignidad. Con una debida regulación se puede garantizar el digno respeto de la autonomía de la mujer gestante y el derecho del menor a nacer en el seno de una familia que le provea y asista en todo lo que necesite.

Por su parte, el art. 6° del Código Civil prohíbe actos de disposición del propio cuerpo. Dicho precepto normativo establece la proscripción de desprenderse de partes del cuerpo que ocasionen una disminución permanente de la integridad física. Lo que no es contrario a la maternidad subrogada, después de todo tal práctica no supone el desprendimiento de ninguna parte del cuerpo, claro está si se toman las precauciones médicas necesarias para mantener el riesgo al mínimo (riesgo aceptado en el proceso de gestación). Asimismo, no debo soslayar de que el artículo en comento establece excepciones basados en el estado de necesidad, la prescripción médica y en motivos humanitarios. Es decir, aun cuando se considere que la práctica de los vientres de alquiler contraviene el mencionado dispositivo legal, esta práctica encontraría su lugar armonioso en nuestro ordenamiento si se funda en las salvedades indicadas.

Así, llegamos a la aproximación legislativa más cercana sobre la gestación por sustitución, la misma que se encuentra en la Ley General de Salud, específicamente en el artículo 7°, el mismo que reza: “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 (...)”.

No obstante, si bien es cierto, el enunciado citado indica que es un derecho emplear los medios idóneos para procrear siempre que la condición de madre genética (quien aporta el ovocito) y la madre gestante coincida en una misma mujer, no es menos cierto que tal prescripción no constituye una prohibición normativa. Aunque se podría considerar que de este enunciado normativo se deduce la proscripción de toda práctica en la que la condición de madre genética y madre gestante recaigan sobre personas distintas, lo cierto es que los enunciados que establezcan normas prohibitivas deben estar concatenados con una sanción a manera de consecuencia jurídica, por ejemplo, en el ámbito penal si observamos el artículo 106° del Código Penal, este describe una conducta típica: “el que mata a otro”; y se le atribuye una consecuencia: “será reprimido con una pena...”, de esto se deduce la prohibición de matar, por tanto, desde esta perspectiva, no parece ser que el artículo 7° de la Ley General de Salud prevea una norma de carácter prohibitiva, sino solo el reconocimiento de un derecho.

El hecho de que el ordenamiento jurídico no reconozca como derecho a una práctica no significa prohibirla. El estado natural de la persona es la libertad, y como tal se encuentra reconocido en el artículo 2°, inc. 24 apart. a. de la Constitución Política: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. El hecho de que la ley no



reconozca como derecho al uso de técnicas de reproducción humana asistida para procrear cuando la condición de madre genética y gestante no reside en la misma mujer no implica deducir, desde el punto de vista jurídico, una prohibición normativa.

Existen múltiples prácticas no reconocidas como derechos y aun así nadie negaría su legítimo uso. Por ejemplo, fumar un cigarrillo, la ingesta de comida rápida o someternos a una cirugía estética; son prácticas cotidianas, pero no son prácticas elevadas a la categoría de “derechos”. Esto no implica su prohibición, a pesar que algunas podrían ser nocivas para la salud. Digamos que se encuentran embebidas dentro de la libertad natural del ser humano. Además, por el principio de taxatividad, toda norma prohibitiva debe ser explícita para reducirla a su mínimo contenido. Por todo ello, de una interpretación correcta del precepto normativo contenido en el artículo 7° de la Ley General de Salud, no se desprende la prohibición de la maternidad subrogada, sino solo el derecho de recurrir a las TERAS para procrear cuando la mujer que aporta el gameto es la misma que soportará el parto.

#### **2.4. Práctica contraria a las buenas costumbres**

El concepto de esta categoría viene determinado por su contenido moral: “Las buenas costumbres son entendidas como los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social” (Bianca, 1987, citado en Espinoza, 2002, p. 311). En palabras de Aníbal Torres Vásquez (2018): “Es contrario a las buenas costumbres el acto calificado como escandaloso o inmoral en una determinada sociedad” (p. 1279). Cabe preguntarnos si, de manera alguna, la práctica de gestar por otros puede ser reputada como inmoral dentro de nuestra sociedad.

El concepto “buenas costumbres” es excesivamente impreciso, pero, aun así, si tenemos en cuenta la existencia del estado de necesidad de los comitentes o si se exalta, en algunos casos, el altruismo de la gestante, considero que la gestación por sustitución no es contraria a la moral social. Así parecen entenderlo algunos jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima, al haber resuelto un caso de maternidad subrogada heterónoma (se produce cuando se recurre a la donación de material genético de un tercero).

El caso se tramitó en el Expediente N.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 y los hechos pueden resumirse en que el matrimonio conformado por el Sr. Nieves y la Sra. Ballesteros no podía procrear. Los óvulos de la Sra. Ballesteros no llegaban a su estado de maduración para poder concebir, motivo por el que, deciden recurrir a la ovodonación y posterior reproducción *in vitro*, sin embargo, después de que el producto se implantara en el útero de la Sra. Ballesteros se produjo un aborto espontáneo. Así, se recomendó como último, y único, método para convertirse en padres, a la gestación por sustitución. El procedimiento resultó un éxito; y, como resultado nació una pareja de mellizos. No obstante, los menores fueron inscritos por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) como hijos de la mujer subrogante y el Sr. Nieves, quien sí aportó el gameto masculino. De ese modo, tanto los comitentes como la mujer gestante y su esposo interpusieron una demanda de amparo contra la RENIEC para que los

menores fueran inscritos con los apellidos de los padres de intención. La demanda se basó en la vulneración del derecho a la identidad del menor en atención del interés superior del menor. Es así que, el 21 de febrero de 2017, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia declaró fundada la demanda y, con fecha 28 de junio de 2017, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la resolución de primer grado.

Como puede verse, el caso expuesto es un claro ejemplo de una situación justificada de la maternidad subrogada desde punto de vista moral. Ninguno de los jueces intervinientes vio en “las buenas costumbres” un óbice para impedir el vientre de alquiler. En todo caso, estaríamos ante un estado de necesidad, lo que justificaría jurídica y moralmente la permisión, por lo menos en algunos casos, de la gestación por sustitución.

Sin embargo, los supuestos más polémicos a este respecto, en el Perú, tendrían lugar cuando los comitentes fueran una pareja homoafectiva. Esto, resultaría así porque, en nuestro país, el artículo 378° inc. 1 del Código Civil estipula como uno de los requisitos para adoptar, a la solvencia moral. Este requisito, ha sido interpretado según sostiene Varsi Rospigliosi (2014) desde una postura conservadora:

Esta postura alega que es necesario que el adoptado ingrese a una familia que permita su desarrollo personal integral en un ambiente familiar con valores éticos y morales y que tal finalidad no se podría llevar a cabo, en el marco de la homoparentalidad que supone la familia homoafectiva. De esta manera se estaría condicionando al adoptado, a solo poder formar parte de una familia heterosexual. (p. 536)

Ahora bien, la maternidad subrogada y la adopción no comparten la misma naturaleza jurídica, pues esta precisa un estado de abandono del menor mientras que aquella no, por efecto derivado de la voluntad procreacional. Sin embargo, no puedo negar la suspicacia de la gestación por sustitución de parejas homosexuales por la forma como se ha interpretado el artículo 378° del Código Civil, dado que, en ambas figuras (maternidad subrogada y adopción) se pretende establecer un vínculo filial. No obstante, de acuerdo a la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos exhortó a los Estados miembro a garantizar los mismos derechos tanto a parejas heterosexuales, como a parejas homosexuales, por lo que, la regulación jurídica debería tender a garantizar un escenario igualitario indistinto para cualquier pareja.

## **2.5. El objeto del convenio**

No cabe posibilidad alguna de que el objeto del convenio de la gestación subrogada sea el recién nacido. Se ha entendido que el objeto de la maternidad subrogada es la prestación de un servicio: “el alquiler de vientre”, con la finalidad de traer al mundo a un nuevo ser e integrarlo a una familia distinta a la de quien lo gestó, pero que lo deseó. Así las cosas, el propósito

perseguido no es contrario al orden jurídico, en consecuencia, el fin del acto jurídico es lícito, pero como es evidente, no se trata de cualquier prestación, sino de una que debe regularse con sumo cuidado.

De lo anterior, se sigue que el objeto del convenio solo debería ser la prestación de un servicio, pero si es así, ¿la gestante no dispondría del vínculo filial? O es que existe otro factor determinante de la relación parental además del hecho del parto. Pero, entonces, ¿cómo se determina la filiación en esta clase de convenios?

Antes de responder a las preguntas formuladas, es oportuno aclarar que, las innovaciones tecnológicas permiten identificar hasta tres tipos de mujeres vinculadas al nacimiento del concebido: a) La madre gestante, quien alumbró al nuevo ser; b) La madre genética, quien aporta el óvulo; c) La madre de intención, quien tiene la voluntad de procrear; así, la coincidencia de todas las características acarrea un estado de plenitud.

Ahora bien, cuando la madre de intención aporta el gameto femenino, a pesar de no haber gestado, existe un vínculo genético con el menor, de igual manera, el padre que aporta su esperma para la fecundación *in vitro* mantiene un vínculo genético con él, pero, en cualquier caso, si no aportan material genético, la única forma de mantener el vínculo de filiación con el menor implicaría recurrir enteramente a la voluntad procreacional.

Por otra parte, hasta ahora he utilizado los términos maternidad subrogada y gestación por sustitución indistintamente, sin embargo, existe una diferencia que podría incidir en lo mencionado. En ese sentido, la diferencia entre una y otra se circunscribe a la aportación del material genético, pues mientras que en la maternidad subrogada la gestante aporta material genético (por ello se le denomina maternidad) en la gestación por sustitución la gestante no lo hace. En el Estado de Tabasco, México, el legislador se ha pronunciado en ese sentido:

Respecto de las formas de gestación por contrato, el artículo 380 Bis 2, indica que éstas pueden ser: Subrogada, que implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena y; Sustituta, que implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante. (Cáceres Lara, 2018, p. 9)

En esta línea, en el supuesto de la maternidad subrogada propiamente dicha, tenemos que la mujer subrogante no solo gesta, sino también aporta material genético. Esto hace más fuerte el vínculo paternofilial desde el punto de vista biológico. Esta hipótesis, no solo implica alquilar el vientre de la gestante, también hacer que ella renuncie al vínculo genético con el menor, por ende, el objeto del convenio comprendería, además, a la filiación biológica del menor. Así, el objeto de este acto jurídico podría ser considerado jurídicamente imposible, al pretender disponer de la relación filial del menor. Sin embargo, los supuestos de impedimento fáctico de aporte de material genético, tanto masculino como femenino, serían situaciones que, por

necesidad, se recurra a la donación de gametos. En estos casos, el o la donante deben renunciar al vínculo genético también.

Prohibir estas hipótesis implicaría condenar a las personas que por sí mismas no pueden aportar material genético o necesiten el complemento del gameto que portan para hacer posible la singamia. Aunque tal situación podría ser considerada como semejante a la adopción, sería preferible que la madre de intención pudiera aportar el gameto femenino. Esto serviría como condición objetiva para establecer el vínculo filial. Por tanto, en el caso específico de la mujer, la voluntad procreacional prima si la gestante no aporta material genético, pero eso no implica descartar la hipótesis de la “ovodonación”, solo significa que, sería preferible que la donante del gameto no sea la misma mujer que soporte el proceso de gestación.

De otro lado, no puede soslayarse el interés superior del menor. Este principio debe ser entendido en cada caso en concreto de forma que se garantice el mejor escenario posible para el desarrollo del menor en el ámbitos social, económico, afectivo y de cualquier otra índole que le beneficie. La maternidad subrogada no vulnera el interés superior del menor, “[p]or el contrario, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica, permitiendo que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente” (Valdés, 2014).

### **3. ¿La Maternidad subrogada es compatible con el ordenamiento jurídico peruano?**

De lo expuesto, se puede colegir que la maternidad subrogada, con ciertos límites, puede encontrar un espacio viable en nuestro ordenamiento jurídico. Primero, porque, en principio, no debería suponer necesariamente la afectación de la dignidad de la gestante ni la del menor; segundo, porque el Estado debe velar por el respeto de la autonomía de la persona humana; y, tercero, porque, sencillamente, no existe disposición normativa que la prohíba.

El Derecho, a través de la historia, siempre se ha visto superado por la realidad social. Partiendo de esta premisa, la humanidad ya debería saber que, influye más la realidad en el Derecho que el Derecho en la realidad; y, la polémica práctica de la gestación por sustitución es un ejemplo saltante de este simple, pero obvio, aserto. Por tanto, el legislador no debería proscribir la práctica de gestar por encargo, sino más bien regularla. No podemos basarnos en algunas experiencias negativas para satanizar a la maternidad subrogada en sí misma, por el contrario, aprendiendo de ellas podríamos identificar su empleo legítimo en la formación de una familia.

## **CONCLUSIONES**

Cada persona es un fin, por tanto, no puede ser un medio, pero si cada individuo necesita a otro semejante a él para satisfacer sus pretensiones en el desarrollo de su vida, se estaría sirviendo de este otro y lo estaría tratando como un medio. Sin embargo, lo que caracteriza a un medio es que su valor radica en su utilidad; al perder su utilidad, pierde su valor. Por el contrario, la

persona tiene un valor intrínseco, es decir, vale en sí misma. En consecuencia, incluso si dejamos de ser útiles en el proyecto de vida de otro, nuestro valor permanece, y cuando aún servimos al plan vital de otro, debemos ser tratados no “solo” como un medio. Lo cual se logra, siempre que, reconociéndonos iguales, se garantice la persecución de nuestro propio proyecto de vida. En suma, la persona humana es un fin en sí mismo cuando construye su sendero de vida con autonomía y un medio cuando sirve en el sendero de otros, por ende, es un fin y a la vez un medio.

La autonomía privada es el espacio individual de actuación moral de la persona humana. Es por ello, que podemos decidir autoimponernos soportar obligaciones, aun si no deseamos a travesar los padecimientos que conlleven. Sin embargo, la aceptación de un padecimiento resulta contraria a nuestra autonomía cuando actuamos por coacción moral. Si aceptamos una situación producto de un avasallante estado de necesidad, yendo en contra de nuestra conciencia moral, dicha aceptación atenta contra nuestra autonomía, pues no se puede decidir autónomamente al estar compelido por fuerzas externas contrarias al sentido moral de la persona humana.

La dignidad humana y la autonomía privada, aunque diferentes, son aspectos connaturales de la persona, por ende, no son contrarias, son parte de la esencia de un mismo ser. Por la autonomía el ser humano construye su propio sendero vital de acuerdo a sus convicciones morales, por la dignidad se garantiza que ningún proyecto de vida quede subyugado al de otro, pues todos actuamos dentro del mismo espacio de igualdad.

Aceptar gestar por encargo no supone afectar necesariamente la dignidad de la subrogante desde el punto de vista kantiano si su autonomía es respetada; y, tampoco supone cosificar al recién nacido si se tiene en cuenta que el objeto del contrato es el alquiler del vientre y que el nacido tendrá su propio proyecto de vida. Sin embargo, también es cierto que, la mujer subrogante y el recién nacido pueden sufrir tratos contrarios a toda idea de dignidad si no existen límites a la práctica de la maternidad subrogada. En ese sentido, el Derecho debe tender al máximo espacio de libertad desde la igualdad, lo que implica posibilitar el empleo de mecanismos jurídicos tendientes a garantizar el respeto de la autonomía y la dignidad de la persona humana, pues tolerar el abuso, como impedir el uso de la maternidad subrogada sería igualmente de draconiano.

La maternidad subrogada persigue un legítimo deseo de los comitentes: traer al mundo a un nuevo ser. Pero si no regulamos con el debido cuidado esta práctica, el egoísmo económico de poder, podría generar un trato indigno tanto de la mujer gestante, como la del recién nacido. No obstante, sea cual fuere la adopción legislativa (permisión o prohibición), es innegable la urgencia de su regulación, pues sin ella, la relación paternofamiliar cae en un estado de incertidumbre jurídica, lo que constituye una flagrante violación al derecho fundamental a la identidad del recién nacido. Así, pongo de realce el interés superior del menor a efectos de propender una adecuada regulación del convenio de la gestación subrogada.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Editorial Trotta.
- Atienza, M. (2018, 19 de enero). *Propuestas para una regulación de la Gestación Subrogada* [ponencia]. Jornadas de debate sobre maternidad subrogada. <https://bit.ly/3kNh7om>
- BBC Mundo. (2014, 2 de agosto). *Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada*. <https://bbc.in/2YZX0Md>
- Bolívar, Alejandra. (2018, 25 de noviembre) *¿Por qué India decidió prohibir el alquiler de vientres?* La Crítica. <https://bit.ly/3lupzcp>
- Cáceres Lara, M. T. (2018). *Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - Asesoría Técnica Parlamentaria. <https://bit.ly/3mDGg5O>
- Chávez-Fernández Postigo, J. C. (2020). Waldron y la dignidad: el problema del fundamento de los derechos humanos. *Derecho PUCP*, (85), 247 - 276. <https://bit.ly/3zcg0Cc>
- Corte Superior de Justicia de Lima. (2017, 21 de febrero). Sentencia recaída en el Expediente N.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. <https://bit.ly/3DgiIMY>
- De La Puente y Lavalle, M. (2017). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Palestra Editores.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I. Editorial Civitas.
- Espinoza Espinoza, J. (2002). *El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional*. *Ius Et Veritas*, 12 (24), 302-313. <https://bit.ly/3oLXlx3>
- Fernández Sessarego, C. (2016). *Derecho de las personas*. Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho a la Identidad Personal* (2º ed.). Instituto Pacífico.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres* (R. R. Aramayo, ed. y trad.) Alianza editorial (original publicado en 1785).
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Editorial Astrea.
- Ramírez, Fernando Vidal (2016). *El Acto Jurídico*. Instituto Pacífico.
- Soberón, E. R. (2006). La crisis de la iglesia en los siglos XV y XVI.: las discusiones en torno al libre albedrío y la justificación: la dignidad del hombre y la conciencia individual. In *Así en la tierra como en el cielo: manifestaciones cotidianas de la culpa y el perdón en la Nueva España de los siglos XVI y XVII* (1st ed., pp. 25–56). El Colegio de México. <https://bit.ly/3lADTjq>
- Torres Vásquez, A. (2018). *Acto Jurídico*. Volumen II. Jurista Editores.
- Tribunal Constitucional (2006, 20 de abril). Sentencia recaída en el Expediente N.º 2273-2005-PHC/TC (Karen Mañuca Quiroz Cabanillas). <https://bit.ly/3Ohh2Jx>

Tribunal Constitucional (2007, 18 de diciembre). Sentencia recaída en el Expediente N.º 10087-2005-PA/TC, 2007 <https://bit.ly/44P6oz5>

Valdés, C. (2014). La Maternidad Subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho* (vol. XXXI), 459-482. <https://bit.ly/3FCppIY>

Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo IV. Gaceta Jurídica.