



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO DE PUNO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**FUNDAMENTOS PARA REGULAR LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA A PARTIR DE
LOS APORTES DE LA DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y
DERECHO COMPARADO**

TESIS

PRESENTADA POR:

Bach. YANETHE YASMINA TEVES ZENTENO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2021



DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación lo dedico a mi familia, a José y Macarena, mis padres, quienes fueron el pilar fundamental en los años de preparación académica; así mismo agradezco a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano, por ser parte de mi anhelo de convertirme en una gran profesional.

Yanethe Yasmina Teves Zenteno.



AGRADECIMIENTOS

A Dios, al cual siempre pido fuerzas y seguridad en cada paso que doy.

A la Universidad Nacional del Altiplano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela profesional de Derecho, quienes fueron el pilar para mi formación profesional.

A mis docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, en especial a mi docente de Investigación, quién desde un inicio, me motivó y brindó conocimientos para empezar con esta investigación.

A mi familia, principales impulsores de mi formación profesional, gracias a ellos por confiar y creer en mí, por su apoyo incondicional en cada decisión y proyecto.

Al doctor José Asdrúbal Coya Ponce por ser el director y asesor de este trabajo de investigación.

Yanethe Yasmina Teves Zenteno.



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

INDICE GENERAL

INDICE DE FIGURA indicedefigura

ÍNDICE DE CUADRO

ÍNDICE DE ACRÓNIMO

RESUMEN 10

ABSTRACT..... 11

CAPITULO I

INTRODUCCION

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 13

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA..... 15

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO..... 15

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN..... 16

1.5.- LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN 17

CAPITULO II

REVISION DE LITERATURA

2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN 18

2.2. MARCO TEÓRICO 24

 2.2.1. Tratamiento de la maternidad subrogada en la doctrina, la jurisprudencia y
conflictos con derechos humanos 24

 2.2.1.1. Tratamiento de la maternidad subrogada en la doctrina 24

 2.2.1.2. Tratamiento de la maternidad subrogada en la jurisprudencia nacional..... 31



| | |
|--|-----------|
| 2.2.1.3. La maternidad subrogada y su posible conflicto con algunos derechos constitucionales..... | 41 |
| 2.2.2. Marco jurídico-normativo..... | 46 |
| 2.2.1. Normativa nacional..... | 46 |
| 2.3. MARCO CONCEPTUAL..... | 47 |
| 2.3.1. Derecho comparado..... | 47 |
| 2.3.2. Derecho de familia | 47 |
| 2.3.3. Doctrina | 48 |
| 2.3.4. Jurisprudencia | 48 |
| 2.3.5. Maternidad subrogada..... | 49 |
| 2.3.6.- Propuesta legislativa | 50 |
| 2.3.7.- Razones jurídicas | 50 |

CAPITULO III

MATERIALES Y METODOS.

| | |
|---|-----------|
| 3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN..... | 52 |
| 3.1.1. Enfoque de investigación | 52 |
| 3.1.2. Diseño de investigación | 53 |
| 3.2. OBJETO DE ESTUDIO | 53 |
| 3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO | 54 |
| 3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS..... | 55 |
| 3.4.1. Método en la investigación jurídica..... | 55 |
| 3.4.2. La técnica en la investigación jurídica..... | 60 |
| 3.4.3. Instrumentos de la investigación..... | 61 |



| | |
|---|-----------|
| 3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS) | 61 |
|---|-----------|

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSION.

| | |
|---|------------|
| 4.1. PRIMER COMPONENTE DE LA INVESTIGACION: ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO Y LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO | 72 |
| 4.2. SEGUNDO COMPONENTE DE LA INVESTIGACIÓN: ESTABLECER LAS RAZONES LEGALES, DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES QUE JUSTIFIQUEN LA INCORPORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA..... | 106 |
| 4.3. TERCER COMPONENTE DE INVESTIGACIÓN: PROYECTAR UNA FÓRMULA LEGISLATIVA QUE REGULE LA MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. ... | 141 |
| V. CONCLUSIONES..... | 145 |
| VI. RECOMENDACIONES..... | 147 |
| VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA | 149 |
| ANEXOS | 172 |

ÁREA : Ciencias Sociales

LÍNEA : Derecho

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 18 de marzo de 2021



INDICE DE FIGURA

| | |
|---|----|
| Figura 1: Maternidad subrogada propiamente dicha | 28 |
| Figura 2: Sistematizacion del metodo sistematico | 58 |



INDICE DE CUADRO

| | |
|---|-----|
| Cuadro 1: Paises que prohíben la practica de la maternidad subrogada | 95 |
| Cuadro 2: Paises que tienen la postura mixta para la practica de la maternidad subrogada | 96 |
| Cuadro 3: Paises que permiten la practica de la maternidad | 102 |
| Cuadro 4: Maternidad subrogada en paises latinoamericanos | 125 |



ÍNDICE DE ACRÓNIMO

| | |
|---------------|---|
| Const. | : Constitución |
| DF | : Derecho de Familia |
| MS | : Maternidad Subrogada |
| DC | : Derecho comparado |
| LP | : Legislación peruana |
| DUDH | : Declaración Universal de los Derechos Humanos |
| UF | : Unidad Familiar |
| PM | : Promoción del matrimonio |
| RENIEC | : Registro Nacional de Identidad y Estado Civil |
| DL | : Decreto Legislativo |
| NF | : Núcleo Familiar |
| RL | : Reforma Legislativa |
| OJ | : Ordenamiento Jurídico |
| TERAS | : Técnicas de Reproducción Asistida |
| et al. | : Y otros |
| DP | : Protección a la familia |
| Jurs | : Jurisprudencia |
| Doctr. | : Doctrina |
| IJ | : Incertidumbre Jurídica |
| PL | : Proyecto de Ley |
| Art. | : Artículo |
| pp. | : Páginas |
| p. | : Página |
| F.J. | : Fundamentos Jurídicos |



RESUMEN

El asunto conflictivo radica en un vacío normativo, dado que, el ordenamiento jurídico peruano no regula la Maternidad Subrogada, de manera que, existe una incertidumbre jurídica respecto a este tópico, ahora bien, como consecuencia de este vacío normativo, hay parejas y familias peruanas que pretenden irse al extranjero para hacer realidad el anhelo de tener hijos mediante la maternidad subrogada. Es así que, se propone la incorporación de esta figura en el ordenamiento jurídico peruano. **OBJETIVO:** Establecer las razones jurídicas para la regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano y el tratamiento de esta figura en el derecho comparado. **METODOLOGÍA:** La investigación es de enfoque cualitativo y se utilizará el diseño Dogmático. **RESULTADOS:** (i) El derecho comparado, con excepción de algunos países, permite la maternidad subrogada, tienen consagrado en la Constitución, así como también en sus legislaciones especiales sobre la materia, facultando a la población a fin de que puedan optar este tipo de maternidad. (ii) Las razones que sustentan la incorporación de la maternidad subrogada a la legislación peruana, radica fundamentalmente en el derecho a tener hijos, y la promoción familiar. (iii) Para materializar la postura que sostiene la tesis, es necesario elaborar un proyecto de ley a fin de incorporar la maternidad subrogada en el libro del derecho de familia, asimismo, sugiriendo las reformas que corresponden realizar.

Palabras claves: Doctrina, derecho de familia, legislación, jurisprudencia, maternidad subrogada, derecho comparado y propuesta legislativa.



ABSTRACT

The contentious issue is that, to date, the Peruvian legal system does not regulate Surrogacy, so there is legal uncertainty regarding this issue, however, as a consequence of this regulatory gap, there are Peruvian couples and families who intend to go abroad. to make your wish for children come true through surrogacy. Thus, the incorporation of this figure into the Peruvian legal system is proposed. **OBJECTIVE:** Establish the legal reasons for the regulation of surrogacy in the Peruvian legal system and the treatment of this figure in comparative law. **METHODOLOGY:** The research has a qualitative approach and the Dogmatic design will be used. **RESULTS:** (i) Comparative law, with the exception of some countries, allows surrogacy, they are enshrined in the Constitution, as well as in its special laws on the matter, empowering the population to choose this type of motherhood. (ii) The reasons that support the incorporation of surrogacy into Peruvian legislation, fundamentally lies in the right to have children and family promotion. (iii) In order to materialize the position that supports the thesis, it is necessary to prepare a bill to incorporate surrogacy in the family law book, also suggesting the reforms that should be carried out.

Keywords: Doctrine, family law, legislation, jurisprudence, surrogacy, comparative law and legislative proposal.



CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

La investigación aborda los siguientes escenarios de discusión: El tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado: ¿Cómo se aborda la maternidad subrogada en el derecho comparado?, razones jurídicas para incorporar la maternidad subrogada en el derecho peruano: ¿Cuáles son los fundamentos centrales que respaldan? y la propuesta legislativa: ¿Es necesaria realizar las reformas?

El desarrollo de la investigación gira en torno a la búsqueda de los fundamentos jurídicos para la propuesta de una ley que regule la maternidad subrogada, dado que, actualmente el sistema jurídico peruano no regula, ni especifica el tratamiento jurídico de la Maternidad Subrogada por lo que se vive con la incertidumbre jurídica sobre dicho tema.

La base o el insumo principal de la propuesta legislativa, ha sido la jurisprudencia, doctrina, legislación interna y comparada. El aporte doctrinario ha permitido desarrollar fundamentos que respaldan la propuesta, así también, tener claro los fundamentos que cuestionan la propuesta de incorporación de esta figura jurídica al derecho interno.

El debate ha permitido enriquecer, perfilar y consolidar mejor las ideas en torno a la propuesta legislativa, en la que hubo dos perspectivas liminarmente opuestas; unas radicales y otras moderadas, las ideas radicales deslindan con la propuesta de una concepción subrogada del nuevo ser, estas concepciones son tradicionalistas y en parte comulgan las ideas religiosas, mientras que la otra concepción, rompe con ideas tradicionales y acepta los nuevos mecanismos de concebir a un nuevo ser, y en parte responde a una necesidad de mantener vigente la familia en casos donde uno de los cónyuges no puede tener hijos por diversas razones.



Por un lado, está el derecho a concebir y asumir responsablemente la maternidad mediante la técnica subrogada, por otro lado, está la aparente vulneración de derechos fundamentales y las ideas lucrativas que evidentemente rompen con la ética y los valores humanos. Es así que:

EN EL CAPÍTULO I se establece el planteamiento del problema de investigación; que abarca la descripción del problema, formulación del problema, la justificación del problema y los objetivos de la investigación.

EN EL CAPÍTULO II se considera la revisión de la literatura, donde se desarrolla los antecedentes, sustento teórico, marco conceptual y la operación de los ejes temáticos; los mismos, que nos dan una visión de los pormenores teóricos empleados en el desarrollo de esta investigación.

EN EL CAPÍTULO III se encuentra el diseño metodológico de la investigación, considerando el tipo y diseño de la investigación, el objeto de estudio, los métodos, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y de análisis.

Por último, **EN EL CAPÍTULO IV** se hace referencia a los resultados de la investigación, tomando en cuenta los objetivos logrados en cuanto a las unidades de estudio analizadas y discutidas con teorías, doctrina y la jurisprudencia.

Conforme la estructura de la tesis, por último, se presenta las conclusiones, sugerencias y los anexos respectivamente.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La presente investigación acerca de la maternidad subrogada se propone como un aporte de particular relevancia para las parejas casadas (mujeres infértiles o estériles) que no



puedan tener hijos de manera natural, estableciéndose así una alternativa para formar la familia mediante el vientre en alquiler.

El artículo 6° de la Constitución Política del Perú garantiza el derecho de tener hijos; y, es el Estado el encargado de difundir y promover la paternidad y maternidad responsables, reconociendo de esta forma que las personas y las familias tienen derecho a decidir, para esto se requiere que las mujeres casadas (infértiles o estériles) puedan decidir acerca de la forma que desean tener hijos.

En el Perú esta alternativa de formar una familia, es decir la subrogación uterina, no está regulada en ninguna ley ni condenada por nuestra legislación (Código Penal Peruano), por lo que es necesario establecer mecanismos para llenar este vacío legal.

La maternidad subrogada se sustenta en que, si una pareja casada se ve imposibilitada de concebir hijos a causa de la infertilidad o esterilidad de la mujer, puede alquilar el vientre de una mujer para formar una familia; y, todo esto debe constar en una ley especial, el cual debe ser acorde al tiempo, los peligros jurídicos y los peligros de salud a los que se expone la mujer que alquilará su vientre; pues esto debe ser realizado con fines altruistas.

La Ley General de Salud es la única regulación jurídica que hace referencia a las técnicas de reproducción asistida, señalando como única alternativa el tratamiento para concebir un hijo.

La maternidad subrogada no ha sido materia de análisis desde la perspectiva constitucional, pues la mayoría de los investigadores exploran este tema en el ámbito del negocio jurídico, es decir, del contrato. Pero dada la realidad, es necesario que se establezcan aportes para regular esta alternativa de reproducción.



Por estas razones delimitamos la problemática en los siguientes términos:

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la incorporación legal de la maternidad subrogada en la legislación peruana y como es el tratamiento de esta figura en el derecho comparado?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- 1.- ¿Cómo es el tratamiento legal de la maternidad subrogada en el derecho comparado?
- 2.- ¿Cuáles son las razones legales, doctrinarias y jurisprudenciales que justifican la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana?
- 3.- ¿Cómo debe regularse la maternidad subrogada en la legislación peruana?

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La investigación es importante por las siguientes razones:

La investigación es importante porque propone un proyecto de ley, a fin de que, la maternidad subrogada sea incorporada en el ordenamiento jurídico peruano. La regulación de la maternidad subrogada servirá de base legal para amparar el derecho de todo ciudadano de recurrir a las diferentes técnicas de reproducción asistida para formar una familia, posibilitando de esta forma a mujeres estériles e infértiles la oportunidad de tener hijos.

Por lo que, una regulación expresa de la maternidad subrogada ayudará y contribuirá a una maternidad y paternidad responsables.



El estudio es importante, porque recogerá los aportes del derecho comparado como insumo principal, los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, realizando un análisis crítico de ellos, asimismo, extrayendo los fundamentos constitucionales y convencionales para asegurar la viabilidad de la propuesta.

De igual forma, para tener un conocimiento global tanto de los países europeos como latinoamericanos, se plantea una propuesta que es coherente y que recoge los mejores aportes de esos países.

Otro de los impactos de la investigación, está en incrementar el conocimiento sobre la maternidad subrogada, pues esta alternativa de reproducción humana, puede ayudar a la formación de la familia, en consecuencia, una mejor interrelación social, seguridad jurídica y la consecución de la paz social por parte del Derecho.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. OBJETIVOS GENERAL

Establecer las razones jurídicas para la regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano y el tratamiento de esta figura en el derecho comparado.

1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.-** Analizar y evaluar el tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado.
- 2.-** Establecer las razones legales, doctrinarias y jurisprudenciales que justifiquen la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana.
- 3.-** Proyectar una fórmula legislativa que regule la maternidad subrogada para el ordenamiento jurídico peruano.



1.5.- LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La Investigación tuvo limitaciones en los siguientes aspectos, que consideramos mencionarlos en el siguiente orden:

A.- En el aspecto de la bibliografía se tuvo inconvenientes, dado que, no se pudo acceder a los libros físicos que existe en las bibliotecas de las universidades de la región de Puno, únicamente se ha revisado la información que las bibliotecas virtuales nos han permitido, asimismo, se ha tenido acceso a las revistas y artículos virtuales de Google académico, por cuestiones de la Pandemia del Covid-19.



CAPITULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. A NIVEL LOCAL

En la Región de Puno y más precisamente en la facultad Ciencias Jurídicas y Políticas en la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano-Puno, asimismo, en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez Sede Puno y la Universidad Privada San Carlos de Puno, a la fecha, no existen investigaciones en el que se sistematice y desarrolle con amplitud el tema materia de investigación.

2.1.2. A NIVEL NACIONAL

En el rubro de investigaciones nacionales que se han materializado en tesis de investigación y artículos jurídicos, se ha encontrado una tesis de singular importancia porque aborda un tópico que debatimos en la presente investigación, la cual citamos de la siguiente forma:

1.- TESIS presentada por Rolando Humberto Canessa Vilcahuamán, (2008), con el título: **“PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEAN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA”**, Tesis de Post-Grado, sustentada en UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN MARCOS, Lima - Perú.

Cuyos planteamientos fueron: Con esta investigación se pretende establecer y dilucidar la problemática jurídica que se plantea en nuestra legislación civil derivada del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Inseminación Artificial Humana y Fecundación in vitro) estableciendo al mismo tiempo las alternativas, propuestas o posibles



cambios que se deben realizar en nuestra normativa civil vigente porque a los más de veinte años de vigencia de nuestra norma sustantiva vigente han quedado algunos artículos en desuso encontrándose vacíos legales frente a las controversias sociales surgidas del avance de la ciencia en la vida cotidiana y específicamente de las del tema propuesto. (p. 9).

El incontenible avance científico experimentado en las ciencias bio-médicas y específicamente el desarrollo biotecnológico alcanzado hoy en día; trastocan los principios jurídicos tradicionales en materia de Derecho de las Personas, Derecho de Familia y Derechos de Sucesiones, sobre las cuales se edifica parte de nuestro ordenamiento jurídico vigente, razón por la cual éste debe ser remozado y actualizado a la luz meridiana de las instancias éticas, jurídicas y morales a fin de contar con un ordenamiento jurídico acorde a nuestra realidad social cambiante, fruto de los logros alcanzados en las ciencias señaladas. (p. 10).

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) Dada la utilización efectiva y real de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestra realidad, el legislador nacional no puede asumir posturas como la de los integrantes de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, que han prohibido la aplicación de la fecundación in vitro en su país, pues tal hecho supondría negar una situación de hecho incontrovertible y considerar que las normas jurídicas pueden cambiar la realidad fáctica, cuando en realidad son las normas las que deben adecuarse a las constantes cambios que se producen en la sociedad en que se aplican; por tal motivo consideramos errada la postura abstencionista que se aplica entre nosotros, pues hasta el momento no se regula, en nuestro país, la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. (p. 241). (ii) Con la revisión del tratamiento legal que las técnicas de reproducción asistida reciben en varios países se ha podido comprobar que aún no existe consenso en cuanto a los límites de aplicación de éstas, aun cuando todos parecen coincidir que el límite está constituido por el respeto de la



dignidad de las personas. (p. 242). (iii) Entre los principales problemas que la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida genera se cuentan a los que se refieren a los libros de Derechos de Personas y Derecho de Familia de nuestro Código Civil, haciéndose patente, de esta forma, la necesidad de modificar nuestra legislación civil sustantiva. (p. 242).

2.- TESIS presentada por Karla Geraldinne Rubio Miranda, (2017), con el título: **“PROBLEMÁTICA JURÍDICA REFERENTE AL ACCESO DE LA MUJER SOLA A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL PERU”**, Tesis de Pre-Grado, sustentada en UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO - Perú.

Cuyos planteamientos fueron: La Medicina reproductiva a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida permite desligar el hecho reproductivo del coito, ofreciendo diferentes posibilidades de optar a la maternidad tanto a mujeres solas como a parejas de lesbianas: inseminación con semen de donante, Fecundación In Vitro con ovocitos propios, intercambio de óvulos o donación de ovocitos si fuera necesario. El legislador peruano deberá dilucidar, ante una posible Ley sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida, si las mujeres solas podrían ser usuarias de dichas técnicas, teniendo en cuenta aspectos como la orientación sexual de la mujer sola, la edad de la misma, entre otros. Asimismo, la decisión del legislador dependerá de un análisis de las conclusiones multidisciplinarias a las que arriben médicos ginecólogos subespecialistas en medicina reproductiva, biólogos, juristas, psicólogos, entre otros. (p. 02).

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) La Técnica de Reproducción Humana Asistida constituye un gran avance de la biomedicina para superar los problemas de la infertilidad o esterilidad; sin embargo, hace falta una regulación estricta de las mismas respetando la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado conforme lo



estipula el artículo 1 de nuestra Constitución. (p. 76). (ii) La legislación española permite el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a las mujeres solas, mientras que en Francia e Italia tienen vedada dicha opción. Argentina es pionera a nivel Latinoamericano en cuanto a legislar sobre las técnicas y permitir el acceso de la mujer sola a las mismas. (p.77). (iii) El artículo 7 de la Ley N° 26842 – Ley General de la Salud dispone que se puede recurrir a las técnicas de fecundación asistida siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona, en concordancia con el artículo 409 del Código Civil, que establece que la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo, se tendrá como madre a aquella mujer que gesta y alumbró, por tanto, ni el medio hermano, ni el padre de la niña nacida mediante estas técnicas (ex esposo), están legitimados para impugnar dicha condición jurídica; más aún si para impugnar la maternidad, el artículo 371 del C.C. exige la existencia de parto supuesto o suplantación de hijo, supuestos que en la CAS N° 5003 – 2007 – LIMA no ocurrió. (p. 78).

3.- TESIS presentada por Karla Fiorela García Coronado, (2019), con el título: **“ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS CON LA MATERNIDAD SUBROGADA”**, Tesis de Pre-Grado, sustentada en UNIVERSIDAD DE PIURA – Perú.

Cuyos planteamientos fueron: El objetivo de esta investigación es dar a conocer la vulneración de ciertos derechos y principios constitucionales con la práctica de la maternidad subrogada, así como proponer una solución acorde al ordenamiento jurídico ante dicha problemática. (p. 15).

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) La figura de la maternidad subrogada o vientre de alquiler hace referencia al convenio o acuerdo por el cual una de las partes, la



mujer fértil, se obliga no solo a la gestación de un menor que puede tener o no un vínculo biológico, sino también a entregar al niño; y, de otra parte, los comitentes, formada por una pareja con voluntad de ser padres que entregan una cantidad de dinero (a título oneroso) o no (en caso de ser a título gratuito) y asumen la paternidad legal del menor. Esta técnica es usada por las parejas infértiles y que ven en dicha figura la solución a sus ansias de ser padres. (p. 101). (ii) La maternidad subrogada contraviene nuestro ordenamiento jurídico. Entre los derechos y principios vulnerados destacamos: el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el principio de la dignidad humana, el interés superior del niño, y el de protección a la familia. (p. 101). (iii) El principio de la dignidad de la persona, hace referencia a la esencia de la persona que proviene de su naturaleza, se vulnera con la praxis del vientre de alquiler en tanto que la persona, tanto el embrión como la madre gestante es reducida a la calidad de objeto siendo el medio por el cual la persona logra sus objetivos egoístas de ser padres. Por tanto, es nulo todo contrato o acuerdo de las partes que realicen en torno a la maternidad subrogada, ya sea oneroso o gratuito. (p. 101) (iv) Con la maternidad subrogada, el principio de protección a la familia, conjuntamente con el deber de paternidad responsable, se ve afectado por la intervención de un tercero ajeno al vínculo familiar que impide al menor la relación filial con sus orígenes biológicos. Ello genera una filiación extramatrimonial por el desconocimiento materno y/o paterno de donante anónimo. (p. 102).

4.- TESIS presentada por Rosa Gardelia del Aguila Perales, (2018), con el título: **“LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA”**, Tesis de Pre-Grado, sustentada en UNIVERSIDAD AUTONOMA DEL PERÚ.

Cuyo planteamiento fue: El tema de la maternidad subrogada genera, que existan diferentes derechos que se están viendo afectados o vinculados, iniciando por el derecho a



la salud reproductiva, a la privacidad, también los derechos del menor como el principio del interés del niño y del libre desarrollo; y el de la libertad como lo hemos ido viendo. Actualmente este vacío legal genera una problemática amplia tanto a nivel nacional como internacional, también con la debida regulación se puede ayudar al desaliento de las prácticas ilegales y a proteger al bien jurídico principal y primordial que todo estado debe proteger “la vida”. (p. 03).

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) En esta tesis se determinó de qué manera la maternidad subrogada regularía junto con ella el mejor derecho del principio del interés superior del niño ya que, nuestra legislación no prevé esta situación y ya se han presentado casos mediante los cuales se protege en toda medida al menor o a los menores que se han visto involucrados en estas situaciones. (ii) Así mismo, se estableció que los derechos como el derecho de la salud reproductiva se estaría ampliando en nuestra legislación y así dar más medidas de protección al mismo, el cual se encuentra regulado vagamente en la ley general de salud, y deja posibilidades a aplicar métodos de reproducción que no se encuentran reguladas ni previstas. (iii) Finalmente podemos concluir que la maternidad subrogada se debe de regular por una necesidad al avance del derecho genético, el cual no es nuevo en nuestra legislación, pero no se encuentra regulado, y por ende en nuestra última pregunta que hicimos: Considera usted que la regulación del avance genético - maternidad subrogada - en nuestro país es una necesidad, se evidencio en un 90.9% que la respuesta fue totalmente afirmativa. (p. 77).



2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. TRATAMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA DOCTRINA, LA JURISPRUDENCIA Y CONFLICTOS CON DERECHOS HUMANOS

Como parte del marco teórico, se desarrolla tres tópicos, se inicia con el tratamiento de la maternidad subrogada en la doctrina nacional e internacional, seguidamente se aborda el segundo componente referido al tratamiento de la maternidad subrogada a la luz de la jurisprudencia y los fundamentos que justifican la incorporación de la maternidad subrogada en nuestra legislación peruana. Finalmente, como tercer componente de estudio, se aborda el tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado; este último, será un aspecto importante, dado que, la propuesta que postula la investigación, va en la línea de que la maternidad subrogada es una realidad jurídica pendiente de regulación.

2.2.1.1. TRATAMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA DOCTRINA

La maternidad subrogada o gestación por sustitución, comúnmente conocida como «vientre de alquiler», “consiste en la implantación por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una madre gestante, con la que los padres de intención han firmado un contrato previo, con o sin remuneración económica”. Subrogarse implica en Derecho sustituir a otro en una situación jurídica, por lo que, en el contexto de la maternidad, subrogarse implica «sustituir en la gestación». (Valero, 2019, p. 421).

Para Baffone (2013), debe de entenderse por maternidad subrogada a aquel procedimiento mediante el cual una mujer “X”, renta su útero, estando de por medio un contrato, donde los sujetos que intervienen son una pareja quienes son-



los solicitantes una mujer que se encarga de la gestación del infante teniendo que esta renunciar a todos los derechos que esta pueda tener sobre el infante. (p. 450).

Siendo esto un Acto Jurídico en donde uno de los intervinientes renuncia en la totalidad sobre los derechos del menor. (Esto es autoría del tesista)

La gestación por sustitución, también conocida como maternidad subrogada o vientre de alquiler, esta se produce cuando una mujer se presta, mediante una contraprestación o sin ella, a gestar y alumbrar a una criatura por cuenta de una pareja o individuo comitente, a quien se le entregará tras su nacimiento asumiendo aquéllos la paternidad-maternidad legal de la criatura. (Emaldi, 2018).

MATERNIDAD SUBROGADA COMO ACTO JURÍDICO.- La maternidad subrogada se da como consecuencias de acuerdos consensuales, es así, que esta figura puede estar regulada como contratos típicos, o contratos atípicos en caso no estén expresamente reguladas en las legislaciones.

En este sentido, el acuerdo de maternidad subrogada (...), es el contrato en virtud del cual una mujer -la madre subrogada- se compromete, a cambio de un precio o no, a llevar a cabo la gestación y nacimiento de un menor, respecto con el cual puede compartir material genético; así como, a entregarlo tras el parto y renunciar a sus derechos de filiación a favor de una persona o pareja comitente, quienes fueron los solicitantes. Estos últimos pueden ser o no los padres biológicos del recién nacido. De igual forma, es pertinente mencionar que en estos acuerdos existe la intervención de una tercera parte, que es la agencia médica que lleva a cabo la técnica, que también asume obligaciones y derechos como las otras partes. (Delgado, 2019, p. 29).



De la definición se desprende que la madre subrogada dispone de su cuerpo, en específico, de su útero para que en él se desarrolle un hijo ajeno. La mujer gestante presta un servicio concreto, que es llevar a cabo el embarazo -gestación y nacimiento- y entrega de una persona que es el recién nacido, como si este fuese un producto final. Este contrato recae sobre elementos configuradores de la identidad femenina, que son el útero y la maternidad; o sobre la misma persona, entendida como aquella unidad sustancial de cuerpo y alma, dotada de naturaleza racional. (Delgado, 2019, p. 29).

En palabras de Gonzales (2015) la maternidad subrogada conocida también con el nombre de maternidad de alquiler de encargo, portadora o sustitutiva, en el cual se basa en que una mujer lleva implantado en su cuerpo un embrión hasta su nacimiento, con la fin de entregarlo después a otra mujer, hombre o a una pareja, ya sea matrimonial o, de hecho, heterosexual o del mismo género. (p. 4).

Warnock de Inglaterra citado por González (2015), define el concepto *subrogacy* como la actividad mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la finalidad de entregárselo después de que esta de a luz. (p. 5).

Al hablar de maternidad subrogada, estamos refiriéndonos exclusivamente ya a un vientre de alquiler en el cual una mujer dará a luz a un ser que lleva en su interior pero que este no le pertenece, en América Latina son conocidos también como vientres de alquiler, una práctica que ha ido tomando fuerza y acogida entre las mujeres jóvenes de clase media y baja que han sido contactadas en la mayoría de las ocasiones por personas extranjeras. (Salazar, 2018, p. 4).

Según Leyla Mir Candal (2018), la maternidad gestacional puede llevarse a cabo por distintas circunstancias a la que podemos asignarle distintos apelativos:



- a. **Madre portadora:** La mujer es la que genera los óvulos, pero por una deficiencia uterina o física le es imposible gestar, por lo cual busca ayuda en otra mujer. Habría como un préstamo de útero, ambos progenitores aportan espermatozoides y óvulos, y la madre gestante sólo el útero.
- b. **Madre sustituta:** La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con ambas funciones. En este caso, esta otra mujer madre ha de aportar óvulos y útero, y el marido los espermatozoides.
- c. **Embriodonación:** hay infertilidad en la pareja: la mujer no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil. Se recurre a un donante de espermatozoides y a una mujer que permita ser fecundada (artificialmente) y termine el proceso de gestación. Puede darse el caso, de la intervención de tres personas en el proceso de gestación: los óvulos de una mujer, el útero de otra y los espermatozoides de un tercero. (p. 6) – España.

Para Baffone C. (2013) la opinión de los investigadores se divide en que la subrogación es una nueva manera de explotar a la mujer o una forma de emancipación para la mujer, y expresión de la libertad procreativa que le concierne exclusivamente al sujeto. (p. 447).

De ello deducimos que en México, los juristas tienen opiniones diversificadas sobre la maternidad subrogada, por una parte se cree que la maternidad subrogada es puesta en práctica por mujeres o parejas deseosas de ser padres y no lo consiguen y aceptada por aquellas mujeres de bajos recursos y a manera de sobrevivir prestan sus vientres para gestar un bebé; por otro lado, optan por calificar a la subrogación de la maternidad como una expresión de libertad de la mujer de ser madre o no, o al sufrir infertilidad o esterilidad acuden a este método para cumplir su meta de llegar a ser padres.

Sucede lo mismo en cuanto al niño que nace producto de la subrogación, pues ello dependerá de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación mexicana, al respecto, existen opiniones distintas, pues en palabras de Baffone (2013); la subrogación reduce al niño a la par de un producto de mercado y que como tal, debe de ser perfecto; sin embargo hay otra posición que considera al niño que nacerá producto de la maternidad subrogada como fruto de un deseo, por ello no estaría expuesto al rechazo.

Camacho citado por Salazar (2018), manifiesta que:

La Maternidad Subrogada es una técnica de reproducción que ha provocado ciertos conflictos jurídicos y éticos, ya que para muchas personas debe ser legalizada mientras que para otros debe ser prohibida. También manifiesta que la maternidad subrogada contrasta de las demás técnicas de reproducción asistida, por los medios en que se desarrolla. Las implicaciones, jurídicas, éticas, morales y sociales que provoca esta técnica reproductiva hace que resulte difícil darle un nombre concreto a la maternidad subrogada.

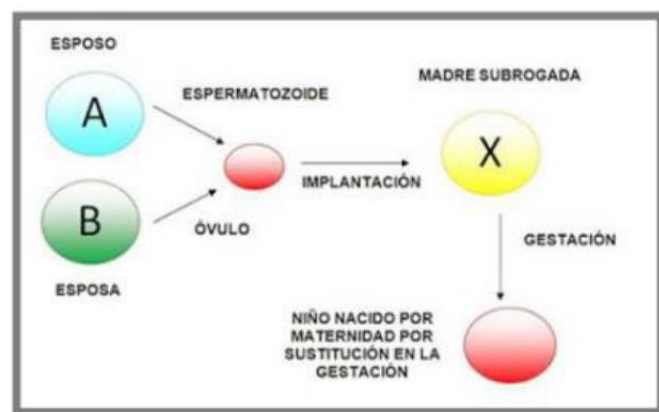


Figura 1. Maternidad Subrogada propiamente dicha. Fuente: Arámbula, Ana Lizbeth. (2008)

CAUSAS O MOTIVACIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Las motivaciones que pueden llevar a una pareja o persona a solicitar esta práctica son variadas entre ellas podemos subrayar las siguientes: en primer lugar se puede señalar como



causa; la esterilidad o infertilidad de la persona o pareja para llevar a término un embarazo; en segundo lugar estaría, la causa de una posible incapacidad para soportar posibles consecuencias que podría ocurrir en la etapa gestacional; en tercer lugar, se acude a la maternidad subrogada cuando una mujer simplemente no quiere quedar embarazada, pero sí tener un hijo propio, en este caso, nos encontramos ante una cuestión de estética ya que se trata de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad desisten de quedar embarazadas, simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física por ello contratan a una mujer que de a luz a un niño que finalmente le será entregado. (González, 2015, p. 8).

TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

Según Mendoza citado por Salazar (2018), existen dos tipos de maternidad subrogada, la parcial y la total:

MATERNIDAD PARCIAL: Se la conoce también como maternidad tradicional y se considera maternidad parcial cuando la madre subrogante aporta su propio ovulo y este es inseminado con el esperma de la pareja de la mujer subrogada. Por ende, en este caso la mujer que presta o alquila su vientre si guarda un vínculo con el niño.

Para estos casos en los países que está permitido realizar este tipo de subrogación se firma contratos en los cuales la madre subrogante renuncie a todos sus derechos hacia el niño y permite la adopción de la mujer contratante.

MATERNIDAD TOTAL: Se produce maternidad subrogada total cuando la mujer que presta su vientre o alquila termina el desarrollo del embrión que ya ha sido fecundo de manera In vitro, en este caso la madre subrogante no aporta sus óvulos ya que estos pertenecen a la pareja contratante. (p. 47).



Llegado a este punto es importante desarrollar las ideas contrarias a la propuesta que planteamos, ello es trascendental porque no podemos debatir con sordomudos, el debate no puede sostenerse unilateralmente, una postura jurídica debe escuchar a la parte contraria para poder perfilar de la mejor forma la propuesta que postulamos. Ahora bien, veamos el fundamento que intenta rebatir la propuesta. (Esto es autoría del tesista)

TESIS CONTRARIA A LA MATERNIDAD SUBROGADA

Los contrincantes a esta figura argumentan que se trata de contratos inmorales y que, de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo ser las mismas objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respecto al ser humano.

Para otros supone una explotación de la mujer, debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas o la utilización de las mujeres de países del tercer mundo, por las mujeres del primer mundo. (Cruz, 2013, p. 644).

En relación a lo anterior debe de entenderse que el autor llega a la conclusión que no todas las mujeres puedes optar por un vientre de alquiler ya que existen limitaciones y estas pueden ser de carácter económico entre otras. (Esto es autoría del tesista)

Y los que piensan que la maternidad es un proceso natural, por lo que al incorporar otras variables se desnaturaliza este proceso tornándose moralmente inaceptable. Este escenario ha dado lugar a su rechazo, pues consideran que las mujeres son manipuladas como si fuesen cautivas, siendo ésta una forma más de apropiación, control y explotación de la mujer. (Cruz, 2013, p. 644).

La primera objeción es referida a los contratos que celebran la personas; entre sujeto A que no puede tener hijos y sujeto B que va concebir el nuevo ser, indican que este



contrato sería nulo de pleno derecho porque atenta la moral y las buenas costumbres, no solamente ello, sino que se opone a la dignidad de las personas y se percibe a una mujer como un objeto a la que se puede explotar, más aun, que las personas no pueden ser comerciables. (Esto es autoría del tesista)

Las personas no pueden ser objeto de un negocio, mucho menos pueden nacer como consecuencia de un negocio lucrativo, como si fuera un producto comestible, vulnerando los derechos tanto de la mujer y de niño. (Esto es autoría del tesista)

2.2.1.2. TRATAMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

En este apartado se sistematiza la jurisprudencia relevante que aborda sobre la maternidad subrogada, si bien, no existe abundante jurisprudencia, sin embargo, la poca jurisprudencia que ha emitido la Corte Suprema ha sido significativa y que a la fecha ha guiado la solución de muchos conflictos que se ha presentado en la cotidianidad sobre vientres de alquiler.

1.- Iniciamos mencionando una sentencia de Corte Superior de Justicia de Lima. Quinto Juzgado Especializado Constitucional. Sentencia recaída en el Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Asunto: Inscripción en RENIEC

ANÁLISIS

Esta sentencia ordena a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R nacidas como consecuencia de la maternidad subrogada, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau quienes tienen la calidad de padres biológicos, así como registrar que ellos son sus padres.



En el año 2005 los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau contraen matrimonio, con la esperanza de formar una familia, deciden tener un hijo, siendo imposible que los óvulos de la señora Ballesteros logran el nivel de maduración para producirse el embarazo, por lo que deciden recurrir al método de la “Ovodonación” para posteriormente ser implantado en su útero, empero éste técnica no funcionó, pues el embarazo devino en aborto. Es así que los médicos solo le dieron la solución de que lo único que podría hacer es que recurran al “vientre de alquiler”, encontrando ayuda en los esposos Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, quienes aceptan que la implantación del cigoto (conformado por el espermatozoide del señor Nieves y el óvulo donado) en el vientre de la mujer; al nacer lo niños, el médico tratante certifica que la madre de los menores es el señor Nieves y considera como madre a la señora Rojas, pese a la manifestación de la señora Rojas al señalar que era vientre en alquiler; y, es así como RENIEC registra a los menores en las Acta de Nacimiento. A partir de ello es que se inicia proceso administrativo solicitando la rectificación de las Actas con el fundamento principal del derecho de identidad de menores y en el Principio de interés superior, declarándoles improcedentes las solicitudes. Posterior a ello inician proceso constitucional de amparo, proceso que fue declarado fundado, declarando Nulas las Resoluciones Registrales; en consecuencia, anulan las Acta de Nacimiento, ordenando a RENIEC emitir nuevas partidas de nacimiento en donde se deja constancia de que los apellidos de los menores debían ser “Nieves Ballesteros”, así mismo, adicionar el nombre de Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteroa Verau, como padres de los menores.

Según (Delgado Calva, 2004), propone el siguiente concepto de maternidad subrogada. Algunos elementos se tomaron de los conceptos vistos, otros, de los comentarios vertidos sobre las omisiones encontradas a los mismos. El concepto es el



siguiente: “Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera , y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante”

Del anterior concepto se desprenden los siguientes elementos:

- Acto jurídico.
- Un médico con experiencia en la materia.
- Técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro).
- Mujer denominada subrogada, quien será soltera.
- Mujer denominada subrogante, quien será casada o concubin.
- Esposo o concubino de la subrogante.
- Óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de ésta.
- Convenio.
- Mayores de edad.
- Cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios.
- La subrogada hará entrega del bebé a la subrogante; y,



- Única vez. (p. 37).

La sentencia declara fundada la demanda de acción de amparo, a fin de que RENIEC inscriba a los padres biológicos de los menores como tales, nacido mediante maternidad subrogada. La Sala considera que la normativa y jurisprudencia convencional, 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 (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como vientre de alquiler).

Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, 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 (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

2.- Otra jurisprudencia que nos permitimos analizar es la decisión emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente, recaída en la CASACIÓN N° 563-2011 – Lima.

En resumen, esta sentencia la Corte Suprema reconoce la maternidad subrogada, es una sentencia pionera que abre el debate en la discusión jurídica peruana, veamos:

ANÁLISIS



Los jueces supremos desarrollan un interesante test de ponderación de derechos constitucionales; el derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando ambos, premeditadamente, acordaron procrear un ser humano para entregarlo luego en adopción a cambio de ciertos beneficios.

La decisión recoge el caso de un matrimonio que encargó a una mujer la gestación de un niño, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento. A cambio, la pareja comitente pagó un alta suma de dinero a la gestante (\$18 900 dólares americanos). La fecundación del bebé se realizó con el gameto del esposo (G.S), por lo que, biológicamente, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre de alquiler. Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y, la paterna, a favor de su conviviente (P.F.P.C), quien realizó un reconocimiento de complacencia. Por lo tanto, el padre de sangre (G.S) no figuraba como padre formal o legal. Después del alumbramiento, la niña, de nueve días de nacida, fue entregada a los esposos contratantes. Éstos iniciaron un proceso de adopción por excepción (cfr. artículo 248 Código de los Niños y Adolescentes) para que legalmente se constituyera la filiación a su favor, pero la madre de alquiler y su pareja se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción. Ante este dilema, y basado en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero, resolvió que había de primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandantes, quienes, sostuvo el Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado. Por lo que, concluyó, “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial”. Por estos motivos, declaró infundado el recurso de casación.

FUNDAMENTO DESTACADO: DUODÉCIMO.- Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe



primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. [...]. [Casación 563-2011, Lima]

Que, en el presente caso, se tiene un proceso de maternidad subrogada que influye en el desarrollo de una ley que regule tal acontecimiento; pues la niña ha sido engendrada con el espermatozoide del demandante con el óvulo de la mujer que alquiló su vientre y al nacer la niña a los pocos días de nacida fue entregada a la pareja que deseaba a la menor,



entendiéndose esto como maternidad subrogada pues al dar a luz renunció a los derechos que tuviese sobre la menor.

Hasta aquí se analiza la jurisprudencia nacional; dos sentencias relevantes que reconocen directa o indirectamente la figura de la maternidad subrogada en el derecho peruano, ahora bien, es importante recurrir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene una postura contraria a la línea judicial desarrollado por la Corte Suprema de la República del Perú.

3.- ARTAVIA MURILLO Y OTROS CONTRA COSTA RICA (FECUNDACIÓN IN VITRO)

Otra jurisprudencia que nos permitimos analizar es la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 28 de noviembre del 2012 respecto del caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica (Fecundación in Vitro), aborda sobre los Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida.

En la sentencia por mayoría, se declara que el Estado de Costa Rica, al prohibir la práctica de la fertilización in vitro, violó la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que, a través de una protección absoluta al embrión, incurrió en una interferencia arbitraria y discriminatoria en la vida privada y familiar de las víctimas.

Corresponde realizar un resumen de la sentencia, para tal efecto citamos al trabajo realizado por el profesor Rojas (2018), quien realiza una síntesis magistral de la sentencia antes mencionada.

1.- Corresponde declarar la violación por parte del Estado demandado de los arts. 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de la parte lesionada, y ordenar medidas de rehabilitación,



satisfacción y garantías de no repetición, pues la sentencia cuestionada -dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Estado demandado-, al prohibir la práctica de la fertilización in vitro (FIV) partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia, la que además resultó discriminatoria (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

2.- Cabe disponer la obligación a cargo del Estado demandado de brindar a las víctimas gratuitamente y de forma inmediata, hasta por cuatro años, el tratamiento psicológico que requieran, pues se observan diversas afectaciones que padecieron las víctimas por la interferencia arbitraria en el acceso a una técnica de reproducción asistida (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

3.- La decisión de ser o no ser madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

4.- El derecho de protección a la familia es un derecho tan básico de la Convención Americana de Derechos Humanos que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

5.- El derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y con el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).



6.- La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

7.- La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

8.- Conforme al art. 29 b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

9.- Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

10.- Las concepciones que confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).



El caso de Artavia Murillo es uno de los casos más sobresalientes, ya que se trata de un grupo de nueve personas que presentan su pedido ante la CIDH para que deje de vulnerárseles su derecho, pues con la anulación del Decreto Ejecutivo (que acepta la FIV) por la Sala Constitucional de ese país, se vulnera su derecho a formar una familia; razón por la que la Corte Americana de Derechos Humanos dictamina que el Estado de Costa Rica debe adoptar medidas para que se deje de prohibir la práctica de la FIV, disponer las medidas para implementarlas, incluir la FIV dentro de sus programas de tratamientos, implementar programas y cursos permanente de educación y capacitación.

Con esto, se deja constancia de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos defiende el derecho a fundar una familia, señalando que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en la de su familia; con ello se crean condiciones para evitar la discriminación por casos de infertilidad y de constituir una familia.

(De la Torres Vargas, 1993), nos dice que: La Fecundación in vitro es una de las técnicas de reproducción humana asistida que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar algún tipo de infertilidad, también conocida como una técnica mediante el cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio, cuando esto no se ha logrado por el mecanismo natural. (p. 168).

(Sociedad Española de Fertilidad , 2011), sostiene que: La Sociedad Española de Fertilidad “La fecundación in vitro consiste en poner en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y los femeninos (ovocitos) para lograr la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer. Además, señala que la fecundación in vitro es un procedimiento diseñado para superar la infertilidad, para que de esta forma se



produzca el embarazo, todo ello como resultado de la intervención especializada, pues de esta forma se fertiliza el óvulo por los espermatozoides; y, de esta forma se tiene como resultado un embrión que posteriormente será transferidos al útero materno. (p. 82).

2.2.1.3. LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU POSIBLE CONFLICTO CON ALGUNOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Además de señalar argumentos (**TESIS**) que sustenten la incorporación de la figura de maternidad subrogada en la legislación peruana, es importante también, señalar algunos conflictos (**ANTÍTESIS**) esta figura podría generar con algunos derechos fundamentales como, por ejemplo, en el caso español se presentó el problema de la seguridad jurídica, dado que, su legislación lo prohíbe, sin embargo, en la práctica se daba un fraude a la ley.

Por otro lado, esta institución jurídica, entra en conflicto con algunos valores humanos; la vida, integridad y la ética, si bien, la ciencia nos permite hacer este tipo de prácticas, pero, esta debe avanzar en compas con el respeto de los valores humanos y constitucionales, esos aspectos son abordados en este escenario.

Hay países que en sus ordenamientos jurídicos prohíben esta práctica, sin embargo, lo permiten, en muchas ocasiones, de facto.

En los últimos años nos encontramos inmersos en un profundo debate social, político y jurídico en torno a la llamada maternidad subrogada. Ésta, que consiste en la implantación por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una madre gestante, con la que los padres de intención han firmado un contrato previo, con o sin remuneración económica, implica un auténtico conflicto de derechos fundamentales y bienes jurídicos. (Valero, 2019)

Desarrollemos los problemas que ocurren en torno a este fenómeno jurídico:



MATERNIDAD SUBROGADA: UNA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

La problemática expresada en el presente título, se da en Ucrania, uno de los pocos países europeos donde legalmente se puede efectuar la subrogación comercial. La práctica está prohibida en lugares como Tailandia y la India; en tanto, en México se han puesto candados legislativos para controlar su operación con fines de lucro. Debido a las prohibiciones, Ucrania se ha posicionado como la “Meca de la subrogación”, donde se estima que casi dos mil 500 niños y niñas nacen por esta vía anualmente. (Varas, 2020).

Respecto a este tópico conflictivo entre la maternidad subrogada y la posible vulneración de los derechos fundamentales, básicamente se señala dos riesgos, un primer riesgo constituye la mercantilización del cuerpo de las mujeres y en segundo lugar tomar como objeto a los niños recién nacidos para vender al mejor postor predeterminado, ello representa una amenaza a la integridad corporal y a los Derechos Humanos de las mujeres y de los niños. *(Esto es autoría del tesista)*.

La práctica de la subrogación comercial posibilita que los niños se conviertan sólo en un objeto de deseo, fabricados bajo pedido y mercantilizados por intermediarios sin las debidas medidas de protección.

El defensor del menor en Ucrania se declara rotundamente en contra de los vientres de alquiler, ha señalado que la maternidad subrogada en su país viola los derechos de los niños: “La comercialización y el permiso para recibir dicho ‘servicio’ en Ucrania contribuyen a la venta incontrolada de niños ucranianos en el extranjero. La situación con los bebés en el hotel, que se ha hecho pública, muestra una vez más la privación de derechos de los hijos nacidos de madres sustitutas. El nacimiento de un hijo lejos de la madre no es natural. De esta forma, Ucrania simplemente se convierte en una tienda internacional en



línea de venta de bebés [...] La subrogación es la explotación de las mujeres para obtener ingresos de empresas privadas y satisfacer las necesidades de los adultos. Pero es una que viola los derechos del niño”. (Mykola Kuleba, 2020).

Siguiendo la línea de análisis correspondiente al derecho Comparado y una vez analizada la problemática jurídica respecto a la maternidad subrogada en Ucrania, ahora, corresponde escudriñar la problemática que ocurre en España, un país europeo que presenta similares problemas que Ucrania y no está lejos de la problemática que vivimos en el Perú, veamos:

LA MATERNIDAD SUBROGADA VULNERA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

Este título sintetiza un problema jurídico que se presenta en España, este país prohíbe la maternidad subrogada, pero, la población española viaja al extranjero e ingresan los recién nacidos al territorio español para su inscripción y esto trae una serie de problemas jurídicos de aplicación normativa incluso conflictos con la constitución. *(Idea desarrollada a partir de las lecturas)*

La maternidad subrogada era considerada como una técnica de reproducción asistida para ayudar a personas infértiles o que no fueran capaces de gestar una criatura, piénsese en mujeres con ausencia de útero, o con útero, pero sin capacidad de implantación embrionaria. No obstante, desde que el ordenamiento jurídico español permitiera los matrimonios del mismo sexo, la gestación por sustitución, se ha convertido en la vía preferente para que parejas heterosexuales con problemas específicos, parejas de hombres y para el varón sin pareja, puedan tener hijos. (Emaldi, 2018).

El problema es que la sociedad está dividida al respecto porque son muchos frentes los que se abren cuando se habla de subrogación materna ya que dicha técnica provoca



conflictos éticos, jurídicos, psicosociales, antropológicos, entre otros, todos ellos de gran envergadura. Aun así, es momento de que se tomen medidas, es decir, el legislador debe decantarse bien por modificar la ley existente y permitir la maternidad subrogada, o bien asegurarse de que se cumpla la actual normativa, castigando a aquellas personas que actúen en contra y en fraude de ley, de esta forma, se garantizará el principio de seguridad jurídica recogido en la Constitución Española (art. 9.3). Este principio fundamental existente en todo ordenamiento constitucional democrático responde a la necesidad de que los ciudadanos sepan, en todo momento cuáles son las consecuencias jurídicas de sus comportamientos y a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. El principio de seguridad jurídica, en consecuencia, debe entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones que se derivan de la aplicación de las normas vigentes. En definitiva, si el Estado no hace cumplir la ley de manera escrupulosa, provoca una vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica. (Emaldi, 2018).

El problema en el Perú es similar, dado que, al no estar regulada esta figura en la Constitución o en el Código Civil, la población opta con viajar a países donde sí permiten la práctica de la maternidad subrogada, entonces, una vez concebido el nuevo ser en dicho país, los connacionales retornan para inscribir el nacimiento de sus hijos a nombres de los padres biológicos y, a raíz de ello nace la sentencia derivada de un proceso de amparo, donde el juzgado declara fundada la demanda y ordena a RENIEC la inscripción de nacimiento de los niños a través de la técnica asistida. (Esto es autoría del tesista)

TESIS Y ANTITESIS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA



Tesis.- Alguno de los derechos invocados por quienes defienden la legalización de esta actividad se encuentran principalmente: el derecho a la reproducción de los padres de intención, siendo la maternidad subrogada un mecanismo para hacer efectiva la igualdad reproductiva entre parejas fértiles e infértiles, heterosexuales y personas del mismo género; y la autonomía de la mujer gestante que se plasma en su libertad contractual. (Valero, 2019).

Antítesis.- En contra, sin embargo, se plantean numerosas objeciones éticas y jurídicas, que van desde la cosificación del cuerpo de la mujer, que tiene como propósito de celebrar un Acto Jurídico para satisfacer un deseo de terceros; la vulneración de la dignidad y de la integridad física y moral de las gestantes; la comercialización de los niños o la explotación de las mujeres que se encuentran en un estado de necesidad económica. (Valero, 2019).

LA MATERNIDAD SUBROGADA VIOLA DERECHOS DEL NIÑO

Maternidad subrogada como actividad para lucrar.- “El mercado mundial de la maternidad subrogada comporta unas ganancias de unos cinco mil millones de dólares al año. Agencias, clínicas, abogados y médicos se aprovechan de este mercado vendiendo esperma y óvulos, creando embriones in vitro, implantándolos en el vientre de una mujer que es remunerada por hacerlo, todo pagado por cuenta de los progenitores compradores o los progenitores de intención, con el fin de proporcionarles un bebé”. (Kuby, 2018).

Muchas veces, la práctica de la maternidad subrogada genera una situación caótica que atenta contra numerosos derechos del hombre y principalmente los derechos del niño.

Y es la parte más débil, el niño nacido por vientre de alquiler, el que sufre las consecuencias. La práctica de la maternidad subrogada vulnera de manera evidente a los derechos del niño reconocidos en numerosos tratados internacionales, como el de nacer y



crecer con su familia biológica, su derecho al reagrupamiento familiar, su derecho de relacionarse con su padre y su madre y su derecho de no estar sometido al comercio o a la trata de personas. (Kuby, 2018).

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN CONFLICTO CON EL TEXTO CONSTITUCIONAL

Al tiempo, el proceso físico y emocional de la mujer gestante subrogada cabe considerarse en oposición con el vigente catálogo de derechos y libertades de rango constitucional. Y ello, porque la regulación constitucional de la familia, los hijos y sus madres, guarda relación inmediata con artículos constitucionales enclavados en el elenco axiológico y normativo de los derechos fundamentales, esto es, la igualdad, la dignidad e integridad moral de la mujer gestante o la intimidad personal y familiar, entre otros más generales o indirectos, los cuales se verían menoscabados o directamente vulnerados. (Solar y Ochagavías, 2018).

Se entiende que con la práctica de la maternidad subrogada se estarían vulnerando derechos fundamentales de la madre gestante ya sean estos el derecho a la igualdad, el derecho a la dignidad e integridad moral. (Esto es autoría del tesista)

2.2.2. MARCO JURÍDICO-NORMATIVO

2.2.1. NORMATIVA NACIONAL

Ley General de Salud - Ley N° 26842

En el ordenamiento jurídico peruano no existe una regulación específica sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, por ende, tampoco respecto de la maternidad subrogada. Sin embargo, se puede apreciar que en el artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, existe una aproximación a estos temas, por cuanto su texto señala:



“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 a 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”.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. DERECHO COMPARADO

Desde nuestra perspectiva el derecho comparado es una fuente del derecho en general donde podemos encontrar perspectivas jurídicas legisladas en diversos países, ello nos puede servir de guía para construir nuestra legislación interna e incluso podemos usar como guía para resolver un caso concreto y/o servir de base para establecer una línea de interpretación de una norma en la cual exista duda.

El derecho comparado suele ser identificado como una disciplina o método de estudio del derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados.

En las últimas décadas el derecho comparado ha asumido un rol creciente en la realidad jurídica moderna y hoy resulta imprescindible para que una buena investigación aborde de manera exhaustiva o innovadora el instituto jurídico analizado. (Ferrante, 2016).

2.3.2. DERECHO DE FAMILIA

El Derecho de Familia se refiere al conjunto de normas que regulan la institución de la familia desde su perspectiva natural y social. El Derecho de Familia es parte del Derecho



Civil, aunque para otro sector de doctrinarios como Antonio Cicu que apuesta por la tesis de separación entre estos dos derechos y los principales aspectos que regulan son: el matrimonio, la filiación, la tutela y la curatela entre otros. (Wolters kluwer, s/f).

2.3.3. DOCTRINA

La doctrina es un conjunto de concepciones y posturas que asume un determinado autor acerca de un determinado asunto jurídico, la doctrina puede tener una dimensión filosófica, religiosa, económica entre otros. La doctrina parte siempre de estudios previos, no una simple afirmación o dogma.

Doctrina es el conjunto de principios, enseñanzas o instrucciones que se consideran como válidas y que pertenecen a una escuela que puede ser literaria, filosófica, política, militar o al dogma de una religión. (significados.com, s/f).

En materia jurídica, la doctrina es entendida como posturas, percepciones y opiniones materializadas en estudios jurídicos trascendentales que marcan una pauta interpretativa a cerca de una institución jurídica, la característica principal es la relevancia y/o calidad de la opinión, una postura sólida para que sea tomada en cuenta por la comunidad jurídica. (Esto es autoría del tesista)

2.3.4. JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia es el conjunto de resoluciones judiciales (sentencias) emitidas por órganos jurisdiccionales que establecen líneas de interpretación. En algunos países, la jurisprudencia puede ser una fuente del Derecho, directa o indirecta).

La jurisprudencia, denominada también precedente judicial, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto



tribunal de un país que, al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisprudenciales inferiores, mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo. Así se entiende a la jurisprudencia tanto en el sistema romano germánico como en el anglosajón. (Torres, 2009).

En un sentido amplio se entiende por jurisprudencia a toda decisión emanada de autoridad judicial o gubernativa, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho. (Torres, 2009).

2.3.5. MATERNIDAD SUBROGADA

Desde un punto de vista económico, los acuerdos de maternidad subrogada serán onerosos cuando exista un pago de por medio. En cambio, en los acuerdos a título gratuito, la madre o la gestante aceptan el encargo por un sentimiento altruista de solidaridad respecto a una mujer incapaz físicamente de anidar el embrión. (Brena, 2012).

La Organización Panamericana de la Salud (O.P.S.), afirma que la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por su situación económica, no establece una relación contractual entre iguales. Otro añadido es que el precio es bastante alto, lo cual restringe la posibilidad de acceder a ella solo a personas que tengan suficientes recursos económicos. También existe el argumento que la madre subrogada plantea problemas de difícil solución en el caso de aborto o que a libertad de disposición del cuerpo no puede incluir la comercialización del proceso generativo, sometiendo la voluntad de la mujer a cláusulas limitativas de su libertad respecto al desarrollo del proceso gestacional y de las decisiones que deban tomar respecto al feto mientras dure la gestación.



Respecto a los argumentos a favor, la maternidad subrogada es una modalidad más para ejercer la paternidad y se equipara a otras formas de acceder a la misma. (Cruz, 2013, p. 645).

2.3.6.- PROPUESTA LEGISLATIVA

En nuestra legislación, la Constitución Política del Perú dedica tres artículos a la formación y promulgación de las leyes (Capítulo III, Título IV), siendo el Artículo 107° el concerniente a la iniciativa legislativa, indicándose quienes tienen derecho de iniciativa en la formación de las leyes.

De acuerdo a lo señalado, se otorga dicho derecho, en primer lugar, a quienes resultan elegidos por voluntad popular, es decir al presidente de la República y a los Congresistas; entendiéndose que dicha iniciativa es un derecho individual, es decir el presidente de la República es el titular de la propuesta, desde luego con el refrendo ministerial. A su turno, cada uno de los Congresistas puede presentar la iniciativa que estime conveniente.

En segundo lugar, también tienen el mismo derecho, en materias que le son propias los otros Poderes del Estado. (PJ, 2007).

De conformidad con el Artículo 21° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia tiene iniciativa legislativa en los asuntos que le son propios.

2.3.7.- RAZONES JURÍDICAS

Razonar es un ejercicio mental mediante la cual generamos motivos, ideas y pensamientos para sostener una determinada tesis o postura jurídica.



Nadie duda de que la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad. (Atienza, 2005).



CAPITULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

En el caso concreto, la investigación sigue la línea cualitativa, dado que, analizamos e interpretamos nuestro eje temático, que tiene como objeto la discusión de una institución jurídica: **“ANÁLISIS y PROPUESTA de regulación de la MATERNIDAD SUBROGADA en la LEGISLACIÓN peruana y el tratamiento en el DERECHO COMPARADO”**, para tal efecto desarrollamos los siguientes tópicos (sub-ejes temáticos): **(i) El tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado: Europeo-Latinoamericano, (ii) Las razones jurídicas que justifican la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana y (iii) finalmente, propuesta legislativa y las reformas para incorporar la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano.**

La investigación es cualitativa, porque, conforme se puede apreciar, los ejes temáticos exigen un análisis desde la perspectiva teórica – jurídica, el insumo con la que trabaja el primero es la legislación comparada, la ley, código, o disposición que regula la maternidad subrogada, se deconstruye, extrayendo sus presupuestos, criterios y su procedimiento. Ahora bien, el segundo con abstracciones, la búsqueda de razones jurídicas para sustentar una determinada postura, esta búsqueda lo efectuamos en la norma, jurisprudencia, doctrina, por otro lado, en base a estos insumos construimos las razones jurídicas, argumentaciones. Y finalmente, se plantea una propuesta legislativa.



3.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de la investigación hace referencia a la estructura de la investigación (configuración del problema de investigación), problema, objetivo y respuesta preliminar o hipótesis, por otro lado, el segundo momento del diseño se manifiesta a través del plan de investigación, es decir, los pasos a seguir para el logro de los resultados esperados.

El diseño que utiliza la investigación es el diseño dogmático, la razón central es que se analiza una institución jurídica; como sabemos, el ámbito del derecho está básicamente constituido por reglas e instituciones jurídicas, es ahí, donde este diseño cobra su importancia.

Las instituciones jurídicas plasmadas en diversos ordenamientos jurídicos, no pueden ser estudiadas por diseños experimentales o cuasi-experimentales, el diseño que más se adecua es el diseño dogmático que justamente está planteado para estudiar las instituciones jurídicas, y en el derecho es el diseño más adecuado. (Esto es autoría del tesista)

En el caso concreto, al estudiar una institución jurídica, referente a la maternidad subrogada en la legislación peruana y el tratamiento en el derecho comparado, aplicamos el diseño dogmático, en vista que la figura de la maternidad subrogada, es analizada jurídicamente, desde el ángulo del derecho comparado, la jurisprudencia, doctrina y algunos casos prácticos que se presenta en el plano de la realidad.

3.2. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de la tesis está constituido por aquella parcela de la realidad jurídica procesal y/o material sobre la cual concentramos nuestra atención para describir, comparar, analizar, proyectar o detectar la evolución de una institución o problema jurídico específico. Al



objeto de la tesis se le suele llamar tema o asunto de la misma. Es el eje sobre el que gira la investigación, desde el inicio hasta el final. Pero la investigación nos conduce a un resultado que no era conocido en el punto de partida, puesto que al finalizarla hemos logrado encontrar nuevas cualidades o nuevas determinaciones acerca del objeto jurídico, que era desconocida o confusa, antes de iniciar su indagación sistemática. En consecuencia, la tesis permite incrementar nuestro conocimiento acerca de la institución o problema (tema) que hemos adoptado como materia de ella y sobre todo plantear soluciones y propuestas significativas.

En consecuencia, el objeto de la tesis planteada es: **ANÁLISIS y PROPUESTA de regulación de la MATERNIDAD SUBROGADA en la LEGISLACIÓN peruana y el tratamiento en el DERECHO COMPARADO.**

3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO

El ámbito temático de la investigación está centrado en la institución jurídica de la maternidad subrogada, expresado en sus tres sub-ejes temáticos: un análisis comparativo de la legislación internacional y/o comparado, un segundo sub eje temático centrado en la búsqueda de argumentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales que apunten a sostener el planteamiento de una ley que regule la maternidad subrogada en el Perú. Un tercer sub eje temático estuvo centrado al planteamiento de la formula legislativa, ¿Cómo debe estar regulada esa figura jurídica? presupuestos, supuestos y procedimiento.

Respecto al ámbito espacial tenemos que mencionar que la investigación se realizó en la ciudad de Puno, específicamente para sustentar en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano (Universidad acreditada por la SUNEDU), y optar el título profesional de Abogado. Finalmente, respecto al ámbito



temporal, la investigación se realiza entre los años 2019 al 2020, tanto en su fase de proyecto y tesis.

Es preciso señalar que el ámbito de investigación se divide en: el ámbito temático referido a los tópicos de la investigación, el ámbito espacial que indica el lugar donde se estudia o se desarrolla la investigación y el ámbito temporal, indica el tiempo en la que se suscribe la investigación.

3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.4.1. MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Al método se concibe como el camino para lograr el objetivo, es decir, un conjunto de procedimientos que permiten investigar y obtener el conocimiento. Técnicamente es un conjunto ordenado y sistematizado de procedimientos que nos posibilitan desarrollar la tarea de adquirir nuevos conocimientos o de perfeccionar los ya obtenidos.

El método da orden, sistematicidad y coherencia a la investigación, incluso nos atrevemos a decir que le da científicidad a la investigación.

a) El Método Dogmático.

“La dogmática es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que tiene tres pasos; (i) análisis gramatical (exégesis del texto legal), esto hace referencia a la interpretación literal, (ii) descomposición del texto legal hasta llegar a los elementos primarios (‘ladrillos’ del futuro edificio), esto hace referencia a la fase de análisis donde se descompone el texto legal en sus unidades mínimas, (iii) Construcción del sistema (con los ladrillos), ello se refiere a la fase de interpretación a la construcción del texto legal de acuerdo al caso concreto”. (Zaffaroni, 2009: 18).



Aplicación del método de la dogmática Jurídica en la investigación:

En la investigación, el objeto de análisis recayó en la figura de maternidad subrogada, con la finalidad de analizar la manifestación legislativa de esta figura en el derecho comparado o analizar algún indicio legislativo en el derecho interno, ello para satisfacer los objetivos de la investigación; *Establecer las razones jurídicas para la regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano y el tratamiento de esta figura en el derecho comparado*, El procedimiento que se siguió para analizar la maternidad subrogada, en relación a un indicio legislativo que aparece en el derecho interno; es la siguiente: **1) Lectura literal de la norma:** *Artículo 7 de la Ley General de Salud - Ley N° 26842.- 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. **2) Descomposición de la norma** (artículo 7 de la Ley N° 26842); La disposición normativa objeto de análisis se puede descomponer en los siguientes tópicos: (i) Derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, (ii) Derecho a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, (iii) La madre genética y de madre gestante deben recaer sobre la misma persona. (iv) Se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos para la aplicación de técnicas de reproducción asistida. (v) Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, (vi) Está prohibida la clonación de seres humanos.

3) Construcción de la argumentación de acuerdo al caso concreto.



El análisis de esta norma, nos indica indefectiblemente que en la legislación nacional no está regulada la maternidad subrogada, esto confirma la viabilidad de la problemática estudiada. A partir de este vacío normativo, la investigación se propuso analizar el derecho comparado, el pensamiento doctrinario y las posturas jurisprudenciales para plantear una nueva legislación que incorpore esta figura en nuestro derecho peruano.

La reproducción asistida está permitida únicamente para aquellos casos donde la madre genética y la madre gestante recaigan sobre la misma persona, y previo consentimiento. Está prohibida la fecundación de óvulos para fines distintos a la procreación.

b) El Método Sistemático.

El método sistemático es aquella que interpreta un tópico o figura jurídica desde diversas perspectivas, ángulos o miradas. En el mundo del derecho la interpretación puede ser realizada a partir de diversos conocimientos y posturas, esto es; doctrina, jurisprudencia, norma, y la filosofía del derecho, adecuando de acuerdo al caso concreto.

La sistematicidad implica analizar holísticamente un tema materia de investigación, un análisis totalizador, ello nos permite un análisis amplio y cabal de lo que se estudia. Este es un método clave para el derecho, el conocimiento no puede ser unilateral, sino bilateral o plurilateral.

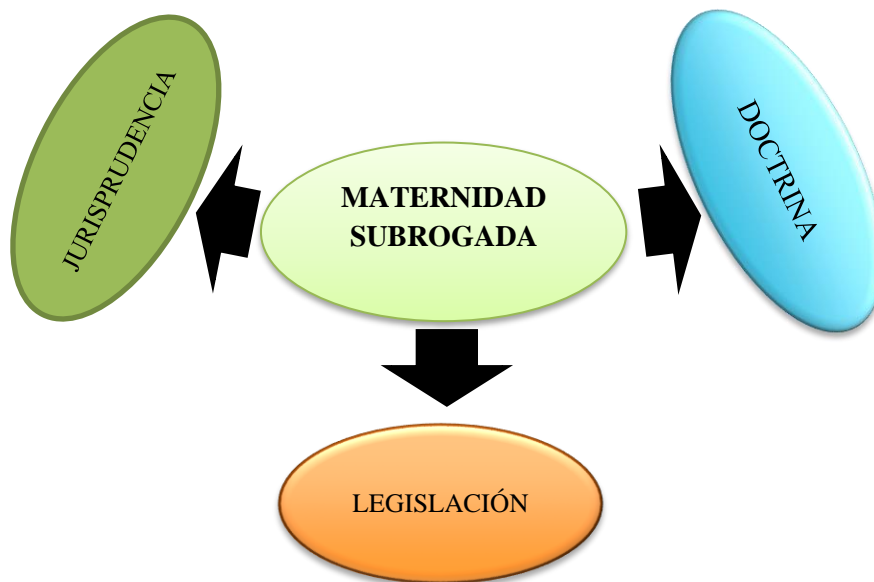
En el caso concreto, planteamos la aplicación de este método en el siguiente sentido:

El segundo objetivo de la tesis es: Establecer las razones legales, doctrinarias y jurisprudenciales que justifiquen la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana.

Tal como advertimos, este objetivo nos obliga a aplicar el método sistemático, porque la búsqueda de los argumentos o razones que sustenten la incorporación de esta figura en el derecho nacional, se realizó en diversos escenarios; aportes doctrinarios, aportes de la legislación comparada, aportes de la jurisprudencia y, casos que se han dado en el plano de la realidad, los mismos que han motivado el debate a través de la investigación.

Resumiendo, indicar que la jurisprudencia habilita parcialmente, la aplicación de esta figura, ahora bien, ante el vacío normativo existente la jurisprudencia ha intentado llenar este vacío, sin embargo, también tenemos que indicar, que, hay resistencia por algún sector de la doctrina, quienes expresan una serie de vulneración de derechos del niño, de la gestante al considerar la gestación como objeto de negocio, mientras que la legislación comparada respalda el planteamiento de la tesis. (Esto es autoría del tesista)

Figura 2: Sistematización del método Sistemático



Fuente: Elaboración propia.



c) Método de argumentación jurídica

“La argumentación jurídica consiste, en sistematizar razones que justifiquen objetivamente una posición ante cuestiones jurídicas controvertidas” (Morales, s/f).

“El derecho, ante todo, es una actividad de argumentación, ya que su construcción implica la elaboración de fundamentos, razones y criterios sólidamente estructurados, desde su creación hasta su aplicación e interpretación. Lo contrario implicaría hablar del derecho como sofisma y falacia, es decir, como algo extraño a la edificación de planteamientos sistematizados de carácter simplista y banal. La idea del derecho como argumentación va desde Aristóteles y Cicerón hasta Alexy y Habermas”. (Atienza, 2012).

La argumentación jurídica en su forma más básica está construida por tres componentes: Premisa Mayor, Premisa Menor y Conclusión, la operación del razonamiento debe transitar por estos tres elementos.

En el caso concreto, este método facilitó la construcción del Cuarto Capítulo, donde hemos desarrollado las razones del porqué debe regularse la maternidad subrogada en el derecho interno, se desplegó una serie de argumento, para finalmente concluir sosteniendo que es una necesidad la regulación de esta figura, para satisfacer el proyecto de vida de muchas familias que por muchas razones no pueden concebir hijos.

La argumentación jurídica como hemos advertido es dar razones, fundamentar en favor de una postura, desarrollar las ideas, ayudado en datos e investigaciones, de tal manera que la tesis planteada sea consistente, y que pueda ser sostenida y difundida a la comunidad jurídica.



d) Estudio de Casos

EISENHARDT (1989) concibe como: “una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares”, la cual podría tratarse del estudio de un único caso o de varios casos, combinando distintos métodos para la recogida de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir, verificar o generar teoría. (Eisenhardt citado en MARTÍNEZ, 2006, p. 174).

El método de estudio de casos nos permitió analizar aquellas situaciones conflictivas que se presentó en el Perú, los mismos que sirvieron para advertir que el problema existe, es latente y vigente, por otro lado, estos casos nos sirvieron para advertir que no existe legislación respecto a la figura de la maternidad subrogada en el Perú, RAZON POR LO QUE, la población tiene que recurrir a contratos clandestinos para conseguir tener hijos o ir al extranjero para conseguir dicho fin.

3.4.2. LA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

La técnica de la investigación jurídica, es el resultado del saber empírico-técnico persigue la aprehensión de datos para el conocimiento sistemático, genético o filosófico del Derecho, a cuyo efecto dota al sujeto cognoscente con todas las nociones y habilidades atinentes a la búsqueda, individualización y empleo de las fuentes de conocimiento jurídicas, de forma de obtener de ellas los datos concretos para su ulterior elaboración metodológica. Es un saber práctico al servicio de un saber científico.

La técnica utilizada en la presente investigación es la observación documental. Pineda (2017) señala que, el objeto de la observación está constituido por documentos.



3.4.3. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

Bernardo y Calderero (2000), consideran que el instrumento es un recurso del que puede valerse el investigador para acercarse a los fenómenos y extraer de ellos información. Dentro de cada instrumento pueden distinguirse dos aspectos diferentes: una forma y un contenido. La forma del instrumento se refiere al tipo de aproximación que establecemos con lo empírico, y las técnicas que utilizamos para esta área. En cuanto al contenido, este queda expresado en la especificación de los datos concretos que necesitamos conseguir; se realiza, por tanto, en una serie de ítems que no son otra cosa que los indicadores bajo la forma de preguntas, de elementos a observar, etc.”. (citado por Hernández, et al, 2016).

Es así, que para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación tanto de primer, segundo y tercer componente se utilizó las fichas, siendo las siguientes:

1. Fichas de análisis de contenido
2. Fichas de Revisión Documental
3. Fichas bibliográficas
4. Fichas de Análisis de caso cualitativo
5. Ficha textual
6. Ficha de Resumen
7. Ficha de lista de cotejos

3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS)

El procedimiento que se adoptó para la recolección de datos es la siguiente:

Primero: En primer paso fue seleccionar las fuentes de información (directas e indirectas) tanto bibliográficas como hemerográficas para iniciar con la recolección de los datos



requeridos, de las cuales se consideró las principales fuentes doctrinarias para analizar minuciosamente el desarrollo de la concepción de la maternidad subrogada, así también, se analizó la legislación comparada, se recurrió a la legislación interna y la jurisprudencia.

En este primer paso es importante destacar que para enfocar la problemática se analizó los casos donde se presentó de manera fáctica la situación de maternidad subrogada, ello sirvió no solamente para enfocar la problemática sino para advertir el vacío normativo en nuestra legislación.

Segundo: En el segundo momento, como parte del desarrollo de la investigación, se elaboró los instrumentos de investigación jurídica, los mismos que ayudaron a almacenar los datos recabados a través de las técnicas de investigación, estos datos recabados nos sirvieron para construir el marco teórico de la investigación (sustento teórico) así como también se elaboró instrumentos para analizar y sistematizar la base fáctica del estudio. Las técnicas como análisis de contenido, análisis de caso y otros.

Tercero: Se seleccionó y aplicó las técnicas de investigación jurídica, de las cuales tenemos: análisis de contenido para analizar los datos recabados en los textos y páginas virtuales (libros y revistas en formato virtual pdf) sobre la problemática de la maternidad subrogada, analizando esta figura en el derecho comparado, asimismo, identificando las razones para incorporar esta figura en la legislación peruana, y por último se formuló una propuesta legal para innovar nuestra legislación en esta materia.

El estudio se enfocó en un análisis dogmático desarrollando los tópicos del estudio, con la rigurosidad que corresponde, poniendo en el tapete de la discusión el pro y contra de la implementación de la maternidad subrogada.



Cuarto: Los procedimientos señalados se realizaron con la finalidad de conseguir los objetivos propuestos, primero: *Analizar el tratamiento y la regulación de la institución de maternidad subrogada en el derecho comparado*; para ello justamente se utilizó la técnica y los instrumentos para sistematizar la información de los libros y las páginas virtuales en el marco teórico y los resultados de la investigación; segundo se planteó el siguiente objetivo: *Establecer las razones legales, doctrinarias y jurisprudenciales que justifiquen la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana*, para este segundo componente se siguió el mismo procedimiento que lo establecido para el primer objetivo. Así también tenemos el tercer componente de estudio: *Proyectar una fórmula legislativa que regule la maternidad subrogada para el ordenamiento jurídico peruano*, ahora bien, respeto a la propuesta, la investigación propone la incorporación de esta figura en el ordenamiento jurídico peruano.

En cuanto a los resultados esperados, la investigación en su primer tópico identificó los países en las que está regulada la figura de la maternidad subrogada. El segundo tópico obtuvo como resultado los fundamentos que respaldan la importación de esta figura jurídica, y el tercer tópico como se ha señalado obtuvo como resultado la formulación de proyecto de ley.

Quinto: Finalmente, se procedió al análisis e interpretación de los datos obtenidos de las fuentes de información, ello considerando como punto de referencia, el sistema de ejes temáticos, por tratarse de una investigación de corte cualitativa.

El procedimiento en las investigaciones cualitativas, no es fija, porque esta dependerá y variará de acuerdo al tema materia de investigación y la habilidad del investigador-tesista, ocurre lo contrario en las investigaciones cuantitativas, donde se establece un procedimiento fijo y rígido, porque está condicionado a la prueba de hipótesis,



en la cual se sigue una formula determinada. Las investigaciones jurídicas en su mayoría se enmarcan dentro de las investigaciones cualitativas.



CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este cuarto escenario de la tesis, denominada análisis de resultados y discusión, previo debate se comunica los hallazgos de la investigación a la comunidad jurídica. Los resultados son sistematizados y estructurados de manera estratégica, de tal suerte que sean comprensibles y digeribles fácilmente. En el caso concreto, tratándose de una investigación cualitativa, se trabajó con tres ejes temáticos en la que se realizó un desarrollo dogmático, asimismo, el problema se verifica en el plano de la realidad, de tal manera que la investigación tiene dos vertientes, una vertiente teórica – dogmático, y la vertiente fáctica, donde se complementa con datos de la realidad donde se expresa el problema de investigación. Ahora bien, el estudio se enmarca en el análisis y propuesta de regulación de la maternidad subrogada en la legislación peruana y el tratamiento en el derecho comparado; para tal efecto se consideró los siguientes componentes de estudio: 1.- El tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado (países europeos y latinoamericanos), 2.- Las razones jurídicas que justifican la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana, 3.- Propuesta legislativa y las reformas para incorporar la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano. Estos tres ejes son debatidos a la luz de toda la información que se ha recabado y sistematizado en el marco teórico del estudio.

La finalidad más importante de la investigación es dar a conocer con amplitud el desarrollo de los productos, logros o hallazgos que la investigación ha obtenido, es dar a conocer que es lo que se logró (productos), y como se logró (método) y de donde se recabó (fuentes de información).



La tesis en realidad es la exposición de los logros, en puridad es la entrega de la propuesta que postula la investigación, es la configuración del contenido significativo que se entrega a la comunidad jurídica para que ésta pueda ser analizado, debatido, incluso criticado, es así que el mundo del conocimiento avanza consolidándose en diferentes líneas argumentativas tendiendo puentes a la democracia académica.

Concretamente, la investigación ha desarrollado, la problemática referida al vacío normativo que se evidencia sobre la maternidad subrogada en la legislación peruana, ello nos llevó responder las siguientes interrogantes; ¿Existe vacío legal sobre la maternidad subrogada en la legislación peruana? ¿Cómo es el tratamiento legal de la maternidad subrogada en el derecho comparado?, ¿Cuáles serían los fundamentos que sustentan la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana? ¿Existe necesidad de incorporar la figura de la maternidad subrogada en el Perú? ¿Cuál es la postura de la jurisprudencia nacional respecto de la maternidad subrogada?, ¿La regulación de la maternidad subrogada atentaría algún derecho?, ¿Cómo debe regularse la maternidad subrogada en la legislación peruana? La respuesta a estas preguntas desde la postura de la tesis, son las que generaron un impacto, y representaron un desafío y reto para la investigadora. El producto obtenido se materializó en las conclusiones a las que arribó la investigación.

Se analiza críticamente cada uno de estas interrogantes, las respuestas llueven desde dos enfoques, uno teórico y otro empírico, ello hace que la investigación sea integral, estos aspectos se han debatido a lo largo de este capítulo cuarto de la investigación.

4.1.- PRIMER COMPONENTE DE LA INVESTIGACIÓN: ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO Y LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO.



Discusión: ¿Cómo es el tratamiento y la regulación de la maternidad subrogada en el derecho comparado?

A nivel internacional, la maternidad subrogada en muchos países es permitida con la finalidad lucrativa (finalidad económica), mientras que en otros se permite siempre y cuando sea altruista y finalmente existen países donde la maternidad subrogada es prohibida. En este ítem se evidencia la regulación de la maternidad subrogada en diversos países tanto latinoamericanos como europeos.

1. LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU NACIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

La maternidad subrogada nace por diversos factores; uno de los factores principales es la necesidad que las parejas experimentan al no poder tener hijos de manera natural, estas familias tienen que hacer uso de esta técnica asistida y lograr tener hijos, otro motivo, está relacionado a los avances tecnológicos que experimentan los diversos países y finalmente, otro factor es el grado de desarrollo de cultura jurídica que experimentan los países, ello se refleja en una legislación ordenada, sistemática que responde a tiempos actuales a fin de solucionar problemas prácticos que se presentan en el plano de la realidad.

MATERNIDAD SUBROGADA COMO CONSECUENCIA DE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS.

La maternidad subrogada nace gracias a los avances científicos y tecnológicos, el nuevo ser puede iniciar su concepción mediante las técnicas de reproducción e implantarse en el útero de la mujer a fin de que sea concebido un nuevo ser, con óvulos y espermatozoides de personas ajenas al que realmente lleva en su vientre el embarazo durante los nueve meses, para ello suscriben un contrato, acordando que, una vez nacido el nuevo ser, sea entregada los padres biológicos.



Así como ocurre los avances tecnológicos desarrollando nuevas formas de reproducción humana, el derecho tiene que estar al compás de los cambios tecnológicos que nos brinda la ciencia.

MATERNIDAD SUBROGADA LIGADO AL DESARROLLO DE LA CULTURA JURÍDICA DE LOS PAÍSES.

Se sostenía que la maternidad subrogada estaría ligada al desarrollo de los países; haciendo una comparación que en los países tercermundista está prohibida esta figura jurídica por no estar desarrollado tecnológicamente, mientras que en países desarrollados está permitida porque tiene un avance significativo en la ciencia y tienen la posibilidad de hacer las reproducciones asistidas. Sin embargo, esta premisa ha sido descartado, porque según el estudio realizado del derecho comparado se advierte relativamente lo contrario.

Para una mejor precisión, el abogado Muñante (2018), sostiene lo siguiente:

“La restricción a la maternidad subrogada no es cosa de países tercermundistas, basta con revisar que en la gran mayoría de países europeos no está permitido, países desarrollados como Alemania, Bélgica, Francia, Italia, y la aún progresista España, entre otros. Está prohibida también en países no europeos como la China, Japón, Turquía, Arabia Saudita, y muchos más. Ocurre también con algunos estados de los Estados Unidos e incluso de México; en Nueva York por ejemplo su práctica no sólo está prohibida, sino también sancionada”.

El desarrollo científico, si bien, condiciona en parte el desarrollo normativo y/o legislativo, pero, no lo determina conforme se puede advertir, hay países europeos altamente desarrollados que prohíben esta práctica, mientras que, países desarrollados medianamente permiten esta práctica. Lo que determina el avance del desarrollo legislativo de estas figuras novedosas como maternidad subrogada, es la labor de los productores de



la norma y el nivel de la cultura jurídica de un país, aquí los responsables directos son los congresistas, poder judicial, colegios de abogados y la sociedad civil.

Lo que falta es un despertar jurídico, un involucramiento en los asuntos legislativos, esta tarea no solamente debe recaer en el poder judicial, Congreso de la República, los colegios de abogados, entre otros, sino sobre todo los actores principales deberían de ser el pueblo quien experimenta en carne propia las incertidumbres o la inseguridad jurídica, la propuesta también debe nacer de la sociedad civil.

La labor de los congresistas es leer las necesidades jurídicas que aquejan a una determinada población, en este caso la problemática se ha descrito fácticamente, hay casos en el Perú sobre la maternidad subrogada, sin embargo, estos a la fecha no pueden recibir una respuesta jurídica rápida y eficaz, dado que, no hay base legal que lo ampare. La gestión de los casos no se puede realizar si no existe base legal para ello.

2. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Iniciando propiamente con el análisis jurídico de la figura de maternidad subrogada en las legislaciones del mundo; tanto de países latinoamericanos y los países europeos, se verifica básicamente la forma de regulación, los presupuestos que impone, la naturaleza jurídica y las condiciones que se impone para aplicar la figura jurídica.

Países en los que es legal el embarazo subrogado: México, Colombia, Canadá, Estados Unidos, Rusia, Ucrania, entre otros.

Llegado a este punto, traemos a colación una definición básica de lo que significa la maternidad subrogada: “La maternidad subrogada, también conocida como útero subrogado, es una práctica que se utiliza cada vez más. Consiste en que una mujer presta



su vientre para que crezca el hijo de otra pareja, producto de que esta no puede tener hijos por diversos motivos”. (Clínica Dávila, s/f)

Las causas de que la mujer no pueda tener hijos, pueden ser múltiples: como la ausencia de útero en la mujer, daño irreversible en el útero de la mujer., que la pareja sea homosexual masculina y otros. Esta necesidad es la que justificaría la regulación de la figura de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano.

- Algunos criterios que nos pueden guiar la regulación de esta figura en la legislación peruana son:
- Que las mujeres que presten su cuerpo deberán ser mayores de 25 y menores de 45 años.
- Que las madres subrogadas tengan hijos propios antes de proceder.

MATERNIDAD SUBROGADA EN PAREJAS HOMOSEXUALES.

La maternidad subrogada en parejas homosexuales puede ser una gran opción o de hecho puede constituir una puerta abierta para que las parejas homosexuales tengan hijos, sin embargo, casi en ningún país del mundo se acepta que los homosexuales puedan tener hijos a través de la maternidad subrogada. Hay países como California que cuya legislación es sumamente flexible y aprovechando esta flexibilidad normativa puede los las parejas homosexuales acceder a esta técnica de maternidad subrogada y lograr tener hijos.

“Estados Unidos es un país que, gracias a sus leyes bastante flexibles en algunos estados, es un destino muy popular para parejas gays masculinas en busca de su bebé milagro. Estados como California, donde el San Diego Fertility Center dispone de 3 locales distintos, es un destino de turismo de la fertilidad por excelencia. La legislación en California no solamente es favorable a las parejas gays masculinas, sino que también



permite obtener un certificado de nacimiento americano y por lo tanto el bebé tendrá pasaporte americano y también del país de origen de sus padres”. (Fertility Center, 2016).

La tendencia en materia de maternidad subrogada es extenderse a las parejas homosexuales este es un aspecto que está pendiente desarrollar en nuestra legislación, pero tenemos que tener mucho cuidado, por qué hay países que tienen fuerte resistencia al respecto, y sobre todo un deslinde con temas o ideologías religiosas.

3. PAÍSES EN LAS QUE ESTÁ REGULADA LA MATERNIDAD SUBROGADA

Analizado el derecho comparado advertimos que esta figura es altamente discutido y controvertido y ello se refleja en la regulación de esta figura en los países objeto de análisis. No existe posturas pacificas respecto de su regulación y aplicación. El fundamento es la reproducción y/o la procreación inherente al matrimonio y ello conllevará a la realización del proyecto de vida y construcción de una familia. Como hemos señalado la maternidad subrogada es un proceso médico y social, y no una simple compra-venta.

ECUADOR:

La Maternidad Subrogada es vista de manera general en Ecuador como un método de procreación extraordinario en caso de infertilidad o esterilidad severa de las parejas y posee un alto grado de aceptación en su práctica y en la idea de una futura legislación que regule la aplicación y sus alcances para evitar el abuso, la ilegalidad y el desconocimiento de varios derechos fundamentales. (Salazar, 2018, p. 17).

Ecuador a lo largo de los últimos años ha experimentado un fenómeno de esterilidad que representa un 15% de la población, de manera que los casos de maternidad subrogada son frecuentes en dicho país, sin embargo, en materia de regulación no está claro, no permite tampoco, lo prohíbe.



Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, no existe una regulación que acoja esta práctica ni que la prohíba, lo que hace aún más difícil abordar este tema. Las normas preexistentes relacionadas con la maternidad, se encuentran en discordia con los fines que ofrece la maternidad subrogada, ya que se trata de una práctica realizada mediante una manipulación médica, contrariando así el derecho público ecuatoriano. Sin embargo, este criterio es sumamente subjetivo que deberá ser valorado al momento de resolver cada caso concreto. (Maternidad subrogada en el Ecuador, s/f, p. 14).

El objeto del contrato de maternidad subrogada vendría a ser el uso del útero de una mujer para gestar un bebé. Resulta complejo establecer la licitud o no de un contrato de maternidad subrogada, ya que dependerá exclusivamente de la valoración que aplique en cada caso el juez (...). Por lo tanto, un contrato de maternidad subrogada teóricamente puede ser ilícito por objeto al contrariar el orden público, sin embargo, jurídicamente será válido mientras no se declare lo contrario de acuerdo al criterio de un juez. (Maternidad subrogada en el Ecuador, s/f, p. 14).

Ecuador es uno de los países en el cual la maternidad subrogada no está prohibida ni permitida pero la práctica de ésta es común al no existir ley expresa, pues mientras no se altere el orden común y las buenas costumbres, será válido la realización, reconociéndose como padres a los genéticamente al nuevo ser. Por ello se puede señalar que en la legislación ecuatoriana, es legal el vientre en alquiler; sin embargo para realizarla se debe seguir un tratamiento psicológico y médico, es decir contar con buena salud física y emocional.

BRASIL

De acuerdo a la Resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121/2015, Brasil es uno de los lugares en los cuales no está permitida la maternidad subrogada con fines



lucrativos, sólo se la puede realizar con fines altruistas. Cabe recalcar que establece cierta restricción para su realización tales como: la madre subrogante debe ser un familiar cercano a la madre subrogada, debe existir un certificado médico que garantice que la pareja que quiere acceder a la técnica reproductiva de maternidad subrogada no puede procrear por medios naturales. (Garcés, 2013).

La maternidad subrogada en Brasil tiene un carácter estrictamente altruista, de manera que está prohibida la maternidad subrogada comercial, ello implica que la gestante subrogada no puede recibir una compensación económica por el proceso del embarazo.

Lo que sí puede recibir son los gastos que ocasiona el tratamiento de la reproducción asistida y algunos gastos propios del embarazo y el parto.

Es importante destacar que la aplicación de esta técnica de reproducción asistida implica un consentimiento de todas las partes; tanto de los padres biológico y la madre que va gestar, el consentimiento debe ser expreso.

La Resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121/2015 ha establecido una serie de requisitos imprescindibles que deben cumplirse:

- 1.- La gestante debe hacer el proceso de forma altruista.
- 2.- La gestante debe ser un familiar de primer, segundo, tercer o cuarto grado de uno de los padres de intención. Esto quiere decir que la gestante debe ser la madre, la hermana, la hija, la tía o la prima.
- 3.- Ni la madre de intención ni la gestante subrogada pueden superar los 50 años.
- 4.- La madre de intención debe tener un problema médico que impida o contraindique la gestación.



5.- Las parejas homosexuales también pueden tener descendencia por este método.

Sólo en caso de que una Junta Médica Regional conceda su permiso, podría aplicarse una excepción. Un ejemplo de esto podría ser que una mujer ajena a la familia de la madre o del padre intencional sea la gestante. (Salgado y Salvador, 2019).

La maternidad subrogada en Ecuador está permitida, pero con fines altruistas, esto quiere decir que la persona que lleva a cabo el embarazo no debe recibir una suma dineraria y debe ser un familiar dentro del primer al cuarto grado de consanguinidad (madre, abuelas, tías y primas); prohibiéndose una gestación comercial. La maternidad subrogada en Brasil es una alternativa de solución para aquellas parejas que no puedan concebir hijos, pero, también permite que personas sin problemas reproductivos puedan acudir a ésta práctica.

COLOMBIA

Si bien la maternidad subrogada no está regulada en el país colombiano, sin embargo, la constitución que es el ordenamiento jurídico más alto y la sentencia de la corte constitucional han dado luces para la posible regulación y aplicación de esta figura jurídica en Colombia, pero lo que sí tenemos que destacar es que no existe una regulación específica que así lo defina.

En Colombia no se encuentra regulada la Maternidad subrogada, sin embargo, el ordenamiento en la Carta Política de Colombia de 1991 en su artículo 42 define a la familia de la siguiente manera:

“[...] La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.



Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. [...]” (subrayado fuera de texto).

Visto lo anterior, se establece que los hijos se pueden tener bajo la asistencia científica, dando una gran brecha para la adición de la Maternidad Subrogada en el ordenamiento. (Vaca, 2018, p. 05).

El ordenamiento jurídico colombiano presenta similitudes con el nuestro, más aún, tratándose de materias como las técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada, por cuanto ninguno de nuestros ordenamientos posee una regulación especial para tales tópicos; sin embargo, la Corte Constitucional Colombiana ha tenido oportunidad de resolver un caso de esta naturaleza, el cual resolvió mediante la expedición de la Sentencia T-968/09 del 18 de diciembre de 2009.

En primer lugar, la Corte ha entendido que, el vientre de alquiler o, también llamado maternidad subrogada, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”. A lo cual adiciona que, “En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto”. (Sentencia T-968/09).

En base a ello afirma que, en Colombia este medio de reproducción asistida no está regulado, pero tampoco está prohibido expresamente. Sin embargo, reconoce que, al menos doctrinariamente, la maternidad subrogada o sustituta estaría legitimada jurídicamente, en



mérito a que su texto constitucional consagra ampliamente que no existe diferencia entre los hijos nacidos naturalmente o con asistencia científica; por lo que debe entenderse como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas. Es por ello que merece especial consideración, y urge el desarrollo de una regulación adecuada para esta materia, con la finalidad de evitar una posible explotación económica de una parte sobre la otra, la desprotección del recién nacido, entre otros. (Villamarín, 2014 p. 77).

En Colombia la maternidad subrogada no tiene una regulación específica (no está prohibida ni permitida), empero la Constitución de ese país y la variada jurisprudencia da luces de que avalan ésta práctica. Sin embargo, no existe una norma que exija un tratamiento psicológico a la persona que alquila su vientre, más aún la jurisprudencia colombiana no da luces de las condiciones que se requiere para acceder a ésta práctica.

MEXICO:

El derecho a la reproducción humana es la expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, así es considerado en el artículo 40 de la Constitución Mexicana, “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. Invocan este precepto quienes, en afán de dar continuidad a su genética, acuden a las modernas técnicas científicas que les ofrecen la oportunidad de tener descendencia, en vez de adoptar niños que les son ajenos. (Brena, 2012, p. 141).

Debemos tener presente que los derechos reproductivos se hacen efectivos en la mujer solicitante cuando ella aporta sus óvulos y su cónyuge o pareja hace lo propio con sus gametos. La gestante en este supuesto solo lleva a cabo el embarazo. (Brena, 2012, p. 141).



En cambio, en la llamada maternidad subrogada la mujer solicitante no aporta su carga genética contenida en los óvulos ya sea por un problema médico o porque así lo decide. En este caso, no es posible hacer referencia a una reproducción, la mujer no puede invocar el ejercicio de sus derechos reproductivos para solicitar a un niño que por no tener su carga genética no será su descendiente. (Brena, 2012, p. 142).

El código civil mexicano en su legislación no contiene ninguna prohibición directa en referencia a la subrogación, a pesar de que se hayan presentado varios proyectos de ley. La práctica de sustitución en México está regulada por los códigos civiles y penales, los cuales varían dependiendo de cada estado de la república. Las únicas entidades federativas de México en donde se puede encontrar información explícita sobre la práctica mencionada son el Distrito Federal, Tabasco y Sinaloa. (Baffone, 2013, p. 457).

En la legislación mexicana únicamente aparece previsto la figura de la maternidad subrogada en cinco estados o territorios (Tabasco, Sinaloa, Coahuila, Querétaro, Distrito Federal) que hacen referencia directa o indirectamente, permitiendo o en algunos casos prohibiendo esta figura jurídica. Es importante destacar que por ejemplo en Sinaloa y Tabasco si bien acceden a la maternidad subrogada, sin embargo, ello únicamente es posible para los ciudadanos mexicanos y no está permitida para los extranjeros.

Otra nota característica que podemos destacar respecto a la legislación mexicana es que permite la maternidad subrogada altruista para parejas heterosexuales mas no para las parejas homosexuales.

Destacamos que la maternidad subrogada está prohibida en el Estado de Querétaro y en el estado de Coahuila.



PROPUESTA DE LEY DEL DISTRITO FEDERAL.

En el distrito Federal la regulación de la maternidad subrogada aún se encuentra en la etapa de propuesta legislativa, no está aprobada, la nota asaltante de esta propuesta es que, establece la obligación de la mujer gestante a entregar al bebé a los padres solicitantes después del nacimiento y de estos al recibirlo. La propuesta está pendiente de aprobar.

En México (Distrito Federal) la propuesta legislativa regula la maternidad subrogada como aquella práctica en la cual pareja de casados o en concubinato que tengan problemas en concebir (probado mediante constancia médica) puedan recurrir a este proceso de gestación, por lo que ésta nueva forma de lograr la fecundación ayuda a todas aquellas parejas que tengan problemas de infertilidad o esterilidad; uno de los puntos mas importantes en esta propuesta legislativa es que el material genético sería aportado por la pareja que contrate y la mujer portadora o sustituta.

LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA EN TABASCO.

En Estado de Tabasco la maternidad subrogada está permitida para las parejas casados o convivientes y cómo se ha mencionado accede únicamente a la maternidad subrogada con carácter altruista, asimismo, el estado de Tabasco contempla dos tipos de gestaciones:

La MADRE GESTANTE SUSTITUTA se definiría como la mujer que se presta a gestar el embrión de otra pareja, el cual es producto de la fecundación de un óvulo que no pertenece a la misma. Con lo cual, no existirá ninguna vinculación genética entre la gestante y el bebé. La MADRE GESTANTE SUBROGADA en este caso, la gestante no sólo donará su capacidad de gestar a una pareja con el fin de que puedan tener un hijo, sino que además aportará sus óvulos para lograr el embarazo. (Álvarez, 2019).



El Código Civil del estado de Tabasco:

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción.

Como se dice en la ley, cuando la gestante tiene una vinculación genética con el nacido, entonces será reconocida como madre legal del bebé. En ese caso, la gestante deberá renunciar a esta maternidad en favor de la madre intencional, quien deberá adoptarlo. En el caso de no haber vinculación genética con el bebé, la madre intencional será reconocida como madre legal del nacido.

En cuanto a los requisitos que se debe cumplir para someterse a la maternidad subrogada en el Estado de Tabasco son: (i) parejas heterosexuales de nacionalidad mexicana. (ii) Edad de la madre de intención no menor de 40 años. (iii) Seguro médico para la gestante y (iv) Certificado médico de incapacidad de gestar. (v) La mujer que se ofrece a gestar el hijo de otra persona o pareja debe tener entre 25 y 35 años.

Señalar los requisitos es importante porque nos permite seguridad jurídica, y se evita las interpretaciones extensivas, y distinciones donde la propia ley no distingue.

LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA EN SINALOA.



Este Estado permite la práctica de la maternidad subrogada habilitando únicamente para los ciudadanos mexicanos y para aquellas parejas que tengan incapacidad de procrear hijos, es decir, para aquellas mujeres que tienen incapacidad de gestar.

El Artículo 283 de la ley sobre técnicas de reproducción asistida del estado de Sinaloa:

La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Del mismo modo, los requisitos para ser gestante son:

- 1.- Tener entre 25 y 35 años
- 2.- Ser madre de un hijo consanguíneo sano
- 3.- Tener una buena salud física y mental
- 4.- Dar el consentimiento voluntario de prestar su vientre
- 5.- Debe acreditar mediante dictamen médico que no estuvo embarazada durante el año previo a la implantación del embrión y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en este procedimiento.

Finalmente, destacar que se admite cualquier modalidad de gestación subrogada, esto es, parcial, total, altruista o con compensación.



En el estado de Tabasco (artículo 380.1 del Código Civil) y Sinaloa (artículo 284 del Código Familiar), la maternidad subrogada está incluida en su legislación, pero ésta práctica solo debe ser realizada por Mexicanos, restringiéndose el acceso a esta Técnica de reproducción a los extranjeros; sin embargo, tiene ciertos requisitos que deben ser cumplidos, los cuales incluyen que la pareja debe ser heterosexual y con problemas de infertilidad o esterilidad; además se prohíbe que la mujer que lleva a cabo la gestación, como contraprestación, obtenga beneficios dinerarios, empero, los gastos en que incurra la mujer embarazada deben ser cubiertos por la pareja que desea tener un hijo; esta práctica se realiza con fines altruistas, existiendo un acuerdo de voluntades previo entre las partes (madre gestante y padres intencionales).

ESPAÑA

En España la situación jurídica respecto a la maternidad subrogada es contundente en el sentido de que no se permite la práctica de esta técnica de reproducción asistida, existe una prohibición expresa en su legislación.

A priori, podemos decir que practicar la gestación subrogada no es legal en España: en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, serían nulos de pleno derecho todos los contratos por los que se convenga la gestación –con o sin precio- a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante. (Crespo, 2019).

Sin embargo, en el año 2010 la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) emitió una resolución en la que se abrió la puerta a la inscripción en el Registro Civil español de niños fruto de esta práctica en otros países, siempre y cuando existiera sentencia o resolución judicial que acreditara la filiación del menor, así como el cumplimiento de los derechos de la gestante. (Crespo, 2019).



En este punto vamos a destacar las consecuencias del país que prohíbe la inscripción de niños nacidos a través de la maternidad subrogada en el registro civil de nacimientos, al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de condenar a los países que se han negado inscribir los nacimientos a través de la técnica asistida, este aspecto es muy importante tomar en cuenta, puesto que, los países tienen obligaciones internacionales, deberes que los vincula con los instrumentos internacionales.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha manifestado sobre estos casos y ya ha condenado a Francia en varias ocasiones por negarse a inscribir a menores fruto de ‘vientres de alquiler’. El Tribunal argumenta que negarse a reconocer la filiación biológica de los hijos con sus padres por el hecho de haber recurrido a esta técnica iría en contra del derecho fundamental al respecto de la vida privada consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (Crespo, 2019).

ITALIA

La legislación italiana prohíbe la subrogación de maternidad con el fin de evitar una maternidad múltiple, esto ha ocasionado, sin embargo, que los ciudadanos italianos, salgan del país para así resolver el problema y este es un fenómeno que ocurre en varios países donde está prohibido la maternidad subrogada.

Lo que sí permite la legislación italiana, es el tratamiento para procrear hijos, es decir, el gobierno italiano facilita, promueve y permite el tratamiento de aquellas mujeres que no pueden concebir hijos, la ley únicamente está referido a ese extremo más no al extremo de la maternidad subrogada.

En Italia no existe una ley que rijan y defina en específico la práctica de subrogación; el país está reglamentado únicamente por la ley número 40 del 19 de febrero de 2004, la



cual concierne a la normativa sobre la procreación médicamente asistida. A través de dicha ley, es posible deducir las prohibiciones libres por el gobierno italiano en relación con la sustitución de maternidad. (Baffone, 2013, p. 463).

La subrogación de maternidad no se define precisamente en la Ley núm. 40/2004, por ello la responsabilidad recae totalmente en la figura del intérprete. Se da por hecho que la prohibición se refiere a los casos de: -Útero rentado; -Maternidad subrogada como tal. En cuanto a las condiciones para acceder a los tratamientos de PMA se prevén disposiciones sólo en el caso de esterilidad o de infertilidad. Los requisitos para hacerse acreedor a la cura son: a) Ser una pareja de sexo diverso, que sean cónyuges o que convivan; b) Ser estéril o infértil; c) Ser mayor de edad; d) Ser en edad potencialmente fértil; e) estar vivo. (Baffone, 2013, p. 467).

Ahora bien, un tema interesante para el debate que nace a partir de la prohibición establecida en Italia es el siguiente:

RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN EL EXTRANJERO SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNO, respecto a este punto Italia ha señalado que no sería factible reconocer una sentencia extranjera, dado que, la legislación interna no lo permite por estar prohibido. No se puede reconocer una sentencia que vaya en contra de las prohibiciones establecidas en la legislación interna, más aun, que la sentencia extranjera ha sido dada bajo otras concepciones normativas.

La Corte de Casación italiana, en sentencia de las Secciones Unidas, de 8 de mayo de 2019, N° 12193, ha afirmado que el reconocimiento de la eficacia del fallo judicial extranjero en el que se determina la relación de filiación entre un menor nacido en el extranjero mediante el recurso a la maternidad subrogada y el progenitor de intención



italiano se opone a la prohibición de subrogación de la maternidad previsto en la Ley N° 40 de 2004 (art. 12, 6), que constituye un principio de orden público, en cuanto tutela valores fundamentales, como la dignidad humana de la gestante y la institución de la adopción. Añade que el juez no puede sustituir, con su propia valoración, la ponderación directamente realizada por el legislador, sin que pueda considerarse carente de razonabilidad la prevalencia concedida a la tutela de los mencionados valores en relación con el interés del menor. Se refiere, además, a la posibilidad de que pueda determinarse la filiación acudiendo a otros instrumentos jurídicos como la adopción. (Instituto de Derecho Iberoamericano, 2019).

FRANCIA

La legislación francesa prohíbe la maternidad subrogada o la gestación subrogada incluso este tipo de prácticas está sancionado penalmente, analicemos la base legal de la prohibición y la sanción respectiva.

El artículo 16 y 17 (introducido por la ley N° 94-653 de fecha 29 de julio de 1994, artículo 1 I, II, artículo 3 publicado en el diario oficial de fecha 30 de julio de 1994) del Código Civil francés, prescribe lo siguiente:

“Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”.

Conforme se puede advertir, no solamente está prohibido la práctica de la gestación subrogada, sino, que esta práctica está rigurosamente sancionada en el Código Penal.

Ahora bien, el artículo 227-12 sanciona con un año de prisión y 15000 € a las personas que hagan el papel de intermediarios entre la pareja que quiera tener un hijo a



través de este método y la madre gestante no obstante si este hecho se lleva a cabo con Ánimo de lucro o con una frecuencia constante la sanción se doblará.

El artículo 227-13 explica que los casos de sustitución voluntaria, simulación o engaño de datos que puedan amenazar la rectitud del estado civil de un niño serán castigados con 3 años de cárcel y 45.000 €.

Por último, el código penal en el artículo 511-24 también Establece que recibirán represalias los integrantes del sector de la salud que quieran desarrollar un procedimiento de gestación subrogada o vientre de alquiler en Francia, con multas de 75000 € y 5 años de prisión.

Lo que sí, permite la legislación francesa es la filiación, en cuanto a esta figura jurídica el artículo 47 del Código Civil francés, establece lo siguiente:

Los tribunales deben facilitar el reconocimiento de la nacionalidad francesa a los niños extranjeros, de padre genético o adoptante francés, que hayan nacido en otros países por el método de la gestación subrogada, siempre y cuando no figuren componentes que demuestren su irregularidad, falsedad o que los hechos manifestados no se correspondan con lo que es la realidad. Al final el otro miembro de la pareja, sea hombre o mujer, podría adoptar al niño después.

Este precepto normativo es una autorización para que los ciudadanos franceses salgan del país conciban hijo o hijos a través de la maternidad subrogada, regresen al país de origen y se le reconocerá como tales inscribiéndolos en el registro, ello nos lleva a indicar que la legislación francesa indirectamente reconoce la maternidad subrogada.



SUIZA

La MS está prohibida por la Ley de Tecnología de Reproducción Asistida ley, aprobada el 1 de enero de 2001, siendo esta legislación la más dura contra la practica de la Maternidad subrogada. Además de ello, prohíbe todas las intervenciones médicas, pues se considera como un abuso de las tecnologías innovadoras en el ámbito de la medicina, y una vulneración de la dignidad humana. Empero, se permite la fecundación in vitro, la donación de ovocitos, la subrogación, la congelación y la donación de embriones, PGD y el uso de embriones para fines de investigación científica están estrictamente prohibidos. (VittoriaVita, 2020).

ESTADOS UNIDOS:

Rodríguez (1989), establece que la maternidad subrogada es permitida solo en algunos estados tales como California, Arkansas y Maryland. En estos Estados la normativa es muy flexible ya que no establece límites de qué tipo de parejas pueden acceder a esta técnica reproductiva e incluso permite la maternidad con fines lucrativos. En este país no existe ninguna ley federal acerca de la gestación subrogada. Cada estado la regula de manera diferente, por ley o por jurisprudencia.

Reus, Rebeca. (2017). Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos:

Estados Unidos es el país con más experiencia en el proceso de gestación subrogada. Aunque el precio en EE.UU. sea el más alto, la legislación al respecto hace de este país el destino más seguro para la subrogación uterina. Entre otros, California e Illinois son los estados más demandados por contar con una ley que la permite de manera clara. La ley que regula el embarazo subrogado en Estados Unidos no es general, sino que cada



Estado marca sus propias restricciones y condiciones. Existen territorios que prohíben rotundamente esta práctica y otros que la permiten abiertamente. Sin embargo, la gran mayoría de estados, aunque no tienen normativa expresa, se muestran favorables a su aplicación.

Los estados que imponen menos restricciones respecto a la gestación por sustitución y dónde los contratos se consideren legales son: California, Illinois, Arkansas, Maryland y Utah entre otros.

Sin embargo, hay otros estados en los que la maternidad subrogada no está prohibida completamente, pero sus estrictas condiciones hacen que acceder al proceso de gestación subrogada sea muy difícil, como Luisiana, Michigan Nueva Jersey, Nueva York y Washington.

REQUISITOS:

Los requisitos para acceder a la maternidad subrogada en los EE. UU son las siguientes, con la atingencia que estos varían de estado en estado:

- 1.- Parejas heterosexuales casadas o convivientes
- 2.- Parejas homosexuales casados o convivientes
- 3.- Mujeres solteras con o sin relación genética con el bebé
- 4.- Hombres solteros con o sin relación genética con el bebé. (Gestación subrogada web, 2018).



Estos son los requisitos generales que se exigen para acceder a la gestación subrogada, estos requisitos lógicamente varían de estado a estado, cada estado tiene su legislación específica.

Hay condiciones que varían, por ejemplo; CALIFORNIA admite la gestación subrogada comercial y altruista, por otro lado, NUEVA YORK sólo admite la gestación subrogada altruista, mientras que UTAH sólo permite acceder a la gestación subrogada a matrimonio a parejas casadas, y TEXAS impone como condición que la madre de intención tenga una razón médica para acceder a la gestación subrogada.

En Estados Unidos, el tema de la maternidad es regulada en cada Estado, siendo los Estados de California, Illinois, Arkansas, Maryland y Utah, los más accesibles; y, Luisiana, Michigan Nueva Jersey, Nueva York y Washington (Estados con legislación permitida, pero con muchos requisitos); siendo un país con estructuras y medios técnicos bien organizados para esta situación, teniendo leyes concretas y pertinentes que protegen el derecho de los padres que tienen el deseo de tener hijos. Al analizar la legislación nos ayudó a identificar la experiencia del país norteamericano frente a la situación de la maternidad subrogada, pero cumpliendo ciertos requisitos que deben ser cumplidos para llevar a cabo esta técnica de reproducción asistida, con la finalidad de proteger el derecho de la pareja contratante como el derecho del menor.

UCRANIA:

Ucrania es un país que cuya legislación se caracteriza por ser la más liberal, porque permite la gestación subrogada no solamente para los ucranianos sino para todos los ciudadanos del mundo y la práctica no solamente es desarrollada de manera altruista sino también se realiza la gestación subrogada lucrativa, no hay muchos límites y condiciones,



esta es la legislación que más permisos otorga los ciudadanos en relación a la maternidad subrogada, y se puede considerar como un paradigma para todo el mundo.

Pérez (2007), este país tiene una normativa muy permisible, ya que permite que se realicen contratos de maternidad subrogada de manera lucrativa e incluso en este contrato los padres subrogados tienen la facultad de elegir el sexo que quieren para el niño que va nacer. En Ucrania, la maternidad subrogada se encuentra regulada en las siguientes normativas:

- a) Código de Familia de Ucrania.
- b) Ucrania Ministerio de Justicia el acto “alteraciones en las regulaciones de registro civil en Ucrania” № 1154/5 del 22.11.2007.
- c) Ucrania Ministerio de Salud “en la aprobación del aparato tecnologías de reproducción” № 771 del 23 de diciembre de 2008.

Por otro lado, en el artículo 3 del Ministerio de Justicia de Ucrania acto de 22.11.2007 № 1154/5 regula el procedimiento para que los niños nacidos por maternidad subrogada puedan ser inscritos.

REQUISITOS.

Los requisitos que se deben cumplir para poder someterse a este tratamiento son los siguientes:

- 1.- Ser una pareja heterosexual casada.
- 2.- Como mínimo, el padre ha de aportar su material genético, siendo preferible que sean ambos miembros de la pareja los que aporten la carga genética del futuro embrión.
- 3.- Causa médica de imposibilidad de quedar embarazada.



En cuanto los requisitos en comparación con otros países no observamos mucha variación, porque se admite los tres presupuestos básicos: (i) que sean parejas heterosexuales casados y (ii) Como mínimo el material genético sea aportado por el padre o por la madre y que se pruebe la imposibilidad de quedar embarazada en caso de las mujeres.

SOBRE LA FILIACIÓN.

El Código de Familia de Ucrania establece que la gestante tiene prohibido reclamar la maternidad y no tienen ningún derecho sobre el bebé. Se considera que un bebé nacido a través de la gestación subrogada es hijo de los padres genéticos desde que es concebido.

Tras el nacimiento del bebé, se entregará a los padres intencionados dos documentos: por una parte, el certificado de nacimiento a nombre del padre y de la gestante, y por otra parte la renuncia del bebé por parte de la gestante. Con ambos documentos, los padres de intención podrán registrar a su bebé como hijo de ambos, sin que aparezca el nombre de la gestante en el libro de familia. (AGAR, 2016).

En caso de que la gestante no quisiera renunciar al bebé y por tanto no firmara el documento de renuncia, se podría proceder a un juicio en el que los padres intencionados deberían demostrar que el bebé gestado es hijo suyo ya que son ellos los que se han sometido al tratamiento de fecundación. Con la sentencia judicial la gestante se vería obligada a renunciar al pequeño en favor de los padres de intención. (AGAR, 2016).

Como un dato adicional es importante señalar que Ucrania es uno de los únicos países de Europa donde la Gestación Subrogada Comercial está legalizada para los extranjeros.



Ucrania es uno de los países con una legislación más liberal con respecto a la regulación de la maternidad subrogada, pues permite que personas de todo el mundo puedan acceder a esta técnica de reproducción asistida, justificándose con la imposibilidad de gestar, o el riesgo para la salud de la madre comitente. El Código de Familia de Ucrania señala que si el embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de ésta técnica es implantado en el útero de la mujer que alquila su vientre, basta con el consentimiento de la gestante para que en el Certificado de nacimiento se inscriba al menor como hijo de las personas que desean tener un hijo, quedando prohibido para la gestante reclamar algún derecho sobre el menor.

INDIA:

Según Gonzales, (2003), India es uno de los países más concurridos para llevar a cabo la maternidad subrogada, debido al poco control que existe por parte de las autoridades, además que las mujeres alquilan su vientre a bajo costo. En el año 2008, se emitió por parte de la Corte Suprema de este país una sentencia en la cual disponía que la maternidad comercial estuviera permitida en este país.

Leguizamón, Moreno (2016), Maternidad subrogada salud o negocio: La maternidad subrogada en India está oficialmente permitida en su forma comercial, renta de vientre por una recompensa económica. India es el segundo país más habitado del mundo. Los servicios de mujeres que ganan dinero con la renta de vientre indias tienen demanda no solo entre los habitantes del país. Cada año gran número de parejas sin hijos viajan a India en busca de su felicidad particular. En los últimos tres años el número de parejas que realizan este tipo de viajes se ha triplicado. La maternidad subrogada en India prospera, la mujer con la renta de vientre percibe como recompensa entre 5 mil y 7 mil dólares, aunque más de la mitad de los residentes indios ganan unos 100 dólares al mes.



En la actualidad, la legislación que rige en la India es la nueva ley que fue aprobada el 21 de noviembre del año 2016 bajo el nombre Surrogacy. (Regulation) Bill, 2016.

Las condiciones que señala la legislación para acceder a la maternidad subrogada son las siguientes y esto en comparación con la anterior legislación, ha variado relativamente, veamos:

1.- Ser de origen indio, extranjero residente en la India o extranjero casado con un ciudadano de la India.

2.- Ser un matrimonio heterosexual con problemas de fertilidad.

3.- Estar casados desde hace al menos 5 años.

4.- Asimismo, la gestación subrogada deberá hacerse de forma altruista y la gestante deberá ser un familiar cercano. (Álvarez, 2019).

Estas son algunas de las condiciones actuales para ser gestante en la India:

1.- Edad menor de 35 años

2.- Debe tener al menos un hijo

3.- Una vez firmado el contrato, pierde el derecho de interrumpir de forma voluntaria el embarazo (salvo situaciones concretas) (Álvarez, 2019)

Finalmente, para terminar este apartado, y cerrar el análisis respecto a la legislación del país INDIO, la especialista en salud pública Dra Sheela Saravanan, en el año 2019, en una entrevista a sostenido un punto de vista muy interesante respecto a la nueva ley que se ha emitido en India alrededor del año 2016: “La ley que pone fin a la subrogación comercial en India es una medida muy necesaria y bienvenida. El Proyecto de Ley de Tecnología de



Reproducción Asistida (ART) 2005 había estado inactivo durante 14 años sin ningún progreso adicional. Durante este período, la subrogación no era legal ni ilegal y esta situación conducía a una propagación del tráfico de mujeres y niños, explotación de mujeres, abandono de niños y formas extremas de mercantilización de mujeres y niños”. (Saravanan, 2019).

El último estudio de seguimiento que realizó en febrero de 2019 sobre el impacto emocional, físico y financiero en las madres sustitutas reveló que las mujeres pobres tenían que pasar por la subrogación al menos dos veces antes de que pudieran salir de la pobreza. Dos subrogaciones significan múltiples ensayos de FIV y el tratamiento hormonal extremo y la sobremedicalización afectan enormemente la salud física de las mujeres. Además, las diversas separaciones de los niños tienen un efecto adverso en su bienestar emocional. (Saravanan, 2019).

India es uno de los países con una legislación que favorece solamente a sus habitantes heterosexuales, casadas desde hace al menos 05 años que tengan problemas de fertilidad, a quienes se les da la alternativa de recurrir a esta práctica, debiendo ser de manera altruista y la gestante deberá ser un familiar cercano.

RUSIA

Es uno de los países donde se permite la práctica de la maternidad subrogada en mujeres solteras que no pueden llevar un embarazo. La Ley Federal, publicada en enero de 2012, es la normativa encargada de regular y establecer las bases de los procesos de gestación subrogada que se lleven a cabo en este país, permitiendo a padre de intención (rusos o extranjeros) acceder a este proceso cumpliendo los siguientes requisitos: Parejas heterosexuales y mujeres solteras; se permite la gestación subrogada gestacional, la madre de intención debe tener incapacidad médica para gestar; en cuanto a las madres solteras, es

necesario que aporten su dotación genética, es decir, no se permiten los óvulos de una donante; pueden ser gestantes aquellas mujeres que decidan libremente participar en este acuerdo de subrogación siempre que cumplan con las siguientes exigencias: tener entre 20 y 35 años, ser madre de un hijo propio sano y gozar de una buena salud tanto física como psicológica, si la futura gestante está casada, podrá participar en la gestación subrogada únicamente con el consentimiento de su marido. (Rodrigo y Salvador, 2019).

En este primer punto, se analiza la situación actual de la maternidad subrogada en el derecho comparado (países europeos y latinoamericanos), básicamente su forma de regulación.

Por consiguiente, del análisis de los países que permiten, prohíben y de los países que tiene una postura mixta con respecto a la Maternidad Subrogada, tenemos:

Cuadro 1: Países que prohíben la práctica de la Maternidad Subrogada.

| PAÍS. | NORMA LEGAL. | M.S. | HIPOTESIS |
|----------------|---|-------------|--|
| ESPAÑA. | El artículo 10 de la Ley 14/2006 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida), señala que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante. | Nulidad. | La prohibición se vuelve más compleja con una nulidad y sanción. |
| ITALIA. | Prohíbe la subrogación de maternidad con el fin de evitar una maternidad múltiple. Este país está reglamentado por la ley N° 40 del 19/02/2004, la cual | Prohibido. | Se prohíbe la práctica, solo se puede recurrir a |



| | | | |
|-----------------|---|---|---|
| | concierno a la normativa sobre la procreación médicamente asistida. A través de dicha ley, es posible deducir las prohibiciones libres por el gobierno italiano en relación con la sustitución de maternidad. | | tratamientos para procreación. |
| FRANCIA. | El artículo 16 y 17 del Código Civil francés, prescribe lo siguiente: “Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”. Conforme se puede advertir, no solamente está prohibido la práctica de la gestación subrogada, sino, que esta práctica está sancionada en el Código Penal: Artículo 227-12 sanciona con un año de prisión y 15000 € a las personas que hagan el papel de intermediarios entre la pareja que quiera tener un hijo y la madre gestante; de igual forma, sancionan a los integrantes del sector salud que desarrollan esta actividad. | Nulidad. Prohibición. Sanción (un año de prisión y multa) | La MS es nulo al estar prohibido; y, sancionada con pena privativa de libertad a aquellos que la practiquen o coadyuven a ello. |
| ALEMANIA | La ley de protección del embrión emitida en el año 1990. El artículo 1 referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece | Prohibido. Sanción (hasta 03 | Sancionan la MS con pena de cárcel e |



| | | | |
|---------------|---|--|---|
| | <p>que: “Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...); 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento. (Ley de protección del embrión 745/90 del 13/12/90)”.</p> | <p>años y multa a quienes sean parte de la practica de la MS).</p> | <p>imponen multa.</p> |
| SUIZA. | <p>Ley de Tecnología de Reproducción Asistida ley, aprobada el 1 de enero de 2001, considerada la legislación más dura contra la maternidad subrogada; prohíbe todas las intervenciones médicas, que se considera como un abuso de las tecnologías innovadoras en el ámbito de la medicina, y se considera como una vulneración de la dignidad humana.</p> | <p>Prohibido.</p> | <p>La ley mas dura, se prohíbe por considerar esta práctica como un acto de indignidad.</p> |

FUENTE:

Crespo, 2019 y Baffone, 2013, p. 463.

ELABORACION: Tesista.

La prohibición de la práctica de la Maternidad Subrogada en los diferentes países a nivel mundial, son vinculados a la explotación de la mujer, considerando esto como un atropello a la dignidad humana; es más, existen legislaciones que sancionan drásticamente la practica de la Maternidad Subrogada, países como Francia, sancionan con pena de cárcel a aquellas personas que intervienen en este proceso; y, países como España, declaran nulos aquellos contratos que hacen referencia a la maternidad subrogada; el país mas “duro” es Suiza, que considera esta alternativa, como una forma de degradar a la persona.

La práctica de la Maternidad Subrogada en algunos países, tomados como referencia, pueden desarrollarse desde una nulidad hasta la sanción ya que se relaciona con la dignidad de una persona. España considera declarar nulo aquel contrato referente a la Maternidad Subrogada; en Suiza e Ilatia solo es una prohibición; en cambio Francia declara nulo, prohíbe y sanciona; finalmente, Alemania y Suiza, sancionan la práctica con privación de la libertad de una persona.

Cuadro 2: Países que tienen postura mixta para la práctica de la Maternidad

Subrogada.

| PAÍS. | NORMA LEGAL. | M.S. | HIPÓTESIS. |
|---------------|---|--|---|
| BRASIL | Resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121/2015: no está permitida la maternidad subrogada con fines lucrativos, sólo se la puede realizar con fines altruistas (con restricciones: la madre debe ser un familiar | Altruista. Prohibido con fines comerciales. | La práctica debe ser desarrollada con fines altruistas, para ello debe reunirse requisitos. |



| | | | |
|-----------------|---|--|---|
| | <p>cercano, debe existir certificado que acredite que la pareja no tiene la posibilidad de tener hijos, entre otros).</p> <p>Está prohibida la maternidad subrogada comercial.</p> | | |
| COLOMBIA | <p>No está regulada, sin embargo, la Constitución (artículo 42: Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente <u>o con asistencia científica</u>, tienen iguales derechos y deberes (...)) y la sentencia de la Corte Constitucional han dado luces para la posible regulación y aplicación de esta figura jurídica</p> | <p>Igualdad de derechos.</p> | <p>Son considerados hijos a todos los habidos dentro del matrimonio, esto incluye a aquellos que nacieron con ayuda de asistencia científica.</p> |
| MEXICO | <p>El código civil mexicano en su legislación no contiene ninguna prohibición directa en referencia a la subrogación.</p> <p>Los únicos estados donde en forma explícita señala acerca de la práctica son: Distrito Federal, Tabasco y Sinaloa, empero solo</p> | <p>Práctica con requisitos y limitaciones. Se prohíbe con fines comerciales.</p> | <p>La MS es aceptada, estableciendo requisitos y limitaciones para ello, siendo la principal: no tener fines comerciales.</p> |



| | | | |
|--|--|--|---|
| | <p>es posible para ciudadanos Mexicanos heterosexuales.</p> <p>En el Distrito Federal, la propuesta legislativa la regula como la practica en la cual la pareja de casados o en concubinato infértiles o estériles, pueden recurrir a este proceso para lograr formar una familia.</p> <p>En Tabasco, el Código Civil del Estado de Tabasco, permite la MS con ciertos requisitos y limitaciones (parejas heterosexuales de nacionalidad mexicana, edad de la madre de intención no menor de 40 años, seguro médico para la gestante y certificado médico de incapacidad de gestar; y, la mujer que se ofrece a gestar el hijo de otra persona o pareja debe tener entre 25 y 35 años).</p> <p>En el Estado de Sinaloa, el Artículo 283 de la ley sobre técnicas de reproducción</p> | | <p>Al ser un país que cuenta con diversos estados, cada uno de ellos tiene una legislación propia que regula la maternidad subrogada.</p> |
|--|--|--|---|



| | | | |
|--|---|--|--|
| | <p>asistida, señala que se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento; así mismo establece requisitos: Tener entre 25 y 35 años, ser madre de un hijo consanguíneo sano, tener una buena salud física y mental, dar el consentimiento voluntario de prestar su vientre y acreditar mediante dictamen médico que no estuvo embarazada durante el año previo a la implantación del embrión y que no ha participado más de dos ocasiones</p> | | |
|--|---|--|--|



| | | | |
|------------------------|--|-------------------------------|--|
| | consecutivas en este procedimiento. | | |
| ESTADOS UNIDOS. | <p>Es permitida solo en algunos Estados tales como California, Arkansas, Maryland, Illinois, Nueva York, Utah; algunos requisitos (varían en cada Estado) para acceder a la MS son: Parejas heterosexuales casadas o convivientes, mujeres solteras con o sin relación genética con el bebé, hombres solteros con o sin relación genética con el bebé</p> <ul style="list-style-type: none">● California: Admite la gestación subrogada comercial y altruista.● Nueva York: Admite la gestación subrogada altruista.● Utah: Permite acceder a la gestación subrogada a matrimonio a parejas casadas. | Altruista. Requisitos. | Casa estado tiene su propia legislación, estableciéndose requisitos para la práctica de la MS. |



| | | | |
|---------------|---|---------------------------|--|
| | <ul style="list-style-type: none">● Texas: Impone la condición de que la madre de intención tenga una razón médica para acceder a la gestación subrogada. <p>Prohibido: Luisiana, Michigan Nueva Jersey, Nueva York y Washington.</p> | | |
| INDIA. | La ley que lo regula fue aprobada el 21 de noviembre del año 2016 bajo el nombre Surrogacy, los requisitos son: Ser de origen indio, extranjero residente en la India o extranjero casado con un ciudadano de la India; Ser un matrimonio heterosexual con problemas de fertilidad, Estar casados desde hace al menos 5 años, | Altruista. Requisitos. | Permite la MS a parejas casadas (05 años). |

FUENTE:

Garcés, 2013;

Vaca, 2018;

Baffone, 2013;

Rodríguez, 1989

Álvarez, 2019.

ELABORACION: Tesista.

Este es el modelo que debe seguir el Perú, UNA PRACTICA ALTRUISTA, la MS es una alternativa para aquellas parejas casadas que no puedan tener hijos de la manera natural, debe ser regulado tomando en cuenta el derecho a formar una familia, teniendo presente el interés superior del niño de tener unos padres que esperan con ansias un hijo; además de ello debe tener limitantes, no todos pueden acceder; y, estas limitantes pueden ser: parejas casadas heterosexuales, un matrimonio con dos años de duración como mínimo, uno de ellos debe tener incapacidad médica comprobada de no poder tener hijos, una práctica altruista; y, los requisitos que debe tener la persona que llevará en su vientre al niño pueden ser: mayor de 25 años, con capacidad física y psicológica para poder llevar un embarazo, entre otros. Por ello, se debe tener en cuenta la legislación de los países que regulan la MS con fines altruistas.

Estos países, permiten la maternidad subrogada cuando su fin sea altruista y esté destinado a ayudar a aquellas parejas casadas que no puedan tener hijos; países como Brasil y México resaltan la no comercialización de ello, y en todas las legislaciones que regulan la MS establecen requisitos para la práctica de ello, ya que consideran una alternativa para formar una familia.

Cuadro 3: Países que tienen permiten la práctica de la Maternidad Subrogada.

| PAIS. | NORMA LEGAL. | M.S. | HIPOTESIS. |
|-----------------|---|---|---|
| UCRANIA. | Permite para todas las personas del mundo, permitiendo no solo una práctica altruista, sino lucrativa, no existe límites ni | Práctica liberal. Sin restricciones. | Permiten la MS, siendo uno de los únicos requisitos la heterosexualidad |



| | | | |
|--------------|---|--|---|
| | <p>condiciones. La MS está regulado por las siguientes normas: Código de Familia de Ucrania, Ucrania Ministerio de Justicia el acto “alteraciones en las regulaciones de registro civil en Ucrania” № 1154/5 del 22.11.2007. Los únicos requisitos son: que sean parejas heterosexuales casados y como mínimo el material genético sea aportado por el padre o por la madre y que se pruebe la imposibilidad de quedar embarazada en caso de las mujeres.</p> | | <p>en la pareja de casados.</p> <p>Para todas las personas del mundo.</p> |
| RUSIA | <p>País donde se permite la práctica de la maternidad subrogada en mujeres solteras que no pueden llevar un embarazo.</p> <p>La Ley Federal “Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, publicada en enero de 2012, es la normativa encargada</p> | <p>Practica liberal.</p> <p>Sin restricciones.</p> | <p>La MS es una alternativa de tener una familia, inclusive para aquellas mujeres solteras.</p> <p>Para todas las personas del mundo.</p> |



| | | | |
|--|--|--|--|
| | <p>de regular y establecer las bases de los procesos de gestación subrogada.</p> <p>Esta ley permite a padres de intención extranjeros acceder a un proceso de gestación subrogada siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: Parejas heterosexuales y mujeres solteras, se permite la gestación subrogada gestacional, la madre de intención debe tener incapacidad médica para gestar, en cuanto a las madres solteras, es necesario que aporten su dotación genética, es decir, no se permiten los óvulos de una donante, pueden ser gestantes aquellas mujeres que decidan libremente participar en este acuerdo de subrogación siempre que cumplan con las siguientes exigencias: tener entre 20 y 35 años, ser madre de un hijo propio</p> | | |
|--|--|--|--|



| | | | |
|--|--|--|--|
| | sano y gozar de una buena salud tanto física como psicológica. | | |
|--|--|--|--|

FUENTE:

Agar, 2016;

Rodrigo y Salvador, 2019.

ELABORACION: Tesista.

La MS no puede ser tomada como una practica liberal, como una forma de explotar el cuerpo de la mujer o una forma de comprar hijos; la MS subrogada en países como Rusia y Ucrania, puede ser con fines comerciales, ello conlleva a una practica que denigra la dignidad humana.

Rusia y Ucrania tienen legislaciones que regulan esta práctica, como son: la Ley Federal “Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” y el Código de Familia de Ucrania, legislaciones que deben cambiar su finalidad y ser altruistas.

4.2. SEGUNDO COMPONENTE DE LA INVESTIGACIÓN: ESTABLECER LAS RAZONES LEGALES, DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES QUE JUSTIFIQUEN LA INCORPORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

FUNDAMENTOS LEGALES, DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES.

En este apartado analizamos e identificamos los fundamentos que nos ayuda a platear la incorporación de la maternidad subrogada en el Código Civil peruano. La búsqueda de los fundamentos se realiza en diversas fuentes; una primera fuente es la legislación aquí se analiza la legislación interna y la legislación internacional, por otro lado,



tenemos a la fuente doctrinaria, se analiza la propuesta que realizan los diferentes juristas, en tercer lugar, se realiza un análisis jurisprudencial respecto de la maternidad subrogada.

Para realizar una propuesta, sea de índole jurídica a desde una perspectiva doctrinaria tenemos que analizar minuciosamente las fuentes de información, en el caso concreto, son tres las fuentes que hemos analizado la ley, doctrina y jurisprudencia.

1. FUNDAMENTOS LEGALES

En el derecho comparado básicamente se puede distinguir tres posturas respecto a la maternidad subrogada:

1.- Una primera postura tiene que ver con prohibir la práctica de la maternidad subrogada, hay legislaciones como **FRANCIA** donde está prohibida esta práctica, incluso severamente sancionado.

2.- Una segunda postura tiene que ver con la implementación de esta figura jurídica con fines altruistas, poniendo límites, requisitos y condiciones, como es el caso de **INDIA**, donde únicamente se permite la maternidad subrogada con fines altruistas.

3.- Una tercera postura propone una implementación amplia de esta figura, una práctica libre sin condiciones ni muchos requisitos, este practica podría asemejarse con **UCRANIA**, donde existe gran flexibilidad y libertad respecto de la práctica de la maternidad subrogada.

PRIMERA POSTURA: PROHIBICIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Esta postura prohíbe la aplicación de la figura de maternidad subrogada, por considerarla un negocio lucrativo que vulnera los derechos de la madre y del niño que nace producto de esta técnica asistida.



El marco normativo de los países que sostienen esta postura prohíbe y declara nulos todos aquellos acuerdos de gestación por sustitución. Es así que, en países como Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España, el común denominador jurídico es el de la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución (Lamm, 2012: 11).

EN ALEMANIA

En Alemania no solamente está prohibido la maternidad subrogada si no esta práctica está sancionada penalmente, a aquellas parejas que infringen la ley de protección del embrión emitida en el año 1990.

El artículo 1 referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que:

Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...); 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento. (Ley de protección del embrión 745/90 del 13/12/90).

El fundamento de la prohibición de maternidad subrogada radica en la protección de la reproducción natural, de la fecundación natural, protección de la mujer, del niño y la forma natural de concebir a un nuevo ser. La legislación alemana principalmente prohíbe las transferencias de óvulos que ocurren de una persona a otra persona, la fecundación artificial del óvulo con fines distintos, en buena cuenta la legislación alemana protege la vida humana, la reproducción de la vida humana en forma natural sin recurrir a las técnicas artificiales.



Los países que prohíben esta práctica apuestan fundamentalmente por el respecto de vida óptica del ser humano, por una concepción natural de un nuevo ser y no por una vida artificial que se da mediante las técnicas asistidas de reproducción, se puede tildar a estos países de tradicionalistas e incluso arraigados religiosamente, lo que se debe rescatar es el absoluto respeto y consideración de la mujer y no mercantilizar la vida humana.

ESPAÑA

La legislación española señala claramente que, son nulos de pleno derecho todos aquellos actos referidos a la maternidad subrogada, cualquier contrato referido a mercantilizar la vida humana es nulo refiere la ley española, ello es un mensaje importante para que las personas no ingresen como objetos de negocio en el mercado, dado que, la vida no solamente es un ente material sino sobre todo espiritual.

La ley española señala un criterio muy importante para determinar quién es la madre de un nuevo ser y esto está determinado por el parto, madre es aquella persona que alumbró al nuevo ser, dejando a salvo el derecho del padre biológico, a fin de que este último pueda hacer valer su derecho en fueros judiciales.

Artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, referido específicamente a la gestación por sustitución:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.



3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. (Ley 14/2006 de fecha 26 de mayo del 2006).

SUIZA

Maternidad subrogada en Suiza está estrictamente prohibida por la Ley de Tecnología de Reproducción Asistida ley, aprobada el 1 de enero de 2001, y es considerada la legislación más dura contra la maternidad subrogada.

La Ley de Tecnología de Reproducción Asistida prohíbe todas las intervenciones médicas, que se considera como un abuso de las tecnologías innovadoras en el ámbito de la medicina, y se considera como una vulneración de la dignidad humana. En Suiza se permite la fecundación in vitro, y algunos de los métodos para tratar la infertilidad, pero la donación de ovocitos, la subrogación, la congelación y la donación de embriones, PGD y el uso de embriones para fines de investigación científicas están estrictamente prohibidos. (VittoriaVita, 2020).

El fundamento principal de la prohibición es el uso exagerado y negativo de la tecnología, se dice que la tecnología no se puede usar con fines degradativos, vulnerando los derechos de la mujer y desde recién nacido, por otro lado, el fundamento de la prohibición radica en que la práctica de la maternidad subrogada vulnera la dignidad de la persona al convertir en un objeto de negocio.

LA PROHIBICIÓN TIENE UN EFECTO NEGATIVO.- Si bien, en el país suizo está prohibido la maternidad subrogada, sin embargo, en estos últimos años esta práctica ha aumentado, toda vez, que la población realiza un fraude de la ley, en el sentido que, la población viaja a países extranjeros para concebir hijos a través de la maternidad subrogada logran su propósito y regresan al país suizo, únicamente para inscribir en



nacimiento o para optar su partida, entonces el efecto de la prohibición en este caso no resulta.

Tenemos que tener claro la idea que, la prohibición no siempre surte efectos positivos, sino que también puede surtir y traer efectos negativos, como es en el caso de Suiza, la prohibición lo que ha hecho es aumentar los casos de maternidad subrogada, con ello decimos que la norma no ha sido efectiva.

Antes de establecer cualquier prohibición, tenemos que reflexionar sobre su impacto, prohibir un fenómeno cuya expansión es eminente, ante esa circunstancia, lo que hay que hacer es enfrentar regulando el fenómeno, poniendo candados, pautas y no prohibiendo, a veces la cura resulta peor que la enfermedad.

SEGUNDA POSTURA: ACEPTACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, SOLO CUANDO ES ALTRUISTA Y BAJO CIERTOS REQUISITOS Y CONDICIONES

Los países que sustentan esta postura admiten la maternidad subrogada en aquellos casos que no impliquen contratos y/o intercambios comerciales, es decir; únicamente en situaciones con fines altruistas. No obstante, ello, existen requisitos y condiciones específicas para declarar aceptable esta práctica.

En este segundo grupo de países que aceptan la maternidad subrogada, pero, poniendo como condición la practica de la maternidad subrogada con fines altruistas, dichos países son: Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda, ello conforme hemos establecido en el análisis respectivo.

FUNDAMENTOS

El debate respecto de la aplicación y la regulación de la maternidad subrogada o gestación subrogada radica fundamentalmente en los siguientes aspectos: un primer



aspecto es referido a la finalidad con la que se instaura esta figura jurídica, hay una finalidad altruista - benéfico y, hay otra finalidad estrictamente lucrativo – comercial, por otro lado, el debate se centra si esta figura puede o no aplicarse para aquellas parejas homosexuales, en el entendido que el matrimonio homosexual ya está regulado en algunos países. Otro debate es si esta figura puede aplicarse en parejas que aún no se han casado, parejas que solamente tienen la calidad de convivientes, por otro lado, cuál debe ser la edad ideal para poder ejercitar o hacer uso de la maternidad subrogada, otro aspecto adicional que es importante debatir, es sobre si esta figura jurídica vulnera o no los derechos fundamentales o los derechos humanos de la persona, debatir sobre el derecho a la reproducción y el principio superior del niño y los derechos de la madre gestante, a continuación veamos a detalle cada uno de estos puntos de vista.

FINALIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.- La maternidad subrogada o la gestación subrogada se puede usar con dos finalidades; una primera finalidad denominada altruista, implica que esta técnica asistida ayuda parejas o matrimonios que no pueden tener hijos o que están imposibilitados de embarazarse, entonces, la gestación subrogada es un medio para que ellos puedan lograr ese sueño anhelado de tener hijos, a través de una tercera persona insertando el óvulo y el espermatozoide para que conciba el bebé.

Esta postura es la que debe asumirse en la legislación que se plantea para el caso peruano, descartando de plano la idea de mercantilizar el cuerpo de la mujer.

La otra finalidad de la maternidad subrogada es la finalidad lucrativa, finalidad económica, implica que la maternidad subrogada en buena cuenta se usa para lucrar, para hacer un negocio rentable que genera ganancias exorbitantes y muchas veces se hace por un estado de necesidad, las madres prestan su útero o alquilan su útero, porque necesitan



dinero para alimentarse, o alimentar a su familia, sus hijos, ahí es donde a las mujeres se les trata como un objeto, como un objeto comercial que presta al mejor postor.

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LAS PAREJAS HOMOSEXUALES.

Permitir la maternidad subrogada o la gestación subrogada para los homosexuales es una tarea sumamente delicada, no es un asunto sencillo sino complejo que debe evaluarse desde diferentes aristas; una primera es referido a quien va asumir el rol de la madre y el rol del padre en un matrimonio homosexual, otro aspecto es la identidad sexual que los niños deben desarrollar de acuerdo a su sexo, ello de acuerdo a los modelos de paternidad y maternidad que tiene a su frente y el asunto más delicado es el desarrollo integral de los niños: el efectivo, psicológico y el mental.

Este tema, hay que evaluar con mucho cuidado para incorporar o descartar en las legislaciones que se vaya construir en el futuro, desde nuestra perspectiva y para el caso peruano, la maternidad subrogada para los homosexuales debe estar expresamente prohibido, porque la sociedad y nuestro desarrollo legislativo aún no son suficientes, respecto a este tema el debate es respecto al matrimonio homosexual y de parte de la sociedad existe resistencia a este tipo de regulaciones dado el fuerte arraigo religioso que con razón en muchos casos se opone a este tipo de figuras jurídicas.

MATERNIDAD SUBROGADA EN LAS PAREJAS CASADAS Y/O CONVIVIENTES.

Hay legislaciones que han establecido la maternidad subrogada únicamente para las parejas casadas, y otras legislaciones también han incorporado para los los convivientes y respecto a estos últimos se ha señalado que como mínimo deben tener dos años como convivientes debidamente acreditadas antes de la solicitud de someterse a la maternidad subrogada.



La postura que asumimos, es que la legislación que se propone, únicamente debe regular la maternidad subrogada para aquellas parejas casadas con un tiempo mínimo de dos años, ello a fin de garantizar el adecuado desarrollo del nuevo ser, que va nacer mediante la técnica asistida. Otro fundamento es garantizar la unidad familiar y formar una familia sólida con la llegada de un nuevo ser y no tender a la desintegración.

MATERNIDAD SUBROGADA Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Desde nuestra perspectiva planteamos que no existe vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales, puesto que, uno de los requisitos que se exige para la práctica de la maternidad subrogada es el consentimiento informado, entonces, gracias a este consentimiento guiado es que se permite la implantación de óvulo y el espermatozoide al útero de una tercera persona (mujer) que va gestar el al nuevo ser, ahora bien, respecto al derecho del niño consideramos que el bebé que nace a partir de la maternidad subrogada tiene todos los derechos que reconoce la ley sin ninguna distinción, es posible que esté en juego su desarrollo adecuado, sin embargo, en esto la ley tiene que ser clara, obligando a los padres biológicos a fin de que velen por el adecuado desarrollo del niño, bajo apremio de ser subrogados por el estado.

LOS NIÑOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO PRODUCTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y SU RECONOCIMIENTO EN EL ESTADO PERUANO.

Respecto del reconocimiento de aquellos niños nacidos en el extranjero como consecuencia de la aplicación de la maternidad subrogada es un asunto que no está legislado en el Perú, no existe ley específica que sí lo indique. Al respecto, sostenemos que los niños de padres biológicos peruanos deben ser reconocidos como tales en el registro de estado civil RENIEC, si bien esta situación no esta reglada en el Perú, sin embargo, este



conflicto en parte ha sido solucionado por la jurisprudencia nacional estableciendo que los niños nacidos en el extranjero, pero, de padres biológicos peruanos tiene derecho a ser inscritos en RENIEC del Estado peruano, con ello se reconoce indirectamente la maternidad subrogada en el Perú, ello es otro de los fundamentos que se ha utilizado para plantear la propuesta legislativa de incorporación de esta figura jurídica en el código civil peruano.

Respecto a este punto, el debate que se ha generado es si, la legislación peruana debe reconocer la maternidad subrogada realizada en el extranjero, no tenemos legislación al respecto, entonces, cómo es posible que a través de la jurisprudencia se puede reconocer una situación jurídica acontecido en el extranjero, bajo otras normas, desde el punto de vista estrictamente legal consideramos la maternidad subrogada desarrollada en los países extranjeros no debe ser reconocida.

A partir de estos fundamentos desarrollados en líneas precedentes, sostenemos que es viable la regulación de la maternidad subrogada en el código civil peruano, enfatizando en precisión de algunos aspectos conflictivos, por ejemplo, respecto al tipo de maternidad subrogada a fin de que la maternidad subrogada no se convierta en un negocio lucrativo. Así como la permisión de esta figura únicamente para las parejas heterosexuales, el tiempo mínimo de casados, y la acreditación debida sobre la imposibilidad de tener hijos.

TERCERA POSTURA: IMPLEMENTACIÓN AMPLIA Y LIBRE DE LA FIGURA DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Cuando se hace referencia a una implementación amplia y libre de la figura jurídica de maternidad subrogada, implica que las legislaciones se flexibilizan a tal punto que permiten la práctica de esta técnica asistida en su amplia dimensión, es decir, las restricciones se minimizan. Veamos:



No existe prohibición a las parejas homosexuales de recurrir a la maternidad subrogada, no existe restricción a las parejas solteras para hacer uso de la maternidad subrogada, asimismo, otra característica es que se permite la maternidad subrogada con carácter lucrativo, así también, se permite la maternidad subrogada pese a que las parejas no tienen impedimento o imposibilidad de procrear hijos.

Esta tendencia implícitamente concibe a la maternidad subrogada como un negocio, considerando al cuerpo de la mujer como un objeto de negociación y de lucro y esto nos lleva al menosprecio de la vida humana.

Los países que sostienen esta postura consideran la maternidad subrogada como una práctica legal. Entre ellos destacan Georgia, Ucrania, Rusia, algunos Estados de los Estados Unidos, México (únicamente Tabasco), entre otros.

MÉXICO (ESTADO DE TABASCO)

Respecto a la legislación mexicana y más precisamente respecto a la legislación del Estado de Tabasco es importante mencionar que la regulación permite la práctica de la maternidad subrogada tanto en las parejas casadas como en convivientes, reconoce ambas situaciones sin mayores limitaciones.

La legislación de este estado es uno de los modelos en México, no solamente porque permite esta práctica, sino, porque su legislación es sumamente flexible frente a otros que, más bien lejos de permitir, prohíben esta práctica.

Señalar que el Estado de Tabasco permite únicamente la maternidad con carácter altruista. Asimismo, es importante destacar que este estado permite dos tipos de gestación que desarrollamos a continuación: la madre gestante sustituta y la madre gestante subrogada, las mismas que se ha desarrollado en líneas precedentes.



En la sociedad actual, se han desarrollado nuevas tecnologías en el campo de la reproducción humana asistida, las cuales permiten mantener con vida el grupo o célula social universal como es la familia. Dentro de esas técnicas de reproducción se encuentra la maternidad subrogada, la cual acarrea el surgimiento de nuevas interpretaciones legales respecto a la maternidad, con la finalidad de respetar el derecho a la procreación y obtener razonamientos lógicos que permitan a personas con problemas de fertilidad o bien personas incapaces de gestar a un bebé, encontrar la vía idónea para ser papás. Esto es un punto importante que indica la existencia de nuevos retos para los juristas, los cuales deben ampliar su espectro respecto a la materia en estudio, debido a que se requiere, de una formación ética, humana y desde luego jurídica para abordar estos temas. (Moreno, Et al, 2017, p. 01).

RUSIA

La legislación rusa es contundente respecto de la gestación subrogada, toda vez, que es uno de los países donde se permite la práctica de la maternidad subrogada en mujeres solteras que no pueden llevar un embarazo. Hasta aquí habíamos visto legislaciones que permitían únicamente a casados o convivientes, sin embargo, en la legislación rusa se permite esta práctica a las mujeres solteras.

LEY QUE PERMITE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La Ley Federal “Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, publicada en enero de 2012, es la normativa encargada de regular y establecer las bases de los procesos de gestación subrogada que se lleven a cabo en este país.

Esta ley permite a padres de intención extranjeros acceder a un proceso de gestación subrogada siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:



1.- Únicamente parejas heterosexuales y mujeres solteras. La ley rusa indica expresamente la prohibición de acceso a la gestación subrogada a las parejas del mismo sexo.

2.- Solo se permite la gestación subrogada gestacional, es decir, aquella en la que la gestante no aporta sus óvulos. Los óvulos y espermatozoides deben proceder de la pareja o, en su defecto, de un donante.

3.- La madre de intención debe tener incapacidad médica para gestar como, por ejemplo, ausencia de útero, deformidad uterina o del cérvix, riesgo de enfermedades somáticas, fallos repetidos de FIV cuando los embriones de buena calidad no dan lugar a embarazo, etc.

4.- En cuanto a las madres solteras, es necesario que aporten su dotación genética, es decir, no se permiten los óvulos de una donante.

5.- En Rusia pueden ser gestantes aquellas mujeres que decidan libremente participar en este acuerdo de subrogación siempre que cumplan con las siguientes exigencias: tener entre 20 y 35 años, ser madre de un hijo propio sano y gozar de una buena salud tanto física como psicológica.

6.- Si la futura gestante está casada, podrá participar en la gestación subrogada únicamente con el consentimiento de su marido. (Rodrigo y Salvador, 2019).

Respecto a los fundamentos legales, en la legislación rusa podemos destacar básicamente tres ideas: una primera idea a destacar es que, la legislación rusa permite la maternidad subrogada a mujeres solteras, esto es una novedad que no habíamos advertido en otras legislaciones, la única condición es que, no puedan tener hijos, ello acreditado con un certificado médico legal.



La legislación rusa reconoce como una de las condiciones para llevar a cabo la maternidad subrogada, a la libre decisión de la mujer de someterse a la gestación subrogada de concebir en su vientre a un nuevo ser, esta decisión debe ser libre y no debe estar sometida a ninguna voluntad ajena.

En caso de que la mujer sea casada, necesita el asentimiento de su esposo para que pueda procederse con la maternidad subrogada, este último es el reflejo típico de la visión machista que aún queda en las legislaciones.

La maternidad subrogada en Rusia está regulada, no solamente para aquellas parejas casadas heterosexuales, sino para aquellas mujeres solteras, con la condición de que deben aportar su material genético (óvulo) para que se lleve a cabo la gestación, además de tener la condición de no poder llevar adelante un embarazo. Para la inscripción del menor, basta con un certificado que acredite el nacimiento del menor y un documento expedido por la institución que llevó adelante del proceso de fecundación; todo ello para que el menor sea inscrito con los datos de los padres que desean tener a un hijo.

BASE FÁCTICA DE LA INVESTIGACION.

A manera de ejemplo mencionamos los casos que han servido para enfocar de la mejor forma la problemática de la investigación.

1.- Abuela peruana da a luz a su nieta

En este caso, exponemos un ejemplo de gestación subrogada entre familiares que sucedió en 2013-2014, en concreto, el caso de, Julia Navarro, quien gestó a su propio nieto a la edad de 58 años para su hija Lorena Gonzáles. Navarro, de origen peruano y residente en Utah (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. (Álvarez, 2019).

Julia Navarro (madre de Lorena) veía cómo su hija a lo largo de tres años sufrió trece abortos espontáneos que la obligaron, junto a su esposo, a buscar una alternativa para concebir un hijo; encontrando en la maternidad subrogada una solución a su problema; es así que, buscando futuros vientres sustitutos, es que su madre le plantea la idea de que sería ella la portadora, lo cual a los McKinnon les solucionó el sueño de formar una familia; es así que inicia un tratamiento con hormonas para poder llevar en su vientre el óvulo fecundado de su hija, resultando que con el transcurso de los meses el vientre de la abuela empezaba crecer, lo cual le resultaba imposible a la edad que tenía, causándole alegría a la pareja y sus familiares; después de siete semanas, al realizar el ultrasonido, la señora Julia señala que "el pequeño embrioncito que se había desarrollado y estaba moviéndose ahí recién me sentí muy feliz y lloré de alegría, mientras Lorena y Micah saltaban abrazados de felicidad", al finalizar el tiempo de gestación, nació una niña, gozando de buena salud; y, completando la felicidad del matrimonio y de sus familiares.

(Mendoza Garcia , 2001), sostiene que: La maternidad sustituta en esta "la madre aporta el ovulo que es fecundado con el espermatozoides de un tercero" en cuanto a la subrogación presume de que el embrión es extraño esto debido a que ha sido implantado en una mujer que no aportó sus óvulos en su creación. (p.80).

2.- Enfermera peruana que llevó embarazo subrogado de pareja de chilenos

Isabel es el nombre la mujer peruana que gestó a los hijos de la pareja mediante la técnica del vientre subrogado. Ella es una ex enfermera de la clínica Concebir, a donde llegaron los esposos chilenos para someterse a un tratamiento de reproducción asistida.



Isabel llegó a un acuerdo con ellos en el que se ofrecía a llevar el embarazo de los hijos de la pareja. Rosario no podía concebir así que tuvieron que recurrir a dos óvulos donados que fueron fertilizados con espermatozoides de Jorge Tobar en la clínica del Dr. Luis Noriega.

Todo marchaba viento en popa hasta que a fines de julio empezaron las contracciones, dos semanas antes de lo previsto. El encuentro con los bebés fue como lo esperaban, ya con ellos en brazos, regresaban a Chile, cuando finalizaba el sueño y empalmaba con la pesadilla, Jorge Tobar y Rosario Madueño fueron detenidos en el aeropuerto Jorge Chávez el 25 de agosto del 2018.

Algo no encajaba en los documentos: los niños, inscritos con los apellidos de ambos, habían nacido el 28 de julio del 2018, pero la pareja había ingresado al Perú al día siguiente. Entonces, Rosario les explicó a los agentes que ella no había dado a luz a los niños, pero que estos eran hijos suyos y de su esposo. (América Noticias, 2018).

Los esposos Tobar Madueño no lograban concebir un hijo; razón por la cual iniciaron un tratamiento en Chile; empero su médico los refirió a Lima (Clínica Concebir – clínica especializada en tratamientos de ese tipo) con la finalidad de completar la felicidad del Matrimonio, pues a lo largo de los años, la señora Madueño había tenido 12 embarazos fallidos y un aborto; es así que en el transcurso de los años que llevaban con el tratamiento, conocen a “Isabel” (ex enfermera de la Clínica) quien conmovida por el largo camino sin resultados que tenían, lleva en su vientre el óvulo fecundado (óvulo donado y esperma del señor Tobar), el embarazo transcurría con normalidad (los señores Tobar Madueño visitaban esporádicamente a Lima con la finalidad de seguir de cerca el embarazo o en ocasiones “Isabel” hacía que los niños, ya que estaba embarazada de dos niños, escucharan la voz de los señores Tobar Madueño; estaba planificado que en el mes de agosto, aproximadamente, iban a nacer los niños, pero el parto se adelantó y los bebés nacieron el



28 julio del 2018, ingresando los señores en fecha 29 (resultando incoherente que hayan tenido un hijo, ya que resultaba un desfase en las fechas) es así que en fecha 25 de agosto del 2018, cuando pretendían abandonar el país, son detenidos en el Aeropuerto Jorge Chávez por el delito de Trata de Personas, imponiéndoseles medidas restrictivas de su libertad (Prisión preventiva); sin embargo, luego de un proceso salieron en libertad ya que la Fiscal a cargo del caso reconoció que no era posible determinar que exista delito de trata de personas, pero advirtió que se debía investigar acerca de la filiación de los padres con los menores.

(Keane N.Y.D., 1981), nos dice que: La maternidad subrogada es “el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada”. (p.12).

(Vila-Coro Barrachina, 1997), menciona que: “El padre es aquel que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga la calidad de padre legal”. (p. 77).

(Varsi Rospigliosi, 2013), establece que: La paternidad representa una multiplicidad de lazos y variedad de relaciones que, organizadas entre sí, orientan la labor natural del hombre en la familia cual es la interrelación padre-hijo. En otras palabras, la paternidad implica consideraciones de orden personal, biológico, social y legal, generando en su conjunto un estado paternal pleno. (p. 278).

3.- Caso Ricardo Morán

Ricardo Moran, peruano, personaje de espectáculos, se convirtió en padre de dos pequeños (Catalina y Emiliano, de 3 kilos y medio cada uno) en Estados Unidos gracias a un vientre subrogado.



Los niños fueron fecundados in vitro con el espermatozoides de Morán y óvulos donados de forma anónima. “Cuando llegaron a ser embriones en laboratorio fueron implantados en el vientre subrogado de una maravillosa mujer donde crecieron cuidados por ella y su maravillosa familia con mucho amor, a quienes les debemos todo”. (Moran, citado por RPP, 2019).

“En el laboratorio se junta el espermatozoides de Ricardo Morán con el óvulo donado y se forma un embrión. El embrión es una célula que se divide en una, luego se va dividiendo en dos, en cuatro y en sus múltiplos de ocho, 16 y 32. Cuando tiene más de 100 se le pone en el útero”. (Huerta, por RPP, 2019).

Estos casos fácticos nos permite visualizar la problemática en el plano de la realidad, el caso Morán o el caso de la enfermera que concibió para la pareja de chilenos, nos permite entender que este asunto de la maternidad subrogada es un problema actual, que se da como producto del vacío legislativo que adolece nuestro ordenamiento jurídico peruano, entonces, a partir de esta problemática ya verificada, la investigación propone un proyecto de ley a fin de llenar este profundo vacío que trae muchos problemas de inseguridad jurídica en el Perú.

El reconocido productor de televisión, Ricardo Morán (45 años) decide tener hijos, empero él es homosexual, ello no fue impedimento para que concretara su sueño de convertirse en padre; es así que inicia el proceso en una Agencia en Estados Unidos – ya que éste en un país con un marco legal ordenado – con chequeos médicos, tratamiento psicológico y médico. Es así que, después de tener buenos resultados, se implanta el óvulo fecundado en el vientre de la mujer que, a partir de ese momento, gestaría a sus hijos, pues Ricardo Morán había decidido tener dos niños (varón y mujer); la mujer firma un contrato, ante un Juez, en el cual cede sus derechos. La fecundación solo se realizó una vez, pues se había tenido resultados; es así que transcurre el periodo de embarazo en el vientre alquilado



naciendo los niños en Estados Unidos, país en el cual fueron inscritos, pero también los inscribe en el Consulado peruano en Houston, sin embargo, al llegar a Perú le niegan la inscripción; empezando su verdadera lucha para que sus hijos adquieran la nacionalidad Peruana; ya que en el Perú no existe un marco legal que haga valer su derecho, pues a todo hijo de peruano, constitucionalmente, le corresponde la ciudadanía peruana, a todo ello, uno de los muchos problemas que tiene, es que en la actualidad, los hijos de Ricardo Morán ingresaron al Perú en calidad de turistas, pudiendo quedarse solo el plazo de seis; y, si quiere que sus hijos se queden más tiempo, tendrá que solicitar Carné de extranjería; aunado a este problema, otro inconveniente es que si desea sacar del país a sus hijos, tendrá que contar con un poder notarial firmado por la madre de los menores, madre que no hay y que no va a haber, pues los óvulos fueron donados de manera anónima. De esta manera, Ricardo Morán decide iniciar un proceso legal (Acción de Amparo) para conseguir que sus hijos logren tener la nacionalidad peruana, porque el artículo 4° de la Constitución Política del Perú señala que “son peruanos los nacidos en el territorio de la República. Los son también los hijos de padre o madre peruanos, cualquiera que haya sido el lugar de su nacimiento, siempre que se domicilien en la República, o se inscriban en el Registro Civil o en el Consulado respectivo (...)”, siendo éste su principal argumento para que su pedido sea declarado fundado.

(Hurtado Oliver, 1999), hace alusión que: La maternidad subrogada es la “Práctica mediante el cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento”. (p. 54).

Estos casos fácticos nos permite visualizar la problemática en el plano de la realidad, el caso Morán o el caso de la enfermera que concibió para la pareja de chilenos, nos permite entender que este asunto de la maternidad subrogada es un problema actual, que se da como producto del vacío legislativo que adolece nuestro ordenamiento jurídico



peruano, entonces, a partir de esta problemática ya verificada, la investigación propone un proyecto de ley a fin de llenar este profundo vacío que trae muchos problemas de inseguridad jurídica en el Perú.

JUSTIFICACIÓN DE LA MENCIÓN DE LOS CASOS: Estos casos que señalamos, únicamente son para fines de acreditar la existencia de la problemática que estamos estudiando, dado que, una investigación sin problema carecería de relevancia.

MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA.

Conforme hemos señalado el derecho tiene que estar al compás de su tiempo, en coherencia a los avances tecnológicos y científicos que se suscitan en el mundo, al nacimiento de nuevos fenómenos, el derecho también debe avanzar en esa línea, adecuarse a estos nuevos contextos, nuevos paradigmas, nuevos retos que nos pone a prueba la sociedad.

Ante este escenario, el derecho latinoamericano también tiene que ponerse al compás de tiempos actuales y ajustar o reformar sus legislaciones de acuerdo a los nuevos avances y de acuerdo a las nuevas paradigmas y propuestas que se plantea nivel jurídico.

En Latinoamérica no han sido ajenos los intentos de regulación sobre esta materia. En el año 2001, el Senado de la República de Colombia presentó el proyecto de ley 151/2001 mediante el cual «[...] se modifican los Códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, manipulación genética, se dictan normas sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, y otras disposiciones». No obstante, ello, esta iniciativa legislativa no alcanzó a ser debatida en las sesiones plenarias del congreso, «lo que no permitió su surgimiento, y en ese mismo sentido el estático ordenamiento jurídico que rige actualmente en Colombia, sigue igual [...]». (Aguilar, 2010: 37).

En similar sentido, en Argentina existen en la actualidad cuatro proyectos de ley que procuran regular de forma expresa la maternidad subrogada. Tres de ellos la admiten y establecen el cumplimiento de una serie de requisitos, distintos entre cada iniciativa, pero orientados hacia un mismo fin. El cuarto proyecto de ley, en cambio, prohíbe la maternidad subrogada y declara su nulidad.

Finalmente, la tendencia en el derecho comparado según afirma Lamm (2012: 18) es hacia la regulación y la flexibilización, muchos ordenamientos están regulando esta figura para dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente y, consecuentemente, el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo.

La maternidad subrogada en Chile no está regulada, por lo que no existe ninguna ley que avale el procedimiento y como en el país chileno sólo es madre quien da a luz, no es admisible esta figura. Es importante destacar que la legislación chilena fija una única forma de maternidad, que es la que alumbró a un bebé es la que se considera madre.

Cuadro 4: Maternidad Subrogada en países latinoamericanos.

| MATERNIDAD SUBROGADA EN LATINOAMERICA | | | |
|---|--|---|--|
| COLOMBIA. | ARGENTINA. | CHILE. | BRASIL |
| No está regulada. El Senado de Colombia presentó el proyecto de ley 151/2001 mediante el cual «[...] se modifican los | No esté regulado. Existe en la actualidad cuatro proyectos de ley que procuran regular la maternidad | No está regulada, por lo que no existe ninguna ley que avale el procedimiento y como en el país chileno sólo es | Si está regulado. Resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121/2015, no está permitida la maternidad |



| | | | |
|---|---|--|--|
| Códigos Civil y Penal, no obstante, ello, esta iniciativa legislativa no alcanzó a ser debatida en las sesiones plenarias; y Colombia sigue igual | subrogada. Tres de ellos la admiten y establecen el cumplimiento de una serie de requisitos; y, el cuarto proyecto de ley, en cambio, prohíbe la maternidad subrogada y declara su nulidad. | madre quien da a luz, no es admisible esta figura. | subrogada con fines lucrativos, sólo se la puede realizar con fines altruistas (con restricciones. Está prohibida la maternidad subrogada comercial. |
|---|---|--|--|

FUENTE:

Aguilar, 2010;

Lamm, 2012.

ELABORACION: Tesista.

La práctica de la maternidad subrogada en los países latinoamericanos es escasa, pues solo un país, Brasil, acepta esta alternativa de formar una familia, además de ello exige requisitos (como son: parejas heterosexuales casadas, uno de los padres debe tener imposibilidad comprobada para poder tener hijos, fines altruistas, entre otros) para poder acceder. Todo esto debe ser tomado como un modelo para legalizar esta práctica, siempre y cuando lo primordial debe ser priorizar el interés superior del niño y el derecho a formar una familia; tomando en cuenta el avance tecnológico.



Al extremo de todo ello, tenemos a las legislaciones de Colombia, Chile y Argentina en la cual no se permite la maternidad subrogada, Chile considera madre, solo a aquella mujer que da a luz a su propio hijo; mientras que Argentina y Colombia hasta la fecha solo tuvieron propuestas de regular la Maternidad Subrogada, empero hasta la fecha no se ha tenido un debate para permitir ésta práctica.

MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

Respecto a la maternidad subrogada en el Perú, debemos destacar dos ideas importantes; el primero referido a la ley que prohíbe la aplicación de la maternidad subrogada en el Perú - La Ley 26842, Ley General de Salud y en un segundo momento se hace referencia al Código Civil sobre la forma cómo se realiza la filiación este último tácitamente ni siquiera hace alusión a la maternidad subrogada. Veamos:

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

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

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



NECESIDAD DE REGULACIÓN.

En consecuencia, y frente a un escenario en el que se evidencia no solo el tratamiento irregular de la maternidad subrogada en el Perú, sino sobre todo, el vacío legal que impide su control y dificulta la resolución de conflictos derivados de esta práctica, resulta necesario y relevante adoptar medidas que de forma explícita ordenen esta realidad.

2. TRATAMIENTO DE LOS FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

La jurisprudencia establece criterios interpretativos vinculantes, nos señala las pautas de cómo se interpreta una institución jurídica, mirando de cómo se debe aplicar en los casos futuros, nos propone reglas de interpretación respecto de la aplicación del derecho.

Ahora bien, dentro de la jurisprudencia que corresponde a la maternidad subrogada en el Perú, tenemos dos jurisprudencias que apuntan en la misma línea de permitir y habilitar indirectamente la maternidad subrogada, estas dos sentencias han causado un remesón en el ordenamiento jurídico peruano, resolviendo positivamente los casos a favor de la inscripción de niños nacidos bajo la maternidad subrogada. Adicionalmente, se analiza una sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que constituye un insumo principal para respaldar nuestra propuesta.

La jurisprudencia que respalda la propuesta legislativa de incorporar la maternidad subrogada en nuestra legislación peruana son las siguientes:

PRIMERO.-

Quinto Juzgado Especializado Constitucional - Corte Superior de Justicia de Lima. – Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.



ASUNTO: La sentencia se pronuncia a favor de la inscripción de los padres biológicos en la partida de nacimiento de la menor nacida a través de la maternidad subrogada.

Fundamentos principales: La Sala considera que la normativa y jurisprudencia convencional – 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.

Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, 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 (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

En resumen, la sentencia indica que, el sistema convencional que vincula al Estado peruano protege a una persona que ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para tener descendencia, sería un contrasentido que luego de que esa técnica alcanza un resultado favorable, se perturbe o desconozca la condición de madre o padre de la persona que acudió a dicho método. (subrayado es nuestro)

La sentencia ordenó al Registro Nacional de Identidad y Registro Civil - Reniec inscribir como padres a una pareja de esposos que contrató a una mujer para emplear la técnica de vientre subrogado con ovodonación para convertirse en padres.



SEGUNDO

Sala Civil Permanente - Corte Suprema de Justicia de la República, recaída en la CASACIÓN N° 563-2011 – Lima.

ASUNTO: En esta sentencia la Corte Suprema reconoce la maternidad subrogada, es una sentencia pionera que abre el debate en la discusión jurídica peruana.

Los jueces supremos desarrollan un interesante test de ponderación de derechos constitucionales; el derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando ambos, premeditadamente, acordaron procrear un ser humano para entregarlo luego en adopción a cambio de ciertos beneficios.

Fundamento central: Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho



argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento (...). (Casación 563-2011, Lima).

TERCERO

Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitida el 28 de noviembre del 2012 respecto del caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica (Fecundación in Vitro), se aborda sobre los Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida.

En la sentencia por mayoría, se declara que el Estado de Costa Rica, al prohibir la práctica de la fertilización in vitro, violó la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que, a través de una protección absoluta al embrión, incurrió en una interferencia arbitraria y discriminatoria en la vida privada y familiar de las víctimas.

Fundamento Central.- Corresponde declarar la violación por parte del Estado demandado de los arts. 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de la parte lesionada, y ordenar medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, pues la sentencia cuestionada - dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Estado demandado-, al prohibir la práctica de la fertilización in vitro (FIV) partió de una protección absoluta



del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia, la que además resultó discriminatoria (del voto de los Dres. Franco, May Macaulay, Abreu Blondet, y Pérez Pérez – mayoría).

3. FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS

Desde el punto de vista convencional la maternidad es entendida como un estado propio de la mujer, fruto de un proceso biológico o de una adopción. Sin embargo, en la actualidad, los avances científicos y el desarrollo de técnicas de reproducción asistida han dado origen a nuevas representaciones sociales de la maternidad, así como figuras jurídicas que ponen de manifiesto un cambio en los parámetros tradicionales que definen este concepto. (Mir, 2010, p. 178).

Es así que denominaciones como maternidad subrogada, maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, entre otras nomenclaturas que se refieren a la solicitud que se hace a una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, evidencian una realidad que se torna cada vez más común y que representa una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de personas o parejas que se ven impedidas de concebir y/o gestar hijos por ellos mismos. (López y Aparisi, 2012, p. 257).

Esta posibilidad de engendrar hijos en un laboratorio y de gestarlos en un vientre que no sea necesariamente el de la madre biológica a través de la intervención de técnicas de reproducción, supone un proceso complejo, no solo en el campo médico, sino sobre todo en el ámbito bioético, jurídico y socio cultural, lo cual, según Ruiz (2013: 4), explica en parte lo complicado que resulta encontrar un solo nombre que defina dicha práctica. Al respecto el citado autor añade lo siguiente:



Los intentos para unificar la nomenclatura no parecen dejar contentos a todos y se siguen postulando maneras de nombrar esta nueva, o para algunos, no tan nueva forma de traer niños al mundo; de hecho, han llegado a revelar nombres diferentes en español para referirse a la maternidad subrogada.

Lamm (2012, p. 4) por su parte, considera que el término más apropiado para definir dicha práctica es el de gestación por sustitución y sostiene:

(...) me inclino por la denominación “gestación por sustitución” en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo.

Sin embargo, de todas las denominaciones, la que más ha predominado es la de maternidad subrogada. (Arámbula, 2008, p. 33).

En tal sentido, se entiende por maternidad subrogada a la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño o niña por encargo de otra persona o de una pareja ante quien o quienes se compromete a entregar al recién nacido renunciando a sus propios derechos de madre, por lo general a cambio de una suma de dinero. (Camacho, 2009, p. 1).

En esta misma línea, Sánchez (2010, p. 8) señala:

La gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar al recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de



reproducción asistida tradicionales (inseminación artificial [IA] o fecundación in vitro [FIV]).

Según Arámbula (2008, p. 34), este concepto no es aún lo suficientemente claro o completo, en tanto que “(...) no se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante, ni quién va a ser la subrogada. (...)”. Es decir, qué mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y qué mujer puede fungir como madre subrogante (mujeres casadas, solteras, convivientes, heterosexuales, homosexuales).

Este aspecto constituye una omisión importante debido a que, si la mujer que gestó al niño en favor de otra, está casada o mantiene una relación de convivencia con su pareja, la sola existencia de este vínculo convierte al esposo conviviente de la mujer gestante (madre subrogada) en el padre legal del niño, lo cual le otorga el derecho de poder reclamarlo si así lo deseara.

En este punto es preciso destacar otro componente, que si bien está estrechamente relacionado al anterior (estado civil y/o características de las mujeres intervinientes), podría ser incluso más revelador para la comprensión y precisión del concepto de maternidad subrogada. Se trata de la relación entre la titularidad del material genético y el útero que lo gesta.

Desde el punto de vista de Arámbula (2008, p. 45), no sería correcta la denominación de maternidad subrogada en aquellos casos en los que la mujer gestante concede, no solo su vientre, sino también aporta sus óvulos para la gestación de un niño en favor de otra mujer o de una pareja. En tal sentido esta autora señala lo siguiente:

En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen -la maternidad por cuenta de terceros- es equívoco, ya



que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es.

De manera que, “(...) la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación (...)”. (Arámbula, 2008, pp. 36-37).

En consecuencia, la mujer que es inseminada con el semen del esposo o pareja de la mujer subrogante y que contribuye además con sus propios óvulos para lograr un embarazo, no debiera ser considerada madre subrogada, ya que, al ser ella titular del material genético que gestará en su vientre es, a la vez, madre genética y madre gestacional, condiciones que, según lo expuesto anteriormente, no se ajustan al concepto de subrogación.

No obstante, este deslinde conceptual, la definición de maternidad subrogada en la literatura jurídica y académica que trata dicha materia es general, es decir; comprende, tanto a la mujer que es madre genética y gestacional a la vez, como a la madre únicamente gestacional. La delimitación entre uno y otro caso se explica más bien, a partir de las modalidades de la maternidad subrogada.

Ahora bien, la maternidad subrogada puede entenderse de acuerdo a los siguientes términos: “Es el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. De ahí que, las gestantes son mujeres fértiles que aceptan llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el esperma y el óvulo de los padres contractuales, con o sin contraprestación de por medio, para que, una vez producido el parto entregue al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto”. (Villamarín, por Rupay, 2018, p. 103).



En conclusión, la maternidad subrogada, vientre de alquiler, maternidad sustituta o alquiler de útero, cualquiera sea la denominación que se utilice, tradicionalmente, es aquel método mediante el cual una mujer, previo acuerdo, se compromete a llevar adelante un embarazo y a entregar al bebé al término de este, renunciando a sus derechos como madre. (Rupay, 2018, p. 103).

TIPOS DE GESTACIÓN SUBROGADA.

Desde la perspectiva de procedencia de los óvulos se clasifica en; subrogación parcial y gestacional, y desde la perspectiva de la compensación económica, se clasifica en; subrogación comercial o altruista.

1.- GESTACIÓN SUBROGADA PARCIAL O TRADICIONAL

Se configura cuando la misma mujer que ofrece su vientre para gestar el embrión es quien también aporta el óvulo, lo que la haría su madre biológica.

En este caso no es necesario hacer una fecundación in vitro, sino que basta con una inseminación artificial para incluir la esperma del futuro padre.

2.- SUBROGACIÓN GESTACIONAL O TOTAL

En este tipo de subrogación los óvulos provienen de la futura madre o de la donante de óvulos, por lo que el proceso que se hace es el de la fecundación in vitro para que el embrión que haya surgido del proceso quede dentro del vientre de la mujer gestante, quien dará a luz al bebé y se lo entregará a sus padres.

3.- GESTACIÓN SUBROGADA COMERCIAL

En este caso, cuando la subrogación es comercial, una mujer alquila su vientre y recibe un pago o compensación económica por parte de los futuros padres por gestar el embrión y dar a luz al bebé.



4.- GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA

En el caso contrario, hablamos de subrogación altruista cuando la mujer que presta su vientre para gestar al embrión y dar a luz al bebé no recibe ningún tipo de pago o compensación económica por hacerlo. (González, 2020).

El desarrollo del segundo eje temático está centrado en tres aspectos: FUNDAMENTOS LEGALES, en estos fundamentos legales se aborda fundamentos de la legislación comparada en sus tres versiones (Los que prohíben, aceptan y eclécticos) y brevemente la legislación peruana. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES, aquí se analiza los fundamentos extraídos de la jurisprudencia nacional y una jurisprudencia internacional. y finalmente la DOCTRINA, en la doctrina se analiza los fundamentos vertidos por los diversos autores, en parte este análisis también lo vamos a encontrar en el marco teorice, ahí hay que remitirse para no estar nuevamente reproducirlos en este apartado.

Por lo que, se debe tener en consideración lo siguiente:

- A. La maternidad subrogada como una nueva modalidad de contrato:** La maternidad subrogada es una nueva modalidad de contrato cuyo contenido tiene un carácter mixto, por un lado, aparece el elemento patrimonial dónde los padres biológicos entregan una cantidad de dinero (patrimonio) a fin de que, la madre alquilando su cuerpo pueda concebir un nuevo ser, y una vez que este nuevo ser nace, se lo entrega automáticamente a los padres biológicos. Por otro lado, aparece el elemento personal donde la madre que alquila su vientre se obliga a concebir un nuevo ser en el tiempo que dure la gestación y entregárselo a la parte que lo contrató, entonces, advertimos que existe un elemento patrimonial “entregar el



dinero” y un elemento personal como contraprestación la “entrega de un nuevo ser concebido” con el material genético de los padres biológicos o de un tercero.

B. Naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada: El otro tema es la naturaleza jurídica de los contratos de maternidad subrogada; estos contratos tienen naturaleza pública o una naturaleza privada, desde la perspectiva de la tesis se plantea que este tipo de contratos tiene naturaleza privada basado en la autonomía de la voluntad que tiene las partes para perfeccionar, modificar y crear el contrato, las cláusulas son libremente determinadas por las partes sin la mínima intervención del estado, las partes deciden con quién contratar y qué contenido plasmar en el contrato, si bien, el tema del matrimonio puede ser un asunto público, sin embargo, el contrato que tiene por finalidad de tener un nuevo por medio de la vientre de otra mujer que no es la madre biológica es un asunto que incide únicamente en la esfera privada de las partes, a partir de este orden de ideas, no se puede hablar de un contrato administrativo sino un contrato de carácter estrictamente civil, porque la decisión de tener hijos por el medio que fuera es la decisión de las familias y no la decisión del estado.

C. La maternidad subrogada y su habilitación normativa: La maternidad subrogada para que sea institucionalizada como contrato tiene que estar previsto en el ordenamiento jurídico de un país, no es viable realizar contratos, negociaciones al margen de la ley, (sin habilitación legal), previamente tiene que estar prescrito para satisfacer el principio de legalidad a fin de que los contratos estén revestidos de tipicidad.

En el caso peruano, este tipo de contrato no está previsto en la legislación, a partir de este vacío es que se plantea la regulación de esta figura en la en el Código Civil, ahora bien, se sostiene la tesis que este tipo de contratos afectaría o



contravendría a la Constitución Política del Perú, este tipo de planteamientos tiene que pasar necesariamente por el tamiz constitucional ponderando adecuadamente los derechos e intereses en conflicto, un primer conflicto que se discute es referido a los siguientes aspectos: al derecho que tiene toda persona o familia de tener hijos y por otro lado, está la prohibición genérica de no contratar ni negociar teniendo como objeto a personas, o en este caso, la concepción de un nuevo ser humano, ello colisionaría con algunos principios como es el principio superior del niño, sin embargo, consideramos que entre el derecho a tener hijos y el principio general de prohibición de contratar sobre personas, debe solucionarse incluyendo algunos presupuestos que necesariamente deben estar incluido en la cláusula de los contratos sobre la maternidad subrogada, bajo sanción de nulidad, a fin de evitar la afectación de los derechos del niño por nacer o del niño que va nacer.

D. Debate ante los vacíos normativos ¿se puede aplicar o no la maternidad subrogada?: El debate surge en el escenario donde se advierte ausencia o un vacío normativo respecto de la regulación de la figura de maternidad subrogada, la pregunta que a menudo se realiza es: ¿Se puede aplicar la maternidad subrogada en países donde no existe regulación? En casos donde no señala prohibiciones ni tampoco señala su habilitación jurídica.

La solución a esa incertidumbre jurídica, está enmarcada en dos posturas: una primera postura va en la línea que, si la legislación no prohíbe esta práctica de maternidad subrogada, entonces está permitido realizar, porque al no existir prohibición, se entiende que se puede realizar, dado que, aquellos actos que estén prohibidos, ello debe estar señalado en ese sentido de manera taxativa e inequívoca en la norma correspondiente, por tanto, realizando una interpretación sistemática de la Constitución se llega a la conclusión que está permitido realizar dicha práctica.



Sin embargo, otro sector pone en tela de juicio esta interpretación, señalando que al no existir regulación (ausencia de regulación) no se puede aplicar, caso contrario estaríamos ante una ilegalidad, actuando al margen de la ley. Al no tener presupuestos, requisitos o condiciones que regula esta figura no puede ser viable, la condición básica para aplicar una figura jurídica es la expresa regulación.

A partir de estas dos posturas enfrentadas, desde nuestra perspectiva entendemos que al no estar prohibido expresamente, en teoría podemos pronunciarnos positivamente a favor de su aplicación, sin embargo, en la práctica no es viable su aplicación, dado que, al no saber cuáles son sus condiciones, requisitos y prohibiciones, y al no tener una base legal, jurídicamente no es viable su aplicación, por tanto, debemos proponer su regulación.

E. Finalidad altruista y comercial en la maternidad subrogada: Desde nuestra perspectiva la maternidad subrogada debe tener un carácter estrictamente altruista, de manera que debe estar prohibida la maternidad subrogada comercial, ello implica que la gestante subrogada no puede recibir una compensación económica por el proceso del embarazo.

4.3. TERCER COMPONENTE DE INVESTIGACIÓN: PROYECTAR UNA FÓRMULA LEGISLATIVA QUE REGULE LA MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

Discusión: ¿Es necesario regular la maternidad subrogada en el Perú?, ¿Cómo debe regularse la maternidad subrogada en la legislación peruana?

Para ello, se ha determinado que es necesaria e importante regular la maternidad subrogada en la legislación peruana, para tal efecto, debemos incorporar un supuesto en el Código Civil, realizando expresa referencia a la naturaleza de la maternidad subrogada y



los supuestos de procedencia, ahora bien, su desarrollo normativo referido a los requisitos, procedimiento y límites debe ser realizado mediante una ley especial que desarrolle con amplitud y que no deje dudas respecto a su aplicación.

Ahora bien, respecto a la pregunta ¿Cómo deben ser regulada la maternidad subrogada? Se debe señalar con claridad que ello debe ser realizado de acuerdo a lo establecido por la legislación comparada, por la jurisprudencia existente en el Perú y sobre todo tomando en cuenta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estos insumos son los que nos dan las pautas para poder formular el proyecto de ley incorporando la figura de la maternidad subrogada en el Código Civil y que ésta sea desarrollada mediante una ley especial.

La propuesta legal propone la regulación de la maternidad subrogada únicamente con fines altruistas, no es aceptable la maternidad subrogada con fines económicos u comerciales, no podemos comercializar el embarazo de una mujer ni mucho menos la concepción de un nuevo ser, la maternidad subrogada debe ser una excepción y no una regla, solo debe darse en aquella situación donde la madre o el padre de manera justificada no pueda tener hijos, ahora bien, esta situación del padre y de la madre tiene que estar absolutamente acreditado y sólo así puede acceder a este tipo de prácticas sin fines de lucro.

Como ejemplos tenemos al Reino Unido y Canadá, La gestación subrogada solo está permitida con una finalidad exclusivamente altruista, lo que significa que solo se pueden compensar los gastos derivados del embarazo.



Por lo que, la propuesta legislativa sería:

UNO.- Diagnóstico de la situación problemática

Se ha establecido que en el Perú no existe regulación de la figura de la maternidad subrogada, si revisamos el código civil, esta adolece justamente de este vacío. Asimismo, si revisamos la legislación especial advertimos que existe una prohibición respecto de la práctica de la maternidad subrogada en el Perú, en este escenario es de Vital formular una propuesta legislativa, dado que, este vacío normativo trae diversos conflictos al momento de resolver los casos que se presentan, no podemos ser ciegos ante la realidad, la maternidad subrogada en el Perú se da de manera clandestina y oculta por falta de respaldo jurídico.

DOS.- Formula legal

La fórmula legal debe estar construido de la siguiente manera

Artículo 1.- Incorpórese la maternidad subrogada: gestacional y altruista

La maternidad subrogada gestacional y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser.

Artículo 2.- Presupuestos para la aplicación de la maternidad subrogada

1.- Únicamente para aquellas parejas de nacionalidad peruana, heterosexuales, casados por un tiempo no menor de dos años.

2.- Sólo se permite la maternidad subrogada gestacional.



3.- Únicamente se permite la maternidad subrogado con fines altruistas, estando totalmente prohibido con fines lucrativos.

4.- La madre y el padre de intención debe tener incapacidad médica para gestar y procrear, debidamente acreditada.

5.- La mujer gestante debe decidir libremente a participar en este acuerdo de subrogación siempre que cumplan con las siguientes exigencias: tener entre 20 y 35 años, ser madre de un hijo propio sano y gozar de una buena salud tanto física como psicológica.

Artículo 3.- Desarrollo de una ley especial

Los supuestos, requisitos, límites y procedimiento deben ser desarrollada mediante una ley especial.

3. El proyecto de ley de manera íntegra es desarrollada en el anexo

El desarrollo integral del proyecto de ley que propone la investigación está desarrollado en el anexo de la presente tesis.

Ahí aparece; el diagnóstico, los fundamentos para formular el proyecto de ley, la fórmula legal, los costos y los beneficios que va traer la propuesta legislativa y finalmente sobre las modificatorias adicionales que debe realizarse para implementar la figura de maternidad subrogada en el Perú.

La salida fácil es prohibir o simplemente no regular, pero hay que asumir la responsabilidad de regularla, y hacerlo de acuerdo a nuestra realidad, evitando la mercantilización de la mujer y del hijo, sino construir una legislación estandarizada.



V. CONCLUSIONES

1. El derecho comparado, permite la maternidad subrogada, la base legal se deriva del derecho a la reproducción familiar (directa o indirecta), y desarrollada ampliamente en sus legislaciones especiales. Ahora bien, las razones que sustentan la incorporación de la maternidad subrogada a la legislación peruana, radican fundamentalmente en el derecho a la reproducción humana, y la promoción familiar. Para materializar la postura se propone un proyecto de ley a fin de incorporar la maternidad subrogada en el libro del derecho de familia.

2. En la legislación comparada se puede distinguir tres posturas respecto a la maternidad subrogada, hay países que prohíben, establecen restricciones y otros que no establecen ninguna restricción: **(i)** La primera postura tiene que ver con prohibir la práctica de la maternidad subrogada, entre los países que enarbolan esta postura son: Alemania, España, Suiza, Italia, Francia y Chile. **(ii)** La segunda postura postula la implementación de esta figura jurídica con fines altruistas, poniendo límites, requisitos y condiciones; entre los países que enarbolan esta postura son: Brasil, Mexico e India; **(iii)** Una tercera postura propone una implementación amplia de esta figura, una práctica libre sin condiciones ni muchos requisitos, entre los países que enarbolan esta postura son: Ucrania y Rusia.

3. Las razones que sustentan la incorporación de la maternidad subrogada a la legislación peruana, radica fundamentalmente en los siguientes derechos y principios: **(i)** Derecho a la reproducción humana (en el derecho a tener hijos y formar una familia) derecho contenido en el artículo 6 de la Constitución, **(ii)** Principio superior del niño; implica que el niño o niña debe quedarse con los padres que brinde mejores posibilidades para su adecuado desarrollo. **(iii)** Promoción familiar, implica fomentar la celebración del matrimonio y fomentar la realización de la vida en familia. **(iv)** Los derechos a la



autodeterminación y privacidad, las parejas toman sus propias decisiones de acuerdo a la autonomía de la voluntad de someterse o no a esta técnica asistida. (v) Acceso a la ciencia y la tecnología, la población tiene derecho de acceder a los medios tecnológicos para hacer uso de la maternidad subrogada. (vi) El principio del libre desarrollo de la personalidad, la mujer decide libremente concebir un ser dentro de su útero y entregárselo a sus padres biológicos. (vii) Principio de la Dignidad Humana; el derecho a la reproducción humana es la expresión de la dignidad humana.

4. Para materializar la postura que sostiene la tesis, se elaboró un proyecto de ley a fin de incorporar la maternidad subrogada en el libro del derecho de familia, asimismo, sugiriendo las reformas que corresponden realizar.

El contenido normativo que postulamos es la siguiente: *“La maternidad subrogada gestacional y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser”*.



VI. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a las entidades que tienen la facultad de iniciativa legislativa, acoger, debatir y proponer, el proyecto de ley que incorpora la maternidad subrogada en el Código Civil:

Artículo 1.- Incorpórese la maternidad subrogada: gestacional y altruista

La maternidad subrogada gestacional y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser.

2. Se recomienda al Poder Ejecutivo, mediante el Ministerio de Salud elabore un reglamento que desarrolle la ley de maternidad subrogada, señalando los supuestos, requisitos, límites y procedimiento respecto de su aplicación.

Artículo 2.- Elabórese un reglamento

Los supuestos, requisitos, límites y procedimiento en el marco de la implementación de la maternidad subrogada.

3. Se recomienda a los jueces competentes en la materia, que al momento de adoptar decisiones en las sentencias que dicten, sean encausadas a velar por el interés superior del niño (a).

4. Se recomienda a los tesisistas y a la comunidad jurídica realizar investigación desde una perspectiva científica sobre la fecundación in vitro (FIV), y la manipulación de los genes, principalmente su problemática, sus avances y su implicancia jurídica para el futuro de la humanidad.



Ello en el entendido que la manipulación genética puede brindar a la humanidad resultados positivos y evaluar hasta qué punto estas prácticas pueden vulnerar los derechos fundamentales, colisionar con la bioética y otros principios éticos que rigen a la humanidad.



VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Aguila, R. G. (2018). *La regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana*, Tesis de Pre-Grado, sustentada en UNIVERSIDAD AUTONOMA DEL PERÚ, recuperado y disponible en: <http://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/AUTONOMA/838>.
- Álvarez, N., (2019). *La maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*, recuperado el 02-12-2020, disponible en: <https://babygest.com/es/mexico>.
- Álvarez, N., (2019). *Maternidad subrogada en Perú: ley, jurisprudencia y casos previos*, recuperado el 09-11-2020, disponible en: <https://babygest.com/es/peru/>.
- América Noticias, (2018). *Vientre de alquiler: enfermera que llevó embarazo subrogado da detalles del caso*, recuperado el 09-11-2020, disponible en: <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/vientre-alquiler-enfermera-que-llevo-embarazo-subrogado-da-detalles-caso-n337977>.
- Atienza, M., (2005). *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Baffone, C., (2013). *La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Volumen 46, Número 137, México, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000200001.
- Brena, I., (2012). *La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?*, recuperado el 15-10-2020, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf>.



- Candal, L (2018), *La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*, artículo jurídico – España, recuperado y disponible en: <https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2018/11/Leila.pdf> .
- Canessa, R. H. (2008), *Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la Legislación Civil Peruana*, Tesis de Post grado, Lima – Perú, recuperado y disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/299324234.pdf>.
- Castaño, J. A., (2010). *Técnica del parafraseo*, recuperado el 30-11-2020, disponible en: <https://es.slideshare.net/jorgeacp/tecnica-del-parafraseo#:~:text=1.,otra%20forma%20de%20manera%20propia.&text=%EF%83%BC%20Expresar%20el%20significado%20del%20texto%20con%20tus%20propias%20palabras.>
- Congreso de la Republica (s/f). *Carpeta temática: maternidad subrogada o vientre de alquiler*, recuperado el 05-10-2020, disponible en: http://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2018/carpeta_114/?K=17669.
- Crespo, E., (2019). *Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España*, recuperado el 02-12-2020, disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13944-gestacion-subrogada:-enfoque-legal-y-estado-actual-en-espana/>
- Cruz, J. M., (2013). *La maternidad subrogada*, Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988-X, vol. XXX, disponible en: <file:///C:/Users/Computer/Downloads/Dialnet-LaMaternidadSubrogada-4832049.pdf>.



- De la Torre Vargas, M. (1993). *La Fecundación IN vitro y la filiación. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.*
- Delgado Calva, A. S. (2004). *"La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano". Mexico: Mexico.*
- Delgado, A . S., (2019), *Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional*, TESIS sustentada en la Universidad de Piura, Facultad de Derecho, para optar el Título de Abogado, Piura.
- Emaldi, A., (2018). *La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley*, recuperado el 06-10-2020, disponible en: [file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/Dialnet-LaMaternidadSubrogadaVulneraElPrincipioConstitucio-6694798%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/Dialnet-LaMaternidadSubrogadaVulneraElPrincipioConstitucio-6694798%20(1).pdf)
- Enriquez, N. Y. (2017), *Técnica de Maternidad Subrogada y la Vulneración del Derecho a la Identidad de los Menores en el Perú*, Tesis de Pre-grado de la Universidad Cesar Vallejo, Trujillo – Perú, recuperado y disponible en: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/11700/enriquez_mn.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Estrada, H., (2018). *Maternidad subrogada: desarrollo conceptual y normativo*, recuperado el 17-11-2020, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/\\$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf).
- Ferrante, A. (2016). *Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica*, recuperado el 10-10-2020, disponible en:



https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000200010.

Fertility Center, (2016). *La maternidad subrogada, una opción para las parejas homosexuales*, recuperado el 01-12-2020, disponible en: <https://www.sdfertility.com/es/la-maternidad-subrogada-una-opcion-para-las-parejas-homosexuales/>

García, K. F. (2019), *Análisis de los Principios y Derechos Fundamentales Vulnerados con la Maternidad Subrogada*, Tesis de Pre-Grado, Piura – Perú, recuperado y disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4240/DER_152.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gestación subrogada web, (2028). *Gestación subrogada en Estados Unidos legalidad requisitos precio y filiación*, recuperado el 02-12-2020, disponible en: <https://www.gestacionsubrogadaweb.com/gestacion-subrogada-estados-unidos/>.

González, B. (2015) *Maternidad Subrogada: Realidad actual, problemas y posibles soluciones*, artículo jurídico publicado por la Universidad Miguel Hernández, recuperado y disponible en: <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2309/1/Gonz%C3%A1lez%20Pineda%20Borja.pdf>.

González, M., (2020). *Gestación subrogada: qué es, cómo funciona y los 4 tipos que hay*, recuperado el 02-11-2020, y disponible en: <https://estilonext.com/salud-y-bienestar/gestacion-subrogada#:~:text=Gestaci%C3%B3n%20subrogada%20parcial%20o%20tradicional,la%20har%C3%ADa%20su%20madre%20biol%C3%B3gica>.



- Hurtado Oliver, X. (1999). *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana fecundación invitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas eticos, legales y religiosos. Mexico: Porrúa.*
- Instituto de Derecho Iberoamericano, (2019). *La Corte de Casación italiana fija doctrina sobre maternidad subrogada practicada en el extranjero*, recuperado el 02-12-2020, disponible en: <https://idibe.org/noticias-legales/la-corte-casacion-italiana-fija-doctrina-maternidad-subrogada-practicada-extranjero/>.
- Keane N.Y.D., B. (1981). *The sorroqate mother. New York: Everest House.*
- Kuby, S., (2018). *La maternidad subrogada viola cuatro derechos internacionales del niño*, recuperado el 09-10-2020, disponible en: <https://solidaridad.net/la-maternidad-subrogada-viola-cuatro-derechos-del-nino-reconocidos-en-tratados-internacionales/>.
- Kuleba, M., (2020). *Defensor del menor en Ucrania se declara rotundamente en contra de los vientres de alquiler*, recuperado el 30-11-2020, disponible en: <https://letraescarlata.org/mikola-kuleba-defensor-del-menor-en-ucrania-se-declara-rotundamente-en-contra-de-los-vientres-de-alquiler/>.
- LP (s/f). *Esta es la sentencia de la Corte Suprema que reconoció la maternidad subrogada [Casación 563-2011, Lima]*, disponible en: <https://lpderecho.pe/primer-caso-maternidad-subrogada-corte-suprema-casacion-563-2011-lima/>.
- Mendoza Garcia, I. (2001). *"Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada". Mexico: Universidad Autónoma de Mexico.*
- Moreno, C. T., et al, (2017). *Análisis de la maternidad subrogada en tabasco desde la perspectiva de género*, recuperado el 02-11-2020, y disponible en: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/index>.



- Muñante, A., (2018). *La trata de personas y la maternidad subrogada*, recuperado el 01-12-2020, disponible en: <https://laley.pe/art/6117/la-trata-de-personas-y-la-maternidad-subrogada>
- Orbea, B. A. (2012), *Derechos Contenidos en la Maternidad Subrogada Gestacional*, Tesis de Pre-grado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, recuperado y disponible en: <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6952/13.J01.001390.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.
- PJ. (2007). *Guía metodológica para la elaboración de iniciativas legislativas*, recuperado el 30-11-2020, disponible en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/E1E327FCD2D857F9052577370044EB0D/%24FILE/GuiaparalapresentaciondeiniciativasPJ.pdf.
- Rojas, J. P. (2018). *Maternidad subrogada: Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, recuperado el 09-10-2020, disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/3547-maternidad-subrogada-fallo-corte-interamericana-derechos-humanos>.
- RPP. (2019). *¿En qué consiste la técnica del vientre subrogado que le permitió ser padre?*, recuperado el 30-11-2020, disponible en: <https://rpp.pe/vital/salud/ricardo-moran-en-que-consiste-la-tecnica-del-vientre-subrogado-que-le-permitio-ser-padre-noticia-1193849>.
- Rubio, K. G. (2017), *Problemática Jurídica referente al Acceso de la Mujer sola a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Perú*, Tesis de Pre-Grado, Trujillo – Perú, recuperado y disponible en: http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8149/RubioMiranda_K.pdf?sequence=1&isAllowed=y.



- RUpay, L. K., (2018). *La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales*, Derecho y sociedad 51, asociación civil, disponible en: <file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/20862-Texto%20del%20art%C3%ADculo-83022-1-10-20190530.pdf>.
- Saavedra, S. B. (2017), *Aspectos Jurídicos Relevantes en la Maternidad Subrogada: Un Análisis a la Realidad Peruana*, Tesis de Pre - grado de la Universidad Cesar Vallejo, Nuevo Chimbote– Perú, recuperado y disponible en: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/10276/saavedra_ps.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Salazar, G. P. (2018), *La Filiación y la Maternidad Subrogada*, Tesis de Pre-grado en la Universidad Técnica de Ambato, recuperado y disponible en: <http://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/28224/1/FJCS-DE-1077.pdf>.
- Salgado, S. y Salvador, Z., (2019). *La gestación subrogada en Brasil: ¿cuáles son las condiciones?*, recuperado el 01-12-2020, disponible en: <https://babygest.com/es/brasil/#:~:text=En%20Brasil%20no%20est%C3%A1%20permitida,econ%C3%B3mica%20por%20llevar%20el%20embarazo.&text=Ni%20la%20madre%20de%20intenci%C3%B3n,pueden%20superar%20los%2050%20a%C3%B1os>.
- Saravanan, S., (2019). *El biomercado de la maternidad subrogada en India hoy. Entrevista a Sheela Saravanan. Parte II*, recuperado el 02-11-2020, disponible en: <https://tribunafeminista.elplural.com/2019/09/el-biomercado-de-la-maternidad-subrogada-en-india-hoy-entrevista-a-sheela-saravanan-parte-ii/>.



- Sociedad Española de Fertilidad. (2011). *Saber más sobre la fertilidad y reproducción asistida*. Madrid: MSH Impresores.
- Solar, P. y Ochagavías, J. I., (2018). *¿Es compatible la gestación subrogada con los derechos fundamentales?*, recuperado el 09-10-2020, disponible en: <https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/es-compatible-la-gestacion-subrogada-con-los-derechos-fundamentales-2018-11-06/>
- Tesina, (s/f). *Maternidad subrogada en el Ecuador*, recuperado el 01-12-2020, disponible en: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/334/1/84587.pdf>.
- Torres, A., (2009). *la jurisprudencia como fuente del derecho*, recuperado el 15-10-2020, disponible en: <https://www.etorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html>
- Vaca, M. C., (2018). *Maternidad subrogada para parejas del mismo sexo en Colombia bajo una perspectiva del derecho comparado*. Tesis, Universidad Católica de Colombia.
- VALERO, A., (2019). *La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales*, recuperado el 09-10-2020, disponible en: file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/La_maternidad_subrogada_un_asunto_de_derechos_fund.pdf.
- Varas, A., (2020). *Maternidad subrogada: una violación a los derechos de los niños*, recuperado el 06-10-2020, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/colaborador-invitado/maternidad-subrogada-una-violacion-a-los-derechos-de-los-ninos>.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genetico*. Lima: Grijley.
- Vila-Coro Barrachina, M. D. (1997). *Huerfanos Biologicos*. Madrid: San Pablo.



Villamarín, C.J.M. (2014), *La Maternidad Subrogada en el Perú: ¿Problema o Solución?*,

Tesis de Pre - grado de la Universidad Católica Santa María, Arequipa – Perú.

Wolters kluwer, (s/f). *Derecho de familia*, recuperado el 10-10-2020, disponible en:

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIA>

AAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjYzMDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQ

QGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAdhgLXTUAAAA=WKE.

ANEXO N° 1.- MATRIZ DE CONSISTENCIA

| TÍTULO | PROBLEMA GENERAL Y ESPECÍFICOS | OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS | CONCLUSIÓN GENERAL Y ESPECÍFICAS | UNIDAD DE ESTUDIO Y DIMENSIONES | DISEÑO DE INVESTIGACIÓN | MÉTODOS, TÉCNICAS INSTRUMENTOS |
|--|--|---|---|--|--|---|
| <p>" FUNDAMENTOS PARA REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA A PARTIR DE LOS APORTES DE LA DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y DERECHO COMPARADO".</p> | <p>¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la incorporación legal de la maternidad subrogada en la legislación peruana y como es el tratamiento de esta figura en el derecho comparado?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>1.- ¿Cómo es el tratamiento legal de la maternidad subrogada en el derecho comparado?</p> <p>2.- ¿Cuáles son las razones legales, doctrinarias y jurisprudenciales que justifican la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana?</p> <p>3.- ¿Cómo debe regularse la maternidad subrogada en la legislación peruana?</p> | <p>GENERAL</p> <p>Establecer las razones jurídicas para la regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano y el tratamiento de esta figura en el derecho comparado.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>1.- Analizar el tratamiento y la regulación de la institución de maternidad subrogada en el derecho comparado.</p> <p>2.- Establecer las razones legales, doctrinarias y jurisprudenciales que justifiquen la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana.</p> <p>3.- Proyectar una fórmula legislativa que regule la maternidad subrogada para el ordenamiento jurídico peruano.</p> | <p>CONCLUSIÓN GENERAL</p> <p>El derecho comparado, permite la maternidad subrogada, la base legal se deriva del derecho a la reproducción familiar. Ahora bien, las razones que sustentan la incorporación de la maternidad subrogada a la legislación peruana, radican fundamentalmente en el derecho a tener hijos, y la promoción familiar. Para materializar la postura se propone un proyecto de ley.</p> <p>CONCLUSIONES ESPECÍFICAS</p> <p>1.- El derecho comparado, con excepción de algunos países, permite la maternidad subrogada, tienen consagrado en la constitución, así como también en sus legislaciones especiales sobre la materia, facultando a la población a fin de que puedan optar este tipo de maternidad.</p> <p>2.- Las razones que sustentan la incorporación de la maternidad subrogada a la legislación peruana, radica fundamentalmente en el derecho a tener hijos, y la promoción familiar.</p> <p>3.- Para materializar la postura que sostiene la tesis, es necesario elaborar un proyecto de ley a fin de incorporar la maternidad subrogada en el libro del derecho de familia, asimismo, sugiriendo las reformas que corresponden realizar.</p> | <p>Eje temático:</p> <p>“ANÁLISIS y PROPUESTA de regulación de la MATERNIDAD SUBROGADA en la LEGISLACIÓN peruana y el tratamiento en el DERECHO COMPARADO”</p> <p>Dimensiones:</p> <p>1.- El tratamiento de la maternidad subrogada en el derecho comparado: Europeo-Latinoamericano.</p> <p>2.- Las razones jurídicas que justifican la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana.</p> <p>3.- Propuesta legislativa y las reformas para incorporar la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano.</p> | <p>TIPO O ENFOQUE:</p> <p>Cualitativo</p> <p>DISEÑO:</p> <p>Hermenéutico y propositiva</p> | <p>MÉTODOS:</p> <p>1.- Sistemático</p> <p>Método</p> <p>2.- Dogmático</p> <p>Método</p> <p>3.- Estudio de caso</p> <p>TÉCNICAS:</p> <p>-Revisión Documental</p> <p>INSTRUMENTOS:</p> <p> fichas:</p> <p>-Fichas de análisis de contenido.</p> <p>-Ficha de citas textuales.</p> <p>-Fichas de Resúmen.</p> |



ANEXO N° 02

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

FICHA BIBLIOGRÁFICA PARTICULAR

LA LEY.

“Compendio de Jurisprudencia Civil”

(Libro)

Edición: 2015, Perú.

Primera Edición

Editorial: THOMSON REUTERS

p. 53-55

El libro materia de la ficha bibliográfica, ha sido de mucha utilidad, para identificar la jurisprudencia sobre la maternidad subrogada y básicamente se ha encontrado dos jurisprudencias relevantes que sustentan precisamente el proyecto de ley que postula la incorporación de esta figura al código civil. Los libros constituyen la principal fuente de información de una investigación.



ANEXO N° 03

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

FICHA TEXTUAL

TEMA: *“La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales”*

Ficha N° 10.

Autor: Lourdes Karolina Rupay Alleca. (2018).

Pág.: 01

Ahora bien, la maternidad subrogada puede entenderse de acuerdo a los siguientes términos: “Es el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como

madre de éste. De ahí que, las gestantes son mujeres fértiles que aceptan llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el espermatozoides y el óvulo de los padres contractuales, con o sin contraprestación de por medio, para que, una vez producido el parto entregue al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la suma acordada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto”. (Villamarín, por Rupay, 2018, p. 103)

En conclusión, la maternidad subrogada, vientre de alquiler, maternidad sustituta o alquiler de útero, cualquiera sea la denominación que se utilice, tradicionalmente, es aquel método mediante el cual una mujer, previo acuerdo, se compromete a llevar adelante un embarazo y a entregar al bebé al término de este, renunciando a sus derechos como madre (Rupay, 2018, p. 103).



Nota: Este extracto fue recogida del libro de temas de teoría del delito.



ANEXO N° 04

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE RESUMEN

OBJETO DE RESUMEN: Artículo Científico

PUBLICACIÓN: Publicación Virtual.

TITULADO: *La gestación subrogada: ¿una nueva figura del derecho de familia?*

AUTOR: Ingrid Brena Sesma. (2012)

p. 141 – 142

SUBTÍTULO: II. ¿maternidad subrogada o gestación subrogada?

1.- Derechos reproductivos

Resumen

El derecho a la reproducción humana es la expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, así es considerado en el artículo 40 de la Constitución Mexicana, “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. Invocan este precepto quienes, en afán de dar continuidad a su genética, acuden a las modernas técnicas científicas que les ofrecen la oportunidad de tener descendencia, en vez de adoptar niños que les son ajenos.

Debemos tener presente que los derechos reproductivos se hacen efectivos en la mujer solicitante cuando ella aporta sus óvulos y su cónyuge o pareja hace lo propio con sus gametos. La gestante en este supuesto solo lleva a cabo el embarazo.



ANEXO N° 05

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

I.- IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

- 1.1. Título de contenido: “**La gestación subrogada: ¿una nueva figura del derecho de familia?**”
- 1.2. Autor: Brena, I. (2012).
- 1.3. Lugar de Edición: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM – México

II.- CRITERIOS DE ANÁLISIS

| ARGUMENTOS |
|--|
| “El derecho a la reproducción humana es la expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, así es considerado en el artículo 40 de la Constitución Mexicana, “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. <u>Invocan este precepto quienes, en afán de dar continuidad a su genética, acuden a las modernas técnicas científicas que les ofrecen la oportunidad de tener descendencia, en vez de adoptar niños que les son ajenos</u> ”. (Brena, 2012, p. 141)”. |
| ANÁLISIS |
| El autor en ese párrafo menciona una postura que no compartimos respecto de la aplicación de la maternidad subrogada, argumenta que mucha gente utiliza esta figura para dar continuidad a su genética, para dejar una descendencia en vez de adoptar un niño, desde nuestra perspectiva, la maternidad subrogada en esencia no necesariamente |



es dar continuidad a la genética, sino la verdadera esencia es darle la oportunidad de tener hijos a las mujeres que están imposibilitadas de hacerlo.

OBSERVACIÓN

Esta información para su correspondiente análisis ha sido extraída del artículo jurídico publicada por UNAM – México.



ANEXO N° 06

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO**

FICHA DE REVISIÓN DOCUMENTAL

I.- IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO.

- 1.1. **TÍTULO:** Maternidad Subrogada
- 1.2. **Subtítulo:** Presupuestos para la aplicación de la figura de Maternidad Subrogada.
- 1.3. **AUTOR:** La Tesista
- 1.4. **Categoría:** Presupuestos

II CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN.

| ELEMENTOS | Presupuestos | Pág. | ANÁLISIS |
|---|---|-------------|--|
| A. Padres de intención | Únicamente para aquellas parejas de nacionalidad peruana, heterosexuales, casados por un tiempo no menor de dos años. | p. | Se aplica imputación a la víctima para disminuir la responsabilidad del imputado, por debajo del mínimo. |
| B.- Tipo de maternidad subrogada | Sólo se permite la maternidad subrogada gestacional. | p. | Se aplica la imputación a la víctima para atenuar la responsabilidad del autor. |
| C.- Naturaleza Jurídica de la | Únicamente se permite la maternidad subrogado con fines | p. | Se aplica imputación a la víctima para exonerar la |



| | | | |
|---|---|----------|---|
| Maternidad Subrogada | altruistas, estando totalmente prohibido con fines lucrativos. | | responsabilidad del autor, penal y civil. |
| D.- Incapacidad de tener hijos | La madre y el padre de intención debe tener incapacidad médica para gestar y procrear, debidamente acreditada. | p. p. | No se aplica imputación a la víctima, puesto que, no hubo participación de la víctima. |
| E.- Condiciones de la mujer gestante | La mujer gestante debe decidir libremente a participar en este acuerdo de subrogación siempre que cumplan con las siguientes exigencias: tener entre 20 y 35 años, ser madre de un hijo propio sano y gozar de una buena salud tanto física como psicológica. | | Se aplica imputación a la víctima, reparto de responsabilidad, y/o exoneración de la responsabilidad para ambos |



ANEXO N° 07

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO**

FICHA DE ANÁLISIS DE CASO CUALITATIVO

ANÁLISIS DE CASO I

| |
|---|
| CASO : Caso Ricardo Morán – peruano |
| PROBLEMA: VACÍO LEGAL RESPECTO DE LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA. |
| SOLUCION: Proponer una fórmula legislativa que regule la maternidad subrogada para el ordenamiento jurídico peruano. |
| BASE FACTICA QUE JUSTIFICA A LA PROPUESTA LEGISLATIVA: |
| CASO QUE SE PRESENTA EN EL PLANO DE LA REALIDAD Ricardo Moran, peruano, personaje de espectáculos, se convirtió en padre de dos pequeños (Catalina y Emiliano, de 3 kilos y medio cada uno) en Estados Unidos gracias a un vientre subrogado. Los niños fueron fecundados in vitro con el espermatozoides de Morán y óvulos donados de forma anónima. “Cuando llegaron a ser embriones en laboratorio fueron implantados en el vientre subrogado de una maravillosa mujer donde crecieron cuidados por ella y su |



maravillosa familia con mucho amor, a quienes les debemos todo”. (Moran, citado por RPP, 2019)

“En el laboratorio se junta el espermatozoides de Ricardo Morán con el óvulo donado y se forma un embrión. El embrión es una célula que se divide en una, luego se va dividiendo en dos, en cuatro y en sus múltiplos de ocho, 16 y 32. Cuando tiene más de 100 se le pone en el útero”. (Huerta, por RPP, 2019)

Estos casos fácticos nos permite visualizar la problemática en el plano de la realidad, el caso Morán o el caso de la enfermera que concibió para la pareja de chilenos, nos permite entender que este asunto de la maternidad subrogada es un problema actual, que se da como producto del vacío legislativo que adolece nuestro ordenamiento jurídico peruano, entonces, a partir de esta problemática ya verificada, la investigación propone un proyecto de ley a fin de llenar este profundo vacío que trae muchos problemas de inseguridad jurídica en el Perú.

PROCESO PRE-JUDICIAL: Ricardo Moran presentó la solicitud a la RENIEC a fin de que obtenga una partida de nacimiento peruano para sus hijos donde, Ricardo Moran figure expresamente como padre biológico.

PROCESO JUDICIAL: Ricardo moran planteó un proceso de amparo para Registrar el nacimiento de sus hijos ante la RENIEC.

RESULTADO FINAL.- no



ANEXO N° 08

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS PROFESIONAL DE DERECHO

PROPUESTA DE LA INVESTIGACIÓN

PROYECTO DE LEY

Recomendamos que mediante el Ilustre Colegio de Abogados de Puno se amplíe y mejore el presente Proyecto de Ley, a fin de incorporar el artículo **361-A** en el Código Civil – en el libro del Derecho de Familia, donde se regule la figura de la maternidad subrogada, su la naturaleza jurídica y los presupuestos para su aplicación; recogiendo y considerando los siguientes fundamentos que a continuación se expone:

1.- Exposición de Motivos

El motivo que impulsa la presente propuesta legislativa es el vacío que existe en nuestro ordenamiento jurídico Civil, advertimos, que no existe regulación de la institución jurídica de Maternidad Subrogada, muchos menos los presupuestos para su aplicación ni los requisitos, estos vacíos normativos son las que motivan la elaboración de la presente fórmula legal.

Existe la necesidad de regular a fin de que las parejas casadas que no tengan la posibilidad de procrear hijos puedan tenerlo a través de esta técnica asistida, siendo la maternidad subrogada una alternativa idónea para que las parejas (estériles o infértiles)



puedan acceder al derecho de la procreación familiar, materializando este derecho a través de la técnica asistida, cumpliendo debidamente las exigencias legales.

La base constitucional del derecho a la procreación humana está prevista en el artículo 6 donde señala: “(...) difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir”, Tenemos que hacer énfasis en el término: promover la paternidad o maternidad; que pasa si una pareja no puede concebir o procrear hijos, en ese caso la finalidad de este precepto constitucional se vería frustrado, sin embargo, desde nuestra perspectiva, el camino viable para materializar este derecho es a través de la maternidad subrogada y para ello necesitamos regularla, para que este derecho esté al alcance de todos los ciudadanos peruanos y peruanas.

En el Perú, analizando minuciosamente la legislación correspondiente, advertimos que la práctica de la maternidad subrogada no estaría prohibido, no existe prohibición taxativa, ello nos invita a mencionar el principio: “Todo lo que no está prohibido por la norma está permitido hacer”, esto es verdad, sin embargo, hacer ese tipo de interpretaciones de un tópico tan delicado, sería riesgoso y peligroso, es así que, para poner fin a la incertidumbre jurídica y llenar este vacío legal, se propone la propuesta de Ley, incorporación de la maternidad subrogada a la legislación interna.

La Ley General de Salud es la única regulación jurídica en el ordenamiento jurídico peruano que hace referencia a las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, esta norma únicamente hace referencia al tratamiento para concebir un hijo, mas no a la maternidad subrogada, que es un asunto diferente.

La maternidad subrogada no ha sido materia de análisis desde la perspectiva constitucional, pues la mayoría de los investigadores exploran este tema en el ámbito del



negocio jurídico, es decir, del contrato. Pero dada la realidad, es necesario que se establezcan aportes para regular esta alternativa de reproducción.

2.- Costo y beneficio

En lo referente al costo, la reforma legislativa que proponemos; respecto de la incorporación del artículo **361-A** en el Código Civil – en el libro del Derecho de Familia, donde se regule la figura de la maternidad subrogada, su la naturaleza jurídica y los presupuestos para su aplicación, para su implementación no requerirá de un presupuesto muy alto, dado que, contamos en parte con equipamiento de máquinas para la fecundación in vitro en nuestros hospitales de alta complejidad, entendemos que esto no será suficiente, para ello el estado tiene que adquirir las maquinas tecnológicos para equipar adecuadamente los laboratorios, ello, lógicamente tendrá un costo adicional.

En lo que se refiere a los beneficios, cabe señalar que la reforma que planteamos es sumamente importante y vital, que traerán muchos beneficios a los ciudadanos peruanos y peruanas, especialmente para aquellas parejas que están imposibilitados de procrear hijos por diferentes razones (esterilidad o infertilidad).

DESDE LA VISIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

| ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DEL PROYECTO DE LEY | |
|--|---------------------|
| BENEFICIOS | COSTO |
| 1.- Permitir que las parejas que no pueden tener hijos logren el deseo anhelado de | 1.- Costo relativo. |



| | |
|--|--|
| <p>poderlos tener a través de esta técnica asistida.</p> <p>2.- Hará que el estado peruano sea una legislación pionera en la región que permita la aplicación de la maternidad subrogada además de Brasil.</p> <p>3.- La legalización de la maternidad subrogada responde a una necesidad de algún sector de la población de hacer viable su derecho a la reproducción.</p> <p>4.- Esta propuesta legislativa que proponemos materializará el derecho constitucional consagrado en el artículo 6 (Constitución Política del Perú).</p> | |
|--|--|

“El análisis económico del derecho define un campo de aplicación de la teoría económica (principalmente la microeconomía y las bases conceptuales de la economía del bienestar) al examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la ley y de las instituciones legales.

La ley y la economía interactúan en formas diferentes, pero aquí lo que interesa destacar es que la convergencia del derecho y la economía tiene importantes consecuencias no solamente para las disciplinas económicas y jurídicas en cuanto tales sino para disciplinas contiguas como la ciencia política y la sociología”. (Bejarano, s/f)



Ahora bien, la fórmula legal que proponemos a la comunidad jurídica para que sea discutida, debatida y perfeccionada, respecto a la incorporación del artículo **361-A** en el Código Civil – en el libro del Derecho de Familia, donde se regule la figura de la maternidad subrogada, su la naturaleza jurídica y los presupuestos para su aplicación.

Esta reforma es importante para hacer realidad el sueño de muchas parejas de tener hijos, y hacer viable el derecho constitucional de reproducción humana.

Necesitamos la construcción de un cuerpo normativo que no responda a una lógica meramente mercantilista, meramente económica, sino que ubique en el centro de protección a la mujer gestante como una prestadora de servicios como una prestadora de un servicio, por qué ¿Cuál es la salida fácil? la salida fácil es no hacer nada, obviamente no regular o prohibir esta situación.

No podemos hacer pasar por alto esta situación, no podemos taparnos los ojos y no ver la realidad que pasa en el Perú, hay familias que necesitan acudir a la reproducción asistida, pero por falta de una norma que avale tal situación, vienen postergando este plan, este sueño de tener hijos.

3.- Formula Legal:

Artículo 1.- Incorpórese la maternidad subrogada: gestacional y altruista en los siguientes términos:

Reforma del Código Civil de 1984

FÓRMULA LEGISLATIVA: *El texto legal debe incluirse de la siguiente forma:*



“361-A.- La maternidad subrogada: Naturaleza

La maternidad subrogada gestacional y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser.

Presupuestos para la aplicación de la maternidad subrogada

1.- Únicamente para aquellas parejas de nacionalidad peruana, heterosexuales, casados por un tiempo no menor de dos años.

2.- Sólo se permite la maternidad subrogada gestacional.

3.- Únicamente se permite la maternidad subrogada con fines altruistas, estando totalmente prohibido con fines lucrativos.

4.- La madre y el padre de intención debe tener incapacidad médica para gestar y procrear, debidamente acreditada.

5.- La mujer gestante debe decidir libremente a participar en este acuerdo de subrogación siempre que cumplan con las siguientes exigencias: tener entre 20 y 35 años, ser madre de un hijo propio sano y gozar de una buena salud tanto física como psicológica.

Artículo 2.- Los supuestos, requisitos, límites y procedimiento deben ser desarrollada mediante una ley especial.

Remítase al Poder Ejecutivo, para fines de la promulgación



Es dada en la Sala de Sesiones del pleno del congreso de la república, a los cuatro días del mes de diciembre del año dos mil veinte.

Disposiciones finales:

Primera.-

Modifíquese o deróguese todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente ley, todo lo que no está prevista en la presente Ley, se rige por las reglas del proceso común, siempre en cuando estas sean compatibles a su naturaleza y resolución.

Puno, 04 de MARZO de 2021.