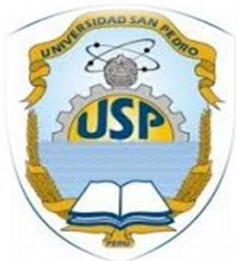


UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



**Incorporación del Contrato Nominado Alquiler de Vientre
Dentro de Nuestro Código Civil Peruano – Periodo 2018**

Tesis para Optar el Título Profesional de Abogada

AUTORA:

Yolanda Mardeli, Valdivia Portilla

ASESORA:

Mg. Patricia Barrionuevo Blas

Cajamarca – Perú.

2019.

1. PALABRAS CLAVES

TEMA	ALQUILER DE VIENTRE.
ESPECIALIDAD	CIVIL

KEY WORDS

TOPIC	REGULATION OF THE WOMEN'S RENTAL.
EPECIALTY	CIVIL.

LINEA DE INVESTIGACIÓN.

ÁREA	SUB ÁREA	DISCIPLINA
CIENCIAS SOCIALES	DERECHO	DERECHO

2. TÍTULO

INCORPORACIÓN DEL CONTRATO NOMINADO ALQUILER DE VIENTRE DENTRO DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL PERUANO – PERIODO 2018.

3. RESUMEN

La presente investigación tuvo como propósito la Incorporación del Contrato Nominado Alquiler de vientre en nuestro Código Civil Peruano, para que otorgue una seguridad Jurídica entre las partes intervinientes.

La población de estudio estuvo conformada por 5 jueces y 10 abogados especialistas en materia civil y familia, la muestra fue la totalidad de los conocedores del derecho entrevistados sobre el presente tema de investigación. Se optó por el tipo de investigación básica. Para la recolección de datos se utilizaron como instrumentos fichas y libros, revistas, guías de entrevista.

El procesamiento estadístico fue realizado con los datos obtenidos, cuyos resultados permitieron afirmar que existe una relación directa entre la variable de inseguridad jurídica y alquiler de vientre, por lo que se determinó que al no estar incorporado el alquiler de vientre genera inseguridad jurídica en las parejas contratantes que optan por el alquiler de vientre, y que al incorporarse el alquiler de vientre como contrato si generara seguridad jurídica entre las partes, esto de acuerdo al procesamiento estadístico.

4. ABSTRACT

The purpose of the present investigation was the Incorporation of the Contract Nominated Rent of Belly in our Peruvian Civil Code, so that it grants a legal security between the intervening parties.

The study population consisted of 5 judges and 10 lawyers specialized in civil and family matters, the sample was the totality of the legal experts interviewed on the present research topic.

They opted for the type of basic research. For the collection of data, chips and books, magazines and interview guides were used as instruments.

The statistical processing was carried out with the data obtained, whose results allowed to affirm that there is a direct relationship between the variable of legal uncertainty and rent of the womb, for which it was determined that the not being incorporated the rent of the womb generates legal insecurity in the contracting couples that opt for the rent of belly, and that when incorporating the rent of belly like contract if it generated legal security between the parts, this according to the statistical processing.

INDICE.	Pág.
1.Palabras Claves.....	ii
2.Titulo.....	iii
3.Resumen.....	IV
4.Abstract.....	V
Indice.....	VI
5. Introducción	1
5.1. Antecedentes y fundamentación Científica.....	2
5.1.1 Antecedente.....	2
5.1.2. Fundamentación Científica.....	6
5.1.2.1 ALQUILER DE VIENTRE.....	6
5.1.2.2 MATERNIDAD	30
5.1.2.2.1 Maternidad Genética.	
5.1.2.2.2 Maternidad Gestacional.	
5.1.2.3 DERTERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.....	41
5.1.2.4RECONSTRUCCIÓN SOCIO-JURÍDICA DEL ALQUILER DE VIENTRE	43
5.2 Justificación de la investigación.....	45
5.2.1 Justificación Teórica	
5.2.2 Justificación Practica	
5.2.3 Justificación Social.	
5. 3 Problema.....	46
5.3.1 Realidad Problemática	
5.3.2 Delimitación del problema.....	47
5.3.2.1 Delimitación Espacial.	
5.3.2.2 Delimitación Temporal.	
5.3.3 Formulación del problema.	

5.4	Conceptualización y Operalización de las variables.....	47
5.4.1	Conceptualización de las variables.	
5.4.2	Operacionalización de las variables.....	48
5.5	Hipótesis.....	48
5.6	Objetivo.....	48
6.	METODOLOGÍA.....	49
6.1	Tipo y Diseño de investigación, Método	
6.1.1	Tipo de investigación.	
6.1.2	Diseño de Investigación.	
6.1.3	Método.	
6.2	Población y Muestra.	
6.3	Técnicas e instrumentos de investigación.	
6.4	Procesamiento y análisis de la información.....	50
7.	RESULTADOS.....	51
7.1	Presentación.	
7.2	Análisis e interpretación.	
8.	ANÁLISIS Y DISCUSIÓN.....	55
9.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	56
9.1	CONCLUSIONES.	
9.2	RECOMENDACIONES.	
10.	AGRADECIMIENTO.....	58
11.	REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS.....	59
12.	ANEXOS.....	62

5. INTRODUCCIÓN.

La ciencia ha avanzado y alcanzado una notable difusión en nuestros días, en especial el alquiler de vientre que es considerada como una solución para todas aquellas parejas que no pueden procrear un niño, sin embargo, este tipo de reproducción asistida no se encuentra regulada en nuestra legislación peruana, el Dr. Julio Pinillos comenta que la infertilidad en las parejas es básicamente la principal causa para que parejas busquen solución y recurran a los métodos de reproducción asistida.

El objetivo propuesto para este estudio es la Incorporación del Contrato Nominado Alquiler de vientre en nuestro Código Civil Peruano, para que otorgue una seguridad Jurídica entre las partes intervinientes, para lo cual se aplicara una serie de instrumentos de medición de datos con la finalidad de hacer el análisis de la información a través de estadística descriptiva.

La hipótesis formulada para la presente investigación, es la seguridad socio - jurídica es el factor que fundamenta la incorporación del alquiler de vientre en nuestro código civil peruano.

consiste en determinar que la principal causa de inseguridad jurídica de las partes, en el alquiler de vientre es la falta de incorporación como contrato nominado dentro de nuestro código civil peruano.

También se desarrollo las bases teóricas que permitieron fundamentar el trabajo de investigación y poseer los elementos necesarios para sustentar el estudio e interpretación de lo encontrado, el grupo de teorías que se expusieron relacionadas con el problema de investigación.

La presente investigación utiliza un enfoque cuantitativo, porque los fenómenos observados son medidos y cuantificables dándole un análisis estadístico, con un alcance descriptivo que "busca especificar propiedades,

características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice” (Hernandez Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2006, p.103) siendo adecuado para comprender y medir claramente las variables del problema de investigación.

La presente investigación tiene un Enfoque Cuantitativo, con un diseño descriptivo, no experimental, utilizando un método deductivo e inductivo, pues solo se observarán los fenómenos para su análisis y la comparación de las dos variables.

Para la recolección de información se aplicarán como instrumentos, fichas, guías de entrevistas, libros.

También se emiten una serie de conclusiones que buscan dar respuestas a la pregunta de investigación, establecer el logro del objetivo formulado, así mismo comprobar la hipótesis para determinar si se aprueba o se rechaza. Se plasman una serie de recomendaciones en razón de lo encontrado y sugerencias para futuras investigaciones sobre contrato nominado alquiler de vientre.

5.1. Antecedentes y fundamentación Científica

5.1.1 Antecedente.

Internacional.

Se tiene la investigación de Cristóbal Antonio Santander(2012),chileno, con su tema CONTRATO DEL ALQUILER DE VIENTRE EN EL ¿EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A PROCREAR O ATENTAR A LA DIGNIDAD?, en este trabajo se habló sobre la Infertilidad en Chile, la alquiler de vientre bajo examen, Tipos de alquiler de vientre , Características del contrato de alquiler de vientre, Problemas generados por el alquiler de vientre , llegando a la conclusión general que el contrato sobre el alquiler de vientre es un privilegio para la mayor parte de la población , ya que se disminuirá la insatisfacción de las parejas que

no pueden procrear, para así poder dejar su descendencia, a través de la maternidad subrogada que aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción.

Roció Carbajal (2014), Argentina, en su tesis para optar el título de abogada trato el tema de "ANÁLISIS DE CONTRATO DEL ALQUILER DE VIENTRE", llegando a la conclusión que toda persona que lo desee, sin discriminación alguna posee el derecho de acceder a un contrato de alquiler de vientre siempre que posee los recursos económicos necesarios para brindarle una vida cómoda al concebido.

Para Beorlegui (2014). En su tesis alquiler de vientre en España. Tesis para optar el grado de master de acceso a la abogacía. Universidad de Navarra. Tuvo como Objetivo: dar a conocer la trascendencia e importancia de la maternidad subrogada. Conclusión: la procreación concebida por la maternidad subrogada es un hecho natural cual no se encuentra regulado, pese que en muchos países existe jurisprudencia y doctrina que demuestra que en la práctica.

Rail (2010). En su tesis Procedencia de la Maternidad Gestacional Subrogada en el Régimen Constitucional Chileno. Para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Su objetivo: establecer un concepto de maternidad gestacional subrogada, así como sus elementos, a partir de una doctrina especializada en el tema de técnica de reproducción asistida estableciendo supuestos de hecho en que resulta procedente. Conclusión: Conclusión: la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida que se produce un acuerdo previo o convenio por el que una mujer se compromete a gestar un embrión que ha sido transferido, para que una vez nacido lo entregue a sus padres biológicos, a cambio de una remuneración.

Sánchez (2014). En sus tesis Regulaciones del contrato de vientre de alquiler como fecundación humana aplicada a la legislación ecuatoriana para introducir reformas al Código Civil. Tesis para optar el título de abogada de los Tribunales y Juzgados del Ecuador.

Su objetivo: abordar el vacío legal de la fecundación por sustitución de madre o vientre de alquiler, desde el análisis de sugerencias de reformas para que se regule una actividad humana, que en esencia es delicada y amerita proveerse en el Derecho Civil de Familia. Conclusión: La práctica de la maternidad subrogada desde un enfoque humano, se puede comprender a las personas que celebran este tipo de contrato, ya que podrán dejar una herencia genética y concretar así su proyecto de vida.

Nacional.

El Proyecto de Ley N° 2839- 2013- CR), presentada por el Grupo Parlamentario Solidaridad Nacional por iniciativa del congresista de la República Vicente Antonio Zevallos Salinas, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa, propone que se modifique el artículo 7° de la Ley 26842 Ley General de Salud. En su exposición de motivos se basaron en un ensayo del Dr. Javier Martín Camacho y finalizando magister Frieda Roxana Del Aguila Tuesta concluyendo lo siguiente “la maternidad sustituta no se puede considerar como un contrato en nuestro sistema jurídico, tampoco se puede aceptar una compensación económica por que la maternidad sustituta total es la madre biológica del niño, por haber aportado su material genético; la maternidad sustituta parcial y altruista. La propuesta al parlamento es una regulación restrictiva de la maternidad sustituta parcial, aceptando que hay una práctica de alquiler de vientre en nuestra sociedad y reconocida jurisprudencialmente.

Zaldivar (2016). En su tesis Necesidad de regulación Jurídica del alquiler de vientre o Maternidad Subrogada, Arequipa 2013. Tesis de investigación para obtener el grado Bachiller. Universidad de Católica de Santa María. Tuvo como objetivo: determinar si existe la necesidad jurídica de regular la maternidad subrogada; precisa las características que viene generando la aplicación de la técnica de la maternidad subrogada; plantear una legislación específica que regule las prácticas de maternidad subrogada. Conclusión: El derecho a la reproducción humana es un derecho constitucional reconocido entre los hombres, ya que es un hecho biológico, que genera vínculos de filiación y de parentesco.

Jiménez Domínguez (2010), Lima, autor de la tesis "Legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación en el Perú", una investigación de tipo descripto, y diseño no experimental – transversal de tipo explicativo.

Carredo (2015). En su tesis La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del nacido. Tesis para optar el grado de abogada. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tuvo como objetivo una aproximación a la biótica en un estado constitucional. Conclusión: El alquiler de vientre es una técnica de reproducción humana asistida que su práctica no debe prohibirse. Los vientres de alquiler no vulneran la dignidad del embrión pues este no es una persona. Dicha técnica de reproducción humana asistida no vulnera derechos de la mujer, ya que esta tiene a bien a disponer de su cuerpo y la libertad de reproducción que le permite elegir con quien, como, cuando y que medios utilizara para concebir un nuevo ser. Por lo que se debe regular en nuestro país a tras de los derechos bióticos los conflictos jurídicos.

Dr. Leyasser León (2009), en su informe: " Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos", indica la estrecha relación que existe entre la determinación de la filiación entre la maternidad gestacional y la maternidad genética, promoviendo el interés a convivencia de los padres, dentro del marco jurídico peruano, los derechos del concebido por esta manera artificial de fecundación.

Como se puede leer de las investigaciones presentadas anteriormente, constituyen aportes importantes en la incorporación del contrato nominado alquiler de vientre dentro de nuestro código civil, para dar inicio al estudio que hemos emprendido; la tarea consistirá en otorgarle la orientación y sustento teórico que requiere con el fin de darle un carácter científico al problema que se está investigando.

5.1.2. Fundamentación Científica.

5.1.2.1 ALQUILER DE VIENTRE.

Conceptualización.

El alquiler de vientre constituye la base social y científica del tema de investigación, pero debe entenderse que su significado en esta presente investigación es estrictamente al termino, es de alquiler o arriendo de la cavidad uterina, útero o vientre; por lo que queda reducido a esta figura: una madre gestante sin vinculo genético con el embrión producto de la fecundación con los gametos sexuales de una pareja que serían los denominados padres legales y genéticos.

Por lo que se debe entenderse que para esta figura se consideran, en primer lugar, a una mujer contratante que presenta una deficiencia que le impide gestar, sin embargo, puede producir óvulos sanos, entonces junto con su marido, también fértil, llamados pareja contratante, son quienes aportan todo el material genético; y en segundo lugar a una

mujer con capacidad biológica para gestar que sería quien arrienda su útero para llevar a cabo todo el proceso de gestación hasta su fase final en la que se da a luz un niño que no posee su misma carga genética, sino de la pareja contratante. (Leonsegui, R. (1994)

Por lo que estamos frente a un método de reproducción asistida denominada homólogo, por cuanto los gametos o células sexuales que fecundaron para dar lugar al embrión, proceden de una pareja unida por vínculos de concubinato conyugales; y denominado además extracorpóreo, por cuanto el proceso de fecundación se realiza en un laboratorio es decir fuera del cuerpo de la mujer, mediante la fecundación in vitro para trasladar el producto a cuerpo de una tercera, madre portadora, es decir la mujer que se contrata para que concluya el proceso gestacional de un embrión que genéticamente no le corresponde. (Leonsegui, R. 1994).

Aunque algunos autores coinciden en que el termino de arrendamiento o alquiler es apropiado ya que alude a un contrato de arrendamiento y en materia humana esto es imposible; se le ha llamado también, gestación subrogada, maternidad suplanta, gestación por cuenta ajena, maternidad por encargo, etc. Pero todos estos términos hacen referencia al útero de la mujer que lleva dentro de sí al embrión con carga genética de una pareja ajena a la mujer gestante. (Romero, F. 2008).

En el término maternidad, según la ciencia, se puede distinguir la maternidad como la relación que se establece por la procedencia del ovulo a partir de la madre; y la maternidad gestacional como aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación. (Mir, L. 2010, Julio).

Para Miranda Canales el alquiler de vientre como figura contractual:

Se da como un contrato. Se da cuando un matrimonio contratante pone los gametos y el embrión resultante, es implantado en una mujer extraña, quien gestara y dará a luz al niño, con el compromiso de entregarlo a los solicitantes al nacer, Aquí se trata de una madre solo gestadora, por el préstamo del útero, para que se desarrolle el niño con genes de sus verdaderos padres, (Miranda Canales M.j.,2007).

5.1.2.1.1 Alquiler de vientre como contrato.

Se puede establecer que la figura más apropiada, en marco del derecho, para regular el vientre de alquiler es el contrato, un contrato de alquiler de vientre en el que se establezcan cláusulas como en un contrato común de manera que se cumpla con las formalidades jurídicas requeridas por ley para generar determinadas obligaciones a los sujetos intervinientes, y en caso de incumplimiento se tomen las medidas más apropiadas acorde a la naturaleza de las circunstancias.

Según Dr. Walter Kaune:

El contrato es una variedad de negocio jurídico bilateral, conformado por el acuerdo de dos o más partes con el objeto de constituir, modificar o extinguir relaciones de derecho de carácter patrimonial, a través de la composición de intereses opuestos (Kaune,2007).

Entonces el contrato de alquiler de vientre sería un contrato pactado entre dos partes, con el fin de generar obligaciones recíprocas: por una parte (madre gestacional) a gestar al embrión hasta el momento del parto del niño y entregarlo sin vínculos maternos-filiales; y la otra (padres genéticos) a dar algo a cambio, como sería una remuneración económica o de manera gratuita.

En el Código Civil Peruano, en su artículo 1351:

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Respecto a este artículo podemos decir que, en la actualidad, todos tenemos derecho de pactar con otras personas algunos acuerdos con beneficio recíproco. En este caso, se aplicará a la figura de subrogación materna, generaría un pacto con cláusula y estipulaciones establecidas y aceptadas por las partes intervinientes, es decir la pareja contratante y la tercera cedente de útero.

Podemos decir que el contrato de alquiler de vientre es complejo y controversial acto jurídico por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer, que, por técnicas de fecundación asistida, se logre un embarazo de esta última para que gesté al niño y lo entregue al comitente luego del nacimiento.

Este contrato debe adoptar cláusulas sumamente rigurosas sobre la gestante, y una sencilla o inexacta regulación podría fomentar la explotación y la comercialización de la vida humana.

El contrato alquiler de vientre tiene como objeto fundamental regulariza el comportamiento y las obligaciones de las partes que acudan al vientre de alquiler.

Esta figura debe adecuarse al ordenamiento tomando el criterio legal de los contratos en general fundamentado en doctrina relacionada, para que sea aplicable al alquiler de vientre.

El contrato de alquiler de vientre no puede tener un fin comercial o lucrativo, y debe de velar por el bienestar del futuro niño, así sus bases legales deben sentarse en la buena fe del acuerdo de los contratantes.

La incorporación del contrato alquiler de vientre debe ajustarse a la realidad sin crear contradicciones en el sistema jurídico o contra el orden público, para esto sus bases deben ir acorde a la moral y las buenas costumbres.

Sobre la moral y las buenas costumbres, Guillermo Borda indica:

La libertad de las conversiones tiene que una limitación; los actos jurídicos deben ser conformes a la moral y a las buenas costumbres.
(Borda, Tomo II, pag.25,1999).

En la investigación se considera, que la incorporación del contrato alquiler de vientre puede ser válido de acuerdo a una exigencia social o por motivos humanitarios, ya que las personas impedidas por la naturaleza de constituir una familia pueden verse apoyadas con las innovaciones genética, específicamente por el alquiler de vientre.

1. Clases de contratos.

A. Contratos Bilaterales.

Son aquellos en los que los sujetos de la relación jurídica tienen la doble calidad reciproca de acreedor y deudor ((Borda, Tomo II, Pag.12,1999).

Por lo tanto, podemos señalar que el contrato de alquiler de vientre es un contrato bilateral, ya que las partes contratantes se obligan recíprocamente, por cuanto la madre gestacional así como los padres contratantes resultan obligados de manera reciproca; la mujer

contratada, a la gestación del embrión y entrega de la criatura a cambio de un precio pactado, y los padres contratantes se obligan a pagar el precio o brindar la asistencia médica necesaria para el bienestar de la madre y la criatura.

B. Contrato Oneroso.

Se puede constituir en oneroso a la vez que, en bilateral, pues significa que cada parte tiene un compromiso de entregar algo a cambio, por lo que existen dos obligaciones recíprocas. En el caso de la tercera gestante recaerá la obligación de un sacrificio físico y psicológico, mientras que en las parejas será una prestación económica (gastos de laboratorio, tratamientos, pago a la mujer gestante, etc.).

C. Contratos Comunicativo.

Los contratos conmutativos están caracterizados por la seguridad, en los que las prestaciones de ambas partes se tienen por equivalente. (Borda, Tomo II, Pag.13, 1999).

Podemos decir que el contrato de alquiler de vientre se caracteriza a su vez de oneroso, conmutativo, ya que existe un beneficio que cada parte pretende obtener de la otra y el sacrificio que ofrece a cambio de aquellas, ya que las partes al momento de contratar deben fijar la equivalencia de los beneficios de forma semejante. Ambas partes quedaran satisfechas, la primera utilizando el vientre de la otra para gestar a su hijo y la segunda recibiendo una retribución a cambio.

D. Contrato Consensual.

El contrato es consensual cuando se perfecciona por simple consentimiento (Miranda Canales, 2010).

Se comprende además que el contrato es consensual cuando es suficiente la voluntad de las partes para dar nacimiento al contrato, es decir, que el contrato de subrogación materna perfecciona su nacimiento y existencia con la voluntad de las partes contratantes que se genera de la contraposición de los intereses de los padres y de la mujer gestante, por un lado los de la pareja, de ser padres; y por otro la voluntad de la tercera de concluir el proceso de gestación, a cambio o no de una retribución.

E. Contratos de tacto sucesivo.

Son contratos de ejecución sucesiva, continuada o periódica: las relaciones entre las partes se desenvuelven a través de un periodo más o menos prolongado. (Borda, tratado de derecho Civil – Obligaciones – Tomo II, 1998).

El contrato de alquiler de vientre es de tacto sucesivo ya que se ejecuta de forma continua y perdura en el tiempo mientras dure el proceso biológico de gestación, es decir, nueve meses aproximadamente. En este contrato, es necesario el transcurso del tiempo para conseguir el resultado deseado por la parte contratante: la entrega del niño.

2. Elementos del contrato.

1. Capacidad.

La capacidad es un requisito para la validez de los contratos en general para la contratación del alquiler de vientre en particulares. Es también la aptitud legal para adquirir derechos subjetivos, ejercerlos y contraer obligaciones la cual contempla dos clases de capacidades, la capacidad jurídica y capacidad de obra. Para celebrar el contrato de alquiler de vientre, las partes contratantes, además de tener capacidad jurídica y el poder de disposiciones,

deben contar con la capacidad de obrar que se adquiere a los 18 años en la legislación peruana.

La prohibición de contratar se refiere tanto a los incapaces de hecho (sean absueltos o relativos), como a los incapaces de derecho aquellos que están excluidos de poder contratar con determinadas personas o respecto de cosas especiales, sea que se trate de disposiciones generales o contenidas en contratos particular. (Borda, tratado de Derecho Civil – Obligaciones – Tomo II,1998).

El autor reconoce que la capacidad de contratar se refiere a la capacidad determinada para cada contrato en particular además de lo establecido por la ley, es así que en la presente investigación se proponen esas particularidades de la capacidad contractual de las partes en la propuesta de lineamientos normativos.

Por otro lado, la incapacidad es la falta de aptitud legal o de idoneidad en el sujeto para adquirir derechos subjetivos, y ser titular de ellos. La incapacidad jurídica a su vez se sub califica en parcial y relativa. Esta incapacidad puede ser parcial por razones de nacionalidad, edad, deshonor o sexo; o puede ser relativa que recae sobre sujetos plena y jurídicamente capaces pero debido a su situación no pueden ser titulares de algunos derechos respecto de a otros.

2. Consentimiento.

El consentimiento es otra parte fundamental del contrato, que forma parte de su naturaleza jurídica, y además es elemento esencial en el caso del contrato de alquiler de vientre para que se perfeccione, pues para formalizar un acto jurídico se requiere

exteriorizar la voluntad, para que así ambas partes cumplan sus obligaciones establecidas en el contrato.

Adoptando el criterio del Código Civil, se asume que el contrato de alquiler de vientre se perfecciona o inicia su existencia, cuando el oferente, es decir la pareja contratante tiene conocimiento de la aceptación de la mujer gestante de la oferta del contrato; de acuerdo al artículo 1373 del Código Civil peruano:

Artículo 1373.-El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Borda indica que el consentimiento se presume válido en tanto el que lo presta no demuestra que ha estado viciado por error, dolo o violencia. Pero si concurre alguno de estos vicios, el acto es anulable, porque ellos suponen la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros falta intención. (Borda, Tratados de Derecho Civil – Parte General – Tomo II,1999, pag.1118.

3. Objeto.

El objeto de los actos jurídicos es la cosa o hecho el cual recae la obligación contraída. En otras palabras, es la presentación adeudada. (Borda, tratado de Derecho Civil – Obligaciones – Tomo II,1998).

De acuerdo al auto podemos darnos cuenta que el objeto en el contrato de alquiler de vientre es la obligación que genera dicho contrato sobre las partes.

Entonces podemos decir que el objeto del alquiler de vientre es el uso del útero de la mujer y de su función gestacional para gestar al embrión.

Que en la realidad social por no estar regulado es un contrato que carece de fin lícito, por lo que la presente investigación postula la regulación y formalización del contrato.

4. Causa.

Las causas del contrato son las más debatidas que ha dado lugar a enfoques distintos y encontrados dentro de los estudios del Derecho Civil.

La causa es el fin inmediato y determinante que han tenido en mira las partes al contratar, es la razón directa y concreta de la celebración del acto, y precisamente por ello, resalta para la contraparte, que no puede ignorarla. (Borda, tratado de Derecho Civil – Obligaciones – Tomo II, 1998).

El trabajo de investigación, se considera para el caso del vientre de alquiler que la causa de la relación contractual no es el comercio de cosas o el lucro, sino que se trata de la vida de un nuevo ser humano y de la creación de nuevo núcleo familiar de una pareja que lo ha decidido mutuamente. La causa no debe ser contraria a la ley ni a las buenas costumbres y es precisamente por eso el desarrollo de la presente investigación que propone la regulación del contrato de alquiler de vientre para que las partes no incurran en fraude a la ley, y se vean apoyándose por la ley para resguardar sus derechos y los del futuro menor.

Se concluye que la causa del contrato de subrogación materna bajo los supuestos doctrinarios es el origen de un ser humano para que forme parte de un núcleo familiar por padres responsables.

5. Formal.

Para el contrato de alquiler de vientre la ley debe exigir una determinada solemnidad por lo que el acto debe considerarse formal, y regularse en nuestra legislación ya que es un hecho que se da en la sociedad fáctica.

Los actos formales se clasifican en solemnes y no solemnes. En el primer caso, la forma es exigida como requisitos inexcusables de la validez del acto (ad solemnitatem); el incumplimiento de ella trae aparejada la nulidad del negocio jurídico, aunque se pruebe de manera inequívoca la expresión de voluntad, en el segundo, en cambio, la forma exigida solo como un medio de prueba. (Borda, tratado de Derecho Civil – Obligaciones – Tomo II, 1998).

En la presente investigación se considera que el contrato de alquiler de vientre debe ser de carácter solemne y formal, es decir que el consentimiento de la voluntad debe ser libre, consciente y formal(escrito), bajo la posible regulación de la figura contractual.

3. Derechos que se protegen en el contrato de alquiler de vientre.

En la presente investigación consideramos también los derechos más importantes que se debe tener en cuenta dentro del alquiler de vientre.

a. Derecho a la vida.

Respecto a la concepción sobre el derecho a la vida del menor Miranda Canales explico:

El Código Civil peruano de 1984, en su artículo 1º, reconoce al concebido la categoría de sujeto de derecho para todo cuanto le favorece y al igual que el Código argentino, expresa que la vida humana comienza con la concepción. Este precepto está amparado en el inciso 1º del artículo 2º de la Constitución del Estado, de 1979, que prescribe: “Al que esta por nacer, se le considera nacido para todo lo que le favorece. (Miranda Canales M.,1983).

El Código Civil de 1984 como la Constitución Política vigente de 1993 y el Código de los Niños y Adolescentes del 2000, reconocen la concepción como el inicio de la vida del ser humano y le otorgan protección jurídica como sujetos de derecho.

Actualmente con respecto al inicio de la vida humana, la Corte Interamericana de Derecho Humano, organismo internacional al cual el Perú se ha adherido; en la resolución de fecha 26 del 2016 “CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA” (Corte Interamericana de Derecho Humano.2012) acepta la teoría de la concepción como inicio de la vida humana, es decir desde el instante mismo de la anidación del embrión en la matriz de la madre. Para la Corte, el término “concepción” referido al inicio de la vida humana no se interpreta como coincidiendo con la “fecundación” y debe interpretarse como equivalente a implantación y además afirma que el embrión humano concebido fuera del seno materno no tiene posibilidad de sobrevivir. Por lo que nuestra legislación necesariamente tiene que adherirse a los postulados de la Corte considerándose por ende como el inicio de la vida al embrión anidado convirtiéndose como sujeto de derecho desde esa etapa.

b. Derecho a la identidad.

Es el derecho que tiene todo ser humano de diferenciarse del resto de ciudadanos, por lo cual el derecho al nombre es el elemento distintivo del derecho a la identidad.

El derecho a la identidad es sin duda un derecho complejo, que comprende a su vez otros derechos fundamentales como el derecho al nombre, a la nacionalidad, el género, la filiación entre otros. Una definición inicial de este derecho se propone en el Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011- 2015 que recoge Grández Mariño:

Concebido la identidad como un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad de la persona, constituido por un conjunto de elementos con rasgos propios y originales que identifican y diferencian a las personas frente a los demás. Es esta individualidad con rasgos y particularidades cuantitativas y cualitativas, estáticas y dinámicas la que conforman la realidad de lo que cada uno es. (Grández Mariño, 2014)

La identidad según Fernández Sassarego en “Derecho de las Personas” distingue una identidad estática de una identidad dinámica. Entendida la primera como aquellos rasgos y datos inamovibles del ser humano, es decir que no cambian con el tiempo como, por ejemplo: la fecha de nacimiento, el nombre, el sexo, etc. Mientras que la identidad dinámica son aquellos caracteres que van a variar con el transcurso del tiempo, como son la personalidad, domicilio, etc.

En relación al tema Varsi Rospigliosi señala la identidad genética que:

Corresponde a la constitución genética de la persona, tanto muerta como viva. En un sentido objetivo es el nivel más íntimo (Varsi Rospigliosi, 2013).

Resulta irrelevante la divulgación de la identidad de la madre gestacional como parte del derecho a la identidad y de conocer el origen biológico para el niño y futuro hombre, ya que esta madre portadora solo ha contribuido con la función de gestación más no es la aportante del material genético ni la que ha tenido la intención ni el afecto de procreación de un nuevo ser, la cual será solamente la madre biológica y la madre legal.

c. Origen Biológico.

Todo ser humano tiene derecho a conocer su origen biológico y procedencia, así refiere la ley N° 28720 del 25 de abril del año 2006 en la que se permite a la madre soltera revelar la identidad del padre biológico a efecto de que no se genera identidades falsas, vulnerando así el derecho de todo ser humano de conocer sus antecedentes genéticos.

En el contrato de alquiler de vientre, se va a prescindir de su material genético y solo se usará su función gestacional, por lo que no mantienen con el niño alguna relación genética, es en este sentido que no representa parentesco con el niño en este aspecto. De esta manera, el niño que, en el futuro, pretenda recurrir a una posible investigación de su origen biológico no arribaría a una conexión genética con la mujer que lo gestó.

d. Interés superior del niño.

Sobre este principio garantista Miranda Canales señala:

Mas allá de la ética, la moral y la razón, las leyes, a través de sus ejecutores naturales, los jueces deben establecer el delicado equilibrio social. Los esfuerzos de los padres, parientes, abogados, peritos (médicos genetistas) y jueces, deben estar encaminados a lo que se denomina “el mejor interés del niño” o “interés superior del niño”. Bajo ninguna circunstancia, debe olvidarse este principio, pues el mismo, protege al niño y, por consiguiente, al núcleo social que es la familia. (Miranda Canales M.1983)

Los estados garantes de la convención Internacional de los Derechos del Niño los estados garantes de la Convención Internacional de los Derechos del niño y niña y adolescente se comprometen a privilegiar y favorecer en la normatividad vigente de cada país al niño respecto de los demás ciudadanos. Por lo que en merito a este principio, se considera que la filiación de los niños nacidos bajo la figura de alquiler de vientre debe estar taxativamente regulada por el ordenamiento legal vigente, evitando vacíos legales que vulneran el derecho de interés Superior del niño.

Según el Código de los Niños y Adolescentes – D.L.27337 en su artículo 1:

Artículo 1. A la vida y a la integridad. - El niño y adolescente tienen derechos a la vida desde el momento de la concepción.

Con este articulo el Código de los niños y Adolescentes vigente, vela por los derechos del menor como sujeto de derecho desde la concepción.

4. Anulación del contrato.

1. Error.

El error se considera como un vicio de la voluntad:

Artículo 201.- El error es causa de anulación del acto jurídico cuando se esencia y conocible por la otra parte (Código civil peruano).

Se considera un factor determinante la anulabilidad del acto, debe recaer sobre las cualidades sustanciales, que son aquellas tenidas principalmente en mira al contratar, o sobre la persona, si esta fue motivo o causa determinante de la obligación contraria. (Borda, Tratados de Derecho Civil – Parte General – Tomo II, 1999).

En el caso de la incorporación del contrato de alquiler de vientre se considera error de hecho sobre la persona con quien se quiere contratar y esta vicia el consentimiento, por error la especie del acto, identidad o calidad del objeto y persona con que se contrata. Puede darse el error de hecho sobre la naturaleza del acto por la mala comprensión del acto de alquiler de vientre. El error de una de las partes es suficiente para viciar el consentimiento, aunque la otra parte haya procedido con el contrato de buena fe.

2. Dolo.

En la legislación peruana vigente considera la anulabilidad por dolo:

Artículo 210.- El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin el la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Se entiende entonces al dolo como el conjunto de artificios, maquinaciones o artimañas de las que se vale una de las partes para conseguir el consentimiento de la otra parte. Es decir, es un error provocado o inducido por una de las partes contratantes. Según Borda define:

El dolo supone siempre un engaño: es inducir deliberadamente en error a una persona con el propósito de hacerle celebrar un acto jurídico (Borda, Tratado de Derecho Civil – Parte General – Tomo II, 1999).

En el contrato de alquiler de vientre, se consideraría al dolo como vivió del consentimiento cuando una de las partes los causa y la otra parte contrata a causa de este. Al igual que el error debe ser probado, de que una de las partes haya actuado de mala fe para lograr el consentimiento de la otra. El caso de que la mujer portadora oculte su identidad matrimonial a las partes contratantes.

3. Violencia.

En la legislación del código civil vigente se considera cusa de anulación:

Artículo 214.- La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él.

Así, se considera violencia aquella fuerza o intimidación que se ejerce sobre la voluntad de una de las partes o de ambas, obligándola a consentir y realiza al acto contractual. Al respecto Borda señala que:

Cuando el consentimiento ha sido arrancado bajo la presión de violencia física o morales, el acto, a pedido de la víctima, debe ser anulado (Borda, Tratado de Derecho Civil – Parte General – Tomo II, 1999).

Entonces, según el autor Borda, para que la fuerza pueda viciar el consentimiento esta debe ser injusta, grave y determinante, ya sea física o moral.

En el caso de la incorporación del contrato de alquiler de vientre puede darse el caso de que la pareja contratante debido a su imposibilidad física para procrear propone a su trabajadora doméstica que sea la encargada de gestar la criatura y ante su negación la pareja amenazada con despedirla, ocasionándole un daño moral.

Con la regulación del contrato de alquiler, se busca evitar estas posibles variables del caso del vientre de alquiler, y asegurar la protección eficiente de las partes contratantes, garantizando sus derechos y a la vez exigiendo sus obligaciones, haciendo prevalecer, al nacimiento de la criatura, el Interés Superior del Niño y la constitución del núcleo familiar ideal.

5. Alquiler de vientre en el mundo.

El derecho cumple funciones de autorización, fiscalización, y control, en la actualidad varias personas a nivel mundial recurren al método de reproducción humana asistida, en específico el alquiler de vientre, para suplir su incapacidad de reproducción y concebir un niño, es así que en algunos países del mundo el

alquiler de vientre esta permitido, mientras que en otros no y en algunos ni lo reconocen, como se detallara a continuación.

5.1 Países que prohíben el alquiler de vientre.

Italia.

En este país se encuentra prohibida la práctica de alquiler de vientre (técnica de reproducción asistida heterónoma) siendo que la madre no puede desconocer y menos ser anonimato ante el reconocimiento de voluntad del parto, ya que en su legislación esta es la que determina la filiación de maternidad, por lo cual esta estaría siendo sancionada.

España.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prohíbe el alquiler de vientre al ser un país que forma parte de la familia jurídica del Civil Law que se encuentra ligada a la interpretación de la norma y a la moral, por lo que se desprende que es un país en el cual las técnicas de reproducción asistida tienen muchas restricciones, más aún la gestación por alquiler ; pese a que se hayan presentado reformas a favor ninguna fue aprobada.

Artículo 10.- Gestación por sustitución 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a

salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Alemania.

Ley de protección del embrión recoge un extracto de la citada ley la cual en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción establece: 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento.(Lamm 2012, 11).

Suiza.

La Constitución Federal de la Confederación Suiza de 18 de abril de 1999, *Artículo 119.- Reproducción asistida por la medicina e ingeniería genética en los seres humanos,*² *La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución; Además de este dispositivo, según refiere Lamm (2012: 12), la prohibición de esta práctica se encuentra regulada también «por artículo 4 de la ley federal sobre procreación medicamente asistida de 1998 (reformada*

en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito)».

5.2 Los países que permiten la maternidad subrogada, solo cuando es altruista, bajo ciertos requisitos y condiciones.

Canadá.

El alquiler de vientre está permitido para todos los modelos de familia, independientemente de su condición sexual y de la existencia de pareja. Sin embargo, la ley canadiense establece una serie de restricciones que hacen que la búsqueda de una gestante sea difícil, por lo que no es un destino muy común. Bernal (2009).

El alquiler de vientre o gestación subrogada está permitido siempre y cuando tenga finalidad altruista, se deberá pagar los gastos que pueda tener derivados del embarazo. Para el reembolso de los gastos, es necesario que la gestante los justifique debidamente, y que así puedan ser reembolsados por los futuros padres. El sistema de salud público de Canadá cubre los gastos médicos del embarazo, aunque no los derivados del proceso de reproducción asistida de la fecundación in vitro.

Brasil.

El consejo Federal de Medicina ha establecido una serie de condiciones indispensables para poder acceder a este tratamiento reproductivo. El requisito principal es que debe hacerse de forma altruista. Se prohíbe el alquiler de vientre comercial, ya que la Constitución prohíbe la comercialización

con órganos y tejidos. La Resolución 2121/20115 establece los siguientes requisitos:

- La gestante debe hacer el proceso de forma altruista.
- La gestante debe ser un familiar de primer, segundo, tercer o cuarto grado de uno de los padres de intención.
- Ni la madre de intención ni la gestante pueden superar los 50 años de edad.
- La madre de intención debe tener un problema médico que impida o contraindique la gestación.
- Las parejas homosexuales también pueden tener descendencia por este método.

Estos requisitos son de imprescindible cumplimiento, solo en caso de que una Junta Medica Regional conceda su permiso, se podría aplicar una excepción, por ejemplo, permitir se trate de una mujer ajena a la familia de la madre o padre intencional para ser la gestante.

Estados Unidos.

En este país hay algunos estados en que está permitida el alquiler de vientre, como es en los siguientes:

a. California.

Encontramos protección jurisprudencial más relevante a favor de los padres comitentes, a quienes declara legamente los padres del niño nacido, tengan o no conexión genética con el mismo. Se admite la subrogación comercial, se obliga al cumplimiento de los convenios suscritos al efecto, y se permite a los padres comitentes, independientemente de su estado civil u orientación sexual, ser considerados padres legales antes del

nacimiento sin necesidad de acudir a procedimientos de adopción.

b. Arkansas.

el Acta 647 del 17 de marzo de 1989 prevé que el niño nacido como resultado de un tratamiento de inseminación artificial, sea reputado como hijo biológico del padre y de su esposa, aunque ésta última no tenga conexión genética con el bebé, o sólo del padre biológico, si no está casado, o de la madre comitente, si el espermatozoides para el proceso fue donado-. A la hora de registrar el nacimiento, la mujer gestante se presume que es la madre natural, pero se puede obtener un certificado de nacimiento alternativo expedido por los Tribunales.

5.3 Países que no cuenta con una regulación expresa sobre alquiler de vientre.

Colombia.

No existe ley de alquiler de vientre a pesar de la proliferación de entidades que ofrecen estos servicios y es una interrogante la necesidad de legalizarla y de regular los distintos mecanismos asociados a esta práctica, “delimitando solo la intervención a especialistas. Ha habido muchos proyectos de ley por parte de Senadores y representantes de la cámara, pero siempre sin éxito, tanto en lo referente a la maternidad subrogada como a las técnicas de reproducción asistida en general. (AGUILAR, Emilio José, 2010).

Argentina.

Según Canessa (2008), en este país el Código Civil, el nacimiento y maternidad del hijo no se encuentra en incertidumbre ni conflicto ya que para esta legislación la madre gestante es la misma que la madre biológica. Pese que se realizó un tratamiento de reproducción asistida, donde hubo ovodonación; se tendrá que adjuntar pruebas que demuestren si se produjo un acto contra ordenamiento jurídica.

Perú.

En el Perú no existe un marco normativo explícito que regule el alquiler de vientre, ni para declararla nula, ni para admitirla.

La Ley 26842, Ley General de Salud, en su artículo 7 establece una prohibición tácita respecto de esta práctica en los siguientes términos:

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

El Código Civil peruano, «en materia de filiación se encuentra desfasado. Se sustenta en la concepción clásica romanista: “Mater semper certa est” (la madre siempre es conocida), según la cual la mujer que gesta, es la madre de la criatura que alumbr», (Jiménez, 2010, Pag 356).

5.1.2.2 MATERNIDAD.

5.1.2.2.1 Maternidad Genética.

Para determinar la relación de los padres genéticos o contratantes con respecto al menor, primero se debe comprender que son ellos quienes tienen el profundo deseo o la necesidad vital de constituir una familia por medio de la procreación, y cuando la naturaleza les quita la posibilidad de satisfacer este aspecto de su vida, las personas recurrentes al apoyo tecnológico, como en el caso de alquiler de vientre.

Así puede verse desvariada la figura común de la familia, que podría considerarse, en contraste con Varsi Rospigliosi:

Todo hombre por naturaleza nace, crece y convive en familia.

Este hombre es producto biológico de dos progenitores de sexos complementarios quienes le han engendrado genéticamente y que por lo demás, están casados. Este es el ideal de la procreación social (Varsi Rospigliosi, 2013).

Debido a los avances tecnológicos, algunas figuras sufren cambios, como es el caso de la maternidad, la ha adquirido una nueva variante: como alquiler de vientre donde participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. La primera es la madre genética, la cual es portadora únicamente del material genético, en este caso el óvulo, y la segunda es aquella que cede la matriz efecto de que se da en su vientre el proceso gestacional, la cual será, por ende, la que constituye el parto, convirtiéndose así en la madre gestacional.

Es por ello que resulta importante determinar que es la maternidad y definir sus alcances e implicancias legales en los supuestos de alquiler de vientre, a fin de determinar a cuál de las dos se le debe atribuir la maternidad legal.

Desde el punto de vista natural existe certeza de la maternidad, como acoge nuestra legislación, debido a que la mujer ha sido diseñada con el fin exclusivo de procrear y llevar en su vientre al nuevo ser, basta que la mujer haya estado embarazada y que luego haya dado a luz al nuevo ser. Sin embargo, esta situación tan arraigada en la vida cotidiana como en la realidad, está sufriendo modificaciones con los avances de la ciencia, ahora ya se puede hablar de presunción, ya que la mujer que da a luz, no necesariamente tiene que ser la madre.

La maternidad genética y maternidad gestacional genera al derecho una nueva perspectiva. A lo largo del tiempo hubo empeño porque el hijo tuviera desde su nacimiento quien se encargará de él, es decir sus progenitores, considerándose a la madre siempre cierta por el hecho del parto, en base a las leyes de la biología, que hoy han superado ampliamente al derecho, cuando la que alumbró puede no estar genéticamente vinculada al nacimiento, lo cual provoca un desajuste social y biológico.

Por un lado, está la mujer capaz de proporcionar su material genético que puede encontrarse impedida para gestar, por lo que acude a otra mujer para que la complemente. La intención maternal, vínculo genético, recae sobre la mujer que no alumbró. Es la mujer que quiere ser madre jurídica y el derecho le cierra las puertas al no regular taxativamente esta figura, ya que en la actualidad se deja solo al arbitrio de la relación contractual entre las partes, la cual no siempre arriba a un buen término, siendo Órgano Jurisdiccional el que dirima las diferencias contractuales, de acuerdo a su criterio y no a su incorporación específica.

Los paradigmas del clásico de derecho romano “mater Semper certa est” y que la maternidad siempre está dada por el parto. Por lo que en

merito a la experiencia actual la ciencia ha trastocado el derecho dándose una realidad distinta en la madre que alumbró no coincidentemente es la madre gestante. Entonces, resulta imperante que el Derecho al no poder poner un límite a los avances progresivos de la ciencia regule esta realidad socio-familiar, dándose las modificaciones necesarias en la legislación peruana.

Sobre el aspecto jurídico Arámbula Reyes menciona:

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (gestación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente. (Arámbula Reyes, 2008).

En la legislación vigente para la determinación de la maternidad, en merito a la ley N°27048 conocida como ley de ADN se aplica como técnica biológica a efecto de tener certeza jurídica la prueba de ADN, a fin de determinar si la categoría de madre biológica coincide con la categoría de madre biológica con la categoría de madre legal. Por ello es necesario regular taxativamente la figura de maternidad gestacional con la finalidad de modificar la figura de que la maternidad se determina solo por el parto, ya que la actualidad científica revela una realidad diferente, como es el caso de la maternidad gestacional.

Por lo que en la presente investigación se considera que los padres contratantes y portadores del material genético será los que ostenten la filiación materna y paterno.

A. Derecho a constituir una familia.

La constitución Política vigente establece una serie de principios Constitucionales referentes al tratamiento de la familia, de la madre y del niño; por lo que el derecho de familia contempla dentro de sus postulados principales del Principio de Protección de la Familia, consagrado en el artículo 4 de la C.P.P de 1993, principio por el cual Estados protege a todos los tipos de familia existentes en la sociedad y protege el derecho de todo ser humano de forma y constituir una familia:

Artículo 4°. -Protección a la familia. Promoción del matrimonio.

La comunidad y el Estado protege especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueve el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (Constitución Política del Perú,1993)

Este Principio Constitucional, el Estado tiene la imperiosa necesidad de incorporar el alquiler de vientre, la cual no solamente se debe aplicar a familiares de corte matrimonial sino también a familia extramatrimoniales debidamente constituida (Uniones de hecho propias).

El autor Guillermo Borda señala con respecto a la familia que:

En la penetración de Estado en la familia hay un fundamento ético.

No es tolerante ya el ejercicio arbitrario y abusivo de las potestades familiares; las responsabilidades y deberes que están implican asumen un carácter preeminente, y la sociedad debe

velar por su cumplimiento. (Borda, Tratado de Derecho Civil – Familia – Familia – Tomo I,1998).

Para el autor, el Estado tiene como compromiso apoyar y promocionar la institución de la familia es relevante. En la presente investigación se considera a la familia como un núcleo importante para todo ser humano, y el estado debe garantizar su desarrollo ideal para proteger la integridad social de los sujetos. Es por ello que se considera que se debe garantizar que el niño nacido por alquiler de vientre encuentre en sus padres ese deseo de constituir una familia, para asegurar un núcleo familiar óptico.

B. Derecho a procrear.

El derecho a procrear es el conjunto de derechos individualistas es decir la sola facultad del ser humano para procrear, a diferencia de los derechos reproductivos en que esta la predisposición del Estado de impulsar y protegerlos de manera especial. (Varsi Rospigliosi,2013).

Podemos decir que los derechos reproductivos tienen dos áreas, la negativa que se refiere a la planificación familiar y la positiva que se refiere al caso del derecho a la procreación, materia de la presente investigación.

La procreación entendida como la creación conjunta, goza de protección jurídica, ya que todo ser humano tiene derecho de transmitir vida, ya que puede generar descendencia, lo que linda con el derecho a la reproducción, la cual se puede ejercer en dos aspectos positivos de generación humana y el aspecto negativo

mediante la aplicación técnica anticonceptivas o planificación familiar.

El autor Miranda Canales al respecto sostienen que.

La procreación crea vínculos, hace nacer deberes y derechos que perduran durante toda la vida de padres a hijos e, incluso se prolongan más allá de la muerte, porque es el objetivo natural del matrimonio es la procreación, pues, la función biológica de la familia, asegura la perpetuidad de la especie, dentro de las formas más favorables desde el punto de vista moral y social. (Miranda Canales M.J, 2007).

Como facultad inherente al ser humano la procreación como derecho deriva del derecho a la vida, del derecho a la integridad y del derecho a la libertad de la persona. Puesto que la procreación es una etapa que complementa a la persona, dirigida a la Constitución de una familia, El Derecho debe preocuparse por regularizar la figura en caso que los padres en disposiciones de su derecho a procrear recurran al apoyo de las técnicas de reproducción asistida como en el caso de alquiler de vientre.

Sin embargo, el derecho a la procreación no es un derecho absoluto sino relativo, para apoyar el contexto se recalca el importante valor del aporte de Varsi Rospigliosi quien explica:

La capacidad de procrear de la persona no es limitada, sino que debe ser realizada dentro de ciertos parámetros esenciales. Uno de ellos es la defensa, respeto y consideración que se debe tener con la vida. Prima de esta manera, el interés superior del niño, que si bien aún no existe pues no ha sido concebido tiene todo el derecho de nacer dentro de condiciones naturales, de

encontrarse con una familia establecida y de contar con un hábitat adecuado (Varsi Rospigliosi, 2013).

El derecho a la procreación no puede prevalecer sobre el interés superior del niño sino más bien que aquel debe velar por este último que merece la más alta protección que merece según su vulnerable estado físico y legal, sobre todo por el hecho de que es un ser humano y sujeto de derecho.

Además de la protección integral hacia el menor, el contrato de alquiler de vientre debe determinar la relación de este con respecto a los padres contratantes que aportaron el material genético y la mujer gestante, en el aspecto legal y social.

C. Esterilidad.

La esterilidad es uno de los problemas de salud más comunes. Esta referido a la pareja, no al individuo. Es producto de incompatibilidad, a pesar de que uno y otro sea fértiles.

La corriente moderna analiza el origen de este mal conjunto, no de manera unitaria. Más que una enfermedad, la esterilidad es un síntoma de una condición general subyacente, o propiamente una enfermedad endocrina o genital, que afecta el funcionamiento adecuado del sistema reproductivo. (Varsi Rospiglioso,2013).

Esta esterilidad de la pareja encuentra una pronta solución en la técnica de reproducción asistida del alquiler de vientre, que si bien resulta sumamente compleja resulta ser una salida alentadora que requiere regularse y positivarse en nuestra legislación.

D. Procreación asistida.

El desarrollo de esta técnica de asistencia reproductiva genera efectos sociales para las personas, tales como la variación biológica de la familia, por cuanto existe una tercera mujer que alquila su útero para asistir a los padres contratantes con el fin de procrear.

En la actualidad hay muchas familias a quienes la naturaleza les niega la imposibilidad de tener un hijo, acuden a diversos métodos de asistencia reproductiva, para satisfacer su verdadera necesidad de constituir una familia y convertirse en padres, cosa que al ser parte de la sociedad el derecho debe adaptarse y proteger los derechos de sus ciudadanos, para que estos no se vean desprotegidos legamente cuando recurran a la figura de alquiler de vientre y de esta manera también no se vea amenazada la relación genética con el menor

5.1.2.2 Maternidad Gestacional.

La figura de maternidad gestacional recae sobre la mujer que aporta únicamente la función gestacional, es decir, el aporte del útero o cavidad uterina con sus funciones gestacional. Encargada de llevar a cabo la gestación del embrión fundado por la pareja contratante con su propio material genético.

Esta figura no se podía constituir antes, ahora es posible debido a los avances tecnológicos y científicos sobre la reproducción asistida.

Se conoce como Maternidad Gestacional a la situación en la que una mujer queda embarazada y tiene un hijo que será para otra mujer, la cual carece de capacidad física para hacerlo. Por lo tanto, la mujer que queda embarazada, denominada madre sustituta, tiene en claro que debe entregar al bebe a sus padres en el momento en el su nacimiento.

En la subrogación tradicional la madre gestacional también es la que aporta el ovulo y se le puede considerar madre genética, pero en este caso del alquiler de vientre, aporta el ovulo la mujer de la pareja contratante junto con el semen del marido con el fin de ser padres al futuro.

A. Derecho a disponer de nuestro cuerpo.

Los actos de disposición del propio cuerpo se encuentran regulados en el Código Civil:

Artículo 6.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una discriminación permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son Válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

Se vincula al alquiler de vientre a la cavidad uterina, por cuanto hace parte del sistema reproductor femenino, compuesto entre otros por los siguientes órganos; trompas de Falopio, ovario, vagina y demás, es parte del respectivo aparato reproductor, siendo más precisos, el contrato de alquiler de vientre lleva consigo prácticamente el alquiler del útero, que es el órgano que permite la implantación y posterior gestación del feto que en un tiempo progresivo y en las condiciones óptimas será una persona; entonces cuando nos referimos al alquiler de vientre, se está refiriendo al útero, órgano indispensable para este caso, por lo tanto la mujer

apta para celebrar el contrato de alquiler de vientre es aquella que posee este órgano en saludables condiciones.

B. Derecho a la salud.

El derecho a la salud se encuentra regulado en el artículo 7 de la constitución Política del Perú.

Artículo 7.- Derecho a la salud.

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

En el contrato de alquiler de vientre, se debe resguardar la salud íntegra de la mujer gestante para llevar a cabo el proceso de gestación de salvable calidad, que debe comprender distintas facetas tales como:

- Asesoramiento médico en torno a la gestación con pruebas que diagnostiquen su facultad para el propósito de alquilar su vientre.
- Cuidado médico desde la aceptación del contrato, es decir, que comprenda la fase pre - implantatoria, prenatal y postnatal.
- Trasmisión de la información sobre la salud de la mujer gestante a los padres contratantes.

El hecho de que la mujer que alquilo su vientre haya consentido previamente con la pareja comitente gestar a la criatura y entregarlo una vez nacido, no significa que se pueda predecir cuáles serán sus actitudes hacia los niños que dan a luz, además, porque le entrega de los bebés las hacen propensas a posibles trastornos emocionales. Sin embargo, esta situación es controlable y es por esto que no

cualquier mujer puede alquilar su vientre, debido a la misma cumplir con un perfil físico y psicológico previo que la acredite para intervenir en este proceso, no basta solo con el consentimiento que expresa la voluntad. De igual manera sería adecuada la atención de un profesional después del nacimiento y la entrega del infante para así evitar esta clase de riesgos en la salud mental de la gestante.

C. Intimidad genética.

El hablar de la intimidación genética nos referimos a la facultad que tiene la mujer gestante de reservar los datos, experiencia o información biológica se denomina intimidad genética, que pretende proteger a la persona de divulgar tal información, otorgándole confidencialidad genética, facultad que deriva del derecho a la vida privada para excluir del conocimiento de terceros los aspectos vinculados a la propia persona.

La intimidad genética es la facultad con la que cuenta el sujeto de derecho a fin de mantener su bioautonomía interna libre de intromisiones, restringiendo el acceso a la información que se desprenda de ella. (Varsi Rospigliosi, 2013).

La intimidad genética se sustenta en la prohibición de divulgar información privada a terceros, es decir toda intromisión arbitraria y toda publicidad posterior, protegiendo el ámbito íntimo inviolable de cada persona.

Está relacionado con el derecho a la identidad genética, y se considera por la doctrina que debe ser un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico.

Podemos ver desde el punto de vista jurídico, que es un medio eficaz para evitar que a la tercera gestante se le recurra para una acción de maternidad.

Hacer prevalecer el derecho a su identidad, entendida en el sentido de que otras personas no puedan saber el empleo que hace de su útero, intimidad que podría verse lesionada si fuera investigada y conocida la cesión de su función gestacional.

5.1.2.3 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.

La filiación es un hecho biológico. Consistente en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra. Consecuentemente esta relación distribuye, por el ordenamiento jurídico, derechos y obligaciones entre los progenitores y los seres procreados por ellos.

La filiación recae sobre efectos sociales también, como el afecto o la voluntad paternal para tener un vínculo de filiación con el menor, además de los efectos jurídicos necesarios para velar por la calidad de vida integral del menor. El hecho de la filiación establece una relación entre padres e hijos. (Arámbula Reyes, 2008).

La filiación reposa sobre la base de un hecho biológico trascendente como es la procreación y el subsecuente reconocimiento del hijo, generando efectos jurídicos, como son: el parentesco, la nacionalidad, la identidad, vocación sucesoria, etc.

El régimen legal de filiación del menor, en el caso del contrato de alquiler de vientre debe ser otorgada a la madre contratante, es decir la que aporta el material genético, la que apoya económicamente y en cuidados al alquiler de vientre y que finalmente deberá ser la madre legal conjuntamente con su pareja.

La filiación matrimonial es la más completa, puesto que reposa en una serie de presunciones y principios legales, mientras que la filiación extra matrimonial es imperfecta por cuanto reposa solamente sobre reconocimiento del padre o madre y sobre el emplazamiento judicial.

En la presente investigación se considera que, en los casos de alquiler de vientre, la filiación materna será única y exclusivamente de la madre aportante del material genético, la que consecuentemente debiera ser la madre legal, ya que tanto ella como su pareja, han sido los padres contratantes de la futura mujer gestante, y propiciadores de la relación contractual.

5.1.2.4 RECONSTRUCCIÓN SOCIO-JURÍDICA DEL ALQUILER DE VIENTRE.

Orden Público y Buenas Costumbres.

En relación al orden público veamos que prescribe el artículo 2º inciso 14 de la Constitución, definido por Cabanellas:

“A contratar son fines lícitos siempre que no se contravengan las leyes del orden público”.

Es menester definir que son los fines lícitos, es aquella conducta que no contrario lo establecido por el orden público, lo cual, según Cabanellas dentro del criterio predominante en el Derecho Positivo, lícito es cuando o se encuentra prohibido por la ley, todo lo autorizado o consentido, expresa o tácitamente, en virtud de Ley o por silencio de la misma (CABANELLAS, 2011, pág. 202).

No obstante, no todo lo lícito es honesto porque cosas permitidos por la ley están regladas por la moral.

Si conjugamos estas ideas podemos llegar a la conclusión de que la noción de libertad individual se traduce en una libertad de contratar, o sea la libertad concedida a las personas para que de común acuerdo puedan crear, regular, modificar o extinguir entre si relaciones patrimoniales. Tal es el concepto de autonomía privada.

Empero, dado que la gente debe actuar con fines lícitos, esto es dentro del ordenamiento jurídico, tal como lo preceptúa el inciso mencionado precedentemente.

En búsqueda del verdadero sentido del concepto de orden público se llegó finalmente, tomando en consideración que lo que lo caracteriza a las normas legales de carácter imperativo es precisamente inderogabilidad, a que las normas que interesan al orden público son siempre imperativas, con la precisión que, si bien todas las normas de orden público son imperativas, no todas las normas imperativas son de orden público, pues hay normas imperativas que protegen interés privados. La noción de orden público se aproxima por razón de la materia a la norma imperativa cuando el interés es público, de lo que se colige cuando interés que se desee proteger no es público sino privado la norma imperativa no es de orden público. Sin embargo, el hecho que la norma imperativa sea de interés privado no le quita su inderogabilidad, que es la esencia del inciso 14 del artículo 2 de la Constitución.

Conforme a la prescripción del artículo V del Código Civil Peruano, comentado por Vásquez Ríos, tenemos:

"Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres" (VASQUES RÍOS A. , 2007, pág. 52).

Este llano concepto que plantea la doctrina nacional tradicional, es el hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de la voluntad y efectos jurídicos.

Así, se ha afirmado que 'el acto jurídico "es una especie dentro del hecho jurídico, pues aquél descarta la involuntariedad y la ilicitud.

Lo primero es indudable la palabra misma 'acto' indica como una determinación de voluntad.

Más, algunos son de opinión que el término acto jurídico debe comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito.

El acto jurídico ilícito es inaplicable dentro del sistema de nuestro Código Civil, que asigna el carácter de licitud al acto jurídico".

De la aportación hecha por el autor se advierte que la autonomía privada, aparte de que solo pueda desarrollarse en el marco del *numerus clausus* de tipos de actos y relaciones jurídicas fijado por el ordenamiento jurídico, se limita además de diferentes maneras por el mismo ordenamiento.

Prohibiciones generales y especiales restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada. Dentro de las prohibiciones generales, se encuentran el orden público y las buenas costumbres.

Consecuentemente podría decir que el orden público debe parte de su majestad al misterio que lo rodea; asimilar el concepto de imperatividad al de orden público.

Es por eso que no se duda en expresar que el orden público es un "conjunto de disposiciones imperativas. Así mismo, el orden público

funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo sino también ideológico. Este se manifiesta a través de normas imperativas.

En efecto, el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público.

El carácter de inelegibilidad de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público; lo cual finalmente me lleva a determinar que el orden público, es el conjunto de "principios fundamentales y de interés general sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas; por ello, el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas.

5.3 Justificación de la investigación.

Considero que la presente investigación se justifica, en tres aspectos muy importantes que son:

5.2.1 Justificación Teórica.: La presente investigación pretende una comprensión significativa acerca de la regulación de un contrato de alquiler de vientre, que optan muchas parejas infértiles con el anhelo de ser padres.

5.2.2 Justificación Práctica: La presente investigación, radica en ser un aporte más de información, sus hallazgos contribuirán a crecentar los antecedentes y referencias de futuras investigaciones relacionadas a los temas en el presunto estudio de investigación.

5.2.3 Justificación Social: La presente investigación permitiría disminuir los casos de conflicto en los órganos jurisdiccionales en caso se presente un ciudadano que busque tutela jurisdiccional efectiva y ejercer su derecho de acción, ya que son parte de un acuerdo del alquiler de vientre (puede ser los padres biológicos, contrarrestando así la limitada y poca legislación de derecho comparado que se podría aplicar de forma supletoria.

5.3 Problema.

5.3.1 Realidad Problemática.

El alquiler de vientre es un problema en los procesos de incumplimiento de contrato, puesto que nuestros jueces no saben que normas aplicar, al no estar regulado como contrato dentro de nuestra normatividad peruana, y es así que son considerados nulos, por lo que muchas veces se coloca en peligro la vida del niño, concebido a través de las técnica de reproducción humana asistida, asimismo también se puede convertir en delitos de trata de personas por que no existe ninguna normatividad que lo regule.

También se presentan casos de filiación a través del alquiler de vientre, donde estos casos son llevados inmediatamente al Poder Judicial, dado que, en todo proceso judicial, que involucra a niños, los jueces de familia intentan que la decisión que se adopte sea la más adecuada para el desarrollo de la personalidad e integridad de los mismos, sin embargo al no tener una norma adecuada que

relacionen directamente estos casos de alquiler de vientre muchas veces nuestro jueces no aplican normas adecuadas causándole así un perjuicio a los niños.

5.3.2 Delimitación del problema.

5.3.2.1 Delimitación Espacial.

El trabajo de investigación se delimito dentro del ámbito geográfico de Cajamarca.

5.3.2.2 Delimitación Temporal.

El trabajo de investigación corresponde al periodo comprendido durante el año 2018.

5.3.3 Formulación del problema.

¿Cuál es el factor que generan la incorporación del contrato alquiler de vientre dentro de nuestro código civil peruano?

5.4 Conceptualización y operalización de las variables.

5.4.1 Conceptualización de las variables.

a. Incorporación del contrato.

Hace referencia a incorporar un contrato que permita otorgar, a las partes seguridad jurídica obligando así a las partes cumplir con lo establecido en dicho acuerdo para que sea respetado. (Miranda Canales M., 1983).

b. Alquiler de vientre.

Es el alquiler de útero que realiza una mujer con capacidad de gestar, un niño de otra pareja a cambio de una prestación económica.

5.4.2 Operacionalización de las variables.

VARIABLES	CATEGORIAS	INDICADORES	TECNICAS E INSTRUMENTOS
Incorporación del contrato.	Seguridad jurídica.	Confianza.	Encuestas: Abogados Magistrados Libros. Revistas.
	Cumplimiento.	Obedecer.	
Alquiler de vientre.	Capacidad	Cualidad	
	Gestar.	Dar vida a un nuevo ser.	

5.6 Hipótesis.

La seguridad socio - jurídica es el factor que fundamenta la incorporación del alquiler de vientre en nuestro código civil peruano.

5.6 Objetivo.

Determinar la Incorporación del Contrato Nominado Alquiler de vientre en nuestro Código Civil Peruano, para que otorgue una seguridad Jurídica entre las partes intervinientes.

6. METODOLOGÍA.

6.1 Tipo, Diseño de investigación, Método.

6.1.1 Tipo de investigación. – La presente investigación tiene un Enfoque Cuantitativo, porque utilizaremos la recaudación y el análisis de datos para así poder contestar las preguntas de investigación, asimismo confía en la medición numérica, el conteo y en el uso de la estadística para poder establecer con exactitud patrones de comportamiento en una población.

6.1.2 Diseño de Investigación. - La presente investigación tiene un diseño descriptivo, no experimental, por cuanto recoge información relacionada con el objeto de estudio.

6.1.3 Método. - Se aplicará el método de análisis deductivo e inductivo, ya que se trabajará con información teórica-doctrinaria.

6.2 Población y Muestra.

La población o universo es el conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones (Hernández et al. 2006, p. 239).

En la presente investigación la población estará conformada magistrados y abogados quienes estudian casos en materia civil y de familia en donde se presentan casos relacionados con el alquiler de vientre.

Muestra.

Distribución Muestral	Cantidad.
Abogados	10
Jueces	5
TOTAL	15

Fuente: Elaboración propia.

6.3 Técnicas e instrumentos de investigación.

Para medir la variable de incorporación del contrato se realizaron encuestas con una serie de ordenadas y coherentes preguntas formuladas con claridad, precisión y objetividad, para la variable alquiler de vientre se aplicó la técnica análisis de documentos.

Por otra parte, también se utilizó cuadros estadísticos, donde representamos las entrevistas echas a jueces y abogados.

6.4 Procesamiento y análisis de la información.

En el procesamiento se describirá las distintas operaciones a las que serán sometidos los datos o respuestas que se obtengan

En cuanto al Análisis se definirán las Técnicas Lógicas o Estadísticas, que se emplearán para descifrar lo que revelan los datos recolectados.

En la presente investigación se tomará en cuenta la técnica estadística descriptiva, en forma simple y porcentual.

7. RESULTADOS.

7.1 Presentación.

Lo que respecta a lo estadístico se proyecto hacia la organización de los datos recolectados, iniciándose desde evaluar la confiabilidad de los instrumentos.

A continuación, presentare los cuadros y figuras acopiadas a la información.

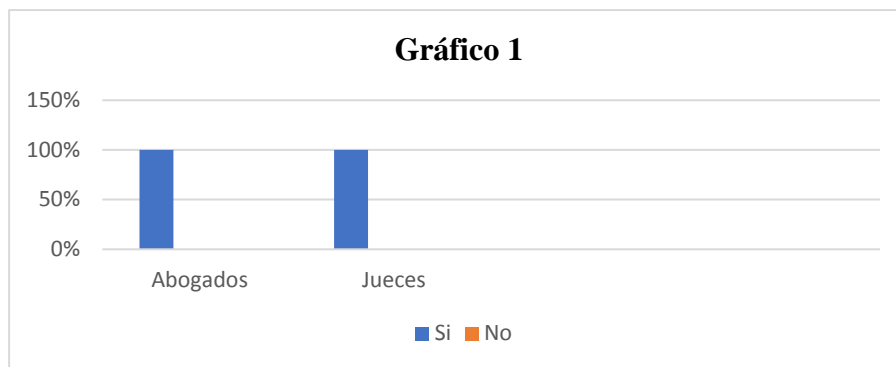
- a. Ordenar la información a través de una data estadística.
- b. Expresar de manera grafica en la tabla y figuras, los resultados recogidos en la fase de recolección de datos. Estos datos expresados de manera gráfica fueron interpretados, tomando como sustento las encuestas realizadas en la presente investigación.

7.2 Análisis e interpretación.

Tabla 1.

¿Considera usted que la no Incorporación del Contrato Nominado "Alquiler de Vientre" en el Código Civil Peruano genera inseguridad jurídica?

	SI	NO	TOTAL	
			Frecuencia	Porcentual
JUECES	5	0	5	100%
ABOGADOS	10	0	10	100%



Fuente: Elaboración propia.

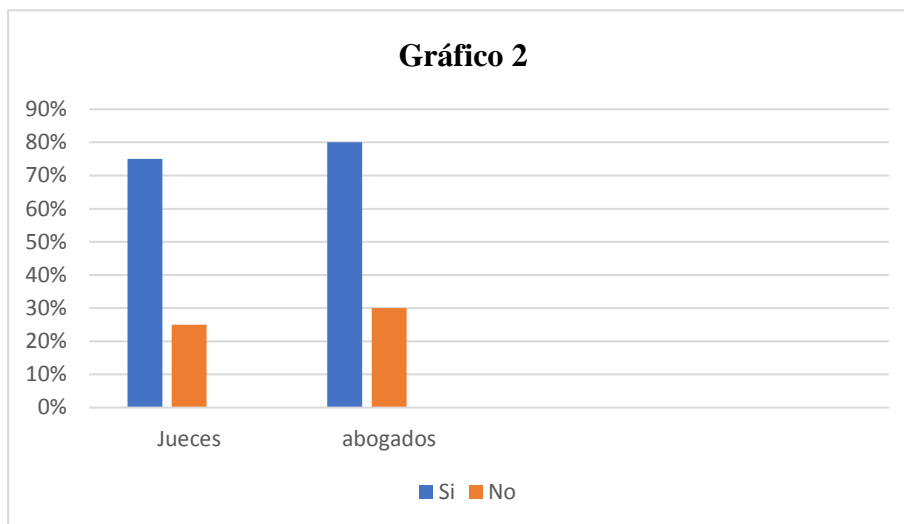
Análisis.

- De los 5 jueces entrevistados que equivale al 100% consideran que la no Incorporación del Contrato Nominado "Alquiler de Vientre" en el Código Civil Peruano si genera inseguridad jurídica.
- De los 10 abogados que corresponde al 100% consideran que la no Incorporación del Contrato Nominado "Alquiler de Vientre" en el Código Civil Peruano si genera inseguridad jurídica.

Tabla 2.

¿La falta de Incorporación en nuestro sistema jurídico del Alquiler de Vientre como Contrato Nominado, genera dificultades en la solución de conflictos que se originen como consecuencia de Alquiler de Vientre?

	Frecuencia		Porcentual		TOTAL	
	SI	NO	SI	NO	Frecuencia	Porcentual
JUECES	4	1	75%	25%	5	100%
ABOGADOS	8	2	80%	30%	10	100%



Fuente: Elaboración Propia.

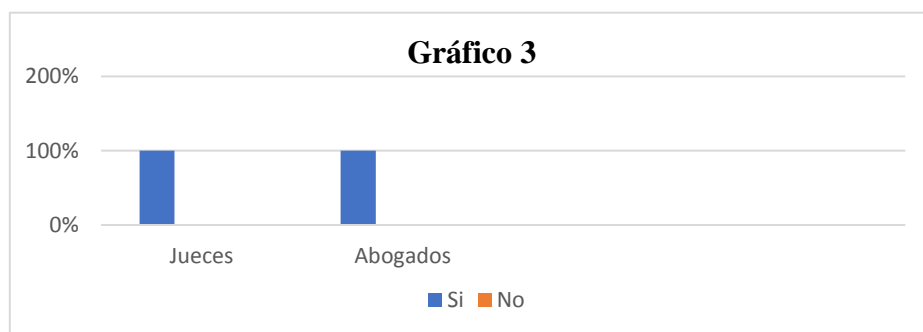
Análisis.

- De los 5 jueces que corresponde al 100% el 75% que equivale a 4 juez, consideran que la falta de Incorporación del Alquiler de vientre como Contrato Nominado en nuestro sistema jurídico, si genera dificultades en la solución de conflictos producto de esta práctica, mientras que el 25% equivalente a 1 juez consideran que no genera ninguna dificultad en dicha solución de conflictos.
- De los 10 abogados que corresponde al 100%, el 80% de abogados correspondiente a 8 consideran que la falta de Incorporación del Alquiler de vientre como Contrato Nominado en nuestro sistema jurídico, si genera dificultades en la solución de conflictos que se originen como consecuencia del Alquiler de Vientre, mientras el 20% que equivale a 2 considera que no genera ninguna dificultad en la solución de conflictos.

Tabla 3.

¿Considera que la Incorporación del Alquiler de Vientre como Contrato Nominado en el Código Civil, otorgaría seguridad jurídica en la solución de controversias sobre filiación?

	SI	NO	TOTAL	
			Frecuencia	Porcentual
JUECES	5	0	5	100%
ABOGADOS	10	0	10	100%



Fuente: Elaboración propia.

Análisis.

- De los 5 jueces entrevistados que equivale al 100% consideran que la Incorporación del Alquiler de Vientre como Contrato nominado en el Código Civil Peruano si otorgaría seguridad jurídica en la solución de controversias sobre filiación.

- De los 10 abogados que corresponde al 100% consideran que la Incorporación del Alquiler de Vientre en el código civil peruano, si otorgaría seguridad jurídica en la solución de controversias sobre filiación.

8. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN.

En la presente investigación se ha realizado diversas entrevistas a magistrados y abogados especialistas en materia civil y familia, además hemos desarrollado todos los aspectos doctrinarios y legislación comparada, analizando también los casos que se han presentados en Perú.

Las preguntas formuladas fueron las siguientes: ¿Considera usted que la no Incorporación del Contrato Nominado "Alquiler de Vientre" en el Código Civil Peruano genera inseguridad jurídica?, ¿La falta de Incorporación en nuestro sistema jurídico del Alquiler de vientre como Contrato Nominado, genera dificultades en la solución de conflictos que se originen como consecuencia de Alquiler de Vientre?, ¿Considera que la Incorporación del Contrato Nominado de Alquiler de Vientre en el Código Civil, otorgaría seguridad jurídica en la solución de controversias sobre filiación?.

A raíz de todo el análisis realizado durante las investigaciones podemos decir lo siguiente:

SE ENCUENTRA PROBADO QUE: Al no estar Incorporado el Alquiler de Vientre como un Contrato Nominado dentro de nuestro Código Civil, genera una inseguridad Jurídica, por lo que debe darse su Incorporación.

SE ENCUENTRA PROBADO QUE: Se genera dificultades en la solución de conflicto como consecuencia del alquiler de vientre por no estar incorporado dentro de nuestro Código Civil Peruano.

SE ENCUENTRA PROBADO QUE: La incorporación del contrato nominado vientre de alquiler dentro de nuestro código civil peruano otorgara seguridad jurídica a las partes.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

9.1 CONCLUSIONES.

Primera. – Se determino los lineamientos normativos necesarios para la regulación del contrato del alquiler de vientre en el Perú, ya que las parejas de llevar a cabo el deseo de procreación y de constitución familiar, acuden al vientre de alquiler, y se encuentran desprotegidas por una normativa legal especializada, acorde a los avances científicos, representado así un vacío legal, que el derecho debe abastecer, mediante una regulación jurídica basada en doctrina y legislación comparada.

Segunda. - Se determino la naturaleza jurídica del contrato de alquiler de vientre, así como el marco legal respectivo para su adecuada incorporación a la legislación nacional. Configurando el contrato de alquiler de vientre con las características de la teoría de los contratos en general, con una medida jurídica eficiente que derive de la doctrina para su aplicación en la práctica o para su ejecución en sociedad. Está regulación debe hacer prevalecer el Interés Superior del niño, frente a los intereses de las partes.

Tercera. – Se estableció el status jurídico del concebido dentro del tema de filiación constituye un factor jurídico que incide en la propuesta para la incorporación del alquiler de vientre como un contrato.

9.2 RECOMENDACIONES.

Primera. - Los legisladores deben crear leyes que vayan de la mano con el avance científico, para establecer límites y responsabilidades debido a que es necesario resguardar el orden jurídico-social y crear pautas para una convivencia armónica.

Segunda. - Se debe incorporar el contrato nominado Alquiler de vientre en nuestro código Civil Peruano, para general seguridad jurídica a las partes que optan por este proceso.

Tercera. - Finalmente considero que dentro de la Universidad San Pedro se profundice el estudio del Derecho Genético, y así llegar a incentivar a los alumnos a crear nuevas propuestas que van de acorde a los vacíos jurídicos dentro del derecho.

10. AGRADECIMIENTO.

Agradezco a todos los que me apoyaron en el presente trabajo de investigación en especial a mis padres por su apoyo económico y moral que me han brindado, asimismo también a los Jueces y abogados quienes amablemente me brindaron las entrevistas, a mi asesora quien fue la encargada de guiarme y corregir cuidadosamente el presente trabajo de investigación.

11. REFERENCIA BIBLIOGRAFICAS.

AGUILAR, Emilio José 2010,

Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer. Una mirada de la norma constitucional colombiana. Grupo de investigación Justicia Constitucional. Cartagena, Colombia.

http://www.unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/ciencias_Derecho/Libro_Maternidad_Subrogada2.pdf.

BEORLEGUI, A (2014).

La Alquiler de vientre en España. Universidad de Navarra. España.

BORDA (1999).

Tratado de derecho Civil – parte general-Tomo II.

CONSTITUCIÓN Política del Perú, 1993,Art.4

CRISTÓBAL, Satander (2012).

El contrato de alquiler de alquiler: ¿ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado.

COMISIÓN de salud y población de Perú (Periodo Anual de Sesiones 2013-2014). Octava sesión ordinaria. El Proyecto de Ley N° 2839- 2013- CR. Consultado:

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/8710e16908b880b2f80525794200724d51/98e261861a7b4f3205257c3d006a446c/\\$FILE/SALUD.8%C2%B0.ORD_11.12.13.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/8710e16908b880b2f80525794200724d51/98e261861a7b4f3205257c3d006a446c/$FILE/SALUD.8%C2%B0.ORD_11.12.13.pdf)

CARREDO, S. (2015).

En su tesis La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del nacido.

Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

CORTE suprema de justicia de la Republica, Sala Civil Permanente. (06 de diciembre del 2011). Sentencia de Casación Cas. N° 5003-2007. (Sánchez Palacio Paiva).

CORTE suprema de justicia de la Republica, Sala Civil Permanente. (06 de diciembre del 2011). Sentencia de Casación Cas. N° 563°-2011. (juez supremo Ponce De Mier).

JIMÉNEZ, Domínguez (2010),

Lima, autor de la tesis "Legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación en el Perú".

JIMÉNEZ, Diógenes 2010,

«Legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna en el Perú». IN CRESCENDO Revista Científica de la Universidad Católica de los Ángeles de Chimbote, Vol. 1 n° 2, pp. 347-358.

[HTTP://REVISTAS.CONCYTEC.GOB.PE/PDF/INCREC/V1N2/A13V1N2.PD](http://REVISTAS.CONCYTEC.GOB.PE/PDF/INCREC/V1N2/A13V1N2.PD)

MIR, L. (2010, Julio).

La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. Revista bioética/UNESCO, 1, 174-158.

MIRANDA C.

Manuel derecho de los contratos. Consultado 22 de diciembre del 2010.

LEONSEGUI, R. (1994).

La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. BFD: Boletín Facultad de Derecho de la UNED. 7, 317-338.

ROMERO, F. (2008).

curso del acto jurídico. Editorial librería Portocarrero SRL. Lima.

SÁNCHEZ (2014).

Regulaciones del contrato de vientre de alquiler como fecundación humana aplicada a la legislación ecuatoriana para introducir reformas al Código Civil. Quito: Universidad Central del Ecuador.

WALTER Kaune Arteag, 2007,

contratos, Consultado 12 de septiembre 2018.

<https://es.scribd.com/doc/17683536/Curso-de-Derecho-Civil-II-Contratos>

[Walter-Kaune-a](#)

ZALDIVAR, J. (2016).

Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada, Arequipa 2013. Universidad Católica de Santa María.

12. ANEXOS.

Anexo 1.

CASOS RELACIONADOS CON EL ALQUILER DE VIENTRE PRESENTADOS EN PERÚ.

En el Perú existe casos de vientre de alquiler de han sido resueltos, pero no aplicando una norma adecuada:

A. CASO N° 1.

a. CASACIÓN. N.º 563-2011-LIMA.

El 6 de diciembre de 2011, supone la primera resolución de la Corte Suprema en relación con los vientres de alquiler. La importancia de esta decisión radica en el precedente que el Alto Tribunal peruano ha creado sobre el delicado tema de la maternidad subrogada.

La decisión recoge el caso de un matrimonio (doña D.F.P.Q y don G.S) que encargó a una mujer (I.Z.C.M) la gestación de un niño, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento. A cambio del niño, la pareja comitente pagó una alta suma de dinero a la gestante (\$18 900 dólares americanos).

La fecundación del bebé se realizó con el gameto del esposo (G.S), por lo que, biológicamente, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre de alquiler. Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y, la paterna, a favor de su conviviente (P.F.P.C), quien realizó un reconocimiento de complacencia. Por lo tanto, el padre de sangre (G.S) no figuraba como padre formal o legal. Para complicar más la situación, el esposo comitente no sólo era el padre biológico de la niña, sino que, además, por el parentesco que le unía a la mujer que alquiló su vientre, resultaba ser, al mismo tiempo, el tío abuelo de la menor por afinidad.

Inmediatamente después del alumbramiento, la niña, de nueve días de nacida, fue entregada a los esposos contratantes. Éstos iniciaron un proceso de adopción por excepción (cfr. artículo 248 Código de los Niños y Adolescentes) para que legalmente se constituyera la filiación a su favor, pero la madre de alquiler y su pareja se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción.

Pese al desistimiento, en primera y segunda instancia se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por los comitentes. Ante ello, la madre portadora y su pareja interponen recurso de casación alegando: a) transgresión del artículo 115 CNA, por no proceder la adopción debido a que el padre adoptante era a la vez el padre biológico de la menor; b) infracción del artículo 128 CNA, inciso b), porque la adoptante, presunta tía demandante, D.F.P.Q, no guardaba ningún parentesco con la menor. Ello a causa de que el padre legal, P.F.P.C, familiar de dicha adoptante, no era el padre biológico; c) infracción del artículo 378 Código Civil, incisos 1 y 5, debido a que los adoptantes carecían de solvencia moral.

La Corte Suprema determinó que todas las causales carecían de sustento. Entendió que sí procedía la adopción porque la paternidad que figuraba en la partida de nacimiento era la de P.F.P.C. Por tanto, éste era el padre legal de la niña y, en consecuencia, la comitente demandante, la tía de la menor. Asimismo, estableció que existía un conflicto entre el interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres recurrentes a ejercer la patria potestad. Ante este dilema, y basado en el comportamiento de las gestantes y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero, resolvió que había de primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandantes, quienes, sostuvo el Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado. Por lo que, concluyó, “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial”. Por estos motivos, declaró infundado el recurso de casación.

CASO N° 2.**Demanda de amparo - Expediente N°06374-2016-0-1801-JR-CI-05.**

En el presente caso el proceso de amparo lo presenta la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, ante el Quinto Juzgado Especializado en lo constitucional de la Corte Superior de Lima, contra RENIEC, para que se deje sin efecto la Resolución Registral N°299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, que declara improcedente la rectificación de las actas de nacimiento de los menores L.N.N.R. y C. D. N. R, en la cual constaba como padres biológicos a la sociedad conyugal César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, pese a que ellos manifestaron que los padres verdaderos son Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, quienes fueron los que alquilaron el vientre de la señora Evelyn Betzabé Rojas Urco, a través de un acuerdo privado de Útero subrogado.

Luego de evaluar todas las pruebas se declara Fundada la acción de amparo y **Nulas** las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC, asimismo se Anulan las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885, **SE ORDENA a RENIEC** que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau.

CASO N° 3.

a. Expediente 3202 – 2018.

Rosario Madueño y su esposo **Jorge Tovar** llegaron a Perú el 2013 para iniciar el proceso de reproducción asistida y, tras diversos intentos, optaron por la gestación subrogada. Para ello contrataron a una mujer que mantuviera en su vientre al óvulo fecundado, procedimiento que fue realizado en una clínica y producto de lo cual nacieron unos mellizos. Sin embargo, **la pareja fue detenida** el 25 de agosto del 2018 en el aeropuerto Jorge Chávez cuando iban a salir del país con dos bebés que fueron gestados por un vientre de alquiler.

Según la hipótesis de la Fiscalía, la pareja habría tratado de robar a los bebés, por lo que fueron acusados de trata de personas.

Es así que la Corte de Justicia del Callao dictó 12 meses de prisión preventiva contra Rosario Madueño Atalayal, de 46 años, y Jorge Tovar Pérez, de 48, años.

Sin embargo la defensa de la pareja presentó recurso de apelación ante la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte del Callao, quien tomando en cuenta la prueba de ADN realizados a los menores y al acusado **Jorge Tovar**, y obteniendo como resultado al acusado como padre biológico de los menores la Sala revocó la orden de prisión preventiva de 12 meses dictada contra **Rosario Madueño y Jorge Tovar**.

Anexo 2.**ENCUESTAS A JUECES Y ABOGADOS.****“INCORPORACIÓN DEL CONTRATO NOMINADO VIENTRE DE ALQUILER
DENTRO DE NUESTRO CODIGO CIVIL PERUANO”.**

La presente encuesta tiene por objeto recoger información de Jueces y Abogados, acerca de la incorporación del contrato nominado alquiler de vientre dentro de nuestro código civil peruano.

Se suplica que sus respuestas sean objetivas y reales para que nos permita obtener resultados útiles para los fines investigados.

Para facilitar el recojo de información le manifestamos que la presente encuesta tiene el carácter de anónima.

INDICADORES.	COTEJO.	
	SI.	NO.
¿Considera usted que la no Incorporación del Contrato Nominado “Alquiler de Vientre” en el Código Civil Peruano genera inseguridad jurídica?		
¿La falta de Incorporación en nuestro sistema jurídico del Alquiler de Vientre como Contrato Nominado, genera dificultades en la solución de conflictos que se originen como consecuencia de Alquiler de Vientre?		
¿Considera que la Incorporación del Alquiler de Vientre como Contrato Nominado en el Código Civil, otorgaría seguridad jurídica en la solución de controversias sobre filiación?		

Anexo 3**PROYECTO DE LEY.**

“PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL VIENTRE DE ALQUILER COMO CONTRATO NOMINADO, EN EL LIBRO VII FUENTES DE LAS OBLIGACIONES, SECCIÓN SEGUNDA CONTRATOS NOMINADOS”.

ARTICULO 1º. -OBJETIVO DE LA LEY.

El objeto de la presente ley es otorgar a la persona individual y a la nación peruana sobre todo a la población más vulnerable que son los niños para asegurar su derecho a la vida y ayudar a los ciudadanos que no pueden tener hijos a que lo puedan realizar con una seguridad jurídica la cual va a proteger lo acordado entre las partes intervinientes.

ARTICULO 2º. INCORPORACIÓN DE LA SECCIÓN SÉPTIMA EN EL LIBRO VII DEL CODIGO CIVIL PERUANO.**SECCION SETIMA: CONTRATOS ESPECIALES.****Artículo 1.- Vientre de alquiler consentido.**

El alquiler de vientre de alquiler se establecerá con el acuerdo de ambas partes las cuales deben cumplir con lo acordado.

Artículo 2. Obligaciones del contratante.

Toda persona que utilice la técnica de reproducción de vientre de alquiler ya sea de forma gratuita o económica, deberá cumplir con los gastos durante todo el embarazo, asimismo deberá pagar un tratamiento psicológico a la mujer que alquilo su vientre.

Artículo 3.-Obligacion de la contratante.

Toda mujer que alquile su vientre está obligada a entregar al niño a los 10 días de haber dado a luz.

Artículo 4.- Requisitos para prestar servicios de alquiler de vientre.

La mujer que se dedica a prestar sus servicios de vientre de alquiler debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Ser peruana.
2. Ser mayor de 25 años.
3. A ver tendió por lo menos un hijo.
4. No tener antecedentes penales.

Artículo 5.- Requisitos para ser madre alquilante.

Toda pareja que desea ser padres a través del alquiler de vientre debe contar con los siguientes requisitos:

1. Ser peruana.
2. Ser mayor de 30 años.
3. Ser casada.
4. Tener una solvencia económica.
5. Presentar certificado médico.
6. No tener antecedentes penales.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

Toda persona sueña con ser padre o madre es por ello que se ha creado la técnica de reproducción asistida denominada vientre de alquiler, que ayuda aquellas parejas que no pueden concebir hijos ya que sufren una enfermedad, pero muchas veces ante esta desesperación de no tener hijos contratan a mujeres que al final se niegan a entregar al niño encargado frustrando así las ganas de ser padres y de poder dar vida a un nuevo ser, es por ello que se debe legalizar el contrato de vientre de alquiler ya que daría una seguridad jurídica para la realización de dicha práctica.

Cajamarca, 5 de noviembre del 2018.