

# La maternidad subrogada y la impugnación judicial de paternidad en el Perú

## The surrogacy and judicial challenge to paternity in Peru

Roberto Benjamín Fiestas Chunga<sup>1</sup> y Víctor Hugo Chanduví Cornejo<sup>2</sup>

Recibido: 20 de junio de 2017  
Aceptado: 27 de junio de 2017

### Resumen

Este trabajo tiene como objetivo determinar la causa fundamental de la impugnación de paternidad en los casos de maternidad subrogada en el Perú. Se trabajó con los métodos: analítico, sintético, inductivo, deductivo, doctrinario, hermenéutico y el método exegético. La unidad de análisis estuvo constituida por 9 jueces superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, 5 jueces de familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, 6 docentes universitarios especializados en el área de Derecho Civil de la Universidad Privada Antenor Orrego, Universidad Privada

Cesar Vallejo y Universidad Nacional de Trujillo y 5 fiscales especializados en familia del distrito fiscal de La Libertad. Se determinó que la causa fundamental de la impugnación de paternidad con los casos de maternidad subrogada en el Perú se debe a la deficiente regulación de la maternidad subrogada, lo que da lugar a la interposición de este tipo de procesos impugnatorios.

**Palabras claves:** maternidad subrogada, impugnación judicial de paternidad, técnicas de reproducción asistida.

### Abstract

This paper aims to determine the fundamental cause of the challenge of paternity in cases of surrogacy in Peru. We worked with the following methods: analytical, synthetic, inductive, deductive, doctrinal, hermeneutic and exegetical. The unit of analysis was constituted by: 9 superior judges of the Superior Court of Justice of La Libertad, 5 judges of the Superior Court of Justice of La Libertad, 6 university professors specialized in the Civil Law area of the universities: Antenor Orrego Private University, Cesar Vallejo Private

University and Trujillo National University and 5 family prosecutors in the fiscal district of La Libertad. It has been observed in the course of the present investigation that the fundamental cause of the challenge of paternity with cases of surrogate motherhood in Peru is due to the poor regulation of surrogacy which gives rise to the interposition of this type of impugning process.

**Keywords:** surrogacy, judicial challenge to paternity, assisted reproduction methods.

<sup>1</sup> Abogado - Universidad Privada Antenor Orrego.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho - Universidad Privada Antenor Orrego.

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la ciencia ha avanzado impresionantemente, permitiendo un notable avance en diversos campos. Uno de ellos es el relacionado con la medicina reproductiva. En sentido, se ha podido apreciar un notable desarrollo en lo que respecta a las famosas técnicas de reproducción asistida, entendidas como métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad de las personas (Taboada, 2006: 271). Estas técnicas han permitido que muchas parejas con problemas de fertilidad puedan lograr tener un hijo.

Entre las técnicas de reproducción asistida tenemos a la fecundación in vitro, conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención del óvulo y el espermatozoides, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo para el ulterior desarrollo del mismo, pasando por la fecundación y primer desarrollo de la célula germinal fuera del seno materno (Cubillos, 2013, p. 6); la inseminación artificial, intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación (Rodríguez-Cadilla, 1997: 23); la crioconservación de gametos, proceso en el cual células o tejidos son congelados a muy bajas temperaturas, generalmente entre  $-80\text{ }^{\circ}\text{C}$  y  $-196\text{ }^{\circ}\text{C}$  (el punto de ebullición del nitrógeno líquido) para disminuir las funciones vitales de una célula o un organismo y poderlo mantener en condiciones de vida suspendida por mucho tiempo. A esas temperaturas, cualquier actividad biológica, incluidas las reacciones bioquímicas que producirían la muerte de una célula, quedan efectivamente detenidas (Wikipedia, 2016), entre otras.

Adicionalmente a las señaladas, se cuenta con una técnica que es empleada por un grupo de parejas con la intención de tener un hijo. Esta es la denominada maternidad subrogada (Informe Warnock, 1984), la que recibe diversas denominaciones tales como alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación por sustitución, gestación subrogada, maternidad suplente, maternidad de alquiler, entre otras. (Del Águila, 2009: 31). Lamentablemente los beneficios que produce esta figura son pocos frente a los constantes perjuicios que me hemos visto presentarse durante los últimos años; siendo uno de los principales problemas el que se presenta cuando la madre sustituta no es madre biológica del menor que lleva en su vientre, generando con ello procesos judiciales para determinar el bienestar del menor (Camacho, 2009: 18).

Por otro lado, el artículo 371 del Código Civil impugna el hecho biológico de la maternidad, el vínculo entre el hijo y la que aparece como madre. Al demostrarse que no hay vínculo real de filiación entre el hijo y la aparente madre, ya no operará la presunción de paternidad del marido al no haber sido concebido el hijo por la esposa (Méndez, 1986: 49).

El objetivo de esta investigación es determinar la causa fundamental de la impugnación de paternidad en los casos de maternidad subrogada en el Perú.

## II. METODOLOGÍA

### Población y muestra

#### Población

Estuvo conformada por:

- a. Total de jueces superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- b. Total de jueces de familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- c. Total de docentes universitarios especializados en el área de Derecho Civil de las distintas facultades de Derecho que se encuentran en la ciudad de Trujillo.
- d. Total de fiscales especializados en familia del distrito fiscal de La Libertad.

#### Muestra

En el proceso cualitativo, la muestra puede hallarse compuesta por grupo de personas, eventos, sucesos, comunidades, etc., de los cuales se habrá de recolectar datos, sin que estos sean estadísticamente representativos del universo o población que se estudia. (Hernández et al., 2013: 384). De acuerdo con lo señalado en las líneas anteriores, la muestra para la presente investigación se encuentra conformada por:

- a. 9 jueces superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- b. 5 jueces de familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- c. 6 docentes universitarios especializados en el área de Derecho Civil de la Universidad Privada Antenor Orrego, Universidad Privada César Vallejo y Universidad Nacional de Trujillo.

d. 5 fiscales especializados en familia del distrito fiscal de La Libertad.

### Unidad de análisis

Las unidades de análisis de la presente investigación son las siguientes:

- e. Docentes universitarios especialistas en derecho de civil de la Universidad Privada Antenor Orrego.
- f. Docentes universitarios especialistas en derecho de civil de la Universidad Nacional de Trujillo.
- g. Docentes universitarios especialistas en derecho civil de la Universidad Privada Cesar Vallejo.
- h. Jueces superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- i. Jueces de familia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- j. Fiscales especializados en familia del distrito fiscal de La Libertad.
- k. Código Civil de 1984.
- l. Ley N° 26842: Ley General de Salud.

### III. MÉTODOS

Se ha utilizado los siguientes métodos: analítico, sintético, inductivo, deductivo, doctrinario, hermenéutico, exegético.

#### Diseño de contrastación de la hipótesis

Se usó el diseño descriptivo simple, el cual se puede esquematizar de la siguiente manera:

M → O

Donde:

M: Muestra  
O: Información.

#### Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Se empleó el análisis de contenido y el análisis bibliográfico.

#### Diseño de análisis de datos

Una vez recolectada la información que sirvió de base para la investigación, gracias al uso de técnicas e instrumentos de investigación se procedió de la siguiente manera: depuración de la información, clasificación de la información, orden y organización de la información, tabulación de la información y presentación de datos en seis capítulos.

### IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los entrevistados dieron su opinión con respecto a las interrogantes propuestas en la entrevista

#### ¿Qué entiende usted por maternidad subrogada?

- Acto que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso, mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de una pareja que figurará como padres de este. Respondieron siete (28%).
- La maternidad subrogada es el compromiso entre una mujer, llamada "mujer gestante", a través del cual esta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados el o los "subrogantes", a los que se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante sino con el o los subrogantes. Respondieron ocho (32%).
- Es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa. Respondieron seis (24%).
- Técnica de reproducción asistida que no se encuentra debidamente regulada en nuestro país. Asimismo, debemos indicar que esta técnica se encuentra prohibida por el artículo 7 de nuestra Ley General de Salud vigente. Respondieron cuatro (16%).

Las respuestas revelan algunas de las principales características de la figura denominada “maternidad subrogada”, también indican el conocimiento de los entrevistados respecto al tema en consulta. Algunos de estos solo tienen un conocimiento básico respecto a la figura en mención y manifiestan una noción relativamente sencilla y simple.

Algunas características de la figura en mención propuestas por los entrevistados son las siguientes:

- Acto ilícito que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso.
- Para concretar tal acto es necesario que la mujer gestante se someta a cualquier técnica de reproducción para llevar a cabo la gestación.
- A través de este “compromiso” se “ceden derechos” sobre el recién nacido a favor de una pareja que figurará como padres de este (padres subrogantes).
- No existe vínculo filiatorio con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes.

En consecuencia, las características señaladas en las líneas precedentes se han podido verificar en las cuatro respuestas presentadas. No obstante, se considera que la respuesta señalada en el literal b) es la más concreta de todas. En consecuencia, lo señalado en dicha respuesta nos demuestra que los entrevistados que optaron por esta respuesta cuentan con una noción compleja de la maternidad subrogada, en comparación a los otros entrevistados que señalaron características similares.

### **¿Considera usted que existe una regulación adecuada de la maternidad subrogada en nuestro país? SI/NO**

Respondieron sí cinco (20%) y no veinte (80%).

Los entrevistados que consideraron que existía una adecuada regulación de la maternidad subrogada indicaron que no era muy frecuente que la figura de la maternidad subrogada llegase a la vía judicial. Esto genera una enorme preocupación ya que ello evidencia la falta de conocimiento, más aún causa una enorme sorpresa debido a que existe casuística relativa al tema de las técnicas de reproducción asistida tanto a nivel del derecho comparado como a nivel nacional.

Así, por ejemplo, cabe señalar algunas jurisprudencias relacionadas al denominado “derecho genético” y específicamente a las técnicas de reproducción asistida, haciéndolo con particular acierto y cautelando la dignidad de la persona, sobre cuya base se erigen derechos tales como el derecho a la vida, integridad, identidad, intimidad, etc. En vista de ello se puede señalar algunas jurisprudencias, de las cuales dos se encuentran relacionadas con la denominada “maternidad subrogada”.

### **En caso que su respuesta anterior fuera negativa, ¿indique usted cuáles son los principales vacíos o deficiencias que no se han contemplado en la legislación nacional respecto a la maternidad subrogada?**

No se cuenta con un adecuado cuerpo normativo que regule esta figura y otras técnicas de reproducción. Respondieron ocho (40%).

Lo señalado por los entrevistados es muy cierto. Hasta la fecha no se cuenta con una regulación adecuada respecto a las técnicas de reproducción asistida, ni mucho menos con un cuerpo normativo que prevea los supuestos en los que se encuentra prohibida la maternidad subrogada.

Falta una debida sanción penal en aquellos casos en que las personas empleen esta técnica para lograr una ventaja económica. Respondieron cinco (25%).

Los entrevistados también sostuvieron que existe una ausencia normativa sancionadora respecto a esta temática. Así, señalaron que a la fecha solo se encuentra tipificado en nuestro código penal vigente la prohibición de emplear cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos. No existe la atención debida por parte del legislador para frenar el tráfico de vientres de alquiler que se viene dando desde hace buen tiempo en nuestro país. Respondieron cuatro (20%).

Lo señalado por los entrevistados es muy cierto. Más de tres proyectos legislativos han sido presentados en estos últimos años y ninguno de ellos ha sido aprobado. Es evidente que los legisladores optan por hacer que estos proyectos legislativos duerman el “sueño de los justos” en vez de debatirlos, modificarlos de ser el caso y aprobarlos para que operen en nuestro país.

El contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud es relativamente sencillo. Respondieron tres (15%). Los entrevistados señalan que el contenido del artículo 7 es sumamente sencillo y contiene una prohibición muy general. Tal y como lo hemos visto en el literal anterior la norma en mención requiere de una modificación. No obstante, es menester señalar que dicho artículo -en el mejor de los casos- debería ser trasladado a un cuerpo normativo que regule adecuadamente todas las técnicas de reproducción asistida y las debidas prohibiciones. Esperemos que nuestros legisladores presten la atención debida a esta temática.

**¿Considera usted que la casación 563-2011-Lima cauteló idóneamente los derechos del menor nacido a través de la denominada maternidad subrogada? Fundamente su respuesta.**

Respondieron sí 14 (56%) y no 11 (44%).

La casación N° 563-2011-Lima es una de las pocas resoluciones relativas al denominado “*derecho genético*” y que versa específicamente sobre la “*maternidad subrogada*”.

## V. Conclusiones

1. Se ha determinado que la causa fundamental de la interposición de la impugnación de paternidad con los casos de maternidad subrogada en el Perú se debe a la deficiente regulación de esta última figura jurídica.
2. Las técnicas de reproducción asistida son aquellos métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos para satisfacer el derecho a la procreación con quién quiera, cuándo quiera y dónde quiera. Así, existe una variedad de técnicas de reproducción humana, entre las cuales destaca la inseminación artificial, la fecundación in vitro, el congelamiento de embriones y la maternidad subrogada.
3. De las técnicas de reproducción humana antes mencionada, la más controvertida es sin lugar a dudas la maternidad subrogada, la que consiste en el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, quien acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para realizar la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados el o los “subrogantes”.
4. Hoy en día no existe una legislación específica referida a las técnicas de reproducción asistida, entre las que destacada la maternidad subrogada. Como consecuencia de ello, la resolución de problemas concernientes a la impugnación de paternidad es compleja porque no cuenta con una adecuada regulación. En consecuencia, esta deficiencia normativa genera que los padres subrogantes recurran a la vía judicial para quedarse con un niño que no es biológicamente suyo. Al presentarse dichas controversias judiciales, se desvirtúa la finalidad por la que se recurrió a dicha técnica.
5. La impugnación de paternidad se presenta cuando el marido demandante considera que el hijo concebido con su esposa, a pesar de que este se encuentra amparado por la referida presunción pater is est quen nuptiae demonstrant, no es suyo. Así, esta institución es empleada por los padres comitentes con la intención de impugnar la paternidad del nacido mediante esta técnica de reproducción asistida.

De esta manera, apreciamos que dicha presunción viene siendo dejada de lado a raíz de los casos que se suscitan en la realidad, los cuales tiene como origen los constantes adelantos científicos.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Camacho, J. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. Recuperado de: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

Cubillos, Juan Manuel. (2013). *Técnicas de reproducción asistida: estatus jurídico del embrión humano...* Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo.

Del Águila Tuesta, F. (2009). Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos. Nueva perspectiva en el Derecho de Familia. Trabajo de investigación. Lima: Universidad San Martín de Porres.

Hernández Sampieri, R. et al. (2013). *Metodología de la investigación*. (6ta Ed.). México: Mc Graw Hill.

Informe Warnock. (1984). Informe sobre fertilización humana y embriología.

Rodríguez-Cadilla Ponce, María del Rosario. (1997). *Derecho genético. Técnicas de reproducción humana asistida, su trascendencia jurídica en el Perú*. Lima: Editorial San Marcos.

Taboada Córdova, Lizardo. (2006). *Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil*. Lima: Editorial Grijley.

Wikipedia (2016). Definición de infertilidad. Recuperado de: <https://es.wikipedia.org/wiki/Infertilidad>