



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

TESIS:

**Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada:
propuesta normativa sobre subrogación gestacional
altruista.**

ASESOR:

Dr. José Gamonal Guevara

Presentada por:

Bach. Cecilia Cristina Piña Sempertegui

Tesis presentada para optar el Título Profesional de Abogado

Lambayeque-Perú- diciembre de 2018

Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista.

Presentada para optar el Título Profesional de Abogado por:

Bach. Cecilia C. Piña Sempertegui

AUTORA

Dr. José Gamonal Guevara

ASESOR

Aprobada por:

**Dr. Armando Hoyos Vásquez
Presidente del Jurado**

**Dr. Juan Manuel Rivera Paredes
Secretario del Jurado**

**Dr. Leopoldo Izquierdo Hernández
Vocal del Jurado**

Diciembre de 2018

Dedicatoria:

A:

Mis padres por su apoyo incondicional, en mi formación académica, durante todos estos años.

Mis hijos Alonso e Iker por ser los motores de mi vida y fuente de constante inspiración.

Agradecimiento:

A mis familiares, porque sin ellos no hubiera sido posible la culminación del presente trabajo de investigación.

INDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

INDICE

RESUMEN

ABSTRAC

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I **1**

ASPECTOS METODOLÓGICOS **1**

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	3
1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.	3
1.3.1. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.	3
1.3.2. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.	5
1.4. OBJETIVOS.	5
1.4.1. OBJETIVO GENERAL.	5
1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:	5
1.5. HIPÓTESIS:	6
1.6. VARIABLES.	6
1.6.1. VARIABLE INDEPENDIENTE:	6
1.6.2. VARIABLE DEPENDIENTE:	6
1.7. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	6
1.7.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN Y DISEÑO:	6
1.7.2. POBLACIÓN Y MUESTRA:	7
1.7.3. MÉTODOS:	8
1.7.3.1. Métodos Generales:	8
1.7.3.2. Métodos Específicos.	9

CAPÍTULO II **12**

MARCO CONCEPTUAL **12**

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:	12
2.2. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:	14
2.3. PERSPECTIVAS TEÓRICAS:	21
2.3.1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL:	21
2.3.2. IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA:	22
2.3.1.1. Problemática jurídica:	22
2.3.1.1.1. En relación a las formas:	22
2.3.1.1.2. Problemática Bioética:	25
2.3.1.1.3. En relación al Nasciturus:	28

2.3.1.2. Derechos Involucrados:	31
2.3.1.2.1. Derecho Reproductivo:	31
2.3.1.2.2. Derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental.	41
2.3.1.3. Situación del Nasciturus:	44
2.3.1.3.1. Condiciones Jurídicas:	44
2.3.1.3.2. En torno a la equiparación Nasciturus- Embrión:	45
2.3.1.4. La Reproducción Asistida en el Perú:	47
2.3.1.5. Jurisprudencia y casos previos:	49
2.4. MATERNIDAD ALTRUISTA, CONDICIONES:	54
2.4.1. PERSPECTIVA INTERMEDIA:	55
2.5. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS:	57
2.5.1. MATERNIDAD SUBROGADA:	57
2.5.2. CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA:	57
2.5.3. GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA:	58
2.5.4. ESTERILIDAD E INFERTILIDAD:	58
2.5.5. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA:	58
2.5.6. FILIACIÓN:	58
2.5.7. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS:	59
2.5.8. PROYECTO DE LEY:	60

CAPÍTULO III **61**

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN **61**

3.1. RESULTADOS DE LA ENCUESTA ADMINISTRADA A PROFESIONALES EN EL DERECHO:	61
3.2. PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA ALTRUISTA:	74
3.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS:	94
3.3.1. EN RELACIÓN A LOS OBJETIVOS:	94
3.3.2. EN RELACIÓN A LA HIPÓTESIS:	100

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

RESUMEN

En relación a la temática de la Maternidad Subrogada, existen en el ámbito teórico perspectivas utilitaristas, que privilegian intereses de los involucrados; contractualistas que plantean el ejercicio de la voluntad como elemento central y perspectivas intermedias, en su tesis capital de armonizar intereses de los involucrados con el respeto de la normatividad y la dignidad humana. En el ámbito contextual se asiste, a la verificación de una problemática que en nuestro país, muestra limitaciones y vacíos legales, de urgente discusión y regulación. En tal sentido el problema abordado en la investigación, queda definido mediante la interrogante, ¿Cuál es la estructura de la propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista, para regular las implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada? .El propósito capital del estudio fue, estructurar una propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista, para regular las implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada. El sustento teórico, permite realizar un repaso de la problemática jurídica de la Maternidad Subrogada, en aspectos como: formas, naturaleza ética y jurídica y en relación al nasciturus; derechos involucrados, en referencia a procrear, a conocer el origen biológico como derecho fundamental; condiciones jurídicas del nasciturus; reproducción asistida en el Perú y la Maternidad Subrogada Altruista como perspectiva intermedia. Como conclusión cardinal, se precisa que la Gestación Subrogada Altruista: atiende la voluntad procreacional de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos; limita el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños; concilia derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad y de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal. Se precisa, así mismo, que no tiene por qué ser contraria a la dignidad de la gestante ni al interés superior del niño y que es necesario estudiarla en profundidad, para regularla.

Palabras clave: Maternizada Subrogada, Gestación Subrogada Altruista, Propuesta Normativa.

ABSTRACT

In relation to the subject of Surrogate Motherhood, there are in the theoretical field utilitarian perspectives, which privilege the interests of those involved, contractualists who propose the exercise of the will as a central element and intermediate perspectives, in their thesis capital to harmonize the interests of those involved with respect for normativity and human dignity. In the contextual context, we are witnessing the verification of a problem that in our country shows limitations and legal gaps, of urgent discussion and regulation. In this sense, the problem addressed in the research is defined by the question, what is the structure of the normative proposal on altruistic gestational subrogation, to regulate the legal implications of Surrogacy? The main purpose of the study was to structure a normative proposal on altruistic gestational subrogation, to regulate the legal implications of Surrogacy. The theoretical sustenance allows us to review the legal problems of Surrogate Motherhood, in aspects such as: forms, ethical and legal nature and in relation to the nasciturus; rights involved, in reference to procreate, to know the biological origin as a fundamental right; legal conditions of the nasciturus; assisted reproduction in Peru and Altruistic Surrogate Motherhood as an intermediate perspective. As a cardinal conclusion, it is specified that the Altruistic Surrogate Gestation: meets the procreational will of those people who want to have children and lack the capacity to develop them; limits the exploitation risk of pregnant women and the reification of children; conciliates rights: from the person to paternity / maternity and from the woman to the exercise of her corporal autonomy. It also states that it does not have to be contrary to the dignity of the pregnant woman or to the best interests of the child and that it is necessary to study it in depth, to regulate it.

Keywords: Maternal Surrogate, Altruistic Surrogate Gestation, Normative Proposal.

INTRODUCCIÓN:

El problema que se abordó en el estudio, quedó delimitado mediante la interrogante, ¿Cuál es la estructura de la propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista, para regular las implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada?

El propósito capital del estudio fue, estructurar una propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista, para regular las implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada

El carácter científico de la investigación, se orienta mediante la hipótesis: Si, se estructura una propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista, entonces se regula las implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada.

Para una mejor comprensión del mensaje estructurado en el trabajo de investigación, el discurso se organiza de la manera siguiente:

En el Capítulo I, denominado **Aspectos Metodológicos**, se abordan tópicos como: realidad problemática, formulación del problema, justificación e importancia, objetivos hipótesis, variable, métodos y técnicas.

En el capítulo II, titulado **Marco Conceptual**, se desarrollan aspectos como: antecedentes históricos e investigativos, perspectivas teóricas sobre: implicancias jurídicas, derechos involucrados, situación del nasciturus, reproducción asistida en el Perú, maternidad subrogada altruista y definiciones de categorías fundamentales.

En el Capítulo III, denominado **Resultados de la Investigación**, se presenta de manera ordenada los resultados de la encuesta aplicada a profesionales del derecho; se detalla en sus elementos estructurales la propuesta normativa, se formula la discusión de resultados y se infieren las conclusiones pertinentes.

Finalmente es menester puntualizar, el carácter inacabado y perfectible del estudio, en tanto obra humana y declarar en forma enfática, la apertura a observaciones, aportes y sugerencias, que de seguro, van a permitir cualificarlo.

La autora

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1. Planteamiento del problema.

El desarrollo de la sociedad y los descubrimientos científicos tecnológicos, aportan al campo científico y social, técnicas de reproducción asistida como alternativa a la esterilidad. En este contexto se presentan varias posibilidades que ofrecen la genética¹ y la técnica, a la humanidad. Estas alternativas permiten que la procreación, pueda realizarse sin la participación biológico-genética y /o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja. Una de estas técnicas es la llamada maternidad subrogada, convertida en las últimas décadas, en una opción para ejercer el derecho de paternidad por parte de algunas personas.

En este sentido, es menester estudiar las implicancias jurídicas, de este fenómeno jurídico social, haciendo referencia a las dimensiones: **problemática jurídica, derechos involucrados y la situación jurídica del nasciturus**. Veamos los matices de cada una de ellas:

Problemática jurídica, los asuntos más discutidos relativos a la práctica de la maternidad subrogada son los referidos a su licitud. Pero también se ha discutido, con independencia de aquélla, cuáles son los intereses que el derecho habrá de proteger en el caso de que la práctica se realice. Al respecto perspectivas utilitaristas y contractualistas afirman que este acuerdo maximiza la utilidad de las partes implicadas y que no hay nada que objetar a un contrato en el que las partes entran libremente. Por otro lado se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las

¹ Disciplina de la biología que estudia los genes y los mecanismos que regulan la transmisión de los caracteres hereditarios.

personas, tanto de las madres subrogadas como de los nacidos.

En relación a los Derechos involucrados como: derecho a la dignidad, derecho a procrear, la reproducción, titularidad del derecho a la procreación y los límites a los derechos; la controversia se manifiesta de la manera siguiente:

- **Sobre el derecho a la dignidad**, básicamente se plantean dos perspectivas, en este sentido Aparisi Miralles (2017) precisa:

...la primera sostiene que este mecanismo no afecta la dignidad de la personas, porque realizan un ejercicio de la voluntad procreacional; la segunda afirma que la maternidad por subrogación no respeta la dignidad de la madre portadora, ya que presupone una concepción dualista de la misma que la disgrega: por un lado, sitúa sus sentimientos, sus emociones, su razón y su autonomía (en el caso de que concurra realmente) y, por otra, su dimensión corporal. (p.172)

- **Sobre el derecho a procrear**, existen dos cuestiones debatidas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial: el de la existencia del derecho a la reproducción entendido como un derecho individual, en especial de la mujer y el recurso a la maternidad subrogada como una forma admisible de participación en la procreación.
- **Sobre el derecho a la reproducción**, es considerado como un derecho autónomo derivado de la propia dignidad de la persona, con un contenido específico y sujeto a sus propios límites, o entender que se encuentra reconocido de manera implícita en otras normas jurídicas y, consiguientemente que está sujeto a las mismas limitaciones de los derechos de los que deriva.

- Otro problema sometido a debate es el relacionado con los **titulares del derecho a procrear**, en este caso, la cuestión es determinar si se trata de un derecho de ejercicio compartido o si puede ser ejercido de forma individual.
- **Los derechos están sujetos a ciertos límites**, en este sentido, el derecho a la reproducción humana no constituye una excepción; los límites de los derechos fundamentales están determinados por su propio contenido esencial y, en consecuencia, a éste habrá que remitirse tratándose del derecho a procrear.

Un asunto de no menor importancia, es **el referido al Nasciturus y su situación jurídica**; el sujeto pasivo es un nasciturus, considerado como apto para ser susceptible de reconocimiento. No obstante, la necesaria individualización del mismo ha sido siempre un punto conflictivo a superar. En el ámbito jurídico la noción de persona ha variado a través de las sociedades y los tiempos. Siempre tuvo alguna conexión con criterios biológicos y filosóficos, pero no podemos decir que aquéllos sean idénticamente seguidos por el ordenamiento jurídico imperante. El investigador se enfrenta a una situación o problema de la realidad y establece una relación entre esta problemática con sus intereses y motivaciones para estudiar algún aspecto de la misma.

1.2. Formulación del problema.

¿Cuál es la estructura de la propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista, para regular las implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada?

1.3. Justificación e importancia del estudio.

1.3.1. Justificación del estudio.

La realización de la presente investigación de carácter jurídico hermenéutico propositivo, adquiere trascendencia teórico-práctica y metodológica. En el plano teórico-práctico, la

relevancia del estudio de justifica por las razones siguientes:

- Es un problema que tiene connotación contextual compleja, en el sentido que está relacionado con dimensiones: políticas, culturales, sociales, institucionales, normativas, étnicas, de género, etc. siendo una práctica que involucra tanto a personas heterosexuales como homosexuales de diferentes edades.
- En relación a la problemática jurídica se plantean, diversas perspectivas tanto de carácter pragmático como jurídico, siendo importantes revisarlas e interpretarlas.
- Las principales dificultades éticas y legales, en relación a la maternidad subrogada, que se presentan en el contexto socio jurídico mundial, que en el proceso investigativo es fundamental identificar y describir.
- Resulta de suma importancia, identificar y describir los derechos involucrados, en la práctica de la maternidad subrogada, aspecto alrededor del cual las perspectivas teóricas muestran diferencias y coincidencias.
- Es también, de relevancia jurídica describir y explicar la situación del nasciturus, en el contexto de la maternidad subrogada, a la luz de las perspectivas planteadas.

Desde la perspectiva metodológica, según Aranzamendi, (2015), el estudio se tipifica como una investigación jurídica hermenéutica propositiva, en el entendimiento que tiene como finalidad capital analizar e interpretar, la problemática jurídica derechos involucrados y la situación del nasciturus, para

efectos de formular una propuesta normativa que integre planteamientos y regule procedimientos.

1.3.2. Importancia del estudio.

La importancia de la presente investigación radica en que, mediante el uso de la argumentación jurídica, el análisis de los antecedentes y de las perspectivas teóricas; se formula una propuesta normativa referida a la subrogación gestacional altruista, entendiéndose propuesta de Proyecto de Ley, para regular las implicancias jurídicas de la maternidad subrogada en nuestro país; debiendo para tal efecto sugerir la modificación de los artículos pertinentes en la Ley general de Salud y en el Código Civil.

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo General.

Estructurar una propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista, para regular las implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada Altruista.

1.4.2. Objetivos Específicos:

- a. Caracterizar y explicar la problemática jurídica que se presenta, respecto a la maternidad subrogada; mediante análisis documental y encuestas a profesionales del derecho.
- b. Identificar y describir los derechos involucrados, en la práctica de la maternidad subrogada; a través de análisis Documental y encuestas a profesionales del derecho.
- c. Describir y explicar la situación del nasciturus, en el contexto de la maternidad subrogada, mediante análisis documental y encuestas a profesionales del derecho.

- d. Describir y explicar la alternativa de la Maternidad Subrogada Altruista, mediante análisis documental y consulta a profesionales en el Derecho.
- e. Formular una propuesta normativa, sobre la Gestación Subrogada Altruista, mediante la configuración de un Proyecto de Ley.

1.5. Hipótesis:

Si, se estructura una propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista, entonces se regula las implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada.

1.6. Variables.

1.6.1. Variable independiente:

Propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista.

1.6.2. Variable dependiente:

Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada.

1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.7.1. Tipo de Investigación y Diseño:

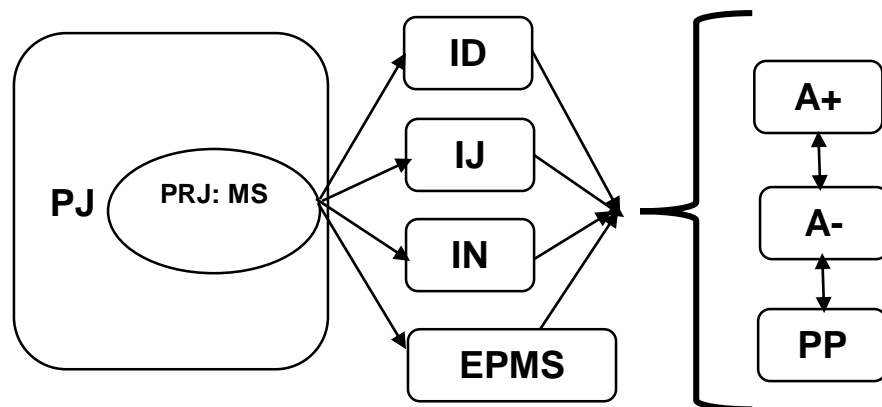
La presente es una investigación Jurídica Hermenéutica Propositiva, por las razones siguientes:

- a. Identifica un problema de relevancia jurídica.
- b. Indaga sobre la falta o deficiencia de un enfoque teórico, para describir y explicar un problema con relevancia en el campo del derecho.
- c. Se evidencia el vacío de una norma jurídica, para regular un hecho con relevancia en materia legal.
- d. Se propone una propuesta legislativa, en relación a un

hecho que en nuestro país, no está regulado.

- e. Fundamentalmente cumple con el objetivo cognoscitivo de la ciencia, en el sentido de comprender y generar nuevo conocimiento.

En base a los argumentos expuestos, el diseño o secuencia lógica que orienta el estudio es la siguiente:



Donde:

- PJ = Problemática Jurídica
- PRJ:MS = Problema de Relevancia Jurídica, Maternidad Subrogada
- ID = Interpretación Doctrinaria
- IJ = Interpretación Jurisprudencial
- IN = Interpretación Normativa
- EPMS = Evaluación de las Propuestas sobre Maternidad Subrogada
- A+ = Aspectos positivos
- A- = Aspectos negativos
- PP = Perspectiva Propositiva

1.7.2. Población y Muestra:

Para el caso de la consulta a realizar a los profesionales del

derecho, según información proporcionada por el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, existe un total de 8159 Abogados colegiados.

De este total de profesionales en el derecho, según información oficial, existen laborando en el Ministerio Público 223 personas entre fiscales titulares y adjuntos; así como en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque existen 105 jueces, entre titulares, provisionales y suplentes.

Para determinar la muestra, se utiliza el muestreo probabilístico, procediéndose de la manera siguiente:

Se determina el tamaño de la muestra, quedando conformada por 381 profesionales en el derecho.

$$n = \frac{400}{1 + \frac{400}{8159}} = 381,31 = 381$$

Para seleccionar los sujetos muestrales se utiliza el muestreo al azar cada K elementos; es decir por cada un sujeto muestral perteneciente al Ministerio Público y Poder Judicial, se selecciona 05 abogados dedicados a la defensa; es decir se consulta a 270 abogados dedicados a la defensa, y a 55 fiscales y jueces respectivamente.

1.7.3. Métodos:

1.7.3.1. Métodos Generales:

Como métodos generales de investigación, se emplearon:

Los Métodos Lógicos, que permiten la obtención o producción del conocimiento, en su forma inductiva, deductiva, inductivo-deductiva, analítica, sintética y analítico-sintética; son procedimientos que permiten partir del problema, teorizar, descomponer el objeto de estudio y sintetizar planteamientos.

El Método Histórico, se utiliza en el trabajo atendiendo a procedimientos heurística (localización y recopilación de las fuentes documentales, que son la materia prima del estudio); crítica de esas fuentes (distinguiendo dos formas de crítica, que se refieren al trabajo con las fuentes documentales: crítica externa y crítica interna); síntesis historiográfica (que es la sistematización del proceso de desarrollo del objeto de estudio)

El Método Empírico, en la investigación, posibilita revelar las relaciones esenciales y las características fundamentales del objeto de estudio, accesibles a la detección de la percepción, a través de procedimientos prácticos con el objeto y diversos medios de estudio.

El Método Dialéctico, en el trabajo de investigación, proporciona la posibilidad de comprender, el objeto de estudio asociado a un conjunto de variables, es decir, en forma contextualizada y en constante cambio.

1.7.3.2. Métodos Específicos.

En lo referente a la metodología que se utiliza en el campo jurídico, en el estudio se emplearon:

El Método Dialéctico Jurídico, en el trabajo de investigación, proporciona la posibilidad de comprender la materia en estudio, asociado a un conjunto de variables, es decir, en forma contextualizada, interrelacionada y en permanente cambio.

El Método Exegético, en el estudio, sirve para formular explicaciones referidas al abordaje doctrinario, jurisprudencial y normativo del objeto de estudio, mediante la consulta de fuentes documentales pertinentes.

El Método Sistemático, en el estudio permite:

- Agrupar las normas que tengan un mismo fin.
- El conocimiento de la estructura de la norma, precisada en el ordenamiento jurídico.
- El análisis de la estructura (requisitos, elementos, efectos), y la explicación de la naturaleza jurídica del delito materia de estudio.
- Se interrelacionan los hechos, con los planteamientos teóricos, para formular explicaciones e interpretaciones.

El Método literal, en el trabajo de investigación permite:

- Prestar atención a la redacción de las disposiciones legales, es decir mediante las reglas gramaticales y del lenguaje encontrar sentido a la normatividad.
- Se realiza interpretación restrictiva y extensiva. La primera implica referirse a lo precisado en la norma, la segunda se refiere en ampliar el significado de las normas, cuando los textos por

sí mismos no puedan ser comprendidos claramente.

1.7.4. Técnicas e Instrumentos:

Para recolectar la información, que permita fundamentar el estudio se utilizaron las técnicas siguientes:

- Técnicas de análisis documental, mediante formularios de análisis, para organizar y procesar la información proveniente de fuentes documentales (tesis, libros, informes, expedientes, sentencias etc.), referidas a la maternidad subrogada.
- Técnica del fichaje, mediante diferentes formatos: resumen, comentario, bibliográficas, para recolectar y organizar la información teórica que sustenta el estudio.
- Técnica del Cuestionario, en su modalidad de encuesta mediante las guías respectivas, para auscultar la perspectiva de los profesionales en Derecho, respecto a la maternidad subrogada.

CAPÍTULO II

MARCO CONCEPTUAL

2.1. Antecedentes Históricos:

La utilización de técnicas reproductivas para conseguir el embarazo es una práctica de la actualidad. En la antigüedad resultaba inconcebible la fecundación femenina sin la realización del acto sexual. No obstante se presentaron algunas variantes, veamos:

El primer dato del uso de una madre gestante en la historia se encuentra en el Antiguo Testamento. La mujer de Abraham, Sarai, era estéril por lo que permitió que su marido concibiera a un hijo con una de sus esclavas: “Aquí está mi sierva Bilha; llévate a ella para que dé a luz sobre mis rodillas, para que por medio de ella yo también tenga hijos” (Conferencia Episcopal Peruana, 2018, Génesis 30:3, p.4)

Los datos identificados, sobre esta técnica, según Orbea Corrales (2018) se dan en el siglo XVIII a.c. en Mesopotamia. En concreto, El Rey Hammurabi creó en 1780 a.c. un código que decretaba que las mujeres estériles con deseos de tener hijos, podían otorgar una de sus esclavas a su marido para concebir un hijo y evitar que él se buscara una concubina.

En el código existían leyes que regulaban éste procedimiento, al respecto la Universidad de Alcalá (2018) resalta:

- a. Ley 144; si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y ésta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más.

- b. Ley 145, si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa estéril.
- c. Ley 146, si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.

En el Antiguo Egipto, según Orbea Corrales (2018) los faraones se consideraban descendientes de los dioses, por ello no mezclaban su sangre con otras personas, sino que algunos recurrían al incesto. Faraones como Amemhotep I en el siglo XVI a.c., se casó con su hermana pero tuvo que recurrir a una tercera mujer para procrear a un heredero. Dichos herederos eran de menor jerarquía y solo podían pretender al trono si no existían herederos legítimos.

En la Roma y Grecia antigua se describen casos como el de Deyotaro y su esposa Estrotónica, la cual al ser estéril no podía darle hijos a su marido y eligió a una prisionera para procrear a sus hijos y que ella pudiera tratarlos como propios. (Orbea Corrales, 2018)

El primer paso a las nuevas tecnologías reproductivas lo dieron dos científicos: Robert Edwards y Patrick Steptoe quienes en 1978 lograron realizar la primera Fecundación in Vitro y gracias a esto nació Louise Brown, la primera “niña probeta” (Fertilab, 2018)

En 1976 Noel Keane abrió la primera agencia de fertilidad; para 1988 habían nacido 302 niños gracias a la maternidad subrogada. (Camacho, 2009)

El primer bebe nacido gracias a la maternidad subrogada se dio en Michigan, donde la madre de alquiler gestó a una niña concebida In Vitro con el óvulo y el espermatozoide de los padres contratantes. El procedimiento lo llevo a cabo el Dr. Wolf Utian y fue supervisado por Noel Keane. (Orbea Corrales, 2018)

El primer caso que queda registrado jurídicamente ocurrió en 1987 en Sudáfrica. Una mujer gestó y dio a luz a sus propios nietos ya que a su hija no le era posible, porque se la extirpó el útero en su primer y único parto, por complicaciones en el mismo. De acuerdo a la ley de la República de Sudáfrica "Child Status Bill", la patria potestad de los niños era de la madre subrogada, la cual cedió este derecho a su hija y su yerno. (Orbea Corrales, 2018)

2.2. Antecedentes Investigativos:

En el entendimiento, que los antecedentes lo configuran trabajos, que tienen similitud, con el estudio emprendido, en componentes como: tema, objetivos, abordaje teórico y metodológico; se estima pertinente recensionar² las investigaciones siguientes.

Antonio Santander, C.(2012). *El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?* (Tesis de Pregrado).Universidad Alberto Hurtado, Chile. Formula aportes interesantes como:

- El propósito del trabajo, fue estudiar el contrato de maternidad subrogada, es decir, aquel acuerdo de voluntades entre dos sujetos mediante el cual una mujer fértil acepta embarazarse y llevar en su vientre un niño para una persona, con la intención de entregárselo, pudiendo asumir carácter oneroso o gratuito.
- Se describe y analiza los diversos aspectos que asume esta

² Reseñar el contenido de un planteamiento teórico o de investigación.

convención, tomando como referente la experiencia regulada española.

- Se analiza el derecho a procrear abordando su contenido, alcances y límites determinando si su ejercicio admite al contrato de maternidad subrogada o si éste constituye el límite, a la luz de la dignidad humana y de otros derechos igualmente importantes y necesarios en una sociedad democrática.
- Se explican las características que presenta la maternidad subrogada en su variante contractual, y que obligan a preguntarse si la libertad procreativa es disponible o si su ejercicio queda limitado por la dignidad del hijo y de la mujer gestante.
- El derecho a procrear en su sentido positivo y negativo implica no sólo una protección a la salud, integridad y dignidad de los individuos, libre de discriminación, en su esfera de libertad procreativa, sino que también un respeto por parte del Estado a la garantía del libre desarrollo de la personalidad, ligada estrechamente a la dignidad humana que posee una función libertaria y un contenido histórico.
- Al evaluar el contrato de maternidad subrogada se hace necesario distinguir dos aspectos; por un lado la nulidad del acuerdo conforme los artículos del Código Civil que abordan dicha materia y por otro los efectos jurídicos vinculados al Derecho de Familia como la determinación de la filiación del nacido fruto de esta técnica o los derechos, deberes y beneficios de los padres vinculados a la maternidad.
- Frente a la realidad fáctica, de ocurrencia de la maternidad subrogada, el derecho debe anticiparse regulando la maternidad subrogada, estableciendo condiciones para su celebración en su variante contractual admitiendo el de tipo altruista.(p.69-72)

Orbea Corrales, B.A.(2012).*Derechos contenidos en la Maternidad Subrogada Gestacional*. (Tesis de Pregrado). Pontifica Universidad Católica del Ecuador. Plantea reflexiones trascendentes como:

- En el trabajo se investiga la Maternidad Subrogada Gestacional en

la Legislación Ecuatoriana; analizado desde varios puntos de vista, como son el fundamento histórico, biológico, científico, legal.

- Se formulan conceptualizaciones sobre subrogación; plantea su relevancia, modalidades y el proceso de gestación subrogado.
- Se asimila forzosamente al actual acuerdo de subrogación gestacional como un contrato de arrendamiento de prestación de servicios, enfatizando sus características y efectos.
- Se completa el análisis legislativo, con la experiencia internacional, enfatizando al sistema casuístico de los Estados Unidos; que mediante su jurisprudencia ha controlado y limitado las actuaciones privadas. Mientras que la evolución latinoamericana se ve especialmente en las legislaciones brasileña, mexicana, chilena y argentina.
- Adicionalmente se realizó un estudio sobre la filiación y un análisis comparativo con la adopción y sus diferencias con la Maternidad Subrogada Gestacional.
- Se exponen los Derechos que intervienen en la Maternidad Subrogada Gestacional, como son: Libre Elección, Procreación, Intimidad, Libertad de Ciencia y la Investigación Tecnológica.
- Se analizó su naturaleza, por lo cual resultó imprescindible tratar los elementos de Validez del Contrato de Subrogación, como son: Capacidad, Consentimiento Informado, Causa y el Objeto Lícito.
- El análisis doctrinario, analógico y comparativo presente en éste estudio, permitió identificar situaciones conflictivas, que nacen de los convenios de Maternidad Subrogada Gestacional. Por lo cual se plantean conclusiones y recomendaciones que motivan la creación de un Proyecto de Legal al respecto.(p,5)
- La aplicación de instituciones antiguas del derecho para resolver problemas nuevos como la Maternidad Subrogada produce soluciones confusas, por lo cual nace la necesidad de una regulación legislativa apta para los casos de maternidad subrogada gestacional. Imperiosamente se requiere la intervención de Estado en la voluntad, previniendo situaciones y estableciendo normas y principios, para evitar la vulneración de derechos, sin detener el ejercicio de la procreación; resguardando el interés y bienestar de los intervinientes, cautelando los valores culturales y evitando esta

práctica al margen de la ley. (p.139)

Flores Chávez, E.P.(2014).*Las Implicancias Positivas de la Maternidad Subrogada, fundamentos para su regulación como medio alternativo a la adopción.* (Tesis de pregrado). Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú. Formula planteamientos importantes como:

- Se expone la repercusión jurídica social del contrato de maternidad subrogada ante la posibilidad de su regulación dentro de la legislación peruana.
- Explica cómo es que esta introducción temática puede ser un reto para los legisladores al momento de implantar un proyecto de ley, ello considerando el interés social.
- Se sugiere a los legisladores, regular la maternidad subrogada dentro de un subtítulo implícito en el Derecho de familia ello en cuanto a la determinación de la filiación se trate, empero al momento de establecer el incumplimiento del contrato, se estaría introduciendo un artículo dentro del libro de obligaciones de Derecho Civil. (p. IV)
- Se plantea que la maternidad subrogada, posee una naturaleza mixta dentro de la concepción del derecho, e implora una necesidad de regulación dentro del derecho positivo para que en el futuro no solo sea una cuestión de copia legislativa cultural.
- Se afirma que el status jurídico del concebido dentro del tema de filiación constituye un factor jurídico que incide en la propuesta para la regulación de la maternidad subrogada como medio alternativo a la adopción.
- La aplicación de la reproducción asistida, y la aceptación de esta conlleva a determinar la aceptación de la evolución del derecho genético; y por ende constituye una implicancia positiva que propone jurídicamente la regulación de la maternidad subrogada. como medio alternativo a la adopción.
- Se sostiene que si se adopta el sistema de responsabilidad contractual en cuanto al incumplimiento del contrato de maternidad

subrogada, entonces se otorgará seguridad jurídica plena a las partes contratantes; ello ante la posible regulación de la maternidad subrogada como medio alternativo a la adopción.(p.156)

León León, A. (2015).*Regulación del Embarazo Subrogado en la Legislación Civil Peruana (Propuesta Legislativa)*.(Tesis de Pregrado). Universidad Andina del Cuzco, Perú. Formula reflexiones interesantes como:

- El hecho objetivo materia de análisis, posee matices tanto jurídicos como sociales; se enriende la maternidad subrogada homologa como un medio por el cual una pareja de esposos o concubinos, ayudados por un especialista médico, mediante el uso de técnicas de reproducción asistida logran fertilizar extracorpóreamente sus gametos³ para insertarlos en el útero de una mujer que aceptará llevar adelante un embarazo cuyo fruto será un hijo que llevará los genes de la pareja comitente⁴.
- El acuerdo debe estar plasmado por escrito mediante un contrato de maternidad subrogada, el cual contendrá, clausulas pertinentes al cuidado durante el embarazo, servicios y asistencia médica, contraprestación para la portadora del embrión y demás temas pertinentes.
- La maternidad subrogada , es un medio sin el cual dicha pareja comitente no hubiese podido tener un hijo propio, generalmente por problemas físicos que impiden a una mujer llevar adelante un embarazo, sea por deficiencias en la matriz uterina o por padecimientos físicos.
- Los derechos asociados a la materia, son entre otros: derecho a procrear, derecho a gozar de los alcances de la ciencia

³ Designa a la célula masculina o femenina, espermatozoide u óvulo, respectivamente, responsable y especializada en la reproducción.

⁴ Parte contratante del contrato de comisión mercantil que encarga un acto o gestión de comercio y debe abonar al comisionista el precio pactado como cuota.

médica y tecnológica, y a su vez posteriormente definir qué se entiende por paternidad, maternidad y filiación.

Ávila Cárdenas, R. P. (2016). *El Vientre de Alquiler en la Vulneración del Derecho a la Identidad del Niño Huancayo 2014 – 2015*. (Tesis de Pregrado). Universidad Peruana del Centro, Junín, Perú. Plantea aportes importantes como:

- El objetivo general del estudio fue, determinar la influencia de la escasa regulación normativa peruana sobre la maternidad subrogada en cuanto al derecho de identidad del niño concebido por una madre subrogada.
- La conjetura formulada fue: la escasa regulación normativa peruana sobre la maternidad subrogada influye significativamente en cuanto al derecho de identidad del niño concebido por una madre subrogada.
- La investigación se ubica dentro del tipo de investigación descriptivo explicativo, en la que se aplicó el cuestionario de encuesta a abogados y jueces.
- Se logró demostrar que la escasa regulación en nuestra legislación nacional peruana sobre la técnica de reproducción asistida específicamente la “maternidad subrogada” vulnera el derecho de la identidad del niño.(p.IX)

Rubio Miranda, K.G.(2017). *Problemática jurídica referente al acceso de la mujer sola a las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú*.(Tesis de Pregrado).Universidad Nacional de Trujillo, La Libertad, Perú. Plantea reflexiones interesantes como:

- El avance de la medicina reproductiva ha permitido paliar los efectos de la infertilidad a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

- La no regulación de las TRHA⁵, genera problemas jurídicos en torno al acceso de la mujer sola a ellas, situaciones referentes a la filiación, ponderación entre derechos de la madre, el interés superior del niño, el acceso de parejas lesbianas y a su uso como método alternativo.
- Se trabaja un estudio de legislación comparada, para establecer en qué países se permite el acceso a mujeres solas y en cuáles no.
- El interés superior del niño debe ser considerado, como argumento capital, para impedir el acceso de la mujer sola a las TRHA.

De los trabajos reseñados ut supra⁶, se consideran como elementos argumentativos, los planteamientos siguientes:

- El estudio del contrato de maternidad subrogada, como acuerdo de voluntades, con carácter oneroso o gratuito, está asociado a un conjunto de derechos y variantes como: Libre Elección, Procreación, Intimidad, Libertad de Ciencia y la Investigación Tecnológica; en relación a los contextos de cada país.
- Se estudia el acuerdo de subrogación gestacional, para dicho acuerdo se necesita una regulación legislativa adecuada, que considere situaciones y establezca normas y principios, para evitar la vulneración de derechos.
- Se conceptúa la maternidad subrogada homóloga, como un medio por el cual una pareja de esposos o concubinos, ayudados por un especialista médico, mediante el uso de técnicas de reproducción asistida logran fertilizar extracorpóreamente sus gametos.

⁵ Técnicas de Reproducción Humana Asistida

⁶ Expresión latina y castellana, usualmente utilizada en escritos jurídicos, para aludir a un pasaje inserto anteriormente, en otras palabras, esto quiere decir algo que ya se dijo antes o más arriba.

- La no regulación de las TRHA, genera problemas jurídicos en torno al acceso de la mujer sola a ellas, situaciones referidas a la filiación, ponderación entre derechos de la madre, el interés superior del niño, el acceso de parejas lesbianas y a su uso como método alternativo, exigen una profunda reflexión.

2.3. Perspectivas Teóricas:

2.3.1. Constitucionalización del Derecho Civil:

La constitucionalización del derecho, en nuestra cultura y contexto socio jurídico, es un fenómeno con sólidas bases, se explica en este sentido el protagonismo del TC⁷, en la significación y resemantización de conceptos, derechos y principios jurídicos. Resulta entonces que el TC, supremo interprete de la Constitución, desempeña un rol relevante, para comprender el derecho y sus consecuencias.

De manera estricta, siguiendo los planteamientos de Landa (2013) se precisa que la Constitucionalización del derecho Civil, está relacionada con aspectos fundamentales como:

- A la Constitución, le atañen en forma directa, aspectos generales importantes, para la sociedad y el Estado.
- El TC, tiene el desafío de resolver conflictos de derechos entre particulares, siempre en el marco de los principios y derechos constitucionales.
- Los jueces, están sometidos a la ley (principio de legalidad, pero ante todo a la Constitución (principio de constitucionalidad)

⁷ Tribunal Constitucional

- Los pronunciamientos del TC sobre derechos fundamentales, configuran presupuestos del control constitucional en el Derecho Civil.
- El TC en sus resoluciones, ha planteado consideraciones en calidad de obiter dictum o ratio decidendi, en materia de protección de: derecho a la vida, derechos de la persona (nombre, identidad, filiación, sucesión), protección de las familias (reconstituidas, uniones de hecho), personas jurídicas y derecho fundamentales; protección de la propiedad, tutela de contratos, etc.

En este orden de ideas, el proponer la regulación de la subrogación gestacional altruista, conduce a reflexionar si el planteamiento, asume el principio de legalidad y sobre todo si es concordante con el principio de constitucionalidad. Se considera, que una propuesta, que en su esencia tiene la finalidad de garantizar la voluntad procreacional de las personas, bajo ciertos parámetros no violatorios de derechos fundamentales, se subsume en el marco de constitucionalidad.

2.3.2. Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada:

2.3.1.1. Problemática jurídica:

2.3.1.1.1. En relación a las formas:

En la actualidad, la gestación de un hijo ya no es, necesariamente, el resultado de una relación íntima e interpersonal entre un hombre y una mujer, que han decidido constituir una familia. Por el contrario, es evidente que han cambiado profundamente los parámetros fundamentales de esta realidad: por un lado, el hijo puede considerarse como un elemento más por el que se opta, o no, en el contexto de estilos de vida propios de una sociedad de consumo; por otro, la concepción natural

puede ser sustituida por un proceso de “producción” del hijo y, en consecuencia, subordinado a las reglas de la técnica e, incluso, del mercado.

Para permitir esta profunda transformación, la sociedad ha sido muy permeable a cambios antropológicos y éticos, habitualmente seguidos de modificaciones semánticas. En este proceso, con frecuencia la realidad es reinterpretada y designada con nuevos términos. En tal sentido en el ámbito de la reproducción artificial se ha “creado un nuevo lenguaje en el que, por ejemplo, para describir la transmisión de la vida humana el término procreación ha sido sustituido por el de “reproducción” (López Moratalla, 2010,p.122)

De este modo, la modificación del lenguaje no queda en un mero cambio superficial, sino que implica un cambio profundo en el modo de entender la realidad. Como es sabido, las modificaciones, o modalidades, que se presentan actualmente en el ámbito de la reproducción humana son muy variadas.

En tal sentido siguiendo a López Guzmán, J.(2012) se describen algunas de estas posibilidades:

Se constata que actualmente, se puede prescindir del marco de la complementariedad varón-mujer, de tal manera que en la actualidad existe una variada gama de posibilidades que sustituyen al contexto tradicional: parejas de varones, parejas de mujeres, varones solos o mujeres solas. A ello hay que añadir la intervención de terceras y cuartas personas: desde las nuevas uniones poliamor a la posibilidad de gestar con gametos ajenos a los de la pareja

(la mujer puede recibir el esperma de otro varón, dar el suyo para que con un gameto masculino –de su pareja o de un banco de semen puedan ser transferidos a una madre de alquiler, etc.).

Así mismo; en el contexto reseñado, se pierde el carácter íntimo e interpersonal del proceso de gestación. No se procrea tras un relación sexual, fruto del amor de dos personas que se entregan, sino que esa reproducción es, como ya se ha indicado, resultado de la técnica (se realiza sin acto sexual, en soledad, en la camilla de una clínica, etc.). Esta realidad ha dado lugar a un nuevo escenario, en el que ciertos términos como, por ejemplo, madres de alquiler, madres subrogadas, bancos de esperma, crioconservación de embriones, etc. adquieren notoriedad. Como consecuencia de ello, se han introducido en el mercado variadas ofertas reproductivas en el marco de la industria de la fertilidad, incluso, del denominado turismo de la reproducción.

En este panorama cabe reflexionar, en torno a interrogantes, ¿cómo se ha llegado a esta situación, y si realmente estamos ante un beneficio, o un riesgo, para el ser humano, la sociedad en su conjunto e, incluso las futuras generaciones?

En relación a los factores que explican el por qué se ha llegado a este statu quo⁸, se afirma que entre ellos estaría la progresiva irrupción de una sociedad tecnológica, en la que la técnica, presentada siempre como un progreso indiscutible, puede llegar, incluso, a imponerse al ser

⁸ Expresión latina con que se hace referencia al estado o situación de ciertas cosas, como la economía, las relaciones sociales o la cultura, en un momento determinado.

humano. Se produce así una primacía de la poiésis (producción técnica) sobre la praxis (ética), propia de la modernidad. Ello, a su vez, conecta con una nueva forma de practicar la medicina (por ejemplo, la denominada medicina del «deseo» o del «cliente»).

En relación a la segunda cuestión planteada, y en concreto si las nuevas tecnologías reproductivas son un bien, o no, para el ser humano, podemos responder que, a primera vista, lo que se observa es una profunda modificación de las relaciones interpersonales, especialmente en el ámbito familiar. Dicha modificación puede, incluso, provocar un cambio en la forma de comprendernos a nosotros mismos. Por ejemplo, los progenitores, en muchos casos, se convierten en simples y eficientes donadores de gametos. De esta forma, surge toda una nueva tipología de posibles padres:

- Los padres biológicos (que han colaborado con sus gametos)
- Los padres sociales (que hacen las funciones de padres, pero no lo son biológicos)
- La madre portadora (que gesta al hijo, pero lo entregara a otra persona)
- La mujer padre (mujer lesbiana que desempeña el rol social de padre), etc.

2.3.1.1.2. Problemática Bioética:

ESPASA (2005), Diccionario de la Lengua Española, define la Bioética como la “disciplina científica que estudia los aspectos éticos de la medicina y la Biología en general; así como las relaciones del hombre con los restantes seres

vivos”. En términos resumidos la concibe como “aplicación de la ética a las ciencias de la vida” (p, 216)

En este sentido, adquiere sentido reflexionar sobre los problemas éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, explicitando los principios y razones que se considera fundamentales a la hora de sustentar una posición coherente sobre esta práctica.

En primer lugar, el fenómeno complejo, sometido a escrutinio ético ha sido objeto de múltiples denominaciones: se recurre a uno u otro término: maternidad subrogada, alquiler de vientres, gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad de alquiler, maternidad por sustitución, etc.

En segundo lugar, la MS⁹ no contiene elementos biotecnológicos de difícil comprensión; en la medida en que separa la gestación de la posterior crianza del niño, su valoración ética deberá partir del conocimiento acerca de la relación feto-madre que se establece durante la gestación y los efectos que la separación tras el nacimiento puede tener en cada uno de ellos.

La gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes. Esa información por sí sola no determina el juicio ético; pero sin ella el juicio ético resulta incompleto. (Comité de Bioética de España, 2012, p.12)

En tercer lugar, las consideraciones éticas relativas a la gestación por sustitución son un elemento necesario al

⁹ Maternidad Subrogada

considerar la posición que el Derecho debería adoptar ante esta práctica. En tal sentido se destacan las posiciones siguientes:

- En 1989 la ONU¹⁰ aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño. En ella se consagra el principio del interés superior del menor. El Comité de Derechos del niño ha insistido en que este principio informe todas las normas que tengan que ver con los niños. En consecuencia, este principio debe informar toda regulación sobre maternidad subrogada.
- En el campo el Derecho Comparado, la regulación de la maternidad subrogada en el mundo se caracteriza por su diversidad, complejidad, variabilidad y consiguiente inseguridad. Hay países que permiten la gestación subrogada para todo tipo de comitentes: individuos solos o parejas, homosexuales o heterosexuales. Otros, en cambio, restringen la oferta de este servicio a parejas heterosexuales infértiles, etc.

En cuarto lugar, se asiste en la actualidad a un intenso debate en la opinión pública mundial, acerca de la regulación que deba darse a la maternidad subrogada. Existiendo consenso, sobre la necesidad de prohibir todas aquellas prácticas que supongan la explotación de las mujeres sometidas a este proceso y/o la compraventa de niños.

En suma, las consideraciones bioéticas relacionadas a la

¹⁰ Organización de las naciones Unidas

MS, deben conducir a reflexionar sobre las implicancias éticas y jurídicas de este fenómeno complejo; salvaguardando el respeto de los derechos de las personas y fundamentalmente preservando el interés superior del niño.

2.3.1.1.3. En relación al Nasciturus¹¹:

Como es sabido, el hijo fruto de un procedimiento de subrogación es obtenido tras el acuerdo llevado a cabo entre los futuros padres, mujer portadora, entidades intermediarias, bufete jurídico, etc. En dicho contrato se especifican las cláusulas que regularán las condiciones del proceso hasta el nacimiento, así como las contraprestaciones económicas del mismo. De acuerdo con ello, distintos autores han entendido que, en realidad, el contrato de subrogación se asemeja peligrosamente a un contrato de compraventa de niños.

De cualquier manera, el análisis del procedimiento legal establecido para obtener el reconocimiento jurídico de la paternidad y maternidad, pone en evidencia la negación de algunos principios y fundamentos básicos del derecho de filiación.

En primer lugar, se reconoce como un derecho de la madre gestante, la posibilidad de abandonar al niño al nacer. En consecuencia, se admite legalmente la facultad de la madre de renunciar a sus deberes y responsabilidades con respecto al mismo. Asimismo, la legalización de la maternidad subrogada supone dar un paso adelante en la posibilidad de mercantilizar la filiación, ya que esta

¹¹ Es un término **jurídico** que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido.

dependerá de un contrato con un fuerte contenido económico. “Es más, los acuerdos económicos detallarán los incentivos, los motivos, y posibles razones, de una u otra parte, para suspender el proceso de gestación por aborto, con sus consiguientes, e importantes, consecuencias económicas” (Hanna, 2010, p.342)

Por otro lado, la maternidad por subrogación tolera la posibilidad de una filiación fragmentada. De hecho, en la hipótesis extrema, el niño podría tener hasta cinco progenitores: una madre biológica, un padre biológico, una madre uterina o gestante, una madre legal y un padre legal.

a) El hijo como objeto de litigio:

La maternidad subrogada conlleva complejas relaciones que, a su vez, pueden generar un amplio abanico de cuestiones ético-legales:

- Relación de la madre de alquiler con los donantes de los gametos o con los receptores del hijo, ya que pueden ser los mismos o diferentes sujetos (también hay que considerar que la propia madre de alquiler puede ser, al mismo tiempo, la donante del gameto femenino dando lugar a un nuevo escenario de relaciones entre madre-madres e hijo)
- Posibles derechos de la madre portadora sobre el niño.
- Disposiciones legales relativas a su futura relación con el gestado; etc.

Algunas de las cuestiones discutidas, o controversiales

que se generan son:

- Si la madre portadora cumple con las condiciones impuestas en el contrato por la parte contratante, especialmente en lo referente a estilo de vida, salud (por ejemplo, si se cuida lo suficiente, fuma, bebe, trasnocha,...)
- Situaciones en que la madre portadora se niega u obstaculiza la entrega del niño.
- Casos en los que los padres contratantes imponen el aborto a la madre portadora.
- Situaciones en las que, por diversas causas (divorcio, malformaciones en el hijo, cambio de opinión, no querer hacerse cargo del niño...) los padres contratantes pretenden rescindir el contrato, etc.

b) Alteraciones en el desarrollo de la identidad del hijo:

Cabe plantearse las consecuencias, en el ámbito psicológico, en la práctica, la confusión de los distintos roles y funciones familiares es tan profunda que, no sólo se pueden generar problemas jurídicos (entre los familiares donantes y los padres legales) y morales, sino también psicosociales. En concreto, el riesgo más importante que se presenta en este tipo de casos es el del impacto psicológico, especialmente en el hijo que llega a conocer su verdadera procedencia. Por este motivo, y para que la reacción sea lo menos negativa posible, se establece la necesidad de un adecuado asesoramiento a las familias.

c) El derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos:

Otro aspecto a considerar es “el del derecho del hijo a conocer quiénes son sus progenitores” (Smajdor, 2011,p. 342)

En España, la Constitución establece, en su Art. 39 que La ley posibilitará la investigación de la paternidad. Sin embargo, la situación legal es distinta, en general, en relación a la fecundación in vitro con donantes de gametos y, en particular, en el supuesto de la maternidad por subrogación. Es evidente que, tras esta diferencia de trato subyace una discriminación legal, sólo explicable por los motivos económicos que pueden impulsar a donar gametos o a gestar un embrión.

No se entiende bien esta diferencia de criterio, si no es por razones económicas y puramente contractuales: los donantes de gametos y las madres portadoras lo hacen, fundamentalmente, por lucro y, desde esta perspectiva, su intención es desvincularse totalmente del destino de los futuros hijos.

Por su parte, los padres legales o de acogida no desean posibles interferencias en sus futuras relaciones familiares. En el caso de la subrogación, las cláusulas establecidas en el contrato de gestación asegurarán este extremo y, por ello, cerrarán completamente las puertas a que el hijo pueda ejercer el derecho a conocer a su madre uterina.

2.3.1.2. Derechos Involucrados:

2.3.1.2.1. Derecho Reproductivo:

En relación a este derecho existen dos cuestiones debatidas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial:

- a. El de la existencia del derecho a la reproducción entendido como un derecho individual, en especial de la mujer.
- b. El recurso a la maternidad subrogada como una forma admisible de participación en la procreación.

Respecto a la procreación, Morán de Vicenzi, (2005) sostiene:

Entendida como hecho natural y humano no sólo permite la perpetuación de la especie. Esta inclinación natural puede frustrarse cuando uno o ambos miembros de la pareja carecen de la capacidad natural de procrear, situación que puede acarrear problemas personales de tipo psicológico o desavenencias en las relaciones de pareja” (p, 161).

La aspiración de todo ser humano a la paternidad y las posibilidades ofrecidas por las técnicas de fecundación artificial, han llevado a defender la existencia del “derecho a procrear” o “derecho a la procreación humana” y como una de sus manifestaciones “la facultad de la persona para elegir el medio a través del cual desea procrear: la unión sexual o la utilización de la fecundación artificial” (Morán de Vicenzi, 2005; p, 162)

En doctrina, suelen emplearse como sinónimas las denominaciones:

- Derecho a procrear
- Derecho a ser padres

- Derecho a reproducirse
- Derecho a tener hijos.

1. Contenidos y aspectos de la libertad de procrear:

En relación al derecho a la procreación Varsi Rospigliosi (2001), afirma:

... no es un derecho absoluto sino relativo. Es decir, la capacidad de procrear de la persona no es limitada sino que debe ser realizado dentro de ciertos parámetros esenciales. Uno de ellos es la defensa, respeto y consideración que se debe tener con la vida a generarse...Prima de esta manera, el interés superior del niño...tiene todo el derecho de nacer dentro de condiciones naturales, de encontrarse con una familia establecida y de contar con un hábitat adecuado (p.253)

En este sentido una primera postura, afirma que la libertad personal, la autonomía y la intimidad en las decisiones familiares, consideradas como valores de rango superior permiten afirmar la existencia del derecho a procrear, sea naturalmente o mediante reproducción artificial. Desde esta perspectiva, la libertad del sujeto es la regla, mientras que cualquier limitación de la misma debe ser considerada como una excepción. Por este motivo, el ejercicio de la libertad personal no sólo permite elegir cuándo y con quién sino también cómo hacerla.

Los defensores de esta posición, sostienen que reconocer el derecho a procrear supone proteger la fecundación natural, pero también la reproducción artificial, ya que no existen diferencias sustanciales entre una y otra forma de procreación, que justifiquen una diversa consideración legal.

Así, el derecho a procrear, según Parker, (1996) estaría comprendido por los siguientes elementos o aspectos:

- a. El derecho a fundar una familia
- b. El derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espacio de tiempo entre sus hijos
- c. El derecho de acceder a la información y educación sobre planificación familiar
- d. El derecho a acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, incluida la fecundación artificial (p, 18)

En nuestro país, la Constitución Política de 1993 se estructura en tres partes: dogmática, orgánica y de garantías constitucionales. En la primera sección se ubican los derechos fundamentales; en el Art. N° 2 se precisa una lista de 24 incisos en los que se nombran los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Magna. No obstante, existen otros artículos como el 139 y del 4 al 42 que también los contienen¹².

De la revisión de las normas (líneas supra) se evidencia que en ninguna se acoge el derecho a la procreación. Sin embargo, el Art. N° 3 concordado con la Cuarta Disposición Final, son las llaves que abren las puertas a otros derechos fundamentales en un marco internacional de los derechos humanos (regulación conocida como *numerus apertus*¹³). Por lo tanto, corresponde analizar el Sistema de Derechos Humanos en que está inmerso el Perú, tanto en sus instrumentos internacionales como en la jurisprudencia.

El Perú pertenece al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en mérito a haberse adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptar la competencia

¹² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, emitida el 28 de noviembre del 2012

¹³ Expresión latina, que significa número abierto.

jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, tomando en consideración el Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que ad pedem literae¹⁴:

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sus sentencias, también son parte del Sistema Interamericano.

En el campo doctrinario el connotado jurista, Varsi Rospigliosi, E.(2001), plantea que:

“Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos. Así, tenemos entre otros: (...) Derechos Reproductivos, se dividen en los negativos (legitimando los métodos de planificación familiar) y los positivos (atendiendo a la aplicación de procesos asistidos para tener descendencia)” (p.226-227)

El referido jurista peruano también aclara que el término correcto a utilizarse es “derechos reproductivos”, y no “derecho a la procreación” o “derecho al hijo”, debido a que estas últimas expresiones tienen una connotación individualista, más no la

¹⁴ Expresión latina, que traducida al español, significa: al pie de la letra.

primera frase en la que además implica el deber del Estado de protegerlos y así planificar políticas para su respeto.

Una forma de protección de los derechos reproductivos es facilitar el acceso a las técnicas de reproducción asistida, para aquellas mujeres infértiles. De esta manera se permite que cumplan su proyecto de vida.

2.- Titulares de la libertad de procrear:

Para un sector, de los teóricos, el derecho a procrear es un derecho de titularidad y ejercicio individual, salvo las limitaciones derivadas de la propia naturaleza o impuestas por las normas jurídicas, según se trate de un varón o una mujer.

Como argumento se alega que el derecho a la procreación se asemeja, en principio, a otros derechos que como el derecho al matrimonio son de titularidad individual, pero que requieren la concurrencia de otro sujeto.

Sin embargo, los recientes avances en técnicas de criopreservación¹⁵ y la creación de bancos de gametos permiten que las personas solas puedan determinar su propia procreación, sin conocimiento del otro sujeto que también aporta sus gametos.

Por otro lado, existen autores que señalan:

“Este hecho ha permitido que para el ejercicio del derecho a la procreación ya no sea necesaria la concurrencia de dos

¹⁵ Proceso que se usa para congelar uno o más embriones y conservarlos para su uso en el futuro. La **criopreservación** de embriones incluye la fertilización in vitro, que es un procedimiento mediante el que se extraen óvulos del ovario de una mujer y se combina con espermatozoides en el laboratorio para formar embriones.

voluntades; basta una sola, la de aquella persona que ejerce su derecho..., el derecho a la reproducción no sólo es un derecho a procrear sino también a un derecho a procrearse” (Morán de Vicenzi, 2005; p, 187)

Si el derecho a procrear realmente fuera un derecho de titularidad y ejercicio individual resulta cuestionable afirmar que también puede ser ejercido a través de otro varón como donante de gametos, o de otra mujer como madre subrogada.

En consecuencia, el derecho a procrear es una libertad de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado o conjunto, esto es, que requiere la voluntad actual y el aporte genético del otro miembro de la pareja.

3.- Límites a la libertad de procrear:

Los derechos están sujetos a ciertos límites y, en este sentido, el derecho a la reproducción humana no constituye una excepción; los límites de los derechos fundamentales están determinados por su propio contenido esencial y, en consecuencia, a éste habrá que remitirse tratándose del derecho a procrear.

Para Gómez Sánchez, (2004):

“Los límites del derecho a la reproducción se encuentran en el propio texto constitucional, y se derivan del ejercicio de la propia libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto de los derechos de los otros. La autora recalca que, en todo caso, ha de tenerse en cuenta que en un Estado democrático la libertad es la regla y sus restricciones la excepción” (p, 92)

En tal sentido se puede afirmar la existencia del derecho a procrear, entendido como la libertad de la persona de decidir y llevar a cabo la procreación con su participación biológica y/o genética. Desde esta perspectiva, quedan excluidas del ámbito de este derecho el recurso a procedimientos que puedan implicar la instrumentalización de las demás personas o que puedan vulnerar la dignidad o los derechos del hijo.

4. Consentimiento y responsabilidad jurídica, presupuestos de la procreación asistida:

Existe consenso en señalar, que los aspectos jurídicos relevantes relacionados con la procreación asistida, fundamentalmente son: el consentimiento y la responsabilidad.

a. Consentimiento:

La autonomía de la voluntad ha sido decisiva para que el individuo genere actos jurídicos a su libre decisión, aun cuando en la actualidad cada vez se encuentra más restringida por la necesidad de proteger intereses de la sociedad. Así, el Estado interviene para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorios a las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de terceros.

Al respecto Bejarano Sánchez, (1984) señala que:

“La voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico; es su "motor principal"; en los contratos, dicha voluntad se llama consentimiento y se integra con las dos manifestaciones de la voluntad de las partes que se conciertan” (p, 55).

En este sentido, el consentimiento¹⁶ es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendiente a la procreación asistida, siempre que dicha práctica no esté prohibida por el Estado.

En este campo, como en cualquier acto jurídico, el consentimiento debe ser uno de los requisitos esenciales. Es claro que se trata de un consentimiento eficiente, es decir, otorgado por persona capaz, en pleno uso de sus facultades mentales, ausente de cualquiera de los vicios de la voluntad y, en este tema, debe ser otorgado de manera libre, consciente, expresa y por escrito. La integración de dicho consentimiento debe contener una información explícita y adecuada de la técnica a utilizar.

El consentimiento requerido específicamente en esta materia tiene dos ámbitos:

- a. El primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra, como manifestación de la disposición de su propio cuerpo.
- b. El segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas y un denominador común: la concepción de un ser humano.

b. La responsabilidad jurídica:

¹⁶ Es uno de los requisitos básicos del contrato. Consiste en el asentimiento conjunto de dos o más voluntades para celebrar un contrato manifestándose conformes sobre un determinado objeto y por una causa. Abarca, de esta manera, los otros dos elementos fundamentales: objeto y causa, que deberán quedar amparados por la misma voluntad contractual. El consentimiento contractual se basa en la formación de la voluntad y en su manifestación; en todo caso, el consentimiento válido es el de las personas capaces para contratar.

Al respecto Guzmán Ávalos, (2001) señala que:

“Hay responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio; es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer expresan su comportamiento en forma contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados” (p, 73)

La responsabilidad jurídica es el género cuyos tipos son la responsabilidad subjetiva y la objetiva, al respecto De Castro Pérez, (1980), afirma:

- La responsabilidad subjetiva descansa en la teoría de la culpa, originada por un hecho ilícito. La responsabilidad subjetiva comprende dos subespecies, a saber la civil y la penal. La civil se puede conceptuar como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por un ilícito o un riesgo creado. Por su lado, la penal es el deber: jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito.
- La responsabilidad objetiva se funda en que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la ración de los daños que produzca con dicho objeto, por su aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa.(p.72)

La responsabilidad se hace patente en las prácticas de procreación asistida; ya que los sujetos que intervienen en la misma pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extra contractualmente, actuando con culpa o sin ella, pero de cualquier manera pueden causar daño o perjuicio a otro de los sujetos que intervienen en el proceso de la fecundación asistida. Así, “los usuarios pueden ser responsables frente a

su pareja o frente al hijo, y el personal médico frente los usuarios por culpa o simplemente por riesgo creado” (Guzmán Ávalos, 2001; p, 75)

2.3.1.2.2. Derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental.

a. Derecho a la identidad:

Como lo afirma Fernández Sessarego, (1992) “Toda persona tiene derecho a su identidad, pudiendo definirse la identidad personal, como —todo aquello que hace que cada cual sea —uno mismo y —no otro” (p, 113)

En términos conceptuales, debe distinguirse:

El origen genético del origen biológico, siendo que el primero se refiere al mero dato técnico, vinculado con la herencia genética; mientras que el segundo abarca también los vínculos familiares y afectivos que son parte de la propia historia de una persona. (Kemelmajer de Carlucci, 2010; p. 58)

En este sentido Mizrahi Mauricio, (2004) sostiene:

La identidad de una persona implica no solo una verdad biológica, sino también una verdad sociológica, cultural y social; por otro lado, debe tenerse también en cuenta en la materia la posesión de estado, es decir, el carácter fáctico de las uniones familiares y de la vida familiar. (p, 20 y 21).

Resulta entonces, que ponderando los derechos en juego debe priorizarse el derecho a conocer los orígenes como un aspecto del derecho a la identidad por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto

procreacional.

b. Derecho a la Intimidad:

Para Gherzi, (2004), “los derechos a la identidad y a la intimidad constituyen nada menos que los grandes temas de la primera década del siglo XXI.” (p.15)

El derecho a la intimidad es sin duda un derecho inherente, inalienable, imprescriptible e irrenunciable de toda persona, pero de carácter relativo; es que, en realidad, no existen derechos absolutos; ni siquiera la vida misma lo es, no obstante ser el más importante.

Es cierto que existen varios detalles vinculados con la concepción que son de incumbencia solo de los padres, mas ¿puede hacerse extensivo ello al conocimiento del hijo acerca de su origen y de quiénes son sus progenitores? Consideramos que no, por cuanto una cosa es la información sobre cuestiones estrictamente personales y otra cosa es cuando dicha información implica sustancialmente a terceros, más todavía en este caso si atañe literalmente a la vida misma de ese tercero, a su salud, a su biografía, a su existencia.

Ello puede advertirse mejor si tenemos en cuenta los motivos que pueden estar detrás de la búsqueda que hace una persona de sus orígenes, que pueden ser su interés en:

Conocer su mayor predisposición a ciertas enfermedades, saber de determinados riesgos hereditarios de los que puede ser importante estar advertidos, evitar relaciones incestuosas y otras cuestiones esenciales que justifican el querer acceder a nuestro verdadero origen, que incluyen, junto con motivos de salud. (Moro Almaraz, 1988; p.109), razones

emocionales, sociales, afectivas y psicológicas.

Se podría argüir que la madre no cuenta sólo con meros intereses para proteger su pretensión sino también con un verdadero, auténtico y fundamental derecho, como es la intimidad o al respeto de su vida privada, pero parece muy dudoso que el derecho a la vida privada personal o familiar pueda incluir el ocultamiento de la identidad de un padre respecto del hijo que desea conocerle.

A ello se agrega que pareciera más esencial para el desarrollo de la personalidad, y por tanto con mayor jerarquía, “el derecho a la identidad que el derecho a la intimidad; por otro lado, el derecho a la identidad viene a ser reforzado por la concurrencia del principio del interés superior del hijo”. (Corral Talciani, 2010; p.76)

c. Derecho a la Verdad:

Sobre la materia Lacalle Noriega, (2013) afirma: “Toda persona tiene derecho a conocer la verdad de todo lo que le atañe y qué verdad más importante que aquella de conocer sus orígenes, su verdad biológica” (p, 120)

En este sentido no subestimar la capacidad del niño de darse cuenta de las cosas y generar con el silencio situaciones de desconfianza. Si accidentalmente descubre la verdad, se puede sentir menospreciado. Se sentirá ansioso acerca de su propia identidad una vez que descubra que, en un sentido importante, él no es quien pensaba que era.

Además, puede sentir que durante todo este tiempo tenía derecho a esa información y no confiaron en él, no se la

dieron: ha sido usado por sus padres para ocultar su esterilidad, o sencillamente, como un instrumento a través del cual satisfacer su profundo anhelo de ser como la otra gente y tener un hijo.

Empero, dicha revelación debe brindarse en forma adecuada y oportuna, teniendo en cuenta el nivel de discernimiento del niño y la madurez que vaya alcanzando.

Dado que el niño puede verse afectado y manifestar trastornos psicológicos al no conocer la verdad de sus orígenes, “las leyes sobre reproducción artificial permiten al hijo en Austria, conocer la identidad del padre a partir de los 14 años y, en Suecia cuando adquiere la madurez suficiente; llegándose en Alemania a un resultado semejante vía la jurisprudencia” (Corral García, 2013; p, 250)

Los avances legales confirman, asimismo, que estamos entonces ante un nuevo contenido, un nuevo alcance del derecho a la verdad o del derecho simplemente a saber.

En suma, la interrelación de los derechos a la: intimidad, identidad, verdad y a saber, principio del interés superior del niño, respeto de la dignidad de la persona humana, derecho a la información y derecho a la salud, configuran un sustento básico, para que una persona pueda acceder al conocimiento de su origen biológico

2.3.1.3. Situación del Nasciturus:

2.3.1.3.1. Condiciones Jurídicas:

En este caso, el sujeto pasivo es un nasciturus, considerado como apto para ser susceptible de reconocimiento. No obstante, la necesaria individualización del mismo ha sido siempre un

punto conflictivo a superar. La doctrina española estima complicado identificar a un concebido sin violar la prohibición de hacer público quién es la madre, salvo ella misma. La donante aunque reconocería la maternidad ha de referirse a otra mujer que es la gestante. La situación es totalmente incoherente porque las instituciones actuales no están pensadas para nada semejante. Al parecer el reconocimiento es contradictorio, patentemente falso, y por ello inválido.

Menos complicado resultaría un reconocimiento del embrión producido por fecundación in vitro con donación de óvulo. Si hemos considerado viable y deseable asimilar el embrión in vitro con el nasciturus clásico nada impide su reconocimiento por los progenitores biológicos en idénticos términos que a un nasciturus in útero. Ahora bien, si la mujer a la que va a ser transferido ha consentido por escrito a la operación admitiendo como suyo al hijo que puede llegar a nacer, ¿puede considerarse a ésta la única madre?

En el ámbito jurídico la noción "persona" ha variado a través de las sociedades y los tiempos. Siempre tuvo alguna conexión con criterios biológicos y filosóficos, pero no podemos decir que aquéllos sean idénticamente seguidos por el ordenamiento jurídico imperante.

2.3.1.3.2. En torno a la equiparación Nasciturus- Embrión:

Para diferenciar al concebido in vitro sin transferir del anidado ya en el claustro materno con independencia de la forma de concepción, denominaremos al primero por el término biológico: Embrión. Estos embriones a pesar de su mínimo desarrollo son seres humanos con potencialidad biológica que habrá de evolucionar en su medio natural el útero materno, mientras no sea posible la ectogénesis (es el término referido a la idea de

fetos desarrollándose fuera del vientre materno).

La auténtica tutela reside en permitir al embrión llegar al nacimiento en condiciones óptimas, o iniciar su proceso, al menos, sin ninguna cortapisa y sin discriminación respecto a lo que podría adquirir si hubiera nacido.

La doctrina peruana se encuentra formada en correspondencia a la teoría del nasciturus. Se considera al concebido *spes hominis*¹⁷.

Su razón de ser se encuentra en su condición de humano *in fieri*¹⁸, hay en él un germen de vida que hay que respetar y reconocer, su “vida embrionaria merece respeto y atribución de personalidad jurídica, aunque dicha personalidad sea también nuclear y en los primeros paseos de un devenir...” (Moro Almaraz, 1988; p. 129)

Todo concebido, mientras tenga vida, aunque sea incipiente o “paralizada” por la congelación, es un germen de persona y debe ostentar titularidades jurídicas aunque otros tengan que velar de hecho por sus intereses. No es posible hacer un obstáculo insalvable del tiempo o la ubicación del embrión.

Es necesario precisar que las posiciones sobre el momento en el que existe ser humano se dispersan:

- Para algunos desde el momento de la fecundación.
- Para otros hay que esperar a que sea capaz de vivir fuera del claustro materno.

¹⁷ El concebido, es una esperanza del hombre.

¹⁸ Locución latina que se emplea para designar aquello que está por hacer.

- Actitudes intermedias se inclinan por el instante en que el encefalograma indique actividad genética, pues comienza la actividad cerebral
- Ampliamente defendida es la posición de quienes afirman que la anidación es una etapa decisiva (la mórula que luego se transforma en blastocito se une a las paredes del útero materno y allí anida), coincidiendo con los catorce días desde la fecundación. Se desarrolla en ese momento el que será el sistema nervioso del individuo

El proceso es el mismo, se haya concebido fuera o dentro del útero materno. El que se encuentre afuera está más expuesto a su deterioro. Igualmente *spes hominis* ha de ser considerado por el Derecho por si llega a nacer. Su mayor fragilidad no ha de condicionar una desatención total, sino todo lo contrario. Y si no lo asimilamos al *nasciturus* la protección sería nula.

La realidad del concebido y no nacido, dentro o fuera del útero materno, es la misma, los fines idénticos y la intervención del derecho se fundamenta en su condición humana, cualquiera que sea el grado de evolución de la ciencia. La tutela del embrión vivo, cualquiera que sea su ubicación, los aspectos concretos vendrán regulados por normas específicas, pero mientras éstas no establezcan la del *nasciturus* le alcanzara en los mismos términos” (Morán de Vicenzi, 2005; p.131)

2.3.1.4. La Reproducción Asistida en el Perú:

Fernández, S. (2017), realiza un análisis y recuento respecto a la materia en estudio, elementos que reseñamos en líneas infra:

Perú no cuenta con una legislación definida en materia de reproducción asistida y su aplicación. En el Art. N° 7 de la Ley

General de Salud N° 26842, del 09 de julio de 1997, norma lo siguiente:

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

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Se advierte con claridad, que es posible ejercitar el derecho a recurrir a las TERAS¹⁹ en tanto se cumplan dos condiciones fundamentales:

- a. Identidad genética.
- b. Consentimiento por escrito de los padres biológicos antes del tratamiento.

Se puede colegir, que la técnica de la donación de óvulos no está permitida en Perú puesto que la mujer que aporta la carga genética y la que gesta deben ser la misma persona conforme a lo previsto en norma referida supra. La donación de esperma o espermodonación se permite, pero en la legislación peruana rige el anonimato del donante.

Al respecto Siverino Bavio (2018) en relación a que el artículo 7 de la Ley General de Salud prohibiría la ovodonación y la maternidad subrogada, al expresar que todas las personas

¹⁹ Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

tienen derecho a acudir a las técnicas, pero que “la madre gestante y la genética deben coincidir”, plantea:

Ello deriva de una interpretación descontextualizada y literal de un artículo de dudosa constitucionalidad ya que: a) no configura técnicamente una prohibición, las que deben ser expresas; b) introduciría una discriminación inaceptable, los hombres podrían remediar la infertilidad y las mujeres no; c) dejaría casi sin efecto el campo de acción de las TRA.

Resulta entonces que en nuestro país, la necesidad de regular jurídicamente, la materia en cuestión, radica en el hecho de que, a pesar de no haber ley, existen numerosas clínicas y centros sanitarios privados que ofrecen tratamientos de fertilidad tanto de alta como de baja complejidad. Dado que funcionan por autorregulación, los tipos de tratamiento, costes y la forma de llevarlos a cabo pueden variar entre unos y otros en gran medida.

En el Perú, lo cierto es que la subrogación uterina no está regulada en ninguna ley ni condenada por el Código Penal, por lo que se hace necesaria una legislación detallada, ya que se estima, en promedio que “cada año se realizan unos 4.500 procedimientos” (El Comercio, 2014)

No obstante, se han desarrollado diversos proyectos de ley destinados a regular la reproducción asistida, entre los que destacan el N° 1722/2012-CR del Grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú y el N° 2003/2012-CR, del Grupo Parlamentario Concertación Parlamentaria. Ambos tratan la reproducción asistida en general, sin hacer hincapié en la gestación subrogada en particular.

2.3.1.5. Jurisprudencia y casos previos:

La gestación subrogada en Perú es un hecho, tal y como demuestran la literatura existente y los diferentes proyectos de ley desarrollados hasta la fecha, mediante los que se pretende abordar este tratamiento a fin de evitar abusos y otras irregularidades.

En materia de jurisprudencia, contamos con el primer caso aprobado por la Corte Suprema de Justicia y, por otro lado, con el caso de una abuela y su hija de origen peruano, que recurrieron a la gestación subrogada en Estados Unidos.

a. Primer caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia, casación Nº 563-2011, Lima, 6 de diciembre de 2011.

Se trata del caso del matrimonio formado por doña D.F.P.Q. y don G.S., quienes encargaron a I.Z.C.M la gestación de su futuro hijo, el cual sería entregado al matrimonio tras el nacimiento. La pareja pagó a la gestante la suma total de \$ 18 900.

Para la fecundación, se emplearon los espermatozoides de don G.S. y, tras el nacimiento, la filiación materna, tal y como indica la ley, se estableció a favor de la gestante y, la paterna, a favor del marido de ésta. Así, el padre biológico no figuraba como padre legal. Don G.S. no solo sería el padre de sangre de la menor, sino que, por su relación de parentesco con I.Z.C.M, resultó ser el tío abuelo de la misma.

Una vez alumbrado el bebé fue entregado a los padres de intención, quienes iniciaron entonces un proceso de adopción por excepción, para que legalmente se

constituyese la filiación a su favor. Es en este momento cuando la gestante subrogada y su pareja se arrepienten e interponen un recurso de casación en base a una serie de causales que resultaron carentes de sustento a ojos de la Corte Suprema.

La Corte estableció que existía un conflicto entre el interés superior de la menor a tener una familia y el derecho de los padres demandantes a ejercer la patria potestad. Además, basándose en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar al bebé a cambio de dinero, resolvió que primaba el interés superior de la niña y que, por tanto, continuaría viviendo con los padres intencionales.

b. Expediente: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, Corte Superior de Justicia de Lima:

La normativa y jurisprudencia convencional, según el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para, de manera informada, asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas, caso de la maternidad subrogada.

Si una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para, con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona—, alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un

resultado favorable, se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

Si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción y, en su caso, para la formación de una familia, y, si más bien la normativa convencional sí reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida, es decir, no existen razones para negar la condición de madre de la señora Ballesteros y la condición de padre biológico de su esposo.

Además si se considera, que la “madre” gestante (la madre genética es una donante de óvulos secreta), está de acuerdo en que la señora Ballesteros ejerza la condición de madre; no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores.

c. Abuela peruana da a luz a su nieta:

Un segundo caso conocido, es la gestación subrogada entre familiares que sucedió en 2013-2014, en concreto, el caso de, Julia Navarro, quien gestó a su propio nieto a las edad de 58 años para su hija Lorena Gonzáles.

Navarro, de origen peruano y residente en Estados Unidos, ofreció gestar al bebé de su propia hija después

de que esta pasara por múltiples abortos naturales tras años intentándolo con su pareja. En busca de una solución, acordaron recurrir a la subrogación uterina.

Según declaraciones de Navarro, el sufrimiento que vio en su hija fue lo que le hizo tomar la decisión. A pesar de que los médicos predijeron que su probabilidad de éxito no superaba el 45%, la familia siguió adelante. Al final, la niña nació por cesárea en territorio estadounidense.

d. El caso de la pareja chilena:

Desde el 2011, los señores Madueño y Tovar se han sometido a múltiples tratamientos de fertilidad para ser padres. Luego de fracasar en Santiago de Chile, en el 2013 llegaron a la clínica Concebir, en Lima. Intentaron otros tres procedimientos de fertilidad sin éxito y, como última opción, decidieron someterse a la técnica del vientre subrogado o de alquiler. Los bebés nacieron el pasado 28.

Al respecto especialistas sostienen que, lo planteado por la Ley general de Salud Art. 7, no puede interpretarse como una prohibición, ya que estas deben ser expresas; así mismo, no hay un reglamento que especifique el rol de los médicos y de las clínicas en este tipo de embarazos y que no existe en la legislación peruana el delito por gestación subrogada.

En este apartado es pertinente precisar, que sobre el principio de legalidad:

...el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones” (Recurso de Agravio Constitucional, 2006, fund. 34)

2.4. Maternidad Altruista, condiciones:

Se reseña en forma breve, las prácticas realizadas en algunos países:

En el Reino Unido, el “Acta de Acuerdos o Disposiciones de Subrogación de 1985 prohíbe la subrogación comercial y su publicidad pero no sanciona la práctica o a la madre gestante. (BOE, 2018). Está permitida la práctica de manera altruista. La filiación del niño es de la madre gestante que, después de solicitar a los tribunales el traspaso de esta filiación a los padres o “paternal order” y al pasar un periodo de 6 semanas, o periodo de reflexión, la paternidad se da a favor de los contratantes.

En la República Sudafricana, “en el Acta de los niños de 2005, se regula la actividad permitiéndose solo su modalidad altruista e invirtiendo en la madre gestante los gastos médicos u hospitalarios y aquellos que la madre no recibirá por estar embarazada. (Justice, 2018). Para que sea legal el procedimiento, el contrato tiene que realizarse por escrito y validado por los Tribunales y quedara constancia en el certificado de nacimiento del bebe el nombre de los padres contratantes. Un requisito fundamental, que se exigen es el uso de uno de los gametos de la pareja o individuo contratante para la gestación y que no tengan la posibilidad ellos mismos de dar a luz a un hijo propio. Además, si la madre gestante aporta su óvulo al procedimiento, podrá retractarse y reclamar al bebe cómo suyo,

devolviendo los ingresos abonados por los padres contratantes durante el proceso.

En Canadá, el “Acta de Reproducción Asistida Humana del 2004, prohíbe remunerar económicamente por los servicios a la madre gestante, siendo por tanto una práctica completamente altruista”. (Laws-lois.justice, 2018)

En Grecia, la gestación por subrogación se regula con la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005. Los requisitos que se dan para que sea legal son:

- La fecundación no se puede dar con el ovulo de la madre gestante.
- No debe haber beneficios económicos por el “alquiler del útero” pero puede existir recompensaciones económicas por los gastos hospitalarios o médicos.
- La madre contratante debe probar que no puede llevar el embarazo a término y debe tener menos de 50 años.
- La madre gestante debe estar sana en todos los ámbitos, psicológico y físico. Si tiene esposo, tanto él como ella deben estar de acuerdo en realizar el procedimiento por escrito.
- Solo se permite el uso de esta técnica a ciudadanos griegos. Sin embargo, Grecia ha permitido en 2015 a dos familias españolas contratar una madre gestante.
- No se la permite a la madre gestante retractarse, renunciando antes de la implantación a los derechos sobre los padres contratantes.
- Los varones solteros o parejas homosexuales no se les permite realizar esta práctica.
- Las mujeres solteras y parejas heterosexuales pueden elegir este proceso sin inconvenientes. (Rodríguez, 2018)

2.4.1. Perspectiva Intermedia:

Una propuesta que se ha ido abriéndose, aboga por regular o normar la **gestación por sustitución de carácter altruista**.

Al hacerlo, se atenderá el deseo de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos y, al mismo tiempo, se conjugará el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños obtenidos por esta vía. (Bellver Capella, 2017, p.231)

En relación a los derechos, en esta propuesta se concilian derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad, de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal sin riesgo de explotación y del niño a no ser objeto de compraventa.

“La propuesta aparece como una vía intermedia entre quienes, en un extremo, abogan por permitir también la maternidad subrogada retribuida y quienes, en el otro, proponen mantener la prohibición...” (Bellver Capella, 2017)

Los presupuestos, que orientan la propuesta a favor de la maternidad subrogada altruista son:

- En primer lugar, todo ser humano tiene derecho a ser padre/madre. En consecuencia, entienden que no solo las parejas heterosexuales que tienen problemas para llevar adelante una gestación sino cualquier individuo o pareja que carezca de la facultad para gestar puede recurrir a la maternidad subrogada para satisfacer su deseo de tener un hijo.
- En segundo lugar, el derecho a la autonomía de la mujer sobre su cuerpo incluye la cesión de su capacidad de gestar a favor de otros padres. También se cuestiona que ese derecho incluya tal disposición porque se entiende que, en lugar de ceder temporalmente una capacidad corporal en favor de otras personas, lo que se lleva a cabo es una colonización del cuerpo de la mujer por parte de

otros a base de reducir la trascendencia del proceso de gestación en todas las dimensiones de la vida de la mujer

En suma, si damos por supuesto que la maternidad subrogada altruista no tiene por qué ser contraria a la dignidad de la gestante ni al interés superior del niño, deberemos estudiar cómo regularla para que no lesione ningún derecho de las partes afectadas.

2.5. Definición de términos:

2.5.1. Maternidad Subrogada:

La maternidad Subrogada, se define como el proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar el bebé de otra pareja hasta el momento de su nacimiento. Tras su nacimiento, es entregado a la pareja en cuestión; y la madre de alquiler, que lo ha gestado durante todo el embarazo debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el recién nacido, a cambio de un beneficio económico o por vocación altruista.

2.5.2. Clases de Maternidad Subrogada:

El investigador Varsi Rospigliosi (2001), refiere la existencia de dos formas básicas:

Maternidad Subrogada Integral; es el caso en el que la mujer no genera óvulos ni puede gestar; es decir, hay deficiencia ovárica y uterina, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones, que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.(p.264)

Maternidad Subrogada parcial; es el caso en que la mujer si genera óvulos, pero tiene deficiencia uterina o física que le impide

gestar, por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labro biológica. Es un caso de préstamo de útero (p.264)

2.5.3. Gestación Subrogada Altruista:

Es una forma de maternidad subrogada, que concilia derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad, de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal sin riesgo de explotación y del niño a no ser objeto de compraventa.

2.5.4. Esterilidad e Infertilidad:

“...esterilidad es la incapacidad de un apareja para lograr un embarazo luego de un año de búsqueda sin medidas contraceptivas, mientras que la infertilidad es aquel problema en el que las parejas conciben, pero cuyos fetos no alcanzan viabilidad” (Cannesa, 2008)

2.5.5. Técnicas de Reproducción Asistida:

Cubillos, J.M.(2013) , las define como:

...todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación. Entre ellas encontramos dos grandes grupos: aquellas que se basan en la inseminación artificial y las que se realizan a partir de la fecundación extracorpórea o in vitro. (p. 7)

2.5.6. Filiación:

La Investigadora parlamentaria, Gamboa Montejano (2010), en torno a esta categoría precisa ideas importantes.

Es en principio, una relación biológica entre progenitores y

descendientes, la cual produce consecuencias jurídicas, después de su establecimiento en los términos decretados por la ley. La fuente de la filiación es la procreación biológica.

La filiación referida a la madre se denomina maternidad y la del padre paternidad. La maternidad se conoce de manera directa a través del hecho natural del parto, se da igual dentro o fuera del matrimonio.

Se puede calificar en filiación biológica y filiación jurídica, normalmente coincide la filiación biológica con la filiación jurídica, pero no siempre es así. Si los hijos nacidos fuera del matrimonio no son reconocidos por sus progenitores, estamos frente a un caso de filiación biológica pero jurídica. También puede darse el caso contrario, una filiación jurídica sin sustento biológico, cuando un hombre o una mujer reconocen a un hijo extramatrimonial, a pesar de que este no ha sido engendrado por ellos.

Caso aparte es la filiación adoptiva, en la cual la relación jurídica se basa en el consentimiento manifestado, para establecer la filiación y no en la relación biológica. (p. 7-8)

2.5.7. Derechos Sexuales y Reproductivos:

Los Derechos Sexuales y Reproductivos, encuentra su fundamento en el DIDH²⁰, planteados en diversos instrumentos vinculantes y no vinculantes; su formulación se dio en el marco de la conferencia sobre Población y Desarrollo²¹ y de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer²²; a partir de estos eventos se establece:

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida

²⁰ Derecho Internacional de los Derechos Humanos

²¹ Realizada el 18 de octubre de 1994.

²² Realizada en setiembre de 1995

su salud sexual y reproductiva y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y de la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíproco y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual.

2.5.8. Proyecto de Ley:

El Congreso de la República, (2016), en el Art. N° 67 de su reglamento, precisa:

Las propuestas o proyectos de ley o de resolución legislativa son instrumentos mediante los cuales se ejerce el derecho de iniciativa legislativa y se promueve el procedimiento legislativo, con la finalidad de alcanzar la aprobación de una ley o resolución legislativa por el Congreso. (p.89)

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultados de la Encuesta Administrada a Profesionales en el Derecho:

Se presente en las tablas siguientes, las respuestas emitidas por profesionales el derecho, pertenecientes al ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, sobre la temática de la Maternidad Subrogada, en referencia a los tópicos: problemática jurídica y derechos involucrados.

Tabla 01

Problemática Jurídica de la Maternidad Subrogada

Pregunta:			
Considera que la problemática jurídica de la maternidad Subrogada, está básicamente relacionada con:			
Alternativas		f	%
a	Su licitud e ilicitud	92	24,15
b	Precisar los intereses que el derecho protege	75	19,69
c	El tipo de contrato que las partes libremente celebran.	102	26,77
d	Que los contratos son contrarios a la dignidad de las personas	112	29,40
Σ		381	100,01

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se aprecia que:

- El mayor porcentaje 29,40 % que representa a 112 profesionales consultados, respecto a la problemática jurídica de la maternidad subrogada, manifiestan que los

contratos sobre esta materia devienen en contrarios a la dignidad de las personas.

- El 26,77 % que corresponde a 102 profesionales encuestados, respecto a la problemática jurídica de la maternidad subrogada, afirman que se trata de un contrato que las partes libremente celebran.
- El menor porcentaje 19,68 % que representa a 75 abogados encuestados, afirman que la problemática jurídica de la maternidad subrogada, está asociada a la precisión de intereses que el derecho protege.

Tabla 02

Perspectiva utilitarista sobre la Maternidad Subrogada

Pregunta:			
Respecto a la Maternidad Subrogada, existen perspectivas utilitaristas que sostienen, “el acuerdo proporciona máxima utilidad a las partes y por lo tanto no existe nada que objetar si las partes deciden libremente”, como reflexiona usted al respecto:			
Alternativas		f	%
a	En desacuerdo, porque se involucra derechos de la persona.	109	28,61
b	De acuerdo, porque el contrato es ley entre las partes.	102	26,77
c	En desacuerdo, porque está de por medio un nuevo ser con derechos.	87	22,83
d	De acuerdo, siempre y cuando la normatividad de un país lo permita.	83	21,78
Σ		381	99,99

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se aprecia que:

- El mayor porcentaje 28,61 % que corresponde a 109 abogados encuestados, respecto a la perspectiva utilitarista de la maternidad subrogada manifiestan estar en desacuerdo con

esta postura, porque en un contrato se involucran derechos de la persona.

- El 26,77% que corresponde a 102 profesionales consultados, manifiestan estar de acuerdo con la posición utilitarista sobre la maternidad subrogada, porque los contratos son ley entre la partes.
- El menor porcentaje 21,78 % que representa a 83 abogados consultados, manifiestan que en este tipo de contrato no existe nada que objetar, siempre y cuando esté permitido en la legislación de un país.

Tabla 03

Perspectiva contractualista sobre la Maternidad Subrogada

Pregunta:			
Respecto a la Maternidad Subrogada, existen perspectivas contractualistas que sostienen, “es un contrato contrario a la dignidad de las personas, tanto madres como el nasciturus”, como reflexiona usted al respecto:			
Alternativas		f	%
a	En desacuerdo, porque las personas deciden libremente.	95	24,93
b	De acuerdo, porque involucra derechos de las personas.	108	28,35
c	En desacuerdo, porque existen legislaciones que lo permiten.	87	22,83
d	De acuerdo, porque involucra los derechos del nuevo ser.	91	23,88
Σ		381	99,99

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se aprecia que:

- El mayor porcentaje 28,35 % que representa a 108 profesionales consultados, respecto a la perspectiva contractualista sobre la maternidad subrogada, manifiestan

estar de acuerdo con esta postura, porque involucra derechos de las personas.

- El 24,93 % que corresponde a 95 abogados encuestados, respecto a la perspectiva contractualista de la maternidad subrogada, afirman estar en desacuerdo porque las personas deben decidir libremente.
- El menor porcentaje 22, 83 % que representa a 87 abogados encuestados, respecto a la perspectiva contractualista de la maternidad subrogada , afirman estar en desacuerdo porque existen legislaciones de varios países que si lo permiten.

Tabla 04

Naturaleza problemática de la Maternidad Subrogada

Pregunta:			
La maternidad subrogada, es un problema de naturaleza:			
Alternativas		f	%
a	Eminentemente técnico	92	24,15
b	Estrictamente jurídico	89	23,36
c	Ético social	96	25,20
d	Compleja (técnico, jurídico, ético)	104	27,30
Σ		381	100,01

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se observa que:

- El mayor porcentaje 27,30 %, que corresponde a 104 profesionales consultados, respecto a la naturaleza problemática de la maternidad subrogada, manifiestan que es un problema complejo porque involucra dimensiones: técnica, jurídica y éticas.
- El 25, 20 % que representa a 96 abogados consultados, sobre la naturaleza problemática de la maternidad subrogada, afirman que es un problema de naturaleza estrictamente ético social,

porque involucra los valores de la persona en tanto ser social.

- El menor porcentaje 23,36 % que corresponde a 89 profesionales encuestados, sobre la naturaleza problemática de la maternidad subrogada, afirman que es un problema de naturaleza estrictamente jurídica.

Tabla 05

Derechos Involucrados en la Maternidad Subrogada

Pregunta: Según su perspectiva y experiencia, ¿qué derechos están involucrados en la maternidad Subrogada?			
Alternativas		f	%
a	Derecho a la dignidad	108	28,35
b	Derecho a la reproducción	92	24,15
c	Derecho a la procreación	87	22,83
d	Derechos del narciturus	94	24,67
Σ		381	100,00

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

- El mayor porcentaje 28,35 %, que corresponde a 108 profesionales consultados, respecto a los derechos involucrados en la maternidad subrogada, manifiestan que es derecho capital que comprende es el derecho a la dignidad.
- El 24,67 % que representa a 94 abogados consultados, sobre los derechos involucrados en la maternidad subrogada, afirman que los derechos centrales a tenerse en cuenta son los del narciturus.
- El menor porcentaje 22,83 % que corresponde a 87 profesionales encuestados, sobre los derechos involucrados en la maternidad subrogada, afirman que fundamentalmente se debe considerar el derecho a la procreación.

Tabla 06

Maternidad Subrogada y la Dignidad Humana

Pregunta: En la maternizada subrogada, de qué manera se involucra el derecho a la dignidad humana:			
Alternativas		f	%
a	Comprende el respeto a la persona.	89	23,36
b	Comprende la valorización de la persona como ser individual	90	23,62
c	Interviene la persona como ser social	94	24,67
d	Implica el respeto, la valorización y el ser individual y social	108	28,35
Σ		381	100,00

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se observa que:

- El mayor porcentaje 28,35 %, que corresponde a 108 profesionales consultados, respecto al derecho a la dignidad humana y la maternidad subrogada, manifiestan que implica el respeto, la valorización y el ser individual y social.
- El 24,67 % que representa a 94 abogados consultados, sobre la maternidad subrogada y el derecho a la dignidad humana, afirman que implica la intervención de la persona como ser social.
- El menor porcentaje 23,36 % que corresponde a 89 profesionales encuestados, sobre el derecho a la dignidad humana y la maternidad subrogada, manifiestan que comprende el respeto a la persona.

Tabla 07

Maternidad Subrogada y el Derecho a Procrear

Pregunta: Derecho a procrear, en la maternidad subrogada es interpretado y aplicado como:			
Alternativas		f	%
a	Derecho a la reproducción, como derecho individual a decidir	92	24,15
b	Forma admisible de participación en la procreación	88	23,10
c	Derecho natural o mediante reproducción artificial	95	24,93
d	Derecho de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado.	106	27,82
Σ		381	100,00

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se aprecia que:

- El mayor porcentaje 27,82 %, que corresponde a 106 profesionales consultados, respecto a la relación entre maternidad subrogada y el derecho a procrear, afirman que este es un derecho de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado.
- El 24,93 % que representa a 95 abogados consultados, sobre la maternidad subrogada y el derecho a procrear, manifiestan que este derecho se puede ejercer en forma natural o mediante reproducción artificial.
- El menor porcentaje 23,10 % que corresponde a 88 profesionales encuestados, sobre la relación entre maternidad subrogada y derecho a procrear, afirman que este es una forma admisible de participación en la procreación.

Tabla 08

Maternidad Subrogada y el derecho a conocer el origen Biológico como Derecho Fundamental.

Pregunta: En la maternidad subrogada, el derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental, se interpreta y aplica como:			
Alternativas		f	%
a	Un aspecto del derecho a la identidad por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto procreacional.	102	26,77
b	Vinculado con la concepción que es de incumbencia solo de los padres.	93	24,41
c	Derecho a conocer la verdad de todo lo que le atañe y por ende conocer sus orígenes.	89	23,36
d	Derecho a: intimidad, identidad, verdad y a saber.	97	25,46
Σ		381	100,00

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se observa que:

- El mayor porcentaje 26,77 que representa a 102 profesionales en derecho encuestados, respecto a la maternidad subrogada y el derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental, manifiestan que este es un aspecto del derecho a la identidad, por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto procreacional.
- El 25,46 % que corresponde a 97 abogados encuestados, sobre la maternidad subrogada y el derecho a conocer el origen biológico, afirman que este derecho integra los derechos a: intimidad, identidad, verdad y a saber.
- El menor porcentaje 23,36% que corresponde a 89

profesionales consultados, sobre la maternidad subrogada y el derecho a conocer el origen biológico, afirman que este está relacionado con el derecho a conocer la verdad de todo lo que le atañe y por ende conocer sus orígenes.

Tabla 09

Maternidad Subrogada y condición Jurídica del Nasciturus

Pregunta:			
En la maternidad subrogada, la condición jurídica del nasciturus, está relacionada con aspectos como:			
Alternativas		f	%
a	La necesaria individualización, como un punto conflictivo a superar.	99	25,98
b	Reconocimiento del embrión producido por fecundación in vitro con donación de óvulo.	101	26,51
c	La noción de persona como sujeto de derechos.	106	27,82
d	Sujeto pasivo sin derechos.	75	19,69
Σ		381	100,00

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se observa que:

- El mayor porcentaje 27,82 % que representa a 106 abogados encuestados, sobre la maternidad subrogada y la condición jurídica del nasciturus, manifiestan que este es una persona o sujeto de derechos.
- El 26,51% que corresponde a 101 profesionales consultados, en relación a la maternidad subrogada y la condición jurídica del nasciturus, sostienen que se trata del reconocimiento del embrión producido por fecundación in vitro con donación de óvulo.
- El menor porcentaje 19,69 % que representa a 75 profesionales de la abogacía encuestados, en relación a la maternidad subrogada y la condición jurídica del nasciturus,

afirman que este es un sujeto pasivo sin derechos.

Tabla 10

Maternidad Subrogada y consideración del Nasciturus

Pregunta: En la maternidad subrogada, el nasciturus es considerado como:			
Alternativas		f	%
a	El embrión que se desarrolla en su medio natural el útero materno.	99	25,98
b	El embrión con auténtica tutela, para llegar al nacimiento en condiciones óptimas.	98	25,72
c	Especie humana con derechos.	109	28,61
d	Un objeto que se puede transferir a los comitentes.	75	19,69
Σ		381	100,00

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se observa que:

- El mayor porcentaje 28.61 % que representa a 109 abogados encuestados, sobre la maternidad subrogada y la consideración del nasciturus, manifiestan que es una especie humana con derechos.
- El 25,98 % que corresponde a 99 profesionales consultados, en relación a la maternidad subrogada y la consideración del nasciturus, manifiestan que es el embrión que se desarrolla en su medio natural el útero materno.
- El menor porcentaje 19,69 % que representa a 75 profesionales de la abogacía encuestados, en relación a la maternidad subrogada y la consideración del nasciturus, afirman que es un objeto que se puede transferir a los comitentes.

Tabla 11

Condiciones de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Pregunta:			
En nuestro país no existe legislación sobre maternidad subrogada, solamente es posible tener acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, siempre y cuando se cumplan las condiciones:			
Alternativas		f	%
a	La condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.	89	23,36
b	El consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.	88	23,10
c	Se realice la donación de óvulos y espermatozoides.	99	25,98
d	a y b	105	27,56
Σ		381	100,00

Fuente: Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se aprecia que:

- El mayor porcentaje 27,56 % que representa a 105 abogados encuestados, sobre las condiciones para emplear las técnicas de reproducción humana asistidas, manifiestan que debe respetarse; que la madre genética y la madre gestante recaiga sea la misma persona y que debe darse el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.
- El 25,98 % que corresponde a 99 profesionales consultados, en relación a las condiciones para emplear las técnicas de reproducción humana asistidas, manifiestan que es necesario que se realice la donación de óvulos y espermatozoides.
- El menor porcentaje 23,10 % que representa a 88 profesionales de la abogacía encuestados, en relación a las condiciones para emplear las técnicas de reproducción humana asistidas, manifiestan que es fundamental el

consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Tabla 12

Maternidad Subrogada Altruista como postura Intermedia.

Pregunta: La maternidad subrogada altruista, es una postura intermedia que atiende:			
Alternativas		f	%
a	El derecho de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos.	106	27,82
b	El riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños obtenidos por esta vía.	96	25,20
c	La conciliación de los derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad, de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal sin riesgo de explotación y del niño a no ser objeto de compraventa.	92	24,15
d	El derecho que todo ser humano tiene a ser padre/madre.	87	22,83
Σ		381	100,00

Fuente. Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se aprecia que:

- El mayor porcentaje 27,82 % que representa a 106 abogados encuestados, sobre la maternidad subrogada altruista como postura intermedia, afirman que es una perspectiva que atiende el derecho de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos.
- El 25,20 % que corresponde a 96 profesionales consultados, en relación a la maternidad subrogada altruista como postura intermedia, afirman que es una perspectiva que atiende el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños obtenidos por esta vía.

- El menor porcentaje 22,83 % que representa a 87 profesionales de la abogacía encuestados, en relación a la maternidad subrogada altruista como postura intermedia, manifiestan que es una perspectiva que atiende el derecho que todo ser humano tiene para ser padre/madre.

Tabla 13

Maternidad Subrogada Altruista, Condiciones para su permisión.

Pregunta: En algunos países del orbe, se permite la maternidad subrogada altruista, siempre y cuando se cumplan condiciones como:			
Alternativas		f	%
a	La filiación del niño es de la madre gestante que, después de solicitar a los tribunales y pasar un periodo de tiempo y reflexión, la paternidad se da a favor de los contratantes.	91	23,88
b	Uso de uno de los gametos de la pareja o individuo contratante para la gestación y que no tengan la posibilidad ellos mismos de dar a luz a un hijo propio.	101	26,51
c	No se remunere económicamente por los servicios a la madre gestante, siendo por tanto una práctica completamente altruista.	95	24,93
d	La madre contratante debe probar que no puede llevar el embarazo a término y debe tener menos de 50 años.	94	24,67
Σ		381	99,99

Fuente: Encuesta aplicada a abogados, junio a julio de 2018

En la tabla se observa que:

- El mayor porcentaje 26,51 % que representa a 101 abogados encuestados, sobre las condiciones para la permisión de la maternidad subrogada altruista, manifiestan que debe respetarse el uso de uno de los gametos de la pareja o individuo contratante para la gestación y que no tengan la posibilidad ellos mismos de dar a luz a un hijo propio.

- El 24,93 % que corresponde a 95 profesionales consultados, en relación a las condiciones para la permisión de la maternidad subrogada altruista, afirman que el requisito para su admisión es que no se remunere económicamente por los servicios a la madre gestante, siendo por tanto una práctica completamente altruista.
- El menor porcentaje 23,88 % que representa a 91 profesionales de la abogacía encuestados, en relación a las condiciones para la permisión de la maternidad subrogada altruista, manifiestan que el presupuesto a respetar es, que la filiación del niño es de la madre gestante que, después de solicitar a los tribunales y pasar un periodo de tiempo y reflexión, la paternidad se da a favor de los contratantes.

3.2. Propuesta de Proyecto de ley sobre Maternidad Subrogada Altruista:

Siguiendo las pautas procedimentales señaladas en Perú. Congreso, (2013), se estructura la propuesta de un Proyecto de Ley sobre Maternidad Subrogada Altruista.

I. Categoría Normativa y Numeración:

PROYECTO DE LEY N° 30567

II. Título:

***LEY QUE REGULA LA SUBROGACIÓN
GESTACIONAL ALTRUISTA***

III. Parte Sustentatoria:

3.1. Exposición de Motivos:

En los tiempos actuales, deviene en imprescindible regular la Subrogación Gestacional Altruista, mediante una fórmula legal que

permita la armonización de los derechos legítimos en juego; es decir, que contribuya a evitar abusos y vulneración de derechos. La clave reside en garantizar los derechos de todos y, sobre todo, que no medie precio ni recompensa, para que no pueda producirse ningún caso de explotación o de abuso en situaciones vulnerables.

Existe información, que en los últimos años, se han sucedido casos de padres que utilizan esta técnica en países extranjeros, muchas veces sin las debidas garantías y a costos muy elevados.

En este sentido, el hecho de que la Subrogación Gestacional Altruista solo pueda ser gratuita, es decir, altruista, constituye el elemento nuclear que promueve y respeta la libertad y la plena autonomía de la mujer sobre lo que puede hacer o no con su propio cuerpo; siendo necesaria por tanto una regulación rigurosa, garantista, con vigilancia y control.

Es menester precisar, que estamos ante un debate lleno de aspectos éticos y morales. Sin embargo, la mayoría de las objeciones o, mejor dicho, de las argumentaciones negativas que se ponen sobre la mesa para no regular la materia señalada supra, son de carácter meramente político – moral.

3.1.1. Antecedentes:

En la antigüedad resultaba inconcebible la fecundación femenina sin la realización del acto sexual. El primer dato del uso de una madre gestante en la historia lo encontramos en el Antiguo Testamento.

Los siguientes datos que se encuentran sobre esta técnica se dan en el siglo XVIII a.c. en Mesopotamia. En concreto, “el Rey Hammurabi creó en 1780 a.c. un código que decretaba que las

mujeres estériles con deseos de tener hijos, podían otorgar una de sus esclavas a su marido para concebir un hijo...” (Orbea Corrales, 2012, p.123)

En el Antiguo Egipto, los faraones se consideraban descendientes de los dioses, por ello no mezclaban su sangre con otras personas; faraones como Amemhotep I en el siglo XVI a.c., se casó con su hermana pero tuvo que recurrir a una tercera mujer para procrear a un heredero. “Dichos herederos eran de menor jerarquía y solo podían pretender al trono si no existían herederos legítimos” (Orbea Corrales, 2018, p.76)

En la Roma y Grecia antigua se describen casos como el de Deyotaro y su esposa Estrotónica, la cual al ser estéril no podía darle hijos a su marido y eligió a una prisionera para procrear a sus hijos y que ella pudiera tratarlos como propios. (Orbea Corrales, 2018, p.123)

El primer paso a las nuevas tecnologías reproductivas lo dieron dos científicos: “Robert Edwards y Patrick Steptoe quienes en 1978 lograron realizar la primera Fecundación in Vitro y gracias a esto nació Louise Brown, la primera “niña probeta”. (Fertilab, 2018, p.35)

“En 1976 Noel Keane abrió la primera agencia de fertilidad y para 1988 habían nacido 302 niños gracias a la maternidad subrogada”. (Camacho, 2009, p.64)

El primer bebé nacido gracias a la maternidad subrogada se dio en Michigan, donde la madre de alquiler gestó a una niña concebida In Vitro con el óvulo y el espermatozoide de los padres contratantes. (Orbea Corrales, 2018, p.130)

El primer caso que queda registrado jurídicamente ocurrió en 1987 en Sudáfrica. Una mujer gestó y dio a luz a sus propios nietos ya que a su hija no le era posible, porque se la extirpó el útero en su primer y único parto, por complicaciones en el mismo. La patria potestad de los niños era de la madre subrogada, la cual cedió este derecho a su hija y su yerno. (Orbea Corrales, 2018,p. 143)

La Maternidad Subrogada, que puede ser total o parcial; es un tratamiento que actualmente no es legal en Perú. Tampoco existe ninguna legislación “cerrada” en materia de reproducción asistida, sino varios proyectos de ley. Aun así, son muchas las parejas peruanas que recurren a un embarazo subrogado, para formar una familia, habitualmente llevándose a la gestante a un país extranjero donde la técnica sí está permitida.

3.2. Análisis costo beneficio:

En este rubro se explicitan aspectos como:

3.2.1. Los beneficiarios de la norma en corto, mediano y largo plazo.

Los principales beneficiarios de la norma, son las parejas heterosexuales, que por motivos bilógicos debidamente comprobados de manera científica, resultan imposibilitados de tener hijos, permitiéndoles la norma recurrir al Gestación Subrogada Altruista (GSA), sin fines de lucro, para poder cumplir con su propósito de vida, que es el de tener descendencia.

3.2.2. Contribución de la propuesta, desde la perspectiva del bien común.

La Constitución Política del Estado en el Art. 1° sentencia que “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado”, en este sentido, el normar la GSA²³, contribuye a la estabilidad emocional-social de parejas heterosexuales, que por razones ajenas a su voluntad, se encuentren imposibilitados de procrear sus hijos, permitiéndoseles recurrir a este mecanismo, bajo ciertos parámetros, regulados en el presente cuerpo legislativo.

3.3. Efecto de la vigencia de la norma en nuestra Legislación Nacional:

En este acápite, se da respuesta a la interrogante: ¿En qué aspectos concretos se producirá un cambio en el ordenamiento legal, si se aprobara esta disposición?

- Teniendo en cuenta la estructura lógico formal de la norma jurídica, se puede observar que está constituida por tres elementos, estos son: el supuesto de hecho, el efecto jurídico y el vínculo de deber ser. En este sentido, en la norma propuesta se precisan: hechos, efectos jurídicos y vínculos, en relación a la GSA.
- La norma jurídica, es fundamentalmente un esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social; en este sentido la norma planteada, al formular respecto a la GSA: objeto, finalidad, definición, requisitos, etc. Intenta contribuir con prescripciones que deben ser cumplidas por las instituciones, que comprende su ámbito.
- La norma jurídica puede ser definida no sólo en base a su estructura interna si no también, en base la finalidad que persigue, en este sentido la presente propuesta normativa tiene la finalidad de normar los aspectos concernientes a la

²³ Gestación Subrogada Altruista

GSA, modificando el Art. 7 de la Ley General de Salud , adicionando un Art. A la Sección primera del Libro sobre derecho de familia del CCP²⁴, en lo concerniente a la paternidad, así como incluyendo un Título, Capítulo y artículo, en la sección tercera del Código Civil, sobre paternidad y en el acápite correspondiente a contratos.

IV. Parte Resolutiva:

4.1. Disposiciones Permanentes:

Título I Disposiciones Iniciales

Capítulo I Objeto, Finalidad, Derecho, Ámbito

Art. 01. Objeto:

La presente ley tiene por objeto regular el procedimiento especial de la Gestación Subrogada Altruista, en el caso de parejas heterosexuales, incapaces biológicamente para procrear sus hijos, cumpliéndose para tal efecto, con determinadas condiciones previstas en la presente ley.

Art. 02. Finalidad:

El presente Decreto Legislativo, tiene por finalidad posibilitar que parejas heterosexuales puedan procrear sus propios hijos, mediante la Gestación Subrogada Altruista y recurriendo a Técnicas de Reproducción Humana Asistida

²⁴ Código Civil Peruano

(TERAS), respetando los parámetros precisados en al presente norma.

Art. 03. Derecho:

Las parejas heterosexuales infértiles, casados o convivientes, tienen derecho a acceder a los procedimientos de Preproducción Humana Medicamente Asistida en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Pública.

Art. 04. Ámbito de Aplicación:

La presente ley regula, la Gestación Subrogada Altruista, en el ámbito del territorio nacional, aplicable a parejas heterosexuales con imposibilidad biológica para procrear.

**Capítulo II
Dilucidaciones Definicionales**

Art. 05. Gestación Subrogada Altruista:

Es una forma de maternidad subrogada parcial, que concilia derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad, de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal sin riesgo de explotación y del niño a no ser objeto de compraventa.

Art. 06: Técnicas de Reproducción Humana Asistida:

Es un método de reproducción asistida que consiste en unir un óvulo y un espermatozoide en el laboratorio para crear un embrión, que posteriormente se podrá transferir al útero de la mujer.

Art.07. Fecundación Extracorpórea

Técnica usada cuando el problema radica en la mujer, que consiste en extraer los gametos masculinos y femeninos, para realizar la unión en una probeta fuera del ambiente natural.

Art.08. Fecundación Extracorpórea Homóloga o Interconyugal

Se realiza entre personas que están unidas por vínculos conyugales o concubinato reconocido legalmente.

Art. 09. Infertilidad Humana:

Infertilidad es aquel problema en el que las parejas conciben, pero cuyos fetos no alcanzan viabilidad.

Art. 10. Esterilidad Reproductiva:

Esterilidad es la incapacidad de un apareja para lograr un embarazo luego de un año de búsqueda sin medidas contraceptivas.

Art. 11. Maternidad Genética:

Relación de maternidad que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre.

Art. 12. Maternidad Gestacional:

Es el ejercicio de la maternidad ejercida por una mujer, distinta a la que produjo el óvulo.

Art. 13. Filiación:

La filiación es la relación jurídica que se establece entre padres e hijos y de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones.

Art. 14. Parejas heterosexuales:

Son personas de diferentes sexos, hombre y mujer, casados o convivientes, que han decidido formar familia.

Art. 15. Parentesco:

Es un vínculo jurídico, originado por relación biológica natural o por actos jurídicos como el matrimonio, adopción y la Gestación Subrogada Altruista.

**Título II
Gestación Subrogada Altruista**

**Capítulo I
Procedencia, Requisitos**

Art. 16. Procedencia:

El procedimiento especial de Gestación Subrogada Altruista, procede siempre que se presenten los siguientes supuestos:

- a) Que, la pareja solicitante sea heterosexual, peruanos o residentes, casados o con convivencia de hecho reconocida legalmente.
- b) Que, se haya demostrado científicamente, la infertilidad, en el caso de la madre.
- c) Que, la fecundación in vitro se realice entre el óvulo y el espermatozoide de la pareja.
- d) La madre gestacional, debe ser una persona cuya edad oscile entre 20 y 40 años y familiar de la pareja que ha optado por la GSA.

- e) Que, tanto la pareja solicitante como la madre gestacional no tengan antecedentes penales ni de consumo de drogas o alcohol.
- f) Que, el contrato de GSA, sea a título gratuito.
- g) Que, exista consentimiento expreso de las partes involucradas.

Art. 17. Requisitos:

Para el procedimiento especial de maternidad Subrogada Altruista, el Juez de familia, debe verificar los siguientes documentos:

- a. La partida de matrimonio de la pareja heterosexual
- b. La inscripción notarial o judicial de la convivencia
- c. Documentos que acrediten el grado de parentesco entre la pareja heterosexual y la posible madre gestacional.
- d. La prueba científica que demuestre la infertilidad de la madre, en la pareja heterosexual, expedida por autoridad competente del MINSA²⁵
- e. El contrato de GSA, a título gratuito firmado entre la pareja y la madre gestacional, ante notario público.
- f. La certificación que acredita no poseer antecedentes penales.
- g. La partida de nacimiento, que acredite la edad de la pareja solicitante y de la madre gestacional.
- h. El certificado médico, con una antigüedad no mayor de dos meses, que acredite el buen estado de salud de la pareja solicitante y de la madre gestacional.
- i. Debe firmar el esposo de la madre gestacional, en caso de ser casada.

²⁵ Ministerio de salud.

Capítulo II Formalidades

Art. 18. Contrato de GSA:

El Contrato debe cumplir con las siguientes formalidades:

- a. Suscribirse por todas las partes estampando su nombre y firma.
- b. Suscribirse ante notario público, presentado los documentos precisados en al Art. 15 de la presente ley.
- c. Contener la manifestación de las partes de que el instrumento se suscribe sin ningún fin de lucro.
- d. El Notario Público, debe verificar en el Registro de Contratos de Gestación Subrogada Altruista, que la madre gestacional, no ha participado en más de un procedimiento de GSA.

Art. 19. Respeto de Obligaciones Internacionales:

El contrato para la GSA, en concordancia con los artículos precedentes, no podrá contener cláusulas que contravengan las obligaciones internacionales suscritas el Perú, en materia de protección a la niñez y a las mujeres:

- a. Limitaciones al acceso de la atención médica pre y postnatal a la mujer gestante.
- b. Limitación al derecho del menor para que conozca su identidad personal, que trae aparejada la obligación de que acceda a un nombre.
- c. El derecho del menor a la protección del Estado incluso a través de la Tutela que establece el Código Civil Peruano.

Art. 20. Integridad y Bienestar:

El contrato para la GSA, podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes, para asegurar la integridad del embrión (posteriormente el feto); así como el bienestar integral de la madre gestacional.

Art.21. Fideicomisos para el bienestar:

El contrato para la GSA, podrá establecer fideicomisos que garanticen el bienestar económico del menor en caso de fallecimiento de alguno de los padres subrogados.

Art.22. Rol del RENIEC:

El contrato para la GSA, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado en sus efectos al RENIEC, para que el estado del menor nacido mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogados.

Art.23. Rol del Notario Público:

El Notario Público, deberá integrar el contrato, con los documentos públicos y privados que se precisen para garantizar seguridad y certeza jurídica a las partes contratantes.

Art.24. Manifestación de voluntad:

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del contrato de GSA debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que se deriven son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

Art.25. Excepción por Discapacidad:

Es una excepción al artículo 22 de la presente Ley que alguna de las partes posea una discapacidad que le impida plenamente manifestar su voluntad, aun con las herramientas humanas o tecnológicas, debiéndose asentar dicha imposibilidad en el contrato de GSA.

Art.26. Firma del Contrato:

El contrato de GSA, lo firmarán la madre y padre subrogados, la mujer gestacional, el esposo de la madre gestacional si fuera casada , el intérprete si fuera necesario uno, el Notario, precisándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido firmado.

Título III Obligaciones del Personal Médico

Capítulo I Obligaciones

Art. 27. Responsabilidad del personal médico:

Los profesionales de la salud que realicen esta práctica médica informarán con detalle de las consecuencias médicas y legales de la implantación de mórulas en el cuerpo de la madre gestacional.

Art. 28. Deontología del personal médico:

Los profesionales de la salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional y al código deontológico.

Art. 29. Requerimiento de documentación:

El médico tratante, deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades, y requisitos legales y físicos.

Art. 30. Prohibición de práctica médica:

Ningún médico tratante realizará una implantación de mórula humana, sin que exista un contrato para la Gestación Subrogada Altruista, firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica.

Art. 31. Sometimiento a la normatividad:

Los profesionales médicos que realicen la práctica de la Gestación Subrogada Altruista se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta Ley y el Código Penal peruano.

Art. 32. Procedimiento de verificación:

El médico tratante que realice la implantación de mórula humana o mórulas deberá certificar, que:

- a. La madre subrogada posee infertilidad, determinada científicamente, para llevar a cabo la gestación en su útero.
- b. El padre se encuentra plenamente convencido para aportar su material genético para la implantación.
- c. La madre gestacional se encuentra en buen estado de salud.

Art. 33. Examen médico:

El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación, necesarios para verificar salud física y mental óptima de la madre gestacional, para

corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto.

Art. 34. Prohibición para ser madre gestacional:

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser madre gestacional.

Art. 35. Rol del o la Asistente Social:

A la madre gestacional se le realizará una visita domiciliaria por la asistente social del Hospital tratante, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable.

Art.36. Necesaria verificación:

Verificar que la madre gestacional, no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula y que no haya participado en más de un procedimiento de GSA.

Art. 37. Madre Gestacional derechos y protección:

A la madre gestacional, le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes peruanas, por tanto no serán objeto de discriminación por su condición.

**Título IV
Certificación del Nacimiento**

**Capítulo I
Certificado de Nacimiento**

Art. 38. Expedición de certificado de nacimiento:

El certificado de nacimiento es el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la madre

gestacional, en el nacimiento del o la menor y que llenará el formato expedido para tal efecto por el Ministerio de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada Gestación Subrogada Altruista.

Art. 39. Efectos de la Gestación Subrogada Altruista:

Los efectos de la Gestación Subrogada Altruista, son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto. Para efectos legales, será imprescindible la presentación de un testimonio público del Notario que dio fe del contrato para la Gestación Subrogada Altruista.

Capítulo II
Registro y Control de Nacimiento

Art. 40. Registro de Contratos de Gestación Subrogada Altruista:

El Ministerio de Salud en coordinación con el RENIEC, llevará un registro de los CONTRATOS de Gestación Subrogada Altruista y nacimientos que se hayan efectuado mediante esta práctica médica. El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en la Gestación Subrogada, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del contrato, identificación del Notario Público, folio y libro en que se encuentra inscrito el contrato, nombre del médico tratante, asistente social y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento.

Título V De la Nulidad y Sanciones

Capítulo I De la Nulidad

Art. 41. Nulidad del contrato:

Es nulo el contrato para la Gestación Subrogada Altruista, realizado bajo las siguientes circunstancias:

- a. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas.
- b. No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley.
- c. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana y
- d. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

Art.42. Nulidad y responsabilidades:

La nulidad del documento no exime a los intervinientes, de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

Art.43. Acción de la Madre Gestacional:

La madre gestacional, puede demandar civilmente a la madre y padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Art.44. Dolo e invalidez:

El contrato carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres subrogados, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar

civilmente los daños y perjuicios ocasionados y las denuncias penales, en su caso.

Capítulo II

De las prohibiciones y Sanciones

Art.45. Prohibiciones:

Una vez firmado el contrato, no podrán retractarse, la madre gestacional ni la pareja subrogada

La pareja subrogada y la madre gestacional, no podrán interferir el desarrollo del embarazo, salvo prescripción médica acreditada.

Art.46. Responsabilidad Civil y penal del Personal Médico:

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la implantación de mórulas humanas sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen.

Art.47. Sanción por lucro o daño a la imagen:

La madre gestacional, que desee obtener un lucro derivado de la gestación subrogada practicada en su cuerpo, o pretenda obtenerlo en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de los padres subrogados, le serán aplicables las sanciones que se hayan previsto en el clausulado del contrato y las disposiciones legales pertinentes.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS²⁶

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES²⁷

²⁶ son mandatos de carácter temporal o que no pueden ubicarse en el texto dispositivo porque no regulan el objeto de la ley. Su uso es excepcional.

²⁷ son mandatos que por su naturaleza y contenido no pueden ubicarse en la parte sustantiva.

PRIMERA. La presente ley, entrará en vigencia una vez que se haya aprobado y publicado el Reglamento respectivo, por parte del Poder Ejecutivo.

SEGUNDA. El Jefe de la RENIEC deberá realizar, a más tardar en 90 días naturales, las adecuaciones correspondientes para incorporar la Gestación Subrogada Altruista y llevar a cabo el registro correspondiente, que establece esta Ley.

TERCERA. El Jefe de la RENIEC deberá suscribir el convenio de colaboración correspondiente con el Ministro de salud y el Colegio de Notarios, a efecto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley.

CUARTA. Publíquese la presente ley en el Diario Oficial El Peruano, en cumplimiento del principio de publicidad.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS²⁸

PRIMERA. Las situaciones de Gestación Subrogada Altruista, que se presenten antes de la entrada en vigencia de la presente ley y su reglamento, con una antigüedad no mayor de dos años, se adecúan a los preceptos del presente cuerpo normativo.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS²⁹

PRIMERA. Modificación del Art. N° 07 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud.

²⁸ son mandatos que facilitan el tránsito de la situación anterior al régimen jurídico previsto por la nueva regulación.

²⁹ Son mandatos que modifican el derecho vigente cuando no forman parte del objeto principal de la ley.

Se modifica el Art. N° 07 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en los siguientes términos:

Artículo 7º.- 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 se haya comprobado la infertilidad de la madre y se realice un contrato de Gestación Subrogada Altruista .

Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos y de la madre gestacional.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

SEGUNDA. Agréguese al Código Civil, el Art. 239 a la Sección Primera de Disposiciones Generales del Libro III de derecho de familia, siendo el tenor el siguiente:

Art. 239. **Parentesco por Gestación Subrogada Altruista.**

La Gestación Subrogada Altruista, es fuente de parentesco, dentro de los alcances de esta institución.

TERCERA. Agréguese, al Código Civil el CAPITULO TERCERO, sobre filiación por Gestación Subrogada Altruista Art.386, cambiando la numeración del articulado en adelante, perteneciente al Título I sobre Filiación Matrimonial.

Art. 386. Filiación por Gestación Subrogada Altruista.

Por la Gestación Subrogada Altruista, el nacido adquiere la calidad de hijo, con todos los derechos que la ley prescribe.

CUARTA. Agréguese al Código Civil, el TÍTULO XIV sobre Contrato Gestacional Art.1950, cambiando la numeración del articulado del código en adelante.

TÍTULO XIV
Contrato Gestacional

Art. 1950. Definición:

Por el Contrato Gestacional, la contratada, madre gestacional, se obliga a cuidar en su vientre por el tiempo que dura la gestación, el embrión implantado en forma gratuita, debiendo entregar al neonato a los padres contratantes, en tanto padres biológicos.

3.3. Discusión de Resultados:**3.3.1. En Relación a los Objetivos:****Objetivo Específico N° 01**

Caracterizar y explicar la problemática jurídica que se presenta, respecto a la maternidad subrogada; mediante análisis documental y encuestas a profesionales del derecho.

La consulta de fuentes documentales, permite colegir que la Problemática Jurídica, asociada la Maternidad Subrogada, está relacionada con tópicos como: licitud y los intereses que el derecho debe normar y proteger; planteándose dos perspectivas, la primera

sostiene que en las decisiones contractuales ejercidas con libertad y voluntad no hay nada que objetar, la segunda, que dicho contrato es violatorio de la dignidad personal, encarnada en madres subrogadas y neonatos.

De manera complementaria, desde la consulta realizada a profesionales en el Derecho, se destaca que:

- En relación a la problemática jurídica: el 29,40 % manifiestan que los contratos sobre MS, devienen en contrarios a la dignidad de las personas; mientras que el 26,77 % afirman que se trata de un contrato que las partes libremente celebran.
- En relación las perspectivas utilitarista y contractualista, en materia de MS; el mayor porcentaje 28,61 % manifiestan estar en desacuerdo con la postura utilitarista, porque en un contrato se involucran derechos de la persona; mientras que el 26,77%, manifiestan estar de acuerdo con esta perspectiva, porque los contratos son ley entre la partes. En cuanto a la perspectiva contractualista; el mayor porcentaje 28,35 % manifiestan estar de acuerdo con esta postura, porque involucra derechos de las personas; mientras que el 24,93 %, afirman estar en desacuerdo porque las personas deben decidir libremente.
- En referencia a la naturaleza problémica de la MS; el mayor porcentaje 27,30 %, manifiestan que es un problema complejo; porque involucra dimensiones: técnica, jurídica y éticas; mientras que el 25, 20 %, afirman que es un problema de naturaleza estrictamente ético social, porque involucra los valores de la persona en tanto ser social.

Objetivo Específico N° 02

Identificar y describir los derechos involucrados, en la práctica de la maternidad subrogada; a través de análisis Documental y encuestas a profesionales del derecho.

Existe consenso en la comunidad académica, en sostener que los derechos que fundamentalmente están asociados a la MS, son: el derecho a procrear, discutiéndose dos cuestiones; la existencia del derecho a la reproducción entendido como un derecho individual, en especial de la mujer y el recurso a la maternidad subrogada como una forma admisible de participación en la procreación. El derecho a la reproducción, derivado de la propia dignidad de la persona, sujeto a sus propios límites. La titularidad del derecho a procrear, de carácter compartido o exclusivamente individual. Los derechos del Nasciturus, siendo la individualización del mismo un punto conflictivo a superar.

Los profesionales en el derecho consultados, sobre la materia opinaron:

- En relación a los derechos involucrados; el mayor porcentaje 28,35 %, manifiesta que es derecho capital que comprende el derecho a la dignidad; en cambio el 24,67 % afirma que los derechos centrales a tenerse en cuenta son los del nasciturus.
- En referencia la relación MS y dignidad humana; el mayor porcentaje 28,35 % manifiesta que esta implica el respeto, la valorización y el ser individual y social, mientras que el 24,67 % afirma que implica la intervención de la persona como ser social.
- En torno al MS y el derecho a procrear; el mayor porcentaje 27,82 %, afirma que este es un derecho de titularidad

individual pero de ejercicio mancomunado; mientras que el 24,93 % manifiesta que este derecho se puede ejercer en forma natural o mediante reproducción artificial.

- En relación la MS y el derecho fundamental a conocer el origen biológico; el mayor porcentaje 26,77 manifiesta que este es un aspecto del derecho a la identidad, por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto procreacional. En cambio el 25,46 % afirma que este derecho integra los derechos a: intimidad, identidad, verdad y a saber.

Objetivo Específico N° 03

Describir y explicar la situación del nasciturus, en el contexto de la maternidad subrogada, mediante análisis documental y consulta a profesionales en el Derecho.

Desde las reflexiones teóricas, cuando se aborda la situación del nasciturus en el contexto de la maternidad subrogada, se plantea:

- El hijo fruto de un procedimiento de subrogación es obtenido tras el acuerdo llevado a cabo entre los futuros padres, mujer portadora, entidades intermediarias, bufete jurídico, etc.
- Se admite legalmente la facultad de la madre de renunciar a sus deberes y responsabilidades con respecto al mismo.
- La maternidad por subrogación tolera la posibilidad de una filiación fragmentada. De hecho, en la hipótesis extrema, el niño podría tener hasta cinco progenitores: una madre biológica, un padre biológico, una madre uterina o gestante, una madre legal y un padre legal.
- Así mismo; se reflexiona sobre esta situación en tres dimensiones: el hijo como objeto de litigio, alteraciones en el desarrollo de la identidad del hijo y el derecho del niño a

conocer sus orígenes biológicos.

Desde la perspectiva de los profesionales en el derecho consultados, la situación del nasciturus, se en foca de la manera siguiente:

- Respecto a la condición del nasciturus: el mayor porcentaje 27,82 %, manifiestan que este es una persona o sujeto de derechos. En tanto que el 26,51% que corresponde a 101 profesionales consultados, sostienen que se trata del reconocimiento del embrión producido por fecundación in vitro con donación de óvulo.
- En relación a cómo se considera al nasciturus: el mayor porcentaje 28.61 % que representa a 109 abogados encuestados, manifiestan que es una especie humana con derechos; mientras que el 25,98 %, manifiestan que es el embrión que se desarrolla en su medio natural el útero materno.

Objetivo Específico N° 04

Describir y explicar la alternativa de Gestación Subrogada Altruista, mediante análisis documental y consulta a profesionales en el Derecho.

Desde la perspectiva teórica, en torno la GSA se reflexiona en los términos siguientes:

- Atiende el deseo de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos y, al mismo tiempo, se conjugará el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños.
- Concilian derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad, de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal sin riesgo de explotación y del niño a no ser objeto de compraventa.
- Todo ser humano tiene derecho a ser padre/madre; así como

la autonomía de la mujer sobre su cuerpo incluye la cesión de su capacidad de gestar a favor de otros padres.

- Por tanto, si damos por supuesto que la gestación subrogada altruista no tiene por qué ser contraria a la dignidad de la gestante ni al interés superior del niño, deberemos estudiar cómo regularla para que no lesione ningún derecho de las partes afectadas.

Los profesionales en el derecho encuestados, respecto a la GSA, plantearon ideas como:

- En referencia a la GSA como perspectiva intermedia: el mayor porcentaje 27,82 % afirman que es un planteamiento que atiende el derecho de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos. En tanto que el 25,20 % afirman que es una perspectiva que atiende el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños obtenidos por esta vía.
- En relación a las condiciones para la permisión de la GSA los abogados consultados sostienen: el mayor porcentaje 26,51 % manifiesta que debe respetarse el uso de uno de los gametos de la pareja o individuo contratante para la gestación y que no tengan la posibilidad ellos mismos de dar a luz a un hijo propio. Mientras que el 24,93 % afirma que el requisito para su admisión es que no se remunere económicamente por los servicios a la madre gestante, siendo por tanto una práctica completamente altruista.

Objetivo Específico N° 05

Formular una propuesta normativa, sobre la Gestación Subrogada Altruista (GSA), mediante la configuración de un Proyecto de Ley.

Finalidad alcanzada, mediante la estructuración de una Propuesta Normativa o Proyecto de Ley, que posee las características siguientes:

- Categoría y título
- Parte Sustentatoria: exposición de motivos (antecedentes), análisis costo beneficio, efecto de la vigencia de la norma en nuestra legislación.
- Parte resolutive integrada por elementos como:
 - Título I, Disposiciones Generales, integrado por dos capítulos; capítulo I referido a objeto, finalidad y ámbito y capítulo II, sobre dilucidaciones definicionales.
 - Título II, Gestación Subrogada Altruista, configurado por dos capítulos; capítulo I sobre procedencia y requisitos y capítulo II referido a las formalidades.
 - Título III, Obligaciones del Personal Médico, desarrollado en capítulo único sobre la materia.
 - Título IV, certificado de nacimiento, abordado en dos capítulos; capítulo I referido al certificado de nacimiento y el capítulo II sobre registro y control de nacimiento.
 - Título V, Nulidad y Sanciones, organizado en dos capítulos, capítulo I de la nulidad y capítulo II sobre las sanciones.
 - Disposiciones complementarias organizadas en tres categorías: finales, transitorias y modificatorias.

3.3.2. En relación a la Hipótesis:

El enunciado hipotético que orientó la investigación, se formuló en

términos implicativos o condicionales:

Si, se estructura una propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista, entonces se regula las implicancias jurídicas de la Gestación Subrogada Altruista.

Al tratarse de una Investigación Jurídico Hermenéutica Propositiva, la verificación de la hipótesis no se centra en un indicador matemático a manera de prueba de hipótesis, propia de la metodología cuantitativa; sino que se verifica si los supuestos planteados en el enunciado, tienen un correlato lógico argumental en el discurso de la investigación y en este caso en la propuesta esbozada. En esta línea de pensamiento en la investigación se constata, mediante la propuesta Normativa de un Proyecto de Ley, que en torno a la GSA, se plantea: objeto, finalidad, ámbito, procedencia, requisitos, formalidades, obligaciones del personal médico, certificación de nacimiento, registro , control de nacimiento, nulidad , sanciones y disposiciones complementarias.

CONCLUSIONES

De la organización discursiva, se colige las afirmaciones siguientes:

1. La Problemática Jurídica en relación a la Maternidad Subrogada, está relacionada con tópicos como: dignidad de la persona, licitud y los intereses que el derecho debe normar y proteger; planteándose fundamentalmente que en las decisiones contractuales ejercidas con libertad y voluntad no hay nada que objetar; así mismo, se precisa que es un problema complejo que tiene implicancias técnicas, éticas y jurídicas.
2. En cuanto a los derechos involucrados, en la Maternidad Subrogada, existe consenso en precisar que los derechos asociados son: el derecho a procrear, discutiéndose la existencia del derecho a la reproducción entendido como un derecho individual y el recurso a la maternidad subrogada como una forma admisible de participación en la procreación. El derecho a la reproducción, derivado de la propia dignidad de la persona, sujeto a sus propios límites. La titularidad del derecho a procrear, de carácter compartido o exclusivamente individual.
3. Sobre la situación del nasciturus en el contexto de la maternidad subrogada, se considera que: el hijo fruto de un procedimiento de subrogación es obtenido tras el acuerdo llevado a cabo entre los futuros padres, mujer portadora, entidades intermediarias, bufete jurídico, etc. La maternidad por subrogación admite la posibilidad de filiación.
4. La Gestación Subrogada Altruista (GSA); en aplicación del principio de voluntad procreacional, atiende el deseo de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos;

limita el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños; concilia derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad y de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal. Se precisa, así mismo, que no tiene por qué ser contraria a la dignidad de la gestante ni al interés superior del niño y que es necesario estudiarla en profundidad, para regularla.

5. Se formula una propuesta normativa sistémica, en la forma y estructura de un Proyecto de Ley, que en torno a la GSA plantea: objeto, finalidad, derecho, ámbito, procedencia, requisitos, formalidades, prohibiciones, obligaciones del personal médico, certificación de nacimiento, registro, control de nacimiento, nulidad, sanciones y disposiciones complementarias.

RECOMENDACIONES

Considerando la organización discursiva del trabajo, la discusión de resultados y conclusiones se formula las recomendaciones siguientes:

1. A las autoridades universitarias, de manera específica, a las de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, considerar en el desarrollo curricular de las asignaturas relacionadas con el Derecho Civil Material y Procesal, la organización y desarrollo de talleres cocurriulares de análisis de casos problemáticos relacionados con vacíos legales, como es el caso de la Maternidad Subrogada. Para que mediante la participación de expertos en la materia, los futuros profesionales puedan dilucidar, formular interpretaciones y aportes.
2. A los representantes del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, como parte del proceso de formación en servicio de los profesionales en el derecho, organizar diplomados, auspiciados por universidades de prestigio académico, sobre materias como la Maternizada Subrogada, para contribuir a mejorar y actualizar los conocimientos de los abogados y de esta manera estén en condiciones de pergeñar aportes legislativos relevantes.

Fuentes Bibliográficas:

▪ Referencias Bibliográficas

Alcalá, U. d. (30 de Abril de 2018). *Código del Rey Hammurabi*. Obtenido de uah.es/histant: <http://www.uah.es/histant>

Aparisi Miralles, A. (2017). Maternidad Subrogada y Dignidad de la Mujer. *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 163-175.

Bellver Capella, V. (2017). Tomarse en Serio la Maternidad Subrogada Altruista. *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 231.

BOE. (30 de Julio de 2018). *Ley 1/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 10*. Obtenido de boe.es/buscar: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

Camacho, J. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. Madrid: Órbita.

Cannesa, R. (2008). *Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana*. Lima: Fondo Editorial UNMSM.

Comité de Bioética de España. (12 de Octubre de 2012). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada*. Obtenido de assets.comitedebioetica.es: <http://www.assets.comitedebioetica.es>

Conferencia Episcopal Peruana. (2018). *Sagrada Biblia*. Lima: Biblioteca de Autores Cristianos.

Conferencia Episcopal Peruana. (2018). *Sagrada Biblia*. Lima: Biblioteca de Autores Cristianos.

El Comercio. (22 de Junio de 2014). *La ley debe favorecer a las parejas y frenar los delitos*. Obtenido de <https://elcomercio.pe>: <https://www.elcomercio.pe>

- ESPASA. (2005). *Diccionario de la Lengua Española*. Lima: Editores A.A.C.
- Fertilab. (30 de Abril de 2018). *Historia de las Técnicas de Reproducción Asistida*. Obtenido de fertilab.net/ginecopedia: <http://www.fertilab.net/ginecopedia/>
- Gamboa Montejano, C. (2010). *Maternidad Subrogada Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado*. México: Centro de Documentación Información y Análisis.
- Justice. (31 de Julio de 2018). *Acta 38 de los niños*. Obtenido de [justice.gov.za/legislation:](http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf)
<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf>.
- Landa, C. (2013). La Constitucionalización del derecho peruano. *Revista de la Facultad de Derecho-PUCP* N° 71, 13-36.
- Laws-lois.justice. (31 de Julio de 2018). *Acta de Reproducción Humana Asistida*. Obtenido de laws-lois.justice.gc.: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-1.html#docCont>.
- Orbea Corrales, B. (12 de Mayo de 2012). *Derechos contenidos en la maternidad subrogada gestacional*. Obtenido de PUCP. Tesis: <http://www.pucp>
- Orbea Corrales, B. (30 de Abril de 2018). *Derechos Contenidos en la Maternidad Subrogada Gestacional*. Obtenido de puce.edu.ec: <https://www.puce.edu.ec/>
- Perú. Congreso. (2013). *Manual de Técnica Legislativa; Manual de Redacción Parlamentaria*. Lima: Congreso de la República del Perú.
- Recurso de Agravio Constitucional, EXP. N.º 3954-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 11 de Diciembre de 2006).
- Rodríguez, M. (31 de Julio de 2018). *Grecia Permite recurrir a la gestación subrogada a dos parejas españolas*. Obtenido de internacional.elpais.com:
http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/14/actualidad/1450114667_04

Siverino Bavio, P. (05 de Setiembre de 2018). *Cuando tu madre no te parió*. Obtenido de <https://elcomercio.pe>: <https://www.elcomercio.pe>

Varsi Rospigliosi, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Ed. Grijley.

▪ **Bibliografía General:**

Álvarez Undurraga, G. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica: Hacia una Nueva Perspectiva*. Santiago de Chile: Fondo Editorial de la Universidad Central de Chile.

Arámbula Reyes, A. (2008). *Maternidad subrogada*: México: Centro de Documentación Información y Análisis, Cámara de Diputados, LX Legislatura.

Aranzamendi, L. (2015). *Investigación Jurídica de la Ciencia y el Conocimiento Científico. Proyecto de Investigación y redacción de Tesis*. (2da.Edic.).Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.

Bejarano Sánchez, M. (1984). *Obligaciones Civiles*. México: Harla.

Caballero Romero, Alejandro E. (2011). *Metodología Integral Innovadora para planes y tesis*. Lima: Unidad de Negocio Servicios Editoriales de Empresa Editor El Comercio S.A.

Cambrón, A. (2001). *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Madrid: Trotta.

Corral García, E. (2013). *El lenguaje bioético en la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos*. Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, AEBl., 250.

Corral Talciani, H. (2010). Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos. *Ius et Praxis* Año 16, No. 2 Lima. Universidad de Lima, 76.

Díaz Alderete, E. R. (2013). El derecho a la identidad de los niños nacidos mediante las técnicas de reproducción humana

- asistida en el Proyecto 2012. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año V. No. 1, 109.
- Fernández Sessarego, C. (1992). Derecho a la Intimidad Personal. Buenos Aires: Astrea.
- Gherzi, C. A. (2004). Prueba de ADN. Genoma Humano. . Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Golombok, S. y Teman, E. (2008). La construcción social de la Subrogación de Investigación. Social Science & Medicine, vol. 67, nº 7.
- Gómez Sánchez, Y. (2004). Algunas Reflexiones Jurídico Constitucionales. Madrid: Universidad Autónoma.
- Guzmán Ávalos, A. (2001). Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas, un nuevo modelo de filiación. Veracruz (México): Universidad Veracruzana.
- Hernández Sampiere, R.; Fernández Collado, C; Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6ta.Edic.).México: Editorial Mc Graw Hill.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2010). El nuevo Derecho de Familia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Krimmel, H. (1995). *La posición en contra de la maternidad sustituta*, en Luna, F. y Salles, A. (1994). *Decisiones de Vida y muerte*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Lacalle Noriega, M. (2013). La persona como sujeto de derecho. Madrid: Dykinson.
- Martín Camacho J. (2011). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable*. Recuperado de internet: [.http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf](http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf) (Consulta:2/07/2016)
- Mizrahi Mauricio, L. (2004). Identidad Filiatoria y prueba biológica. Buenos Aires: Astrea.
- Morán de Vicenzi, C. (2005). El Concepto de filiación en la fecundación artificial. Perú: Universidad de Piura y Ara Editores.

- Moro Almaraz, M. d. (1988). "Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro. Barcelona: Librería Bosch
- Parker, C. (1996). El derecho a la elección reproductiva. Un estudio International. Estados Unidos: Turku.
- Ramos Núñez, C. (2014). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley.
- Ramos Suyo, J.A. (2012). Estructure el Marco Teórico en su tesis de Posgrado en Derecho. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley.
- Vid. Miller, B.(2011). *Sexual orientation and the legal regulation of marriage*. En Aparisi (edit.), Persona y Género, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- Vila-Coro, M. D. (2010). La vida humana en la encrucijada. Madrid: Ediciones Encuentro.
- Villegas Villegas, L; Marroquín Peña, R; Del Castillo Narro, V; Sánchez Quintaba, R. (2011). *Teoría y Praxis de la Investigación Científica. Tesis de Maestría y Doctorado*.

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Apellidos y Nombres: _____

Fecha: _____

Objetivo: mediante la presente encuesta se tiene el propósito de escudriñar la perspectiva de los letrados en el campo del derecho, pertenecientes al Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, sobre La problemática jurídica y los derechos involucrados en la maternidad Subrogada.

Apartado N° 01: Problemática Jurídica:

1. Considera que la problemática jurídica de la maternidad Subrogada, está básicamente relacionada con:
 - a. Su licitud e ilicitud
 - b. Precisar los intereses que el derecho protege
 - c. Con el tipo de contrato que las partes libremente celebran.
 - d. Que contratos son contrarios a la dignidad de las personas
2. Respecto a la Maternidad Subrogada, existen perspectivas utilitaristas que sostienen, “el acuerdo proporciona máxima utilidad a las partes y por lo tanto no existe nada que objetar si las partes deciden libremente”, como reflexiona usted al respecto:

- a. En desacuerdo, porque se involucra derechos de la persona.
- b. De acuerdo, porque el contrato es ley entre las partes.
- c. En desacuerdo, porque está de por medio un nuevo ser con derechos.
- d. De acuerdo, siempre y cuando la normatividad de un país lo permita.

3. Respecto a la Maternidad Subrogada, existen perspectivas contractualistas que sostienen, “es un contrato contrario a la dignidad de las personas, tanto madres como el nasciturus”, como reflexiona usted al respecto:

- a. En desacuerdo, porque las personas deciden libremente.
- b. De acuerdo, porque involucra derechos de las personas.
- c. En desacuerdo, porque existen legislaciones que lo permiten.
- d. De acuerdo, porque involucra los derechos del nuevo ser.

4. La maternidad subrogada, es un problema de naturaleza:

- a. Eminentemente técnico
- b. Estrictamente jurídico
- c. Ético social
- d. Compleja

Apartado N° 02: Derechos Involucrados:

5. Según su perspectiva y experiencia, ¿qué derechos están involucrados en la maternidad Subrogada?

- a. Derecho a la dignidad
- b. Derecho a la reproducción
- c. Derecho a la procreación
- d. Derechos del nasciturus

6. En la maternizada subrogada, de qué manera se involucra el derecho a la dignidad humana:
 - a. Comprende el respeto a la persona.
 - b. Comprende la valorización de la persona como ser individual
 - c. Interviene la persona como ser social
 - d. Implica el respeto, la valorización y el ser individual y social

7. Derecho a procrear, en la maternidad subrogada es interpretado y aplicado como:
 - a. Derecho a la reproducción, como derecho individual a decidir
 - b. Forma admisible de participación en la procreación
 - c. Derecho natural o mediante reproducción artificial
 - d. Derecho de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado.

8. En la maternidad subrogada, el derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental, se interpreta y aplica como :
 - a. Un aspecto del derecho a la identidad por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto procreacional.
 - b. Vinculado con la concepción que es de incumbencia solo de los padres.
 - c. Derecho a conocer la verdad de todo lo que le atañe y por ende conocer sus orígenes.
 - d. Derecho a: intimidad, identidad, verdad y a saber.

Apartado N° 03: Situación del Narciturus:

9. En la maternidad subrogada, la condición jurídica del narciturus, está relacionada con aspectos como:
- a. La necesaria individualización, como un punto conflictivo a superar.
 - b. Reconocimiento del embrión producido por fecundación in vitro con donación de óvulo.
 - c. La noción de persona como sujeto de derechos.
 - d. Sujeto pasivo sin derechos.
10. En la maternidad subrogada, el narciturus es considerado como:
- a. El embrión que se desarrolla en su medio natural el útero materno.
 - b. El embrión con auténtica tutela, para llegar al nacimiento en condiciones óptimas.
 - c. Especie humana con derechos.
 - d. Un objeto que se puede transferir a los comitentes.

Apartado N° 04: Maternidad Subrogada en el Perú:

11. En nuestro país no existe legislación sobre maternidad subrogada, solamente es posible tener acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, siempre y cuando se cumplan las condiciones:
- a. La condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.
 - b. El consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.
 - c. Se realice la donación de óvulos y espermatozoides.
 - d. a y b

Apartado N° 05: Maternidad Subrogada Altruista:

12. La maternidad subrogada altruista, es una postura intermedia que atiende:

- a. El derecho de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos.
- b. Supera el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños obtenidos por esta vía.
- c. La conciliación de los derechos: de la persona a la paternidad/ maternidad, de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal sin riesgo de explotación y del niño a no ser objeto de compraventa.
- d. El derecho de todo ser humano tiene derecho a ser padre/madre.

13. En algunos países del orbe, se permite la maternidad subrogada altruista, siempre y cuando se cumplan condiciones como:

- a. La filiación del niño es de la madre gestante que, después de solicitar a los tribunales y pasar un periodo de tiempo y reflexión, la paternidad se da a favor de los contratantes.
- b. Uso de uno de los gametos de la pareja o individuo contratante para la gestación y que no tengan la posibilidad ellos mismos de dar a luz a un hijo propio.
- c. No se remunere económicamente por los servicios a la madre gestante, siendo por tanto una práctica completamente altruista.
- d. La madre contratante debe probar que no puede llevar el embarazo a término y debe tener menos de 50 años.