



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

**REALIZACIÓN PLENA DEL DERECHO REPRODUCTIVO EN EL
RECONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON
DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS QUE LA POSIBILITAN**

(Chiclayo, 2018)

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTORA

WINY TATIANA GOICOCHEA GOICOCHEA (0000-003-4994-5585)

ASESORES

Dr. JUAN MIGUEL JUÁREZ MARTÍNEZ (0000-0003-4747-2112)

Mg. YURI DIAZ JAIME (0000-0003-3583-0185)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

DERECHO DE FAMILIA

CHICLAYO - PERÚ

2018

DEDICATORIA

Simple, a Dios, mis padres William y Esmeralda, mis hermanos Jorge y Cielo, por el apoyo incondicional; y a la mamá Cristina que está en el cielo, que siempre esperaba el día que me graduará, esto también es para ti.

AGRADECIMIENTOS

A Enrique Varsi, pues si no hubiese escrito su libro “Derecho Genético” mi investigación no tendría pies ni cabeza; a mis asesores y docentes por su infinita paciencia; a mis tíos Alfredo, Meche, Amparo y Alejandro; y a mis primos queridos, quienes al leer este trabajo sabrán quienes son.

ACTA DE SUSTENTACIÓN

 UCV UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO	ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS	Código : F07-PP-PR-02.02 Versión : 09 Fecha : 23-03-2018 Página : 14 de 14
--	---------------------------------------	---

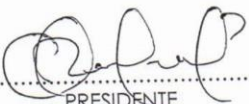


ACTA DE SUSTENTACION

El Jurado encargado de evaluar la tesis presentada por don
 (a)..... Willy Tabinza Goicochea Goicochea.....
 cuyo título es:..... Realización plena del Derecho reproductivo en
el caso de embarazo de la maternidad subrogada con
disponibilidad de las medias que la possibilitan.....
Chiclayo, 2018.....

Reunido en la fecha, escuchó la sustentación y la resolución de preguntas por el
 estudiante, otorgándole el calificativo de: 17.....(número)
Diecisiete.....(letras).

Chiclayo, 17 de Abril del 2019

CON RECOMENDACIÓN PARA PUBLICACIÓN: SI () NO ()

 PRESIDENTE Mgtr. Anso Alejandro Ramos Gonzalez	 SECRETARIO Mgtr. Rosa Maria Mejia Churman
 VOCAL Mgtr. Felix Inocente Cheno Medina	

El Fedatario de la Universidad César Vallejo
 DA FE:
 FILIAL CHICLAYO
 Que es copia fiel del documento original

Chiclayo, 21 JUN 2018


 Dr. Rogelio Rodriguez Ravelo
 FEDATARIO

Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Responsable del SGC	Aprobó	Vicerrectorado de Investigación
---------	----------------------------	--------	---------------------	--------	---------------------------------

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, Winy Tatiana Goicochea Goicochea, con documento nacional de identificación N° 75822450, con domicilio en la Urbanización San Eduardo, Calle La Florida N° 954 del Distrito y Provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque; a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente Proyecto de Investigación son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Chiclayo, 21 de Diciembre de 2018



WINY TATIANA GOICOCHEA GOICOCHEA
DNI N° 75822450

ÍNDICE

	Pág.
CARÁTULA	I
DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
ACTA DE SUSTENTACIÓN.....	IV
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	V
ÍNDICE	VI
RESUMEN.....	IX
ABSTRACT	X
I. INTRODUCCIÓN	11
1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA	12
1.1.1. A nivel internacional	16
1.1.2. A nivel Nacional.....	17
1.1.3. A nivel Local	19
1.2. MARCO TEÓRICO	20
CAPÍTULO I: ALCANCES PREVIOS	20
1.1. Derecho	20
1.2. La Norma Jurídica.....	22
1.3. Derecho Genético	23
1.4. Vida Humana.....	24
1.4.1. Fecundación	24
1.4.2. Concepción	24
1.4.3. Anidación.....	25
1.4.4. Actividad Cerebral	26
1.4.5. Tolerancia Inmunológica	26
1.4.6. Nacimiento.....	27
1.4.7. Autoconciencia	27
CAPÍTULO II: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TERAS O TERHAS).....	28

2.1.	El matrimonio y sus fines.....	29
2.2.	Las TERAS en el Ordenamiento Jurídico.....	30
2.3.	Infertilidad y Esterilidad.....	33
2.3.1.	Infertilidad	34
2.3.2.	Esterilidad	35
2.4.	Concepto.....	37
2.5.	Tipos.....	37
2.5.1.	Inseminación Artificial (IE).....	37
2.5.1.1.	Inseminación Artificial Homóloga.....	38
2.5.1.2.	Inseminación Artificial Heteróloga o de Dador	38
2.5.2.	Transferencia de Embriones (TE).....	38
2.5.3.	Fertilización In Vitro (FIV)	39
2.5.4.	Criopreservación o Crioconservación.....	39
2.5.2.	Maternidad Subrogada	40
2.6.	Filiación.....	40
2.6.1.	Filiación Biológica.....	41
2.6.2.	Filiación Legal o Jurídica.....	42
2.6.3.	Filiación Social	42
2.6.4.	Filiación Matrimonial	42
2.7.	Riesgos, problemas y soluciones.....	44
2.7.1.	Para la Criatura	44
2.7.2.	Para el donante	44
2.7.3.	Padres.....	45
2.8.	Consentimiento informativo y previo	45
CAPÍTULO III: MATERNIDAD SUBROGADA.....		45
3.1.	Antecedentes	46
3.1.1.	Antecedentes a nivel internacional	47
3.1.2.	Antecedentes a nivel nacional.....	48
3.2.	Definición.....	51
3.3.	Tipos.....	53
3.4.	Problemas alrededor de la maternidad subrogada.....	54
3.5.	Legislación Comparada.....	58
CAPÍTULO IV: PLENA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS		
.....		63
1.3.	Formulación del Problema.....	68
1.4.	Justificación del Estudio.....	68
1.4.1.	Teórica.....	68
1.4.2.	Metodológica.....	68
1.4.3.	Práctica	69
1.4.4.	Contribución.....	69
1.4.5.	Relevancia	69

1.5.	Supuestos u Objetivos del Trabajo	70
II.	MÉTODO	71
2.1.	Diseño de Investigación.....	71
2.2.	Métodos de Muestreo	71
2.3.	Rigor Científico	74
2.4.	Análisis Cualitativos de Datos.....	74
2.5.	Aspectos Éticos	75
III.	DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS	76
3.1.	Presentación de los Resultados.....	76
3.2.	Descripción y análisis de los resultados	86
3.3.	Interpretación de los resultados	91
IV.	DISCUSIÓN.....	97
4.1.	Contrastación de la Hipótesis	97
4.2.	Discusión de los resultados	97
V.	CONCLUSIONES.....	101
VI.	RECOMENDACIONES	102
	REFERENCIAS	116
	ANEXOS.....	121
	ANEXO I: MATRIZ DE CONSISTENCIA	122
	ANEXO II: VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO	123
	ANEXO III: INSTRUMENTO	129
	ANEXO IV: CERTIFICADO DE COLEGIO DE ABOGADOS	132

RESUMEN

El presente informe de investigación tiene por finalidad determinar que la realización plena del derecho reproductivo se constituye en el fundamento para el reconocimiento legal de la maternidad subrogada, a través de la disponibilidad de los medios que posibilitan la reproducción humana. Para dicha investigación se buscó trabajar con una muestra de 105 abogados, teniendo como enfoque el cualitativo, utilizando, además, como tipo y diseño de investigación, el explicativo y el estudio de casos, respectivamente.

Asimismo, para el recojo de información se utilizaron métodos como es el observacional y la técnica de la encuesta junto a instrumentos como el cuestionario aplicados a abogados; se utilizó el programa Excel para el análisis de los datos, siendo que toda esta metodología le da a este informe de investigación el respaldo, sustento y seriedad respectiva.

Finalmente, entre los resultados más resaltantes se precisa que el 40% no cree que la utilización de la ciencia, la tecnología (es decir los medios para la reproducción humana) se constituyan en el sustento para el uso de la maternidad subrogada; datos que son expuestos conjuntamente con otras tablas de información debidamente enumeradas, cada uno con sus respectivos análisis que contribuyeron a comprobar la hipótesis que el reconocimiento legal de la maternidad subrogada se encuentra fundamentado en el derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su plena realización.

El trabajo realizado permitió concluir y evidenciar, según el estudio realizado a través de una encuesta ejecutada en la ciudad de Chiclayo, que el reconocimiento legal de la maternidad subrogada se encuentra fundamentado en el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento y momento de tener hijos más no en el de disponer de los medios para la reproducción humana pese a que existe la contradicción que las TERAS están vinculadas al uso de la ciencia y la tecnología, entíendase los medios para la reproducción humana. Pese a ello, la población ha tomado partido por el citado derecho reproductivo.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada, técnicas de reproducción asistida, derechos reproductivos, infertilidad.

ABSTRACT¹

The purpose of this research report is to determine that the full realization of the reproductive right is the foundation for the legal recognition of Surrogate Motherhood through the availability of means that enable human reproduction. For this research, we sought to work with a sample of 105 lawyers, having as a focus the qualitative, using, in addition, as type and design of research, the explanatory and case study, respectively.

Likewise, for the collection of information, methods such as observational methods and the survey technique were used together with instruments such as the questionnaire applied to lawyers; the Excel program was used for the analysis of the data, given that all this methodology gives this research report the respective support, sustenance and seriousness.

Finally, among the most outstanding results, it is specified that 40% do not believe that the use of science and technology (i.e., the means for human reproduction) constitute the sustenance for the use of surrogacy; data that are presented together with other tables of information duly enumerated, each one with their respective analyses that contributed to prove the hypothesis that the legal recognition of surrogacy is based on the right to have the means for human reproduction, as a reproductive right in its full realization.

The work carried out made it possible to conclude and show, according to the study carried out through a survey in the city of Chiclayo, that the legal recognition of surrogacy is based on the right to decide freely and responsibly the number of children, the spacing and timing of having children, not on having the means for human reproduction, despite the existence of the contradiction that the TERAS are linked to the use of science and technology, i.e. the means for human reproduction. In spite of this, the population has taken a stand for the aforementioned reproductive right.

KEYWORDS: Surrogate motherhood, assisted reproduction techniques, reproductive rights, infertility.

¹ El presente abstract ha sido revisado por el docente Eric Edison Chate Sulca, profesor del Centro de Idiomas de la Universidad San Martín de Porres. Estudió inglés en el Instituto Cultural Peruano Americano.

I. INTRODUCCIÓN

El presente tema de investigación aborda una problemática de necesario y urgente tratamiento por parte del Derecho, específicamente por parte del Derecho Civil y de Familia, nos referimos a la urgencia que requiere en el Perú legislar sobre Maternidad Subrogada, dado a que la información que existe sobre este tema evidencia un peculiar problema pues, se genera una doble contradicción.

Pues por un lado tenemos el derecho a la reproducción, en la que podemos optar por todos los medios para posibilitar ese fin; y, por el otro notamos que el Estado no efectiviza tal derecho, reconociendo legalmente la maternidad subrogada; incumpliendo por tanto sus obligaciones, que a razón del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, nos dice que posee tres: de Proteger, Respetar y Garantizar.

Así, si no se hace nada al respecto sólo seguiremos contando con un solo artículo (sétimo) en la Ley general de Salud, que regula la posibilidad de recurrir a los procedimientos de reproducción humana asistidos pero donde no se regula el supuesto de la maternidad subrogada, no significando ello, -como lo ha interpretado diversos operadores de justicia-, que esté prohibido sin embargo puede significar que los legisladores no quisieron regular algunos supuestos como lo es la maternidad subrogada.

Creando así un vacío legal que origina diversos conflictos jurídicos violentando la seguridad jurídica que todos merecemos, generándose así también el Turismo reproductivo al no estar claro el tema de las técnicas de reproducción asistida en especial la maternidad subrogada, originando casos como lo el de los ciudadanos Chilenos que fueron acusados de trata de personas, por el desconocimiento sobre el tema, y por la insuficiencia en la materia.

Es por ello que con la presente investigación se pretende exponer los motivos para su regulación, la cual se funda en el derecho a la reproducción que poseen todas las personas, y el derecho de poder utilizar los medios científicos que lo posibiliten, para así llegar a su plena realización. Además se pretende que se elimine la condición que establece el artículo siete de la Ley, sobre que la condición de madre genética y madre gestante debe recaer sobre la misma mujer, pues se limita el derecho a recurrir a la ciencia y la tecnología para superar los problemas de infertilidad, es por ello que se propone un Proyecto de Ley que

modifica el artículo antes mencionado, y que regula las técnicas de reproducción asistida.

En ese orden de ideas, se ha creído conveniente dividir la presente sección en: Aproximación temática, que representan la realidad problemática del tema trabajado y trabajos previos que sirvieron para ahondar sobre el problema tanto a nivel internacional, nacional y local. Como segundo punto tenemos al marco teórico el cual se divide en cuatro capítulos, el primero desarrolla conceptos previos como el Derecho Genético, entre otros; el segundo capítulo tenemos a las Técnicas de Reproducción Asistida, subdividiéndose en ocho puntos iniciando por el matrimonio y sus fines, las técnicas de reproducción asistida en el Ordenamiento Jurídico, la infertilidad y esterilidad, concepto, tipos, la Institución Jurídica de la Filiación; riesgos, problemas y soluciones y el consentimiento informado. En el tercer capítulo desarrollamos propiamente el tema de la maternidad subrogada, los antecedentes, definición los problemas a sus alrededor y el tratamiento en la legislación comparada; como último capítulo tenemos a la plena realización de los derechos reproductivos, el cual describe el proceso de su reconocimiento a nivel internacional, y la posición que ha adoptado la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a ellos.

Como tercer punto tenemos a la formulación del problema de investigación seguida de la justificación del estudio, y por último el supuesto y objetivos que motivaron el presente trabajo.

1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA

El avance de la ciencia y la tecnología, ha aumentado a través del tiempo esparciéndose hacia todas las áreas del saber humano, incluso al área del Derecho Familiar; como bien lo menciona Rodríguez y Martínez (2012) las personas hoy en día vivimos de un cierto modo al que solíamos vivir anteriormente, concibiendo que la ciencia se desarrolle y se adecue a este modo de vivir, alcanzando este avance al campo médico y logrando que los avances científicos sean realmente trascendentes y valiosos.

En los últimos años la ciencia con el aporte de la tecnología, han logrado adelantos en el entendimiento de los procedimientos que inciden en la fecundidad, consiguiendo crear nuevas técnicas que conceden probabilidades reales de

curación que eran impensables. (Santander, 2012). En ese sentido, con estos avances se ha podido superar la barrera de la infertilidad que impedían la procreación en las familias, que como bien sabemos tiene como uno de sus fines, la perpetuación de la especie; pero que por este impedimento, las parejas – medicamente hablando- llegaban a su probable separación y fracasó familiar.

En este contexto es que surgen nuevos Derechos, tales como los Derechos Reproductivos, los cuales tienen su principal soporte jurídico en los principios de dignidad humana, igualdad, libertad entre otros; cuyo contenido es: El derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos; al acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

En tal orden de cosas, el Estado con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y su libre desarrollo, debe garantizar la plena realización de los derechos reproductivos de los hombres y mujeres, legislando sobre este tema en forma clara, garantizando con ello a las familias que sufren de problemas de fertilidad, puedan llegar a tener descendencia, evitando de esta manera la probable separación y fracasó de éstas por tal problema; considerando además que, la alianza de las personas en matrimonio es para la formación de una familia constitucionalmente reconocida como el seno base de la sociedad peruana.

Canessa (2008) refiere que, la causa fundamental para que las parejas recurran a las técnicas de reproducción humana asistida es la esterilidad o infertilidad, buscando tener descendencia como fin abstracto de la familia; esto es, procrear, cuando otras técnicas terapéuticas resulten inadecuadas o ineficaces.

Las técnicas de reproducción asistida, están destinadas a ayudar al hombre en su noble propósito de tener descendencia, sorteando las dificultades que la naturaleza impone. Estas engloban diversos procedimientos y tecnologías, entre ellas tenemos: La Inseminación Artificial, Fertilización in Vitro, Transferencia de Embriones, Maternidad Subrogada y la Crioconservación de Embriones.

En nuestra legislación se regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida sólo por un único articulado,- artículo 7-, de la Ley General de Salud 26842, el cual suscribe: *“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.”

Balcázar y Jesús (2014) puntúan que existen una gran cantidad de Sociedades que ofrecen diversidades de técnicas de reproducción asistida de distintos niveles de dificultad, precio y procedimientos, que se manejan básicamente mediante autorregulación.

No es difícil llegar a esa premisa, puesto a que como bien se menciona antes, no existe más que un solo artículo que reglamenta la industria de la fecundación artificial, dejando a la suerte de las Empresas los procedimientos que deben seguir, no estipulando alguna especie de guía o límite a su práctica, dejando tantos vacíos y hechos que regular.

Se recurre a la experiencia de la maternidad subrogada cuando una mujer presta su útero para gestar un ser fecundado con componente hereditario de otras personas. Si bien no es propiamente un procedimiento de reproducción asistido, sino que es la gestación de una criatura en la matriz de otra mujer, se podría decir que a manera de incubadora (Bálcazar y Jesús, 2014).

Se recurre a la maternidad subrogada por el deseo, de la personas, de vivir las experiencias más grandes de los seres humanos, hablese de la maternidad y paternidad, que como en reiteradas oportunidades se menciona, por problemas en su fertilidad no pueden llegar a procrear o gestar, y sobre todo porque las otras técnicas de reproducción asistida, no funcionan en estas parejas.

Además García (2014) nos dice que en otros casos se recurre a la práctica de la maternidad subrogada por el deseo de paternidad de hombres solteros o divorciados o el ansia de maternidad, unido al deseo de no interrumpir la carrera profesional por la gestación, por otro lado las madres subrogadas recurren a esta técnica debido a la necesidad económicas, otras veces lo hacen por un deseo de experimentar un nuevo embarazo para olvidar el sentimiento de culpa, y la alegría de traer una nueva vida o incluso muchas veces por ayudar a algún pariente que no ha podido tener hijos por problemas de infertilidad.

Si bien como lo menciona el autor, son algunos de los otros casos en lo que se recurre a la maternidad subrogada, pero a nuestra manera de ver y de entender y

con miras a la protección del interés superior del niño, sería mejor limitar el acceso sólo a parejas casadas, porque la idea es partir de una unión sólida, registrada y certificada, por la autoridad ya sea civil o religiosa, que desea convertirse en padres para consolidar un matrimonio y forjar una familia, y de tal manera que el menor se críe en ese ambiente de unión familiar, y porque lo que se pretende es que una familia tenga hijos, que mejor que las familias reconocidas den fe de la utilidad práctica de este método y como permite llegar a su fin, que es traer hijos tan deseados al mundo.

Las limitaciones físicas sólo deben impedir participar en la concepción, gestación y alumbramiento en la medida que la ciencia o la sociedad no pueda superarlas; sin embargo, si la inteligencia humana provee los medios para aliviar y liberar a los esposos de sus limitaciones reproductivas sin causar ningún daño a otros bienes jurídicamente tutelados, creemos que el Derecho no debe ser obstáculo sino, más bien un medio para lograr el fin: La Procreación. Por ello debe facilitar el camino.

Al no encontrarse regulada la maternidad subrogada en el Perú, ha traído consigo infinitos problemas jurídicos y por insuficiencia regulatoria en este tema, no ha sido resueltos de una manera idónea en los tribunales. (Lagos, 2017)

No cabe duda que ante la falta de la manifestación de la voluntad del legislador, respecto a la maternidad subrogada, hace que los derechos reproductivos regulados por nuestra Carta Magna se conviertan en derechos inejecutables y, por ende los operadores de justicia no cuenten con los mecanismos legales que les permitan resolver de manera idónea en los distintos casos en Litis, generándose al contrario posiciones contradictorias; es por ello que, se debe reconocerse legalmente la maternidad subrogada a fin de superar las incertidumbres jurídicas que perjudiquen los derechos de los padres subrogantes, del niño que es fruto de la realización de la maternidad subrogada e igualmente de la madre sustituta.

Así de varios trabajos de investigación que se encuentran en las distintas bibliotecas, bases de datos, etc. de las distintas Universidades y Centros de Estudios a nivel internacional, nacional y local, se han tomado como referencia los siguientes porque sirven para detallar y describir el tema de indagación previo a la presente, donde plantean la forma de ver el problema así como posibles soluciones para el problema trabajado.

1.1.1. A nivel internacional

En el trabajo de investigación presentado ante la Universidad de Rosario, en Colombia, Rodríguez y Martínez (2012), en su obra titulada “*El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense*” concluyen que:

No puede negarse que la práctica de la subrogación es una realidad, y por tanto el derecho, como herramienta reguladora de las acciones sociales, debe asumir una postura determinada frente a esta. En este sentido, la aproximación estadounidense al contrato de maternidad subrogada puede servir como fuente inspiradora para aquellos países que carecen de un tratamiento legislativo y jurisprudencial frente a esta materia, aunque claramente sin olvidar que serán las condiciones económicas, sociales y políticas de estos las que determinen su tratamiento. (pp.80)

Siendo que éste trabajo nos resultó como antecedente debido que su autor presenta el problema de la maternidad subrogada y hace una aproximación entre el tratamiento de este fenómeno en EE.UU y su tratamiento en Colombia, país el cual carece de legislación y pronunciamiento sobre el tema, presentando de tal manera posibles soluciones de aplicarse al caso Colombiano, por lo que resulta pertinente la presente investigación al abordar este problema dado que en el Perú también existe un vacío sobre el tema y por tanto sirvió como una línea para su adopción y tratamiento.

Por su parte, en la tesis intitulada “*El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?*” su autor Santander (2012), presentada ante la Universidad Alberto Hurtado en Chile, sostiene como primera conclusión que:

La maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo, un porcentaje importante de la misma no lo posee generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas. (pp.69)

Este trabajo se utilizó como antecedente puesto que como concluye el autor gran parte de la población sea hombre o mujer por problemas de fertilidad no pueden llegar a cumplir si es el caso uno de sus más grandes anhelos, como lo es el tener descendencia, y en el caso de las mujeres vivir una de las experiencias más grandes como lo es la maternidad y en el caso de los varones la paternidad, por lo que resultó pertinente para la presente investigación para el desarrollo de la misma.

Otro de los trabajos de investigación que sirvieron como antecedente para el presente informe fue el realizado en España ante la Universidad Complutense de Madrid por Gonzáles Quintero (2016), denominada “*La Maternidad como situación protegida en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social. En especial la maternidad por subrogación.*” donde sostiene que:

Debe regularse también con el fin de que todos los españoles que lo precisen puedan acceder a ella, pues a día de hoy, es necesario acudir al extranjero, como por ejemplo Los Ángeles, siendo un proceso largo y costoso, que no cualquier ciudadano español puede permitirse, y debería ser una figura accesible para todo aquel que lo necesite. De esta manera, debería establecerse como un contrato gratuito para facilitar el acceso a todos los españoles. (pp.96).

Por lo que para nuestro estudio resultó pertinente puesto como establece el autor, debe regularse la institución jurídica de la maternidad subrogada con la finalidad que todo aquel que necesite recurrir a esta técnica se beneficie, sin necesidad de recurrir a otros lugares donde este permitida su práctica haciendo más onerosa su realización, cuando debería ser de fácil acceso, pues sino se fomentaría el famoso turismo reproductivo, el cual su mismo nombre nos da una pequeña noción sin embargo más adelante lo veremos brevemente.

1.1.2. A nivel Nacional

Ante la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Canessa (2008) presenta su trabajo titulado “*Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana*” con el fin

de obtener el grado de Magíster, en donde sostiene entre sus conclusiones que:

Dada la utilización efectiva y real de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestra realidad, el legislador nacional no puede asumir posturas...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.(pp.241)

Resultó importante la acotación de citado autor, puesto a que como bien concluyo las conductas de la sociedad cambian y los avances científicos en materia de reproducción también es por ello que el Derecho debe adecuarse y entrar a tallar y normar estas situaciones como lo son la experiencia de la utilización de los procedimientos de fecundación artificial, y en específico reglar *la maternidad subrogada*.

En la Universidad Nacional de Trujillo, Balcázar y Jesús (2014) presentan su Informe denominado “*Hacia un nuevo tipo de filiación por Reproducción Medicamente Asistida en la Legislación Peruana*” sostienen que:

Nuestra actual legislación, a diferencia de otros países como los europeos, posee regulación escasa e insuficiente en torno a los métodos de procreación artificial. Su regulación se encuentra resumida en un único dispositivo, como es el artículo 7 de la Ley General de Salud. (pp.141)

Como bien lo mencionaban los autores, nuestra más reciente legislación, solo contempla un artículo sobre las TERAS, en el cual no cabe el supuesto de la maternidad subrogada, siendo que en la actualidad su práctica se ha vuelto una necesidad irremediable.

Otro antecedente de la presente investigación, es aquel realizado por Lagos (2017), titulado “*Por un acto de amor: ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos Jurídicos sobre infertilidad en el Perú*”, donde sostiene que

El principal cuestionamiento jurídico que se hace a la Ley General de Salud respecto de la Fecundación In Vitro es la insuficiencia regulatoria de la maternidad subrogada, pues hemos verificado en nuestra realidad que solo contamos con un único artículo acerca de las técnicas de reproducción asistida, el cuál no ha ayudado a dilucidar los intereses jurídicos de las partes, de igual manera, este artículo queda totalmente desfasado e insuficiente, pues ya contamos con sentencias y Casaciones en torno a estas técnicas asistidas que no han sido resueltas idóneamente y que en algunos casos consideramos irrazonables. En consecuencia, se ha determinado que la condición de la madre gestante y la genética puede recaer en la mujer quién prestará su útero solidariamente. (pp.86)

Este antecedente al igual que el anterior resaltó el hecho que en nuestro ordenamiento jurídico sólo se cuente con un único artículo en el cual no cabe el uso de la maternidad por sustitución, pues la utilización de los procedimientos de fecundidad medicamente asistidos en el país están limitados a que la calidad de la madre que otorgará su material hereditario y la que ostentara el embarazo reincidan sobre la misma mujer.

1.1.3. A nivel Local

Ante la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, el tesista Ramos (2015) al presentar su Tesis intitulada “*La incidencia de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la Filiación*” sostiene en sus recomendaciones que:

La maternidad queda determinada por el hecho del parto por lo que los contratos o convenios de maternidad subrogada deben ser prohibidos expresamente, en consecuencia la madre portadora no estará obligada a hacer entrega del hijo ni

es posible de indemnización por daños y perjuicios por su negativa. (pp. 166)

En donde el autor postula la idea contraria al presente estudio en el sentido que el señala que cualquier convenio sobre maternidad subrogada deben estar prohibidos, en el presente estudio demostraremos que si reconocemos o prohibimos la maternidad subrogada por el simple hecho de que su utilización se vea desde el punto de vista de un contrato estamos limitando un derecho, y que ello no va a evitar que el uso de la maternidad subrogada se siga dando, por otro lado, demostraremos más adelante que el principio de la maternidad por el parto, ya no se ajusta a la realidad, y ello se ha puesto de manifiesto con este tema de investigación.

Ante la Universidad Señor de Sipán, Acuña (2012) presenta su Tesis intitulada “*El Derecho a la Procreación a través de la Maternidad Subrogada en nuestro país*” considerándose como antecedente de investigación para el presente trabajo, por la forma en la que su autor ha distribuido la dispersión temática, en la que ha basado su marco teórico.

De igual forma nos interesa citar como antecedente la tesis sostenida por Delgado y Hernandez (2015), titulada “*La Necesidad de establecer la figura jurídica de la maternidad subrogada en el Derecho de Familia*” y que fuera presentada ante la Universidad Señor de Sipán, siendo de importancia como antecedente para el presente estudio también por la forma en la que su autor ha distribuido la dispersión temática y la legislación comparada, en la que ha basado su marco teórico.

1.2. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I: ALCANCES PREVIOS

1.1. Derecho

Suele considerarse al Derecho como norma o conjunto de normas integrantes del ordenamiento jurídico o como facultad del sujeto.

El Derecho es *un grupo de normas o reglas que establecen la armonía para la vivencia entre seres humano*, es decir la convivencia, la cual genera una serie de vínculos sociales relevantes, que no son los mismos en todo tiempo y lugar; pero que son necesarios y fundamentales, por lo que es

necesario ordenarlas o regularlas mediante normas de Derecho. (Torres, 2014)

El objeto al que nos referimos con la expresión Derecho, es el Derecho positivo, denominado así por ser el creado por el legislador por disposición que se le encomienda, pues es el encargado de elaborar las normas.

El Derecho positivo, según Torres (2014) “es el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente en determinada sociedad que regula las relaciones relevantes para la convivencia, cuya eficacia está garantizada por la posible utilización de la coacción organizada por el Estado para lograr la realización de la justicia”. (pp. 139)

La idea de Derecho Positivo viene dada por las normas establecidas por el hombre para impedir que la libertad de los sujetos haga imposible la coexistencia civilizada entre estos.

El fin que pretende todo ordenamiento jurídico es el de la obtención de los valores jurídicos justicia, seguridad, bien común entre otros. Si no se persiguen y cumplen los valores hacia los cuales debe orientarse el ordenamiento, es germen de manifestaciones sociales, que en casos excesivos puede originar corrientes revolucionarias.

La facultad, poder, atribución o prerrogativa que reconoce o confiere el Derecho positivo al sujeto es el derecho subjetivo.

Por tanto el Derecho objetivo como el derecho subjetivo constituyen dos aspectos de un mismo Derecho, existe una relación donde uno no existe sin el otro, por ejemplo: derecho a la propiedad, derecho del acreedor a exigir una prestación a su deudor, etc.

En síntesis tenemos que el Derecho son el conjunto de normas que integran nuestro ordenamiento, normas que regulan relaciones o conductas relevantes en un tiempo y espacio dado, cuyo cargo o responsabilidad de regular estas conductas se encuentra a cargo de la voluntad de nuestros legisladores, pues es la necesidad de la sociedad de vivir en un ambiente que haga posible la convivencia, por ello la necesidad de regular las actitudes o conductas de los seres humanos integrantes de un país o estado. Tiene carácter preventivo, pues *debe preveer la comisión, de conductas que conlleven a conflictos sociales* (a manera de ejemplo la maternidad subrogada

como lo veremos más adelante), es así pues, que por tales razones, se ha dividido en ramas es así tenemos a: Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Procesal, Derecho Laboral, Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, *Derecho Genético*, etc.

1.2. La Norma Jurídica

Etimológicamente la palabra norma proviene del latín norma, sirve como referencia para indicar los criterios impuestos por la potestad imperativa del Estado, surge del término regla (instrumento para trazar líneas), que a diferencia de la primera, está en general establece criterios pero que no provienen del poder potestativo. El término norma más claramente, se difundió y generalizó por influencia alemana *die norma*. (Torres, 2015)

Tanto Regla como norma son términos usados indistintamente para indicar aquello conforme al cual debemos orientar nuestra conducta, señalan aquello que debe ser, no es lo que es, pues sino no existieran.

La norma o regla jurídica es “un esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social, en un lugar y momento determinado, mediante la prescripción de derechos y deberes, cuya observancia puede ser impuesta coactivamente” (Torres, 2015, pp. 229). El total de pautas jurídicas que tienen un determinado peso en un determinado Estado es el conocido ordenamiento jurídico o Derecho.

Mediante las normas jurídicas se regulan posibles acciones a través de estas tres modalidades: *lo prohibido*, *lo obligatorio* y *lo permitido*. Sus orígenes pueden ser diversos: son creadas por los órganos competentes del estado, así como pueden provenir del Derecho Consuetudinario (costumbre) así como las que provienen de la voluntad de las partes (autonomía de la voluntad privada).

Así pues más adelante veremos que el uso de la maternidad subrogada no se encuentra prohibido, pero el que no esté permitido expresamente (silencio legal) genera problemas jurídicos.

Las normas jurídicas disponen *deberes* y *derechos* a la vez, aunque en ciertas ocasiones prescriben *sólo deberes* o *sólo derechos*, como por ejemplo las constitucionales en la que puede proscribir un derecho, que necesita de otras normas reglamentarias que establezca las condiciones y forma en la que

se puede ejercer dicho derecho, y las sanciones que en todo caso se debería asumir ante su incumplimiento. (Torres, 2015)

Las normas jurídicas de por sí no se pueden ver aisladas unas de otras, sino que siempre trabajan en conjunto, como un todo, que se relaciona entre ellas, que se complementan y condicionan pues forman parte de un todo conocido como ordenamiento jurídico.

Se suele pensar en Ley y Norma jurídica como uno mismo; sin embargo se podría decir que es una especie de contenido y continente, pues la costumbre, el precedente judicial, el contrato, etc. son modos de manifestación de la norma jurídica; la ley y otras fuentes formales del Derecho originan normas jurídicas. (Torres, 2015)

Las normas jurídicas contenidas en leyes, se les denomina normas legales; a las que se obtienen de los usos y costumbres, se les denomina normas consuetudinarias y a las contenidas en los precedentes vinculantes, se les conoce como normas jurisprudenciales.

Entre la clasificación que existe sobre las normas tenemos: Normas de Derecho Privado y de Derecho Público; Normas de Organización, de Conducta y de Composición; Normas Sustanciales y Normas Procesales; Normas de Externo y de Derecho Externo; Normas Legislativas, Consuetudinarias, Jurisprudenciales, Doctrinales y Negociales; Normas Imperativas y Dispositivas; Normas Rígidas y Flexibles; Normas Primarias y Secundarias; Normas Categóricas, Hipotéticas y Disyuntivas; Normas Generales, abstractas, Individuales y Concretas; Normas Generales, Particulares e Individualizadas; Normas Preceptivas, *Prohibitivas* y *Permisivas*, entre otras. (Torres, 2014)

1.3. Derecho Genético

El avance de la tecnología en las ciencias de la biología, ingeniería y genética, se ha producido a pasos agigantados, es así que el Derecho como regulador de conductas se ha visto en la necesidad de inmiscuirse en este campo y constituirse en respuesta, llegando así al tan poco conocido Derecho Genético.

En lo que a su estructura respecta, abarca a toda materia viva, por tanto no sólo al estudio del hombre sino estudio de plantas y animales también. Ha

recibido variadas denominaciones en el Derecho Comparado así tenemos: Bioderecho, Biojurídica, Derecho de la genética, Derecho genóico, Derecho médico, Derecho genético y procreativo, Derecho biológico, etc. (Varsi, 2014)

Se define como aquella rama del Derecho que brinda seguridad y protección a ser humano pues “regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano, es decir se encarga de estudiar y normar todas aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre.” (Varsi, 2014, pp.82). Otorga defensa al hombre, impidiendo perjuicios en él y en su repercusión en su humanidad, por ello está en un constante vertiginoso adelanto.

Su valor reside en que sus cánones constituyen un recuadro de medidas con el objeto de la defensa del individuo, fijando pautas para la práctica y estableciendo consecuencias punibles frente a aquellos procedimientos contrarios a la totalidad, singularidad o afinidad humana. (Varsi, 2014)

1.4. Vida Humana

Alrededor del principio de la vida humana, se han establecido distintas teorías, sobre desde cuando el ser humano merece protección legal, si bien la hipótesis de la concepción es la que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado, es necesario ver el alcance de las demás que existen.

1.4.1. Fecundación

Es una fusión biológica, donde inicia la vida del ser humano y su proceso biológico. Es aquel momento en el que el espermatozide y el óvulo hacen contacto a decir de Varsi proceso denominado “Cascada de Fecundación” (2014, pp. 105). El espermatozoide se une a la zona pelúcida del óvulo, esta zona es dura, por lo que el proceso de adhesión dura unos 15 minutos, y el proceso de penetración dura 7.5 horas, luego se produce una progresiva fusión de las membranas del espermatozoide y el óvulo, es el momento más importante del inicio de la vida del ser humano, pues no hay vuelta atrás una vez iniciada.

1.4.2. Concepción

Se inicia cuando el óvulo, ha sido fecundado por lo que ha generado cambios, pues se convierte en un organismo unicelular con dos núcleos que contiene 23 cromosomas cada uno (ovocito pronucleado o preembrión) y dura entre 2 a 4 horas aproximadamente. Posterior a ello se da la permuta del ADN y la fusión de los núcleos del ovocito (singamia) durando entre 22 a 23 horas contadas desde el primer momento de la concepción, dando origen al cigoto (célula diploide con 46 cromosomas), generándose después una multiplicación celular, hasta llegar completamente al desarrollo del potencial ser humano, conforme va haciendo su recorrido hasta llegar al útero.

Existe una opinión dividida en cuanto a establecer cuando inicia la vida del ser humano, siendo que los primeros establecen que el inicio de la vida podría ser si no es que se produce en la anidación en la etapa de la singamia. Otro lado de la doctrina considera que no exactamente la vida humana comienza cuando se produce la fusión de elementos genéticos, sino que se da en la fecundación. Al fin y al cabo el resultado de la concepción surgirá el concebido que es sujeto de derechos. (Varsi, 2014).

1.4.3. Anidación

De la concepción al día catorce se produce la anidación, que significa que se causa el feto en la matriz endometrial “a través de enzimas y de pequeñas prolongaciones tentaculares denominadas villi, que se insertan en el útero” (Varsi, 2014, pp.115), y aquí este nuevo ser forma parte de la madre, es decir pasa a ser una vida dependiente.

Una corriente establece que en esta etapa, pero anterior a la anidación definitiva el cigoto puede dividirse pues puede dejar de ser una unidad y pasar a ser más, y a la vez unirse o también puede ser expulsado, pues aun no es seguro su permanencia y seguridad de desarrollo de vida, es una mera expectativa. (Varsi, 1991)

En nuestro ordenamiento jurídico, en la rama del Derecho Penal, en la conducta típica del aborto, el bien jurídico tutelado, es la vida

humana en formación (dependiente) y a decir de Salinas la vida humana dependiente, inicia con la adherencia del huevo anidado en el útero de la madre próxima y finaliza con las convulsiones uterinas que anuncian el cercano nacimiento. (2004)

Para aquellos doctrinarios que son partidarios de esta teoría, les importa establecer desde cuando el individuo aparece.

1.4.4. Actividad Cerebral

Otro sector principalmente médico considera que la vida humana surge a partir que el cerebro tiene actividad, es decir a los 43 y 45 días desde la fecundación, ordenamientos que comparten esta posición son el Judaísmo y el Islam. (Varsi, 1991)

Este grupo parte de la idea que si el final de un sujeto se da con el término de las funciones cerebrales pues en el encefalograma aparece la forma lineal, por tanto con la actividad cerebral se da el inicio de la vida, pues sostienen que el feto tiene individualidad mental e inteligencia potencial, por ende merece protección. (Varsi, 1991)

Se subdividen en dos grandes grupos, uno que determina que “la vida se da inicio cuando aparece la cresta neural, línea primitiva como estructura esencial para el evolución espiritual y racional... y otro, más radical sostiene que...recién es cuando aparece el sistema nervioso central o cuando aparece la reacción al dolor.” (Varsi, 1991, pp.81)

1.4.5. Tolerancia Inmunológica

A decir de Varsi esta teoría “está relacionada con el pensamiento filosófico denominado de la suficiencia constitucional”, el cual “busca determinar la constitución, es decir la naturaleza o estructura, de una realidad viva y cuando llega ésta a surgir”. (2014, pp.123) y se estaría dando entre la séptima y octava semana.

Y pues un ser humano obtendrá suficiencia constitucional en tanto genéticamente sea un ser, y que funcione como tal individual y conjuntamente.

1.4.6. Nacimiento

Es la etapa biológica en la que la vida dependiente, el feto, se vuelve independiente, pues se desprende de la madre.

Un grupo de sobresalidos doctrinarios consideran que el inicio de la vida humana se da con el nacimiento, pues se tiene la opinión, que el nacido es parte de la madre, pues se confunde biológicamente con esta. Y pues no se tiene en cuenta que el concebido tiene identidad genética propia, aunque depende biológicamente de la madre. (Varsi, 2014)

A si pues surge la pregunta ¿En qué momento se produce el nacimiento? Es así que para Varsi el alumbramiento se causa cuando “el feto ya no se encuentra unido fisiológicamente a su madre, esto es, en el momento exacto en que se realiza el corte del cordón umbilical”. (2014, pp.127)

Y es aquí pues, que en el Derecho peruano, donde el concebido, pasa a ser persona natural. Una cierta área exige que para atribuir vida a un ser es necesario que se desenvuelva fuera del útero.

1.4.7. Autoconciencia

Esta corriente asume que la vida humana empieza cuando el ser humano, tiene conciencia de sus actos y asume las consecuencias de los mismos, y puede diferenciar entre lo bueno y lo malo, y eso se adquiriría a la edad más o menos de 7 años. Se enfoca desde un punto intelectual, y divide al hombre en mente y cuerpo, dos partes indistintas que no conforman uno sólo, que viene a ser el ser humano. (Varsi, 2014)

Varsi contradice esta teoría, pue en el entender de este, para existir necesariamente se requiere de un cuerpo físico, y pues para ejercer la autoconciencia, primero es necesario existir. (1991)

A manera de conclusión podemos ver que se puede estar seguro de algo, y es que el Derecho Peruano otorga protección al ser humano desde *la concepción*, y así el Código Civil lo dice en el apartado 1° donde instituye que “La vida humana se inicia con concepción”. Así pues Fernández sostuvo que “...el concebido constituye vida humana, genéticamente

individualizada, desde el instante mismo de la concepción...fecundación de un óvulo por un espermatozoide...de ese modo se supera la ficción que se alojaba en el artículo primero del Código Civil de 1936".(1998, S/P).

Del mismo modo nuestro máximo intérprete de la constitución en la sentencia recaída en el expediente N° 2005-2009 PA/TC ha sosteniendo el inicio de la vida humana comienza en la concepción, más no en la anidación teniendo así pues que:

(...) este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna, con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio.

(Tribunal Constitucional, Sentencia de fecha 16 de Octubre de 2009, numeral 38, sexta cuestión a resolver, obtenido de su portal Web)

El Código y al igual que otras normas legales consideran de la misma manera que la vida inicia y desde ya su defensa legal inicia desde aquel primer instante, la concepción, y que el concebido, es sujeto de derecho, al cual desde un determinado momento el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y deberes, y siendo sujeto el genérico de aquello que asuma la modalidad de vida humana.

CAPÍTULO II: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA **(TERAS O TERHAS)**

El hombre es un ser que esta biológicamente programado y reúne todas las condiciones para procrear, incluso la biblia nos lo dice pues así se tuvo en el Génesis: 9, 1: “Y bendijo Dios a Noé y a sus hijos, y les dijo: Sed fecundos y multiplicaos, y llenad la tierra.” Nuestro Código Civil, en el matrimonio, estableció uno de sus fines primordiales, el de la perpetuación de la especie.

Es así pues, que siempre ha sido una cuestión sabida que la unión del ovocito de una fémina y el espermatozoide de un varón, la concepción, dan origen a un nuevo ser, y su nacimiento se producirá dentro de las 40 semanas (09 meses).

Sin embargo en el aquí y ahora, las condiciones biológicas de los seres humanos han cambiado, por distintas razones, tanto que ha generado que el hombre así como la mujer no puedan llegar a su reproducción, por lo que la ciencia en su noble propósito de ayudar al hombre en su reproducción, desarrollo las llamadas TERAS, con el fin de sortear las dificultades que la naturaleza pudo imponer a este, hállese así de la infertilidad y esterilidad.

La fecundación artificial abarca varios procedimientos entre los que sobresale *la inseminación artificial, fertilización in vitro transferencia de embriones, maternidad subrogada, la preservación de gametos y embriones, entre otras.*

2.1. El matrimonio y sus fines

El hombre y la mujer siempre han estado destinados a unirse, desde los tiempos antiguos como es el caso bíblico de Adán y Eva, y es por esta razón que esta unión a lo largo de la historia ha ido evolucionando quedando plasmada en el matrimonio, es por ello que el matrimonio desde un punto de vista sociológico, es aquel que ha institucionalizado las relaciones que tienen como cimiento la unión entre sexos (Bossert y Zannoni, 2010), pues se busca la formación de la familia.

Castán Tobeñas citado por Peralta (2002) manifiesta que la familia es la célula de Sociedad, raíz del ordenamiento jurídico, pues tiene la obligación de asegurar la reproducción y la unión de la humanidad generación en generación, además porque es en allí donde se constituye la solidaridad como sentimiento para mantener sana y floreciente la comunidad.

Es clara la importancia de la institución de la familia para la sociedad pues es significativa para el ser humano tanto individual como colectivamente, es decir en sus dos extensiones.

Es así pues que Bossert y Zannoni (2010) señalaban que el código de Derecho Canónico del año 1917 en lo que respecta al matrimonio hacía la diferencia entre fines primarios y secundarios, establecía que entre los

finos primarios se encuentran la propagación y la instrucción de la descendencia y entre los fines secundarios, se encuentran el apoyo mutuo entre cónyuge y el remedio a la concupiscencia. Esto significaba que los esposos deben como primera obligación, realizar todo lo que se encuentra a su alcance para cumplir las finalidades primeras, es decir la perpetuación de la humanidad y la formación de los descendientes creados, pues estas acciones estarán sometidas a los antes mencionados fines secundarios.

Gallegos y Jara (2008) concluyen que en resumidas cuentas los fines del matrimonio son los siguientes: 1) El reconocimiento legal de la unión sexual dirigida a la propagación de la proles, de la que surgen importantes deberes de asistencia y formación de los hijos. 2) Sentar la base de la organización familiar, de la cual el matrimonio es su principal fuente y 3) La ayuda mutua entre los cónyuges propios de hacer vida en común.

No cabe duda entonces que algunos de los textos jurídicos de nuestro ordenamiento, -como la constitución artículo 6° que textualmente indica que es objeto de la política nacional propagar y afianzar la maternidad y paternidad responsable -, han destacado la importancia de la unidad familiar y de la formación de la familia, pues con ella se garantiza la perpetuación de la especie, sin embargo, no se contaba con el escenario, que debido a la infecundidad tal fin no se realice, pero ello ha dado surgimiento a los famosos métodos de fecundación artificial.

2.2. Las TERAS en el Ordenamiento Jurídico

La Constitución Política del Perú en el artículo 7° dispone que: "*Todos tienen derecho a la protección de su salud...*".

La Ley General de Salud (Ley 26842) desarrolla lo que viene a ser las técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Perú sienta pues lo que a consideración de Varsi viene a consagrar "el derecho a la procreación, la relación directa de la maternidad y el consentimiento de las partes. Esta tríada elemental desarrolla lo que se considera un uso adecuado y supletorio de los métodos de reproducción asistida" (1997, pp. 179)

Así pues tenemos el único artículo (Sétimo) de la citada norma que desarrolla el tema de las TERAS y así pues textualmente señala que: *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.

Ahora bien sobre el artículo antecedente, nos ponemos a pensar: ¿Es suficiente? de manera evidente la respuesta será que no, porque resulta ineficiente claramente. Deja al aire muchas interpretaciones; además deja libre el camino a que las clínicas especialistas se autorregulen, pues no hay una ley que desarrolle las prácticas de la reproducción medicamente asistida, además da paso al famoso turismo reproductivo. Así pues Vega nos dice:

El silencio legal que existe no es para nada esperanzador, sino al contrario es perjudicial, pues los legisladores no se pronuncian por los populares y debatidos casos como lo es el de la inseminación artificial o la fecundación in vitro; y más aún sobre el tema de estudio, el de la maternidad subrogada. ¿Tendremos que esperar a ver qué ocurre en los pasillos judiciales? ¿Es que no existen razones de orden público que deberían estar por encima de intereses privados? No está demás decir que estas técnicas, al igual que lo que ha ocurrido con la prueba del ADN (tan tenida por algunos políticos), han echado por los pisos una serie de presunciones en materia de maternidad y paternidad alojadas aún en los viejos Códigos civiles. (2003, pp.40-41)

Se podría decir de manera general que limita el derecho a recurrir a las TERAS pues la condición *sine qua non* no se podría hacer uso de estos procedimientos es que la calidad de madre gestante y genética concuerde. Sin embargo en reiterada jurisprudencia como es el Exp. 6374-2016 Lima se ha establecido que:

Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos...lo

único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ...En efecto, de un lado podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAS, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos...existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona. Y eso porque este Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde puede ser aplicable las TERAS, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas. (Subrayado nuestro, Fundamento Octavo y Noveno) [Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, Expediente 6374-2016, obtenido del Sistema Integrado Judicial.]

Así pues como bien establece en la jurisprudencia el supuesto de la maternidad subrogada no se encuentra proscrito, no se encuentra prohibido, pero también es cierto que el legislador no quiso regularlo, y ello ha generado ciertos conflictos como antes mencione el turismo reproductivo, y el ejemplo emblemático, que ha sucedido recientemente es el caso de los ciudadanos Chilenos, que acudieron al Perú para ver que rindieran frutos sus deseos de ser padres así pues se generan noticias como

esta “Dictan 12 meses de prisión preventiva para chilenos investigados por trata de personas” (El Comercio, 2018).

Fue uno de los casos más controversiales y recientes al respecto del tema de investigación, pues trata de un matrimonio Chileno conformado por Jorge Tovar (49) y Rosario Madueño (46), que desde hace 8 años, buscan convertirse en padres, siendo que desde aquella fecha se sometieron a tratamientos de fertilidad, sin embargo la Sra. Madueño en el proceso sufrió la pérdida de tres hijos, es por ello que habiendo agotado todos los procedimientos como último recurso la pareja acude a la maternidad subrogada, aquí en Perú.

Sin embargo tanto en nuestro país como en el país vecino Chileno, esta no se encuentra expresamente permitida, lo cierto es que no encuentra prohibida tampoco, por ende generan este tipo de situaciones, situaciones desagradables, pues todos fuimos testigos que esta pareja no fue a parar sino hasta la Cárcel, por un deseo, que acto más grande de amor no fue ese; por otro lado los menores de pocos días de nacidos no fueron a parar sino hasta en el Centro de Acogida Residencial del Inabif separados de sus padres.

La madre subrogante, de quien su intención sólo era contribuir en la gestación, más allá no, no se podía hacer cargo de ellos, pues para ella, los mellizos era de la pareja Chilena. Vemos pues el caos que se genera al no estar totalmente regulada la figura de la maternidad subrogada pues deja la posibilidad a miles de interpretaciones, donde unos casos se dirá sí si está permitida, y en otro se dirá no, que resulta ilícita, pudiendo ser acusados de cometer delitos si se recurre a ella, como es el caso del matrimonio Tovar-Madueño.

2.3. Infertilidad y Esterilidad

Las relaciones sexuales entre dos personas mayores de edad fecundos da lugar a una “fertilización natural”, mediante el proceso de fertilización el huevo femenino es fertilizado por el esperma masculino, amalgamándose y formando una nueva unidad con información genética propia, el ser humano; sin embargo cuando no se puede llegar a una

fertilización natural se recurre a las TERAS, pero ¿Porque causas?, entre las siguientes tenemos:

2.3.1. Infertilidad

En 2009, la OMS se unió al Comité Internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Asistida (ICMART) y otros socios para desarrollar un Glosario de definiciones para el cuidado de la infertilidad y la fertilidad, así pues definieron a la infertilidad como aquella enfermedad que se origina en el aparato reproductivo la cual se caracteriza por no lograr concretar un embarazo posterior a 12 o más meses en el cual se tuvo coito sin protección. (Zegers-Hochschild, Adamson, Mouzon, Ishihara, Mansour, Nygren, Sullivan, y Vanderpoel, para ICMART y WHO, 2010)

Perez ha entendido como infertilidad a “la incapacidad para generar gestaciones capaces de evolucionar hasta la viabilidad fetal. Por tanto, este concepto engloba situaciones como el aborto de repetición, la muerte fetal intrauterina, el parto prematuro, etc.” (2014, pp.21)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 28 de noviembre de 2012, caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica en su fundamento 293 establece que:

Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (supra párr. 288), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas

necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva. (CIDH, 2012, pp. 93)

“En nuestro país dos millones de parejas sufren de problemas de infertilidad; el 40% de infertilidad son de hombres o mujeres y el otro 20% es de ambos” siendo tal la razón, para que los cónyuges o parejas estables acudan a los consultorios médicos dedicados a tratar temas de infecundidad. (Saavedra, 2017, pp. 33).

Por tanto se debe tomar a la infertilidad desde dos extremos; en un extremo como un estado físico que debe afrontar, y por el otro como una enfermedad que debe obtener una respuesta por el Estado, ya sea mediante una ley que garantice la viabilidad de las TERAS así como la cobertura de los costos de dichos procedimientos por parte del área de salud de la nación, o de forma privada en razón del derecho a reproducirse. (Santander, 2012).

2.3.2. Esterilidad

Así como la infertilidad la esterilidad se ha convertido en uno de los problemas de Salud Pública, más usuales, y no es sólo un problema individual, sino básicamente es un problema de coincidencia entre la pareja, y que en nada tiene que ver la fertilidad, y que sin embargo puede ser una padecimiento genital o endocrinal. (Varsi, 2014)

Se podría hablar que una pareja sufre de esterilidad si luego de practicar relaciones sexuales sin protección durante un año no logran concebir. Las Teras aspiran sobrepasar al problema frecuente y recurrente que implica la esterilidad, alcanzando realizar que un par de personas, que buscan y anhelan convertirse en papás puedan lograrlo, para así completar una verdadera familia. (Torres, 2017)

La revuelta que ha introducido *las técnicas de reproducción asistida* al emplearse en el derecho familiar y en la vida misma de muchas personas para resolver casos de infertilidad, aun no encuentra aceptación en las

diferentes legislaciones del mundo pese a que recurren frecuentemente a estos procedimientos los matrimonios y uniones de hecho.

Es necesario tomar en consideración las cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el análisis de la fecundidad según diversas fuentes que realiza en el año 2017 en el Perú para comprender a ciencia cierta aspectos de la salud reproductiva a nivel nacional y el mismo que en su CUADRO 06 explica sobre el descenso de la fecundidad en los últimos tres quinquenios.

Cuadro 06
PERÚ: EVOLUCIÓN DE LA TASA GLOBAL DE FECUNDIDAD, 1950-2015
(Periodo histórico)

Quinquenio	Vigente (BAD N° 36)		Revisada	
	TGF	Variación porcentual	TGF	Variación porcentual
1950-1955	6,85		6,85	
1955-1960	6,85	0,00	6,85	0,00
1960-1965	6,85	0,00	6,85	0,00
1965-1970	6,56	-4,23	6,56	-4,23
1970-1975	6,00	-8,54	6,00	-8,54
1975-1980	5,38	-10,33	5,38	-10,33
1980-1985	4,65	-13,57	4,65	-13,57
1985-1990	4,10	-11,83	4,10	-11,83
1990-1995	3,57	-12,93	3,57	-12,93
1995-2000	3,10	-13,17	3,10	-13,17
2000-2005	2,80	-9,68	2,85	-8,06
2005-2010	2,60	-7,14	2,65	-7,02
2010-2015	2,38	-8,46	2,50	-5,66

FIGURA N° 01. Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática

De la figura anterior se permite concluir que la capacidad reproductiva de la mujer está disminuyendo, y por tanto, la existencia de un mayor grado de infertilidad que requiere ser atendida mediante TERAS. Cabe anotar que las encuestas aplicadas que llevan a los resultados plasmados en el cuadro, nos permiten tener un panorama referencial de la necesidad que se tiene para legislar sobre técnicas de reproducción asistida.

Mal que bien estas técnicas son una realidad en el mundo entero, es por ello que siempre el Derecho debe buscar proteger la familia, y las instituciones que la componen ayer y hoy, deben estar dirigidas con miras hacia su preservación.

2.4. Concepto

Para Varsi son “aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándoles la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso, podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente palian los efectos de la esterilidad.” (2014, pp. 401)

Torres dice que las TERAS son “un conjunto de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina”. (2017, pp.81)

Medina citado por Balcázar y Jesús señala que “las Técnicas de Reproducción Asistida, son los métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos”. (2014, pp.20)

Son métodos que suplen insuficiencias ante la imposibilidad de procrear de forma natural, como sucede actualmente, ya sea por causas biológicas u otras y que permite tener progenie.

2.5. Tipos

Para Varsi (2014) existen dos tipos de TERAS, Inseminación Artificial y Fecundación Extracorpórea, esta última a su vez se subdivide en: Transferencia de embriones (TE), Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), y la Inyección intercitoplásmica de espermatozoide (ICSE).

2.5.1. Inseminación Artificial (IE)

Tradicionalmente la inseminación artificial ha estado destinada a resolver problemas de infertilidad dentro de la pareja, como puede ser problemas de penetración y realización normal del acto sexual o de variaciones en el semen del hombre que lo tornan inhábil para la fecundación

La forma en la que se realiza viene ser dada de la siguiente manera, se toma el esperma masculino para hacerlo llegar al óvulo femenino, facilitando así la fecundación en el vientre materno. Es artificial en tanto la introducción del semen en el útero obedece a causas distintas a la natural.

Básicamente es la introducción de semen en el cuello o en el interior del útero de una mujer, con el propósito de que se produzca

la fecundación. Existe una sub clasificación Inseminación Homóloga y Heteróloga.

2.5.1.1. Inseminación Artificial Homóloga

El esperma utilizado le corresponde al cónyuge. El semen obtenido se implanta en la esposa y su obtención es reciente.

A opinión de Varsi esta forma no conllevaría algún problema pues, por un lado existe un vínculo, el del matrimonio, y por otro lado el esperma utilizado es del marido. Similar situación se da en la unión de hecho. (2014)

2.5.1.2. Inseminación Artificial Heteróloga o de Dador

En este caso la simiente, fresco o congelado, obtenido de un banco, utilizado pertenece a un tercero.

Para Bossert este tipo de inseminación, es el que merece mayor atención del legislador, pues a diferencia de la primera, en este caso el cedente no asume responsabilidades; por el esperma utilizado, que podría generar un niño, no pudiéndosele exigir obligaciones que deviene de una relación paterno filial, pues no existe, además de otras diversas situaciones peculiares que en él se pueden presentar como el recurrente uso que ha alcanzado alrededor del mundo y del Perú. (1995)

2.5.2. Transferencia de Embriones (TE)

Técnica mediante la cual el cigoto se implanta en la pared uterina. Existe otra forma de TE llamada “lavage”, donde supone la fertilización in vitro del óvulo mediante inseminación artificial y luego de tres o cuatro días. Justo antes de la implantación, se remueve el óvulo fertilizado para transferirlo al útero de otra mujer, cuyo ciclo menstrual ha sido sincronizado con el del donante. (Boza 1991)

2.5.3. Fertilización In Vitro (FIV)

En la fertilización in vitro, el proceso de fertilización ocurren probeta, el procedimiento es:

- a) Intervención quirúrgica para remover los óvulos maduros.
- b) Fertilización in vitro con semen previamente analizado y preparado para la inseminación
- c) Incubación por días a fin de constatar su normal desarrollo.
- d) Implantación de varios embriones en el útero femenino. (Boza, 1991, pp.74)

2.5.4. Criopreservación o Criopreservación

Esta técnica como su nombre lo dice está destinado a la conservación a través del congelamiento del ovulo y semen fecundados. Si bien toda materia viva, tiene un ciclo vital, es por ello que si bien es imposible ganarle al transcurso del tiempo, es posible congelar embriones humanos para su uso futuro.

En el año 1986, en Los Ángeles EE.UU se registró el primer nacimiento de una persona del cual en etapa embrionaria fue congelado.

Con este procedimiento no se altera el material genético, solo se detiene el proceso de descomposición.

“En la criopreservación se paraliza deliberadamente el proceso vital para reemplazar el cálido vientre materno por un envase de nitrógeno líquido a 196 bajo cero.” (Varsi, 2014, pp.449).

Para este autor se atenta contra los derechos por la misma razón antes descrita sin embargo también reconoce que en este estado el embrión está en un estado de inanimación, pues no está ni vivo ni muerto, y su congelación se ha realizado para evitar su desecho o descomposición, sin embargo la criopreservación de embriones, debe prohibirse por principio, solo en casos excepcionales ha de permitirse siempre que se otorguen todas las seguridades a los embriones. Entre las posibilidades con las cuales se trabajan los embriones criopreservados tenemos:

- A. Transferencia a la propia pareja.

- B. Transferencia a terceros con fines de gestación (previa autorización judicial)
- C. Cesión para investigación.
- D. Prolongar el plazo de conservación.
- E. Destrucción. (Varsi, 2014, pp.470)

Si bien este tipo de técnicas de reproducción representa una gran ayuda para aquellas parejas que quisieran tener hijos genéticamente propios pero por motivos “x” en un determinado momento no puedan, y dado que representa una de las técnicas de reproducción asistida más económicas que hay, sin embargo no debe usarse indiscriminadamente, su uso debe ser limitado, y excepcional, siempre brindando las seguridades necesarias para los embriones, como lo sería la fertilización de óvulos necesarios e implantar el embrión sea implantado inmediatamente.

2.5.2. Maternidad Subrogada

En el capítulo siguiente veremos el tema de la maternidad subrogada, pues es el tema en torno al cual gira la presente investigación.

2.6. Filiación

El vocablo filiación nos remite al vínculo que une a los padres con sus hijos, y más ampliamente a nuestra descendencia, los antepasados de una persona. La filiación alude al hijo y si a él sumamos la figura del padre, entonces estamos ante la relación paterno-filial, o si se trata de la madre, relación materno-filial.

Aguilar nos dice que la filiación desde la perspectiva del Derecho, es la “relación que une al hijo con sus padres declarada por ley, esta relación entraña una fuente generadora de deberes y derechos entre el hijo y sus padres, y viceversa, entre los padres y el hijo”. (2017, pp. 95)

La filiación, no es reconocida como un Derecho autónomo como tal en nuestra constitución política, sino que se ha reconocido eso sí que la filiación forma parte del derecho a la identidad, así como el nombre, la nacionalidad, entre otros.

La filiación, da paso al parentesco, lo que genera que la relación paterno-filial no solo vincula al padre con su hijo, sino además con la familia del padre, como nieto, biznieto, sobrino, etc. de igual manera sucede con la relación materno-filial.

Baquiero y Buenrostro citados por Aguilar comentan sobre la filiación que: "...crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuáles la ley atribuye derechos o deberes entre los progenitores". (2017, pp. 97)

En atención a ello la filiación al ser la fuente generadora de deberes y derechos, da a origen a los alimentos, herencia, derechos como el nombre, permite el ejercicio de la patria potestad, tutela, y en el Derecho penal da origen a ciertos ilícitos penales infanticidio, parricidio y otros.

A la filiación a la que siempre hace alusión la ley es a la natural - la que de la relación íntima entre un hombre y una mujer que procrean, los vincula con su descendencia-, sin embargo ello no siempre va a suceder pues existen otras formas de procrear como en el caso de las técnicas de reproducción asistida, donde no se da específicamente una filiación natural, es por ello que conforme a la doctrina existen otras formas de filiación como las que veremos a continuación.

2.6.1. Filiación Biológica

Se dice que la filiación debe coincidir con la identidad biológica, es decir vincular al generante y generado, por tanto no habría duda sobre la relación paterno/materno filial, y si en el caso hubiese sería superable con un examen de ADN, sin embargo la relación va más allá hasta los parientes consanguíneos de los padres. (Aguilar, 2017)

Pero ello no siempre sucede pues no siempre la procreación se dará por las relaciones naturales íntimas entre los padres, pues por padecimientos físicos, ello no puede ser, por ello recurren a las TERAS.

En el caso de la filiación biológica en las TERAS se dará en la inseminación artificial homóloga, y en la fecundación in vitro homóloga. (Aguilar, 2017)

2.6.2. Filiación Legal o Jurídica

Es aquel lazo que une al padre y madre con el hijo ante la ley. Este tipo de filiación es la que acoge nuestro código civil, pues parte de la base de la presunción *pater is quem nuptiae demostrant* (padre es quien las nupcias demuestran) es decir los hijos dentro del matrimonio, y así si la mujer es casada y da a luz a su hijo a decir de la ley se reputara padre al marido de esta, pues está en relación a los deberes que involucra el matrimonio sin embargo ello no significa que siempre será así pues la realidad puede no corresponder, en el caso mediante la impugnación de paternidad esta presunción decae. Sin embargo en el caso de las Técnicas de reproducción la situación varía dependiendo el caso. (Aguilar, 2017)

2.6.3. Filiación Social

Es aquella en la que, el hijo no es biológicamente hijo del que se comporta como padre, pues ha sido corroborado con el examen respectivo; más aún este se desempeña como tal asumiendo responsabilidades, que le son beneficiosas para el hijo. Este tipo de filiación ha partido del principio de Interés superior del niño. (Aguilar, 2017)

2.6.4. Filiación Matrimonial

Es fácil llegar a su definición pues su nombre nos dice mucho (la que se da con el hijo que ha nacido dentro del matrimonio de sus padres) pero va más allá pues como primer punto se deberá tomar en cuenta dos tiempos, la concepción y el nacimiento, que puede que no se den durante la vigencia del matrimonio, es decir puede que el hijo haya sido concebido antes de las nupcias pero ha nacido durante este, o que haya sido concebido durante este, pero nacido a su extinción; y como segundo punto como se dijo antes, el que el hijo nazca dentro de este no significa que el padre sea el cónyuge. (Aguilar, 2017)

Ahora sobre la filiación en los procedimientos de fecundación artificial, todo el concepto sobre filiación cambia, pues no se puede aseverar a simple vista si se está frente a una legítima relación materno o paterno filial; siendo que en la filiación el Derecho es independiente de la Biología pues el

primero incorporara otros elementos además de la genética como afectivos, volitivos, culturales y formales.

Actualmente en la procreación asistida se habla de una *filiación por voluntad procreacional*, similar a la filiación social o socioafectiva como también la llaman, pero aun la doctrina no la usa, por tanto el tipo de filiación que surge de la fecundación artificial, la tratan de adaptar a los modelos ya existentes.

La filiación por voluntad procreacional, no se sustenta en la autenticidad genética, sino en una verdad formal (favor affectionis), pues la obligación de los futuros padres ha surgido de un consentimiento informado, afecto y deseo de los mismos, el cual no se puede desconocer, pues se ha otorgado, teniendo el conocimiento previo que se requiere para someterse a estos procedimientos. (Varsi, 2017)

El requisito elemental, principal en la cual se funda la filiación en las técnicas de reproducción asistida es en la voluntad procreacional, en el propósito de convertirte papá o mamá, independiente del rasgo biológico que pudiese tener su futuro hijo. Es evidente este tipo de filiación en los casos de fecundación artificial donde entran dadores, porque el cónyuge pese a saber que no ha contribuido con basto hereditario propio acepta y consiente a que su pareja recurra a cualquier procedimiento para así convertirse en madre del futuro niño.

Varsi nos dice que en las TERAS el tipo de filiación que surge se asimila a la de la adopción, pues en estas no importa el vástago biológico sino la voluntad de convertirte en padre de un hijo que no lleva tu propia sangre, y que es totalmente espontánea, basado en el afecto y consideración, convirtiéndolo en totalmente legítima. (2017)

Esa similitud es totalmente aceptable pues en la institución jurídica de la adopción la ley reconoce como padres a aquellos que han cumplido con ésta condición considerándolos como tales, pues nace de su voluntad; por tanto en las técnicas de reproducción medicamente asistida, debe suceder algo similar pues se asemeja esta, cambia solo el hecho de que aquí se ha hecho uso de la ciencia y la tecnología para lograrlo, sin embargo todo ello da surgimiento a la consolidación de una verdadera familia.

2.7. Riesgos, problemas y soluciones

2.7.1. Para la Criatura

Uno de los problemas está relacionado a la filiación, en los casos en los que el material génico del padre o la madre ha sido donado por un tercero. Se destruye una serie de presunciones, debemos saber que la filiación impone deberes y responsabilidades frente al menor. Lo más adecuado, tomando en cuenta el bienestar del menor, sería reconocer a los padres que se encargaran del bebé como legítimos, pues son ellos quienes estuvieron interesados en traer a la criatura al mundo, para incorporarlo a su familia. Por tanto la/el donante, no tendrá vinculación legal ninguna con el menor, así se garantizara un para este. (Bossert, 1995)

2.7.2. Para el donante

Está en relación al proceso de selección de donantes, pues la pareja que se convertirán en padres, empezaran un proceso de selección de donantes, para ver cuál de ellos reúne las condiciones, y quién garantiza que el gameto no padezca de ningún mal, en ese caso, el donante tendrá derecho a que no se le practique exámenes y test médicos que le permitan al especialista detectar cualquier anomalía genética, física o psicológica en el donante, así como llevar a cabo los exámenes necesario para determinar las características del esperma donado. (Bossert, 1995)

Así también no se deberá establecer su anonimato y la confidencialidad de su identidad del/de la donante en el registro de Donantes, pues de tal manera se evitara casos de incesto; el donante siempre busca quedar en el anonimato pues tiene la creencia de los procesos judiciales que se pueda seguir en su contra, sin embargo como mencionamos precedentemente ello no será un problema pues el vínculo paterno filial del menor se entablar al padre que tiene la voluntad de procrear. Y se garantiza el derecho al niño de saber su origen genético o historia clínica de su progenitor(a).

Considero conveniente que una persona para convertirse en donante deberá poseer la mayoría de edad, de tal forma ya tiene

plena conciencia de los alcances, ventajas y desventajas de la donación para el posterior uso en una técnica de reproducción asistida, además de algún programa al respecto que pueda tomar.

2.7.3. Padres

En el caso de los padres, uno de los riesgos con los que estos pueden cargar, es que el niño fruto de la práctica de las técnicas de reproducción asistida, nazca con taras o problemas, aunque si bien estos no son por la práctica misma, sino por temas genéticos; estos deberán acreditar tener conocimiento y estar de acuerdo (consentimiento informado) con los riesgos que la utilización de estas técnicas traen consigo, por tanto deberán recibir apoyo psicológico, el mismo que deberá acreditar que se encuentran plenamente capaces de afrontar cualquier eventualidad. (Bossert, 1995)

2.8. Consentimiento informativo y previo

Conforme al manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos, el consentimiento informado se define en que:

...Consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los defectos de la misma y riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a estos procedimientos. La presentación debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coacción; el médico o especialista no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente. (Cieza, 2017, pp. 290)

Por tanto el consentimiento informado se refiere a la aplicación libre, consciente, voluntaria y expresa de los procedimientos de reproducción artificial medicamente asistidos por parte de los/las solicitantes.

CAPÍTULO III: MATERNIDAD SUBROGADA

Anteriormente la maternidad se daba por la propia naturaleza, por el parto, teniéndose así el principio romano *mater semper certa est*, pues anteriormente se

tuvo la creencia que madre solo existía una y era con exactitud la que paría, siendo que en la actualidad, con la maternidad subrogada o por sustitución, no es del todo cierto puesto que en nuestros días es posible que hasta cinco damas puedan participar en el desarrollo orgánico de generar un hijo.

Varsi nos dice así pues que puede haber una mujer que contribuye con el óvulo la que se conocería como madre genética; puede haber otra que lo gestó, hállese así pues de madre biológica; una fémina que potencie con su material genético al niño, es decir madre biogenética, teniendo así pues dos madres genéticas; una cuarta señora que lo adopte convirtiéndose en madre legal y por ultimo una quinta, quien lo instruya y alimente, madre social. (2013)

En el Perú no cabe el supuesto de los servicios de gestación subrogada, pues se podría decir que esta limitación se cimienta fundamentalmente en dos principios: en primer lugar por lo establecido en el Código Civil en el artículo 409, donde se señala que la maternidad se determina por el acto del parto y, en segundo lugar por la particularidad establecida en la Ley General de Salud en el artículo 7, donde se nos indica que para recurrir a las TERAS la condición de madre genética debe concordar con la de la madre biológica.

Ninguna ley, ni por lo menos la de salud, se ha manifestado sobre algún tipo de maternidad subrogada ni sobre la madre sustituta, sin embargo como veremos más adelante ya existe vasta jurisprudencia que reitera el hecho que si bien no está explícitamente escrito, no está prohibida, por tanto, su uso es totalmente legal, pero ello no significa que aún no sigan surgiendo problemas a su alrededor.

3.1. Antecedentes

Si retrocedemos un poco en la historia podemos ver que el problema de la infertilidad siempre ha sido un inconveniente pues en los tiempos anteriores a Jesucristo, y como en la biblia se puede ver en el libro de Génesis, los personajes de Abraham y Sara, además de Raquel y Jacob con sus sirvientas respectivas, y con el permiso de la ley, por medio de estas podían engendrar y tener hijos propios (Bustamante, 2017). Es decir ya hacían uso de la maternidad subrogada, no de las mismas formas en las que actualmente se pueden hacer uso pero si de la forma más incipiente. Es así pues que en la biblia se encuentra de la siguiente manera:

"y dijo Sara a Abram: «Mira, Yahveh me ha hecho estéril. Llégate, pues, te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos de ella.» Y escuchó Abram la voz de Sara."(Génesis 16: 2, La Nueva Biblia de Jerusalén)

"Vio Raquel que no daba hijos a Jacob, y celosa de su hermana dijo a Jacob: «Dame hijos, o si no me muero.» 2. Jacob se enfadó con Raquel y dijo: ¿Estoy yo acaso en el lugar de Dios, que te ha negado el fruto del vientre?» 3. Ella dijo: «Ahí tienes a mi criada Bilhá; únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas: así también yo ahijaré de ella.»" (Génesis 30: 1-3, La Nueva Biblia de Jerusalén).

Veamos algunos antecedentes que más se acercan a la maternidad subrogada, y otros que hablan propiamente sobre ella.

3.1.1. Antecedentes a nivel internacional

Estados Unidos

En 1985, el matrimonio Stern y Beth Whitehead acordaron un contrato de maternidad subrogada donde Beth aceptaba ser inseminada artificial con el esperma de William Stern y se obligaba a entregar al bebé una vez nacido a cambio de la suma de diez mil dólares, se sometía a amniocentesis y de detectarse anomalías en el criatura, se sometía a un aborto, o no se le pagaría lo pactado. En marzo de 1986, Beth Whitehead dio a luz a una niña de que la llamarón Melissa, entregándola a los Sterns, quienes le otorgaron provisionalmente y para su salud moral a la Sra. Whitehead, sin embargo pasados cuatro meses sin intención de entregar a Melissa, los Stern acudieron a un Juez, para obligar a Beth a entregar a la Bebé Melissa. En 1987, mediante orden judicial, se declaró la extinción de derechos maternos de Beth Whitehead. La Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey, pasados diez meses, declaró nula la adopción del matrimonio Stern restableciendo sus derechos a Beth Whitehead, declarando a Melissa como hija de Beth Whitehead y William Stern, fundándose en el interés superior del niño, la Corte decidió un régimen de visitas a favor de Beth Whitehead, pero la tenencia la ejercía el matrimonio Stern. (Varsi, 2014)

Italia

En Italia ocurrió un caso donde una mujer que quería convertirse en madre nuevamente, pues ya tenía una hija, pero por imposibilidad física por problemas de salud no podía, sus óvulos fueron fecundados con espermatozoides de su nueva pareja e implantados en su hija, dando a luz a su hermano, sin embargo en Italia al igual que muchas de las legislaciones Latinoamérica se considera madre a aquella que pare.

En el 2000 la utilización de la maternidad subrogada se hacía previa autorización al tribunal Civil de Roma el cual autorizó a una pareja a hacer uso de la maternidad subrogada, - pues la mujer padecía de una malformación genital, y había congelado sus óvulos ya hace cuatro años -, y la madre portadora sería la amiga de la solicitante, durante este tiempo se dio pie a la petición alegando que se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacía cuatro años que estaban congelados. Sin embargo, en Italia, madre será quien ha dado a luz, por ello los padres solicitantes deberán adoptarlo y no deberá reconocerlo

En Italia la práctica de la maternidad por subrogación se encuentra prohibida por Ley N° 40 desde el 19 de febrero de 2004, sancionando incluso penalmente su utilización hasta con dos años de prisión además de una multa pecuniaria. (Varsi, 2014)

3.1.2. Antecedentes a nivel nacional

Casación 4323-2010 Lima

Esta casación resulta la primera jurisprudencia que mencionaba el término de maternidad subrogada, pues hacía una diferencia entre esta técnica y la ovodonación.

Recurso interpuesto por la doña María Alicia Alfaro Davila y la Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir, contra la sentencia de segunda instancia que fue emitida por la 6° Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaraba fundada la pretensión de nulidad de acto jurídico, y como argumento sostenían que dicho colegiado estaba interpretando de una manera incorrecta el

artículo 7° de la Ley General de Salud, pues estos consideraban que dicha ley prohibía el uso de la ovodonación, siendo que los recurrentes postulaban que si se permitía.

La Sala Permanente Civil de la Corte Suprema, declaro fundado el recurso concluyendo que la ovodonación al no encontrarse regulada no constituía delito por tanto su uso no era ilícito, siendo entonces que su uso era legal; y válido resultaba el acuerdo en torno a ella, y al haber nacido una niña producto de esta técnica, al ser sujeto de derecho merece protección legal.

El punto más importante en esta casación fue que hizo la distinción entre maternidad subrogada y ovodonación, sosteniendo de igual manera que esta no se encuentra reconocida en nuestro país. (Llauce, 2013)

Casación 563-2011 Lima

Es la primera resolución que emite la corte suprema sobre Maternidad Subrogada en el País el día seis de diciembre del 2011. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil Permanente, Casación 563-2011, obtenido del Sistema Integrado Judicial)

Así el matrimonio formado por don Giovanni Sansone y doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, con doña Isabel Zenaida Castro Muñoz acordaron la realización de la práctica de maternidad subrogada, donde doña Isabel debía ser fecundada con esperma correspondiente a don Giovanni, quien debía además entregar al niño una vez nacido, a cambio recibiría una contraprestación económica por el monto de \$ 18,900.00 dólares americanos.

Llegada la fecha nace una niña a la que llamaron Vittoria, quien biológicamente era hija de don Giovanni con doña Isabel, sin embargo al momento de registrarla, esta se hizo en favor de doña Isabel como madre y como padre figuraba su conviviente Don Paúl Frank Palomino Cordero, no figurando como tal el padre biológico.

Aunado a ello una de las complicaciones del caso fue además que el padre biológico de la niña, además resultaba ser su Tío Abuelo, por el parentesco por afinidad que le unía con la madre portadora,

pues don Paúl Frank Palomino Cordero, es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño.

Sin embargo, a los días de nacida la niña Vittoria, fue entregada a los padres comitentes, quienes iniciaron un proceso de adopción por excepción, de común acuerdo con los padres legales, para que se constituya filiación a favor de estos, pero durante el proceso estos deciden desistirse, pese a ello, el juez de la primera instancia y de la segunda declaran fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por Isabel y Giovanni Seoane.

No quedándose contentos con el fallo, los padres legales de la menor interponen recurso de casación, sin embargo, la sala determino que procedía la adopción por excepción, pues quien figuraba como padre en la partida de nacimiento era don Paul Frank, por tanto este el padre legal y demandante era tía de la niña, y por el interés superior del niño y a tener una familia, y el derecho de los padres recurrentes a ejercer la patria potestad, consideraron que la niña debía seguir viviendo con el matrimonio pues reunían las condiciones para el cuidado de la menor.

Valoraron además la conducta de doña Isabel y don Frank, pues renunciaron a su hija a cambio de dinero concluyeron “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial”, declarando infundado el recurso de casación, como consecuencia no casaron la sentencia. (Moran y Gonzales, 2013; García, 2014)

Exp. N° 06374-2016 Lima

En este proceso el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, ordenó al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, mediante resolución CINCO, la inscripción de los menores Luana Nancy y Caleb David Nieves Rojas fijando como padres a doña Aurora Nancy Ballesteros Verau y don Francisco David Nieves Reyes. (La Ley, 2017)

El caso se desarrolló de la siguiente manera el matrimonio conformado por Aurora y Francisco Nieves junto con los esposo

Evelyn Betzabé Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio firmaron un acuerdo de maternidad subrogada en el cual a esta última se le implantaría dos embriones con material genético del Sr. Nieves y de tercera persona (óvulos donados por tercera persona fecundados con esperma de don Francisco in Vitro), renunciando doña Betzabé y su esposo don Fausto César Lázaro Salecio a los futuros niños.

En noviembre de 2015 nacieron los niños Luana Nancy y Caleb David, sin embargo en su partida de nacimiento se consignó como madre a doña Betzabé y como padre a Don Francisco, pues está declaró que el padre de los menores no era su esposo. Iniciándose de tal forma un proceso de rectificación de partida de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se le declare como padre y la señora Ballesteros solicitó se le declare como madre, sin embargo RENIEC declaró improcedente, las solicitudes, impugnándolas las mismas bajo la vía del amparo.

El quinto juzgado especializado en lo constitucional de Lima declaró fundada la demanda y ordenó a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores Luana Nancy y Caleb David, debiendo consignársele los apellidos de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres. RENIEC interpuso recurso impugnatorio de apelación, siendo que la Tercera Sala Civil confirma la sentencia, simplemente sólo revoca el extremo de la condena del pago de costos procesales, y reformándola, exonera a la entidad pública el pago de costos procesales. (Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, Expediente 6374-2016, obtenido del Sistema Integrado Judicial)

3.2. Definición

La maternidad subrogada es aquella en la que una mujer acepta ser fecundada con material genético del esposo de otra mujer, concibiendo y gestando al niño que una vez nacido entregará al matrimonio. (Varsi, 2013).

Baffone, sostiene que cuando se habla de la maternidad por subrogación se apunta a “un contrato que, dependiendo de cada país y de las legislaciones

vigentes, puede ser de tipo económico o gratuito...quien se involucra voluntariamente en ese acuerdo se convierte en el titular de los derechos y deberes...conlleva vínculos por parte de los contrayentes”. (2013, pp. 452). Aguilar nos dice que es un

Convenio por el cual una mujer se compromete a alguien, a gestar en su vientre un embrión (óvulo fecundado en desarrollo, producto de la concepción hasta el tercer mes) fecundado in vitro, producto de la fusión con espermatozoides y un óvulo que puede o no ser el suyo y a entregar a la criatura una vez nacida. También se le conoce como madre subrogada, aquella que ha cedido su útero para la gestación de un embrión. (2017, pp 119)

Los también mal denominados “vientres de alquiler” han permitido en algunos países que personas solteras y que no tienen pareja alguna se conviertan en padres o madres, recurriendo a través de mecanismos contractuales a utilizar los órganos reproductivos de madres sustitutas para que alberguen en su seno a los nuevos seres, pero en nuestra realidad es mejor que sólo se aplique a matrimonios o uniones legalmente reconocidas para brindar una mayor garantía al interés superior del niño.

Valverde nos dice que el embarazo por sustitución habitualmente conocido en la doctrina jurídica comparada como maternidad subrogada “acontece cuando una mujer se presta con contraprestación o sin ella a gestar y a alumbrar una criatura por cuenta de un matrimonio o pareja estable, quienes recibirán al niño luego del parto” (2001, pp. 100), además nos dice que en el embarazo por subrogación cabe tres posibilidades:

- A. Que la madre gestante aporte su óvulo, de modo que es fecundado mediante inseminación de espermatozoides del padre comitente;
- B. Que ésa fecundación se realice in vitro y luego el embrión sea transferido;
- C. Que la madre gestante se limite a poner su útero para recibir un embrión en cuya formación de ningún modo ha intervenido. (pp. 101)

3.3. Tipos

Leonseguí sostiene que en cuanto a las modalidades en las que puede darse la maternidad subrogada se encuentran los siguientes supuestos y todas estas combinaciones dan lugar al fenómeno de la maternidad subrogada:

- a. La pareja solicitante aporta su material genético.
- b. La pareja solo aporta el semen del varón, mientras que la mujer sustituta lleva a cabo la gestación y aporta su óvulo.
- c. La pareja solo aporta los gametos de uno de ellos e interviene en la descendencia una cuarta persona, es decir, los donantes de óvulos o semen respectivamente.
- d. La pareja solicitante no aporta gametos y se involucran en el posible acuerdo cuartas y quintas personas (los donantes de semen y óvulos). (1994, pp. 323)

Diferente menciona Varsi pues dice que la maternidad subrogada puede realizarse de innumerables formas: Madre portadora, Madre Sustituta, Ovodonación y Embriodonación. (2014).

Siendo el primer caso la mujer genera óvulos, pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica, es un caso sólo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. En el segundo caso, la mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral.

En la Ovodonación, la mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Y en la embriodonación, el problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay diferencias ováricas y uterinas y el hombre es infértil por lo que deberá buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.

En la crioconservación se paraliza deliberadamente el proceso vital para reemplazar el vientre materno por un envase de nitrógeno líquido a 196 bajo

cero, su congelación se ha realizado para evitar su desecho o descomposición, sin embargo la crioconservación de embriones, debe prohibirse por principio, solo en casos excepcionales ha de permitirse siempre que se otorguen todas las seguridades a los embriones.

3.4. Problemas alrededor de la maternidad subrogada

La propia legislación aún no ha logrado regular estas prácticas que por ser ajenas al procedimiento reproductor usual y ordinario han encontrado no pocos detractores, aunque en este caso, una vez más las consideraciones de tipo religioso o incluso filosófico han jugado un papel determinante.

En cualquier caso, será la jurisprudencia la que se encargara de establecer si dentro del libre desarrollo de la personalidad, esta tiene derecho a una paternidad irrestricta incluso con apoyo de la ciencia más allá de los convencionalismos que impone la vida matrimonial. Desde luego que en este caso podría haber otro tipo de implicancias como posibles afectaciones morales y psíquicas a los futuros vástagos que requerirían de un más amplio debate, y siempre ponderando los pro y los contra de cada situación en particular. (Pestaña, 2009, pp.72)

Uno de los tantos problemas que siempre girará en torno a la maternidad subrogada, igual que en las TERAS es la filiación, pues en nuestro ordenamiento jurídico como se dijo al principio la maternidad en el Perú siempre será cierta pues está determinada por el parto, *principio mater Semper certa est*, al respecto tenemos que esta institución jurídica proviene del antiguo derecho romano, habiendo sido adoptada por el Perú por ser una institución en la que no había mayor conflicto pues en el resto del mundo siempre se ha tratado a la maternidad como una certeza pues el parto no dejaba duda alguna, siempre el problema giro sobre la paternidad, siempre la duda iba por ese lado.

Con las TERAS todo el concepto sobre la paternidad y maternidad cambia, pues ya no todo será dado por el aspecto biológico o genético; por tanto el adoptar una institución jurídica no significa que ella deba ser permanente, pues todo cambia, todo se actualiza y en ciertos casos significa una mejora

pues utiliza los recursos provenientes de la ciencia y la tecnología que antes resultaba impensable. (Torres, 2017)

En el caso de la maternidad, se asumía madre quién da a luz, pero en la maternidad subrogada, en la que la futura madre puede que haya otorgado su óvulo, así como también puede que no, pues puede ser uno donado por tercera persona, o puede que esta gestante pero el embrión genéticamente no es suyo; en estos casos ¿La figura seguirá siendo igual?, ¿Se seguirá considerando madre a la que gestante? ¿Quién es la madre? vemos pues que las cosas desde esta realidad cambia.

Así pues Aguilar, dice sobre la presunción sobre la maternidad dada por el parto, que no deberá ser una norma absoluta (2017); pues siempre habrá casos por ejemplo en la maternidad subrogada, donde la madre gestante pudiera ser un familiar o amistad cercana, que por fines altruistas, colabora en la gestación, y donde la futura madre ha aportado su óvulo, pues por razones físicas no puede gestar; por ello mediante el encargo se llevó a cabo la gestación y por fin podrá convertirse en mamá pero al nacimiento del menor no podrá tener derecho alguno sobre él por esta presunción por tanto resultaría un tanto injusto.

Así también, la falta de una normativa, significaría que la práctica no está sujeta a las leyes de un país, y por lo tanto no es posible apelar a la ley en el caso de una disputa entre la madre subrogada y la pareja solicitante, también significaría fingir y pensar que la subrogación no existe, y como consecuencia asumir una posición ambigua, y por lo tanto resolver caso por caso, mediante criterios diferentes que en su gran mayoría se enfocan en la tutela del niño. (Baffone, 2013)

Otro de los problemas que tiene la maternidad subrogada es que se piensa que genera esclavitud y una situación de indignidad para las mujeres que la ejercen, pues existe la creencia que hay un aprovechamiento económico de la situación económica de estas por parte de los padres solicitantes que ejercen una posición dominante en cuanto poseen los recursos económicos para realizar todo el procedimiento.

Así tenemos que en el caso de los padres solicitantes que aporten su material genético, el embrión que se implantará luego en la mujer subrogada,

pertenece a los primeros, en ese caso, la segunda no tendría derechos sobre él, y así pues la mujer sustituta sólo presta sus servicios por decir de alguna manera, como lo dice Cieza vende su trabajo, sus servicios de gestación, los cuales son similares a otros servicios ofrecidos por las mujeres que transfieren a otra persona un uso limitado de sus cuerpos en los contratos de trabajo hállese así niñeras, modelos, actrices, mucamas, soldados de carrera, etc. (2017). Por tanto no se puede equiparar la subrogación con la esclavitud, ya que no hay indicios de alienación de la voluntad que es característica en la esclavitud.

Por tanto la posibilidad de que las mujeres consideren ofrecer un servicio mediante la utilización de una parte de su cuerpo (útero) y en otros casos no solo su útero sino además sus gametos, se sostiene que:

...no ven que la mujer no está tratando su cuerpo como una mercancía por el simple hecho que ella no está vendiendo un pedazo de sí misma. Ella está haciendo un “trade-off”, ofreciendo un servicio usando una parte de su cuerpo (Su útero, pero ella podría usar su mano o su cerebro también) para obtener algo que es más valioso para ella...no es una persona que vende productos en un mercado; ella es más bien alguien que ha clasificado sus prioridades en la vida de tal manera que para lograr su objetivo más importante de la manera más eficiente...es un indicio de que se trata de una cuestión de valores y objetivos subjetivos. Para muchas mujeres, el costo de la subrogación puede ser enorme y simplemente no vale la pena. Para otras mujeres, este costo puede ser mínimo en comparación con las opciones que prefieren tener y que valoran más. Cualquier intervención del gobierno en este cálculo ultra-subjetivo conducirá a las mujeres a decisiones subóptimas sobre sí mismas y, por lo tanto, las dañará. (Wertheimer citado por Cieza, 2017, pp. 92)

Si bien se piensa que las mujeres en extrema pobreza son las “esclavizadas” por otras mujeres o por un sistema que las obliga a perder su dignidad a cambio de la posibilidad de sobrevivir, nos ponemos a pensar que

si bien las mujeres en situaciones de extrema pobreza pueden ser marginadas, cuando se someten a este acuerdo, pues la maternidad puede ser unilateral sólo ellas aceptan; los factores por lo que se da no es por la figura en sí, sino que puede ser como en el caso de la India hay una oferta considerable de madres de alquiler y el precio de sus servicios se devalúan en el mercado, o hay una falla en el contrato que refleja una falla en el mercado, por tanto nos hacemos la interrogante si conviene seguir dejando así esta realidad u ordenarla y ponerla a raya, porque ojo la falta de pronunciamiento es lo que origina que se produzcan estas situaciones y continuar de la misma manera solo agrava el problema.

Otro de los problemas es ¿Qué pasa si la subrogante se echa para atrás? como popularmente se dice, existe la teoría denominada “promesa de confianza” la cual establece que si la madre sustituta ha tomado la decisión y ha aceptado la oferta de los padres con voluntad procreacional, no puede renunciar o apartarse de lo aceptado contractualmente porque estaría contradiciendo la confianza que se ha depositada en ella y atacando la esencia del contrato.

Así pues los acuerdos de paternidad sustitutiva generalmente sirven para definir los deberes y derechos de los padres solicitantes y la madre subrogada; estipulan además que la sustituta será inseminada artificialmente, llevará al feto resultante a término y luego renunciara a sus derechos parentales; así como también en ciertos casos requieren que la sustituta se someta a pruebas físicas y psicológicas, entre otras; así las partes no entrarían en un contrato a menos que crean que es mutuamente beneficioso, y los beneficios no se pueden realizar a menos que este sea ejecutables, y al ser este tipo de contratos uno de confianza, sus tres pilares son la confianza, el compromiso y la autonomía individual, contando con una obligación moral que hace las promesas irrevocables.

En todo caso una forma de evitar que la sustituta revoque su decisión es otorgando un periodo para “tomar conciencia” de la decisión que está tomando. (Cieza, 2017) Esto implica que un periodo de reflexión impuesto por muchas legislaciones, para las mamás que dan en adopción a sus niños, pudiendo aplicarse análogamente al caso de las madres sustitutas lo que les

permitirá la oportunidad de entender las consecuencias de su decisión (consentimiento informado), además de garantizar que no se adoptaran medidas que perjudicarían a la madre sustituta

3.5. Legislación Comparada

Muchas legislaciones aceptan el uso de la figura de la maternidad subrogada como es el caso de EE.UU, en los Estados de California e Illinois, en el que se permite el uso, mediante la modalidad de contrato en el cual la madre sustituta se obliga a entregar al niño que gesta al parto a una pareja quienes se reputarán padres de allí en adelante, a cambio de una retribución económica, en estos casos siempre debe haber un pago razonable de por medio para la validez del contrato, permitiéndose la reducción judicial si fuera excesiva. En los Estados de Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregón y Pensilvania intentan prohibir la maternidad subrogada la que se lleva a cabo de forma comercial y lucrativa. California, Illinois, Carolina del Sur y Jersey, exigen estar casados a los futuros padres,

En otros como Irlanda y Dinamarca se permiten mientras la madre sustituta no sea remunerada. En Bélgica poseen dos Leyes respecto a TERAS la primera del 2007 Ley de procreación médicamente asistida y de destinos de embriones y Ley relativa a la investigación en los embriones in vitro del 2003 y al igual que el caso anterior se permite la maternidad subrogada. En Inglaterra, se permite el uso de la maternidad subrogada siempre y cuando sea con fines altruistas, el Reino Unido, elaboro una ley especialmente destinada a reprimir el posible trafico lucrativo en torno a estas prácticas (Surrogacy Arrangements Act de 1985), prohíbe cualquier actividad de persona física o jurídica de mediación lucrativa entre quienes podrían ser partes en los contratos de maternidad subrogada, pero no castiga a los particulares a la madre sustituta o los que recibieron sus servicios, aun cuando haya mediado dinero, se trata de impedir el lucro organizado pero no el embarazo por sustitución.

En México, en su Código Civil se establece el derecho reproductivo que tienen los ciudadanos y además el derecho de recurrir estos a las TERAS. En el Estado de Tabasco se permite la praxis. La regulación de esta figura en el Estado de Tabasco se encuentra en su propio Código Civil, pero su uso solo

está habilitado para los ciudadanos mexicanos, no a los extranjeros, por lo que estos no pueden recurrir a este país para la utilización de la maternidad por subrogación.

En el estado de Sinaloa a diferencia de los otros estados mencionados anteriormente, éste en su código familiar, habla sobre la reproducción humana asistida, técnicas de reproducción y maternidad subrogada. (Martínez, 2015)

En el caso Uruguayo, este país vecino tiene dos normas que regulan las TERAS, por un lado la Ley N° 19.167 de TERAS del año 2014 y Decreto N° 84/015 que es el reglamento de la primera (Cieza, 2017), y en lo que respecta a la maternidad subrogada, señalan que son nulos los contratos a título oneroso para la gestación en útero de otra mujer, se exceptúa cuando la mujer no puede gestar debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien en el caso podrá hacerlo con un familiar hasta segundo grado de consanguinidad o de su pareja.

Similar situación presenta el país Brasileño, en el cual solo existe la ley N° 11.105 del 24 de marzo del 2005, de normas de seguridad y mecanismos de fiscalización de actividades relacionadas con organismos modificados genéticamente, (Cieza, 2017) donde la gestación por sustitución pueden llevarlos a cabo cuando hay alguna imposibilidad o contraindicación al embarazo en la mujer solicitante, teniendo que ser la madre subrogada familiar hasta el 2° grado y en otros casos dependerán de autorización del Consejo Regional de Medicina, excluyéndose el carácter lucrativo.

En Rusia se permite la gestación por sustitución mediante Ley Básica siendo N° 5487-1 sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, así establece las situaciones en las que se deberá realizar y determina que personas estas vedadas de realizarlos es el caso de las solteras y homosexuales. En Canadá se permite la maternidad por subrogación siempre que sea con fines altruistas, cuentan con la Assisted Human Reproduction Act. En Grecia se permite la maternidad subrogada, solo para sus nacionales, cuando no se pueda gestar, mediando contrato, requiere que la madre gestante como la biológica sean residentes griegas, existen dos

normativas vigentes Ley 3089 y Ley 3305 del 2005 que regula la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida

En Ucrania se encuentra regulado la maternidad subrogada homóloga, es decir aquella en la que material genético corresponde a los padres solicitantes, y por lo tanto por lo menos el papá solicitante deberá contribuir con el elemento genético, para que el crío nacido bajo este procedimiento sea genéticamente propio, estando la gestante sustituta impedida de exigir la maternidad del recién nacido. (Gutierrez, 2016)

En India existe la Guía ética para la investigación Biomédica y la participación de los seres humanos publicado en 2006 por el Consejo Indio de la Investigación Médica (ICMR); en 2010 el Ministerio de Salud creo un documento llamado Guía para la reglamentación de la Reproducción Asistida, estos documentos permiten la realización de las TERAS, entre ellas la maternidad por subrogación. No es un contrato gratuito y la compensación económica es equivalente a lo que pudiera ganar la gestante o su marido en nueve años. (Cieza, 2017)

En Colombia, Chile y Ecuador, no existe Ley sobre TERAS, por tanto mucho menos sobre la maternidad subrogada, existe un vacío normativo en el Tema.

Por otro lado están aquellos países donde la maternidad subrogada o cualquier pacto sobre ella por ley se encuentra prohibido, como es el caso de España, Italia, Francia y Alemania; en Alemania la Ley Alemana de protección del embrión Ley N° 745/90 del 13 de Diciembre de 1990 regula la utilización del embrión en diferentes técnicas pero no permite la maternidad subrogada. En Francia mediante el artículo 16-7 del Código Civil se prohíbe la maternidad subrogada, pues todo convenio al respecto será nulo. En Italia mediante Ley de Procreación Asistida 40/2004-2004 se prohíbe la maternidad subrogada, inclusive se pueden imponer multas o penas privativas de hasta dos años. En España mediante Ley 14/2006 se regula el tema de las TERAS, establece su modo de empleo y será para la prevención y tratamiento de enfermedades, y en su artículo 10° indica que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que 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...” (Cieza, 2017, pp.193), se imponen de igual manera sanciones para los responsables que infringen aquella Ley.

Marcial Rubio Correa, citado por Valverde señala que se debe rechazar los tipos de convenios que devengan de la maternidad subrogada, porque “produce una serie de fenómenos que atenta contra la base sobre la cual se han fundado las relaciones humanas en Derecho.” (2001, pp.106). Si bien la opinión del reconocido jurista es válida, con la cual se concuerda en parte, en el sentido que estos tipos de contratos son nulos, porque no cabrían los supuestos del artículo 140 del Código Civil, más bien debería regularse y permitirse esta figura de manera altruista en Perú, para evitar así como en Reino Unido, la comercialización y aprovechamiento de personas naturales y jurídicas inescrupulosas, que ven en esta figura una suerte de ingreso económico.

Sin embargo Severino citado por Cieza sobre las motivaciones para la realización de la maternidad subrogada está el hecho que “...puede ser motivada por razones solidarias sin que medie contraprestación económica (solamente atendiendo a las necesidades de cobertura asistencial del embarazo y parto) y darse entre familiares o amigas muy estrechas o bien puede comprometerse bajo pausas contractuales como un servicio arancelado por el cual se acuerdan derechos y obligaciones para las partes” (2017, pp.77-78). Así también sostuvo “...quien encarga la gestación se coloca en una situación de vulnerabilidad, particularmente si, como en este caso, solo uno de los progenitores tiene vínculo biológico con el nacido, en el contexto de un marco legal que no regula la maternidad subrogada, exponiéndose a la extorsión económica y emocional de personas inescrupulosas y el sufrimiento que ello acarrea.” (Cieza, 2017, pp. 79)

La atribución legal de la maternidad, en el contexto de las nuevas tecnologías reproductivas no puede ser impuesta por cánones rígidos o formales, debe ser atribuida luego de un análisis en cada caso en concreto, analizando como confluyen los elementos involucrados: el dato genético, quien lleva adelante la gestación y quien ha determinado e impulsado todo este proceso, es decir, quien es la mujer que desea, proyecta y busca concretar la maternidad. (Demus, 2014, pp. 122)

Es así pues que desde nuestro modo de ver es esencial e imprescindible para la atribución de maternidad analizar por parte de los operadores de justicia, quien tuvo la indiscutible voluntad de ser madre, a través de sus actuaciones analizadas fácticamente, quienes tuvieron la voluntad conjunta de ser los padres a través de procedimientos como las TERAS.

Pasar por alto en el análisis jurídico la voluntad procreacional entendida como la expresión inequívoca de la voluntad procreacional, es cegarse, ponerse de lado ante el aspecto más importante y fundamental de la atribución de paternidad o maternidad en casos complejos.

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED) Hatziz citado por Cieza ha manifestado que:

El análisis económico del derecho contractual en particular, ha ofrecido una teoría respecto a cuales son las promesas que se deben cumplir. Con este enfoque, un contrato debe hacerse cumplir cuando mejora la situación de dos personas, sin empeorar la de una ¿Quién debe decidir cuándo y si las partes están en lo correcto? Las propias partes, que son los mejores jueces de su propio bienestar. Sus preferencias y sus deseos deben dominar cualquier tipo de intervención paternalista del ordenamiento jurídico, salvo en algunas raras circunstancias en las que las partes manifiestamente no están actuando racionalmente o cuando sus acciones tengan efectos negativos sobre terceros. (2017, pp.89)

Siendo ello así la justificación económica de una madre subrogada que necesita el dinero, o lo quiere hacer de forma gratuita y una madre subrogante que requiere la maternidad negada, y así pues cuando las partes en un contrato de subrogación llegan a un acuerdo sobre los términos del contrato, aparentemente todos ellos desean lo plasmado en él y en un momento dado será ejecutable, de lo contrario no se habría pactado.

Los solicitantes que desean tener niños y ven la subrogación como su única oportunidad para ser padres, y la madre sustituta que desea obtener una suma de dinero, porque tiene una familia o desea hacerlo gratuito, porque lo necesita; después de suscribir el contrato todos se sienten mejor pues han adquirido lo que necesitan y otorgan lo que valoraban menos.

Al no representar un factor significativo los intereses del menor en la maternidad subrogada, debería regularse y permitirse, pues no habrá confusión por quienes son los padres, y pues porque alguna complicación que surja en el proceso, puede surgir en cualquier gestación que se realice de forma natural, por tanto en el caso de los peligros que acechen a los niños en la gestación subrogacional se podrán evitar tomando las responsabilidades parentales normales.

CAPÍTULO IV: PLENA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre los derechos a la salud y a la reproducción nos dice:

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que “ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva. (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente)

La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”. La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo. (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 6). [*Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado*

Especializado en lo Constitucional. (21 de Febrero de 2017) Sentencia, Expediente 6374-2016, Sexto Considerando, pp.10]

Toda aquella persona que en su salud reproductiva padeciese de inconvenientes posee el derecho tratar medicamente sus contrariedades y tomar decisiones libres e informadas al respecto es así que el comité consuma que:

El derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona...; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad. (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 10). [*Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional. (21 de Febrero de 2017) Sentencia, Expediente 6374-2016, Sexto Considerando, pp.10]*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Artavia Murillo Vs. Costa Rica* resalta que:

La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona” de donde concluye la Corte que “... la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...” (Párrafo 143). Así también dispuso “el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho...” (Párrafo 146). [*Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica, Jurisprudencia de 28 de Noviembre de 2012]*.

En dicha jurisprudencia la CIDH establece un precedente de relevancia para toda Latinoamérica pues desarrolla todo lo que corresponde a los derechos reproductivos en la región.

El 19 de enero de 2001, nueve parejas que adolecían de infertilidad, presentaron una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Costa Rica, alegando la violación de derechos humanos, a raíz de la prohibición de la Fertilización In Vitro, que se permitía en Costa Rica hasta el año 1995, en el que la Sala Constitucional en el año 2000 declaró que era inconstitucional por vulnerar el Derecho a la Vida. La CIDH en la sentencia del 28 de noviembre de 2012 determinó que el Estado de Costa Rica era responsable por la violación de los derechos a la privacidad, la familia y la igualdad ante la ley de las 9 parejas que presentaron la demanda. Se consideró precedente muy importante dado que:

1) reconoció por primera vez que los derechos reproductivos son derechos humanos, pues se encuentran incorporados en la obligación de respeto y garantía de los derechos a la privacidad, a conformar una familia, a la libertad y la integridad personal; 2) fijó el alcance de la protección del derecho a la vida prenatal a la luz de la Convención Americana, determinando que la protección inicia con la implantación y no con la fertilización, que no se trata de un derecho absoluto sino gradual e incremental, de acuerdo al desarrollo de la vida y a los otros derechos involucrados, y que a la luz de la Convención Americana, el embrión no es una persona; y 3) estableció que la prohibición de servicios de salud reproductiva puede tener un impacto discriminatorio basado en i) el género, al considerar que los derechos del embrión deben prevalecer sobre los de la mujer, y al entender que la mujer es un instrumento de reproducción; ii) la discapacidad, dada la condición de salud e infertilidad de las víctimas; y iii) el estatus socioeconómico, dado que las personas que no tienen recursos para practicarse la FIV en otro país quedaron imposibilitadas para acceder a tratamientos contra la infertilidad.(Centro de Derechos Reproductivos, 2014, s/pp.)

La Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, en su sentencia del 21 de Febrero de 2017, Expediente 6374-2016 argumenta que a decir de la CIDH en el caso Artavia Murillo vs Costa Rica

A decir de la Corte “el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 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 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 (párrafo 150, énfasis agregado). [*Sexto y Sétimo Considerando*]

No fue hasta los años noventa que surgió la noción de derechos reproductivos, los que surgieron vinculados al control de la población a partir de las conferencias sobre Población y Desarrollo y sobre la Mujer celebradas en el Cairo (1994) y Pequín (1995). El párrafo 7.3 del Programa de Acción de la Conferencia de la ONU sobre población y Desarrollo reiterado por el párrafo 96 de la Cuarta Conferencia Mundial de la ONU, establecía que:

Los derechos reproductivos comprenden ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros documentos. Se centran en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y momento de tener hijos, así como de disponer de la información y de los medios para hacerlo posible, y del derecho de alcanzar el grado más elevado de salud sexual y reproductiva, que también incluye el derecho a tomar decisiones relativas a la salud sexual y reproductiva, que también incluye el derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción libre de discriminación, coacción y violencia, en los términos de los documentos de derechos humanos. (Farnós, 2011, pp.48.)

Hasta este punto hemos identificado aquellos derechos comprendidos dentro de los derechos reproductivos, y que están reconocidos en instrumentos internacionales antes mencionados como derechos fundamentales, pero no sólo están reconocidos dentro del Derecho internacional, sino dentro del Derecho nacional también, pues estos derechos reproductivos derivan de otros Derechos reconocidos desde tiempos inmemorables. Sin embargo deberían ser reconocidos explícitamente en nuestra constitución al ser derechos humanos, y como tales deben de estar allí.

El instituto interamericano de Derechos Humanos nos dice que para la plena realización de los Derechos Reproductivos los Estados tienen tres niveles de obligación: tienen que respetar el derecho, protegerlo y cumplirlo.

Respetar un derecho generalmente significa que el Estado no debe violarlo directamente y debe reconocerlo como derecho humano...Proteger un derecho significa promulgar las leyes y crear los mecanismos para prevenir su violación. Cumplir o garantizar un derecho significa adoptar las medidas necesarias y crear las instituciones y los procedimientos, así como la distribución de recursos, para permitir que las personas puedan gozar de un derecho. (2008, pp.68)

La obligación de garantizar o cumplir como se conoce “obliga a los Estados a adoptar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole que sean necesarias para la plena realización de los derechos reproductivos.” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, pp.68)

Según se dispone en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al que el Perú se encuentra suscrito nos dice: “Cada uno de los Estados partes se compromete a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, entonces los Estados tienen la obligación jurídica de adoptar las mejores medidas “deliberadas, concretas y encaminadas” a la realización de los derecho reproductivos para todas y todos.

Entonces hasta este punto podemos decir que el estado tiene una obligación de adoptar medidas legislativas para garantizar un derecho, en este caso el derecho a la reproducción, cuyo contenido contempla la capacidad de decidir sobre los medios para llegar a ese fin, sin embargo vemos que el Estado no está cumpliendo

al no reconocer legalmente la figura de la maternidad subrogada, y si bien se dice que éste debe adoptar medidas dentro de sus recursos para lograr la realización progresiva de ese derecho, La Ley 26842, ley general de salud fue publicada en el año 1997, es decir han pasado más de veinte años, sin que los legisladores se pronuncien sobre este tema, cuando tiempo más seguirá así, hemos señalado reiteradas veces que el Estado protege la familia por ser la célula básica de la sociedad, pero vemos que cuantas de estas se separan por no poder llegar a cumplir sus fines, como lo es la procreación, y si hoy en día existen métodos y técnicas de reproducción humana, que facilitan la vida de estas parejas porque el estado, no reconoce todos los supuestos que existen y modifica aquella condición que restringe entre ellas la práctica de la maternidad subrogada, como medio para llegar a la procreación.

1.3. Formulación del Problema

¿Cómo el derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su realización plena, constituye el fundamento para el reconocimiento legal de la maternidad subrogada. (Chiclayo, 2018)?

1.4. Justificación del Estudio

1.4.1. Teórica

La presente investigación tiene por finalidad dar a conocer el problema en torno a la Institución Jurídica de la Maternidad Subrogada, que no cuenta con regulación propia. Así pues, las técnicas de reproducción artificial cuentan en la ley general de salud con un sólo artículo, que permite la realización de estas prácticas siempre y cuando la calidad de madre gestante recaiga sobre la misma calidad de madre genética en la mujer, dejando al aire la posibilidad del uso de otros medios o técnicas reproductivas, entre ellas la maternidad subrogada.

1.4.2. Metodológica

El tema de la técnica de reproducción asistida consistente en la maternidad subrogada, pues si bien no se encuentra prohibida, en nuestro país, su falta de regulación legal crea un estado de incertidumbre jurídica para los padres, el niño y la mujer gestante que se someten a dicha técnica; consideramos que el legislador no ha tomado en cuenta que estas personas están ejerciendo un derecho reconocido por la Constitución de forma

genérica, pues se encuentra inmerso entre la gama de Derechos Humanos, el de la Reproducción Humana. De ellos se derivaría el derecho de disponer de los medios para que ésta se realice, pero aún no se regula formalmente. Se tendría por tanto un derecho humano declarado sin derecho a su ejercicio y pleno goce, por tanto lo que se pretende a través de este estudio es coadyuvar a la solución de esta dicotomía jurídica; esto es, que se reconozca la maternidad subrogada.

1.4.3. Práctica

Pues, la regulación de la Maternidad Subrogada contribuirá en el logro de la procreación como fin supremo de la familia; esto es, dispensará un medio para aquellas parejas que por razones de infertilidad no pueden ser padres de manera natural, que puedan tener descendencia, y logren así la perpetuación de la especie. Esta técnica de reproducción –consideramos- se deberá limitar a matrimonios y uniones de hecho propias, con una unión estable y duradera, en aras de proteger al niño que será fruto de esta familia y su derecho a crecer en el seno de la misma, a tener un padre y una madre, pues se propone el reconocimiento legal de maternidad subrogada como extensión de la consumación del matrimonio, la prolongación de la especie, y la realización de uno de los derechos reproductivos, el de utilizar todos los medios para su reproducción.

1.4.4. Contribución

El interés que nos avoca para efectuar este estudio, es por cuanto consideramos que el Derecho no debe ser un obstáculo de la Maternidad subrogada, por el contrario debe ser el medio y para facilitar su uso, por tanto debe regularse y reconocerse legalmente el uso de la maternidad subrogada, habida cuenta que las limitaciones físicas de infertilidad o esterilidad no deben impedir la concepción, gestación y alumbramiento en tanto que la ciencia pueda superar estas limitaciones, así pues el Derecho no debe constituirse en un limitante para el desarrollo de la Sociedad, por el contrario debe instituirse en un medio para el logro de sus fines.

1.4.5. Relevancia

Consideramos de vital importancia el presente trabajo de investigación, debido a que se orienta a determinar qué la realización plena del Derecho

Reproductivo, se constituye en el fundamento para el reconocimiento legal de la Maternidad Subrogada a través de la disponibilidad de los medios que posibilitan la reproducción humana. Por ello, la conceptualización del Derecho reproductivo, derecho que se desprende de los derechos constitucionales tales como la dignidad humana, libertad y entre otros, expresados por nuestra la Carta Magna, delimitarán los alcances conceptuales y prácticos de la plena realización del derecho reproductivo.

Esta investigación analizará a la figura de la maternidad subrogada como técnica de fecundación artificial, contrastada con el marco normativo nacional vigente y así también se propondrán ejemplos de legislaciones donde su uso está reconocido y permitido.

1.5. Supuestos u Objetivos del Trabajo

1.5.1. Supuesto del Trabajo

El Reconocimiento Legal de la Maternidad subrogada se encuentra fundamentado en el Derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su plena realización.

1.5.2. Objetivo general

Determinar que la realización plena del Derecho Reproductivo, se constituye en el fundamento para el reconocimiento legal de la Maternidad Subrogada a través de la disponibilidad de los medios que posibilitan la reproducción humana. (Chiclayo, 2018)

1.5.3. Objetivos específicos

- a. Conceptualizar el derecho Reproductivo, el cual se desprende de los derechos constitucionales a la dignidad humana y libertad, de la persona.
- b. Delimitar los alcances conceptuales y prácticos de la plena realización del derecho reproductivo.
- c. Estudiar a la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida.
- d. Contrastar el marco normativo nacional de la maternidad subrogada.

II. MÉTODO

2.1. Diseño de Investigación

El presente estudio consiste en una investigación que por su forma será APLICADA y por su régimen ORIENTADA, toda vez que se trata de resolver problemas de la realidad, en específico el de la Maternidad Subrogada en su contexto desarrollado en el marco introductorio del presente estudio.

El tipo de estudio según su alcance, en el que se basa la presente investigación es del tipo EXPLICATIVA, pues “se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta o por qué se relacionan dos o más variables”. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, pp.95). Se ha establecido este tipo de investigación, pues las investigaciones del tipo explicativas son más organizadas pues envuelve los propósitos de los otros tipos de investigación según su alcance, es decir la descripción, exploración y correlación o asociación (Hernández, Fernández y Baptista, 2014), además porque se intentará dar respuesta y proponer una solución a los efectos que causa el fenómeno estudiado,

Se ha establecido el enfoque CUALITATIVO, pues las investigaciones cualitativas “se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar, describir y luego generar perspectivas teóricas), van de lo particular a lo general” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, pp.08), estudiar un fenómeno, sacar conclusiones y luego establecer una posible solución, cosa que caracteriza a las ciencias jurídicas y ciencias sociales.

El diseño escogido es el de ESTUDIO DE CASOS, así pues Pérez nos dice que este método consiste en “la búsqueda de soluciones a través de la discusión y el análisis de un problema dentro de un grupo, bien sea de carácter real o simulado” (2004, pp. 81) se entiende que este diseño busca Indagar en profundidad el fenómeno bajo estudio lo que nos permitirá extraer conclusiones de fenómenos reales en el contexto ya citado, para lo cual se recurrirá a diversas fuentes de investigación, tanto teóricas como prácticas, en especial el conocimiento de las perspectivas y versiones que sobre el tema nos pueden dar los Doctrinarios destacados en el tema de investigación, y Abogados, así como del estado actual del arte en que se haya la temática investigada a través del estudio.

2.2. Métodos de Muestreo

Antes de seleccionar una muestra, en primer lugar se debe establecer cuál será nuestra unidad de análisis, quien es quien tiene nuestro dato (una organización, una comunidad, etc), para luego demarcar nuestra población.

Se tiene a la población como “el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones.” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, pp. 174)

La muestra “es un subgrupo de la población de interés sobre el cual se recolectarán datos, y que tiene que definirse y delimitarse de antemano con precisión, además de que debe ser representativo de la población.” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, pp. 173).

En las investigaciones cualitativas los tipos de muestreo a los que se suele recurrir son los no probabilísticos o derivadas, pues investigador no requiere generalizar las resultas de su tesis a una población más extensa. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014)

Al muestreo no probabilístico “también se le conoce como guiadas por uno o varios propósitos, pues la elección de los elementos depende de razones relacionadas con las características de la investigación”. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, pp. 386).

Por lo general son tres los factores que intervienen para “determinar” o sugerir el número de casos:

1. Capacidad operativa de recolección y análisis (el número de casos que podemos manejar de manera realista y de acuerdo con los recursos que tenemos).
2. El entendimiento del fenómeno (el número de casos que nos permitan responder a las pregunta de investigación, que más adelante se denominará “saturación de categorías”).
3. La naturaleza del fenómeno en análisis (si los casos o unidades son frecuentes y accesibles o no, si recolectar la información correspondiente lleva poco o mucho tiempo). (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, pp. 384).

Tamaños de muestra aproximado en las investigaciones cualitativas del tipo estudio de casos es “seis a 10 y si son en profundidad, tres a cinco.” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, pp. 385).

Sin embargo al tener como población 8283 abogados colegiados hasta el mes de noviembre de 2018, la muestra se establecerá en una proporción de acuerdo al número de elementos conformantes de la población, y así pues cuando un estudiante de pregrado que indaga sobre un tema en específico se ve limitado por distintos factores como tiempo, capital, territorio e otras dificultades y es que se ve pues en la necesidad de establecer una muestra por Conveniencia, atendiendo en el caso en concreto a que los abogados colegiados hasta el momento en el departamento de Lambayeque bordea los casi diez mil.

Así también se toma en consideración que se ha utilizado como unidades de la muestra aquellos abogados a los que se ha tenido fácil acceso, hállese así a los abogados que se encuentran realizando maestrías en el campus de nuestra casa de estudios, en la especialidad en la cual se está trabajando la presente investigación, así también el acceso a las unidades de análisis que se encuentran en el campo donde laboramos o de ser el caso realizamos nuestras prácticas pre profesionales, pues se encuentran en el lugar y momento adecuado, y dada nuestras condiciones de investigadores, el poseer escasos recursos económicos como temporales, es que nos vemos en la necesidad de aprovechar aquel acceso, y nos asegura un alto porcentaje de participación.

Es por las consideraciones antes expuestas que en el presente estudio se recurrirá al muestreo no probabilístico, por Conveniencia.

Es así que el muestreo por conveniencia “se refiere a recopilar datos de los sujetos de estudio más convenientes, o sea, recopilar datos de los elementos muestrales de la población que más convengan” (Naghi, 2013, p.188). Siendo Así ello, pues los abogados tomados para la muestra son aquellos cuyas especialidades generalmente son en materia de Derecho de Familia y Derecho Civil, pues tienen conocimiento del tema tratado.

Asimismo Vilca menciona que, “este tipo de muestreo es subjetivo. La selección de los elementos muestrales se deja a criterio o conveniencia del investigador o de quienes aplican el cuestionario. Se requiere que el investigador tenga conocimiento y acceso a los elementos muestrales” (2012, p.125-126).

Por tanto el presente trabajo de investigación la población tomada corresponde a todos los abogados Colegiados en el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque,

que bordea los 8283 hasta el mes de noviembre del 2018. Siendo la muestra objeto de estudio 105 abogados.

2.2.1. Escenario de Estudio

En la presente investigación, el escenario corresponde al Área jurídica, por lo que se realizará un cuestionario para determinar el grado de conocimiento sobre los derechos reproductivos y la realidad problemática de la maternidad subrogada.

2.2.2. Caracterización de los sujetos

En la presente investigación, se recurrirá a la opinión de 105 Abogados, tomados al azar, por ser ellos los conocedores del derecho y sus problemáticas y más aún de él vacío legislativo que existe sobre el tema de investigación sobre la maternidad por subrogación

2.2.3. Trayectoria Metodológica

El camino que se ha seguido para llevar a cabo la investigación científica, ha iniciado con la observación del fenómeno objeto de estudio, seguido de la respectiva revisión documental, hasta llegar al punto del planteamiento del problema con sus objetivos.

2.3. Rigor Científico

La base para la presente investigación científica se encuentra dado por la Ley vigente, teorías de los reconocidos juristas, doctrinarios especialistas en el tema de la maternidad subrogada, antecedentes de investigaciones del tema estudiado de abogados y futuros abogados que sirven para encaminar el objeto de estudio, siendo estos formalmente citados en el marco teórico y en las referencias bibliográficas para la demostración de la eficacia y confiabilidad, así como su autenticidad y credibilidad de las fuentes de investigación.

2.4. Análisis Cualitativos de Datos

En el análisis de los datos, la acción esencial consiste en que recibimos datos no estructurados, a los cuales nosotros les proporcionamos una estructura... Los propósitos centrales del análisis cualitativo son: 1) explorar los datos, 2) imponerles una estructura (organizándolos en unidades y categorías), 3) describir las experiencias de los participantes según su óptica, lenguaje y

expresiones; 4) descubrir los conceptos, categorías, temas y patrones presentes en los datos, así como sus vínculos, a fin de otorgarles sentido, interpretarlos y explicarlos en función del planteamiento del problema; 5) comprender en profundidad el contexto que rodea a los datos, 6) reconstruir hechos e historias, 7) vincular los resultados con el conocimiento disponible y 8) generar una teoría fundamentada en los datos. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, pp. 418).

Para el análisis de datos se recurrir a los métodos de observación, deductivo-inductivo, interpretativo así como también los distintos sistemas descriptivos que coadyuven a obtener resultados y evidencias para la demostración de la hipótesis, hablese así de representaciones gráficas, frecuencias .

2.5. Aspectos Éticos

En la presente investigación se ha tenido respeto a la propiedad intelectual y derechos de autor de las fuentes y antecedentes de investigación, libros, revistas, artículos científicos, tesis, etc. de las diferentes bases de investigación científica y repositorios, utilizados para el presente proyecto para ello se han citado y referenciado, distinguiendo las aportaciones de otros, de las propias. Cuidando siempre que las interpretaciones personales no se confundan con los hechos, determinando demás los límites de la investigación y no manipulando los alcances de la misma.

III. DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS

3.1. Presentación de los Resultados

Encuesta aplicada a Abogados del Colegio de Abogados de Lambayeque.

TABLA N° 1: IDENTIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

INTERROGANTE	POSICIÓN	FRECUENCIA	%
<i>I. De los siguientes conceptos ¿Cual, a su criterio, considera que identifica de mejor manera, la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida? Respondió la muestra lo siguiente:</i>	<i>A. Método de reproducción asistida en el cual el espermatozoide de un hombre y el óvulo de una mujer son unidos fuera del cuerpo, en un laboratorio</i>	18	17%
	<i>B. Se obtiene los óvulos de la mujer mediante transpiración vaginal de los folículos y posteriormente son inseminados en un laboratorio, poniéndolos en contacto con una concentración adecuada de espermatozoides y dejando que ellos mismos realicen todo el procedimiento de fecundación, como lo harían de forma natural en el interior de las trompas de Falopio.</i>	6	6%
	<i>C. Por maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro y para otro, se alude a la técnica de reproducción humana asistida en la que una mujer se obliga a gestar una criatura, renunciando a cualquier derecho sobre este, en beneficio de una pareja mediando bien contraprestación o no.</i>	29	27%
	<i>D. Práctica a través de la cual la mujer contribuye únicamente en la fase de gestación. Según esta modalidad, la pareja que encarga el niño proporciona el material genético. La gestante continúa con el</i>	45	43%

<i>embarazo, da a luz al niño y lo entrega a la pareja, renunciando a cualquier derecho sobre de éste.</i>		
<i>E. No sabe no opina</i>	7	7%
TOTAL	105	100%
Fuente: Encuesta aplicada en el mes de Octubre de 2018. Elaboración Propia.		

FIGURA N° 02

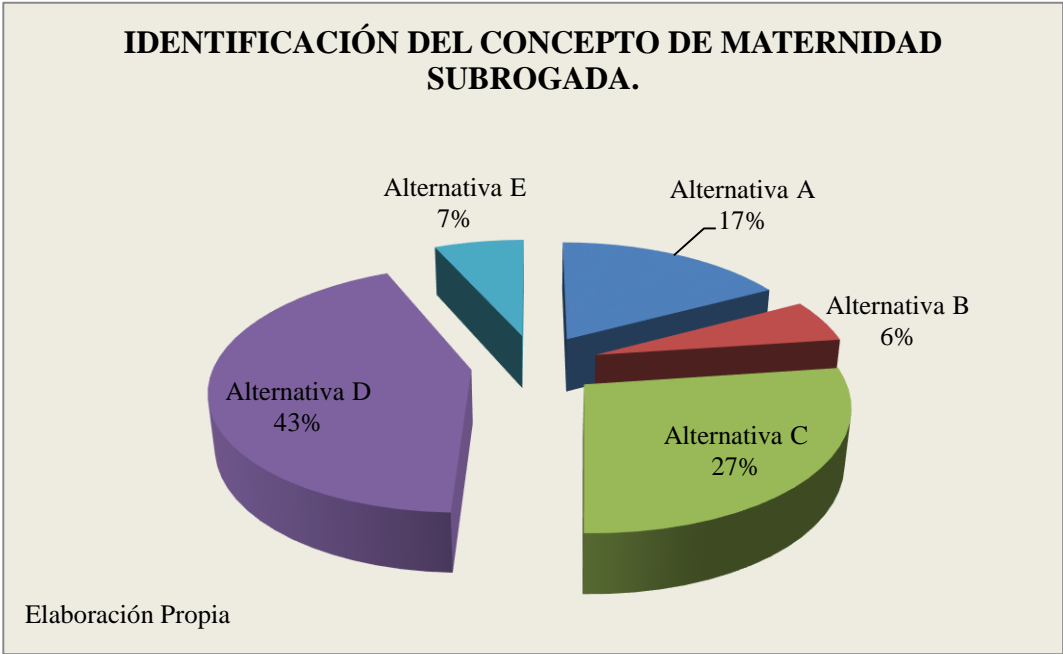


TABLA N° 2: PERMISIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

INTERROGANTE	POSICIÓN	FRECUENCIA	%
2...El uso de la Maternidad Subrogada como Técnica de Reproducción Humana Asistida, usted considera que:	A. Debería permitirse sin limitaciones.	21	20%
	B. Debería permitirse con restricciones.	80	76%
	C. No sabe/ No opina.	4	4%
TOTAL		105	100%

Fuente: Encuesta aplicada en el mes de Octubre de 2018. Elaboración Propia.

FIGURA N° 03

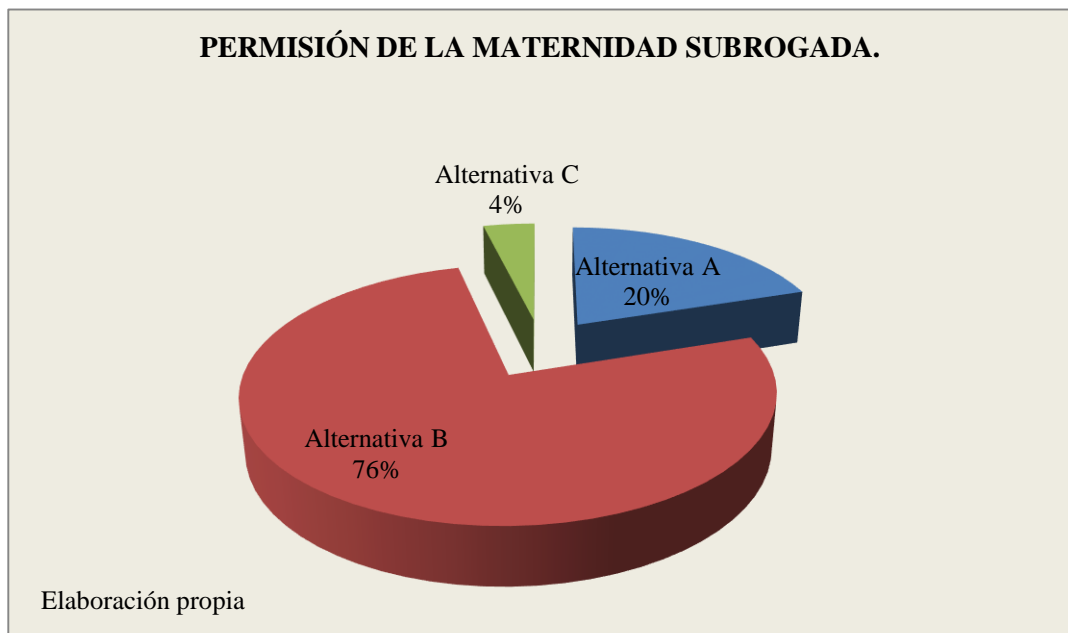


TABLA N° 3: REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

INTERROGANTE	POSICIÓN	FRECUENCIA	%
3... usted considera que debería ser materia de regulación legislativa en el Perú en:	A. El Código Civil	18	51%
	B. La Ley General de Salud	6	18%
	C. En una Ley de Técnicas de Reproducción Asistida	29	31%
TOTAL		105	100%

Fuente: Encuesta aplicada en el mes de Octubre de 2018. Elaboración Propia.

FIGURA N° 04

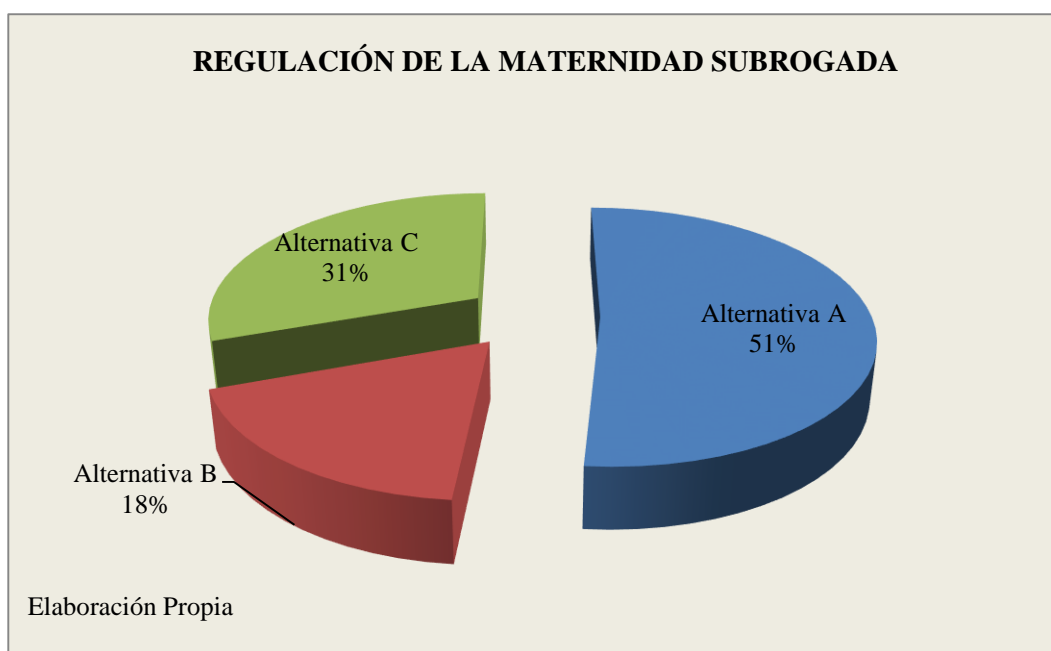


TABLA N° 4: CAUSAS PARA RECURRIR A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

INTERROGANTE	POSICIÓN	FRECUENCIA	%
4... a su criterio considera que se debería acudir a la Maternidad Subrogada en casos de (Puede marcar más de una):	A. Problema de fertilidad o esterilidad aunado al deseo de ser padre.	47	45%
	B. Liberalismos sociales, en los que se tiene el deseo de no interrumpir la profesión y el deseo de ser padre.	6	6%
	C. Deseo altruista de ayudar a otras parejas a convertirse en padres.	11	10%
	D. Para recibir una prestación económica.	2	2%
	E. No debería acudir a la maternidad subrogada.	3	3%
	F. No sabe/ No opina	6	6%
	A y B	1	1%
	A y D	3	3%
	C y D	8	7%
	A y C	12	11%
	A, B y C	2	2%
	A, C y D	4	4%
	TOTAL		105

Fuente: Encuesta aplicada en el mes de Octubre de 2018. Elaboración Propia.

FIGURA N° 05

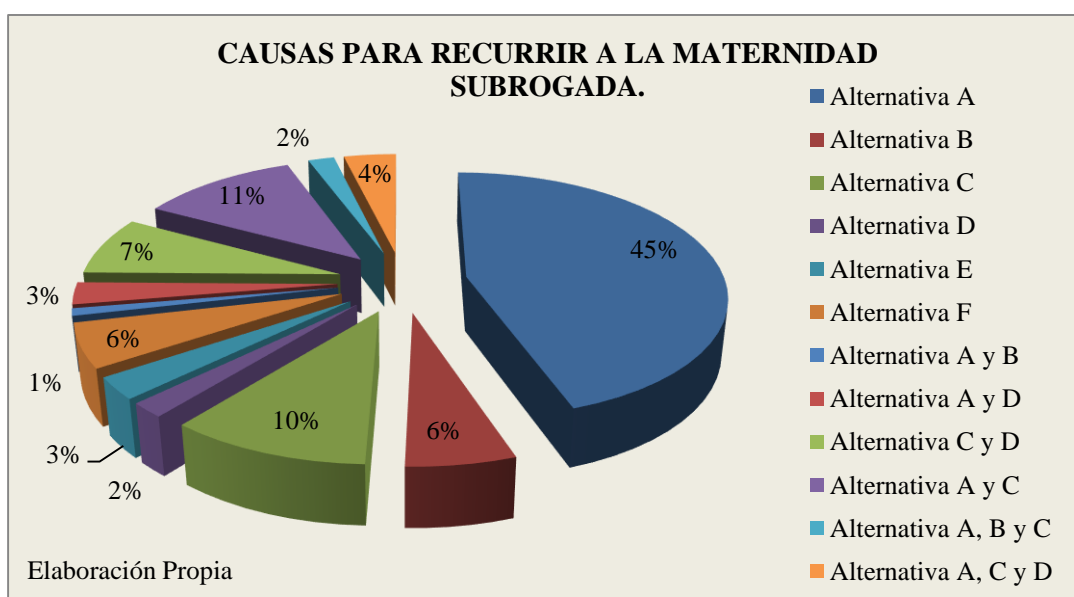


TABLA N° 5: FORMAS EN LAS QUE SE PUEDE REALIZAR LA MATERNIDAD SUBROGADA.

INTERROGANTE	POSICIÓN	FRECUENCIA	%
5. La maternidad subrogada a su criterio se puede realizar de qué forma(puede marcar más de una):	A. Madre Portadora	33	31%
	B. Madre Sustituta	15	14%
	C. Ovodonación	7	7%
	D. Embriodonación	13	12%
	A y B	2	2%
	A y C	19	18%
	A y D	2	2%
	C y D	1	1%
	B y D	6	6%
	A, B y D	1	1%
	B, C y D	1	1%
	A, B, C y D	4	4%
	Blanco	1	1%
TOTAL		105	100%

Fuente: Encuesta aplicada en el mes de Octubre de 2018. Elaboración Propia.

FIGURA N° 06

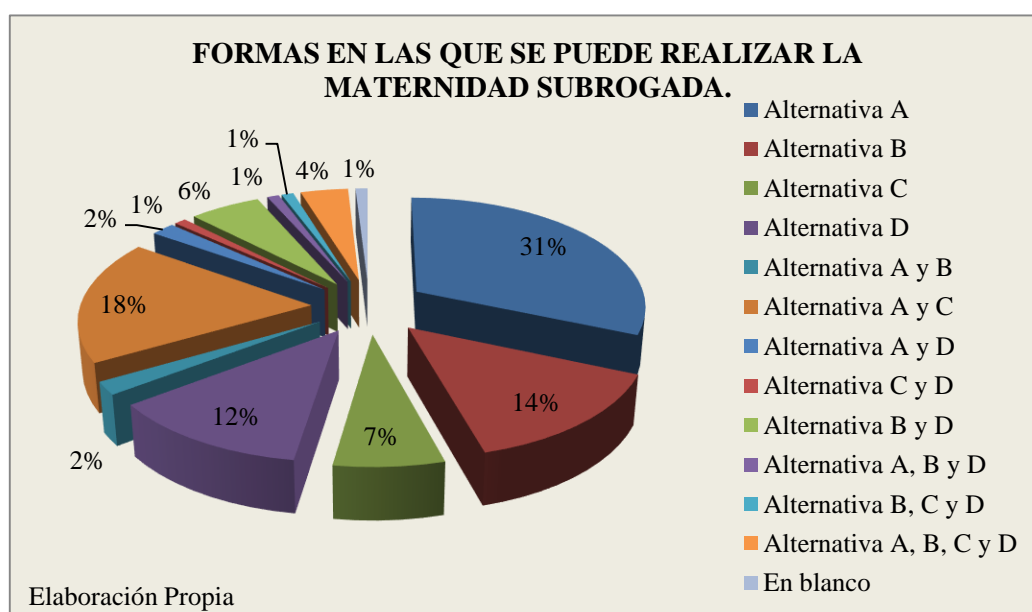


TABLA N° 6: FORMA(S) EN LAS QUE EL ACCESO A LA MATERNIDAD SUBROGADA DEBERÍAN REGULARSE.

INTERROGANTE	POSICIÓN	FRECUENCIA	%
6. Según su opinión en el Perú la regulación tanto como el acceso a la maternidad subrogada debería hacerse, de las siguientes, en que forma: I. Madre Portadora, II. Madre Sustituta, III. Ovodonación y IV. Embriodonación	A. Sólo I y II	22	21%
	B. Sólo III y IV	14	13%
	C. Sólo I	41	39%
	D. I, II, III y IV	27	26%
	Blanco	1	1%
TOTAL		105	100%

Fuente: Encuesta aplicada en el mes de Octubre de 2018. Elaboración Propia.

FIGURA N° 07

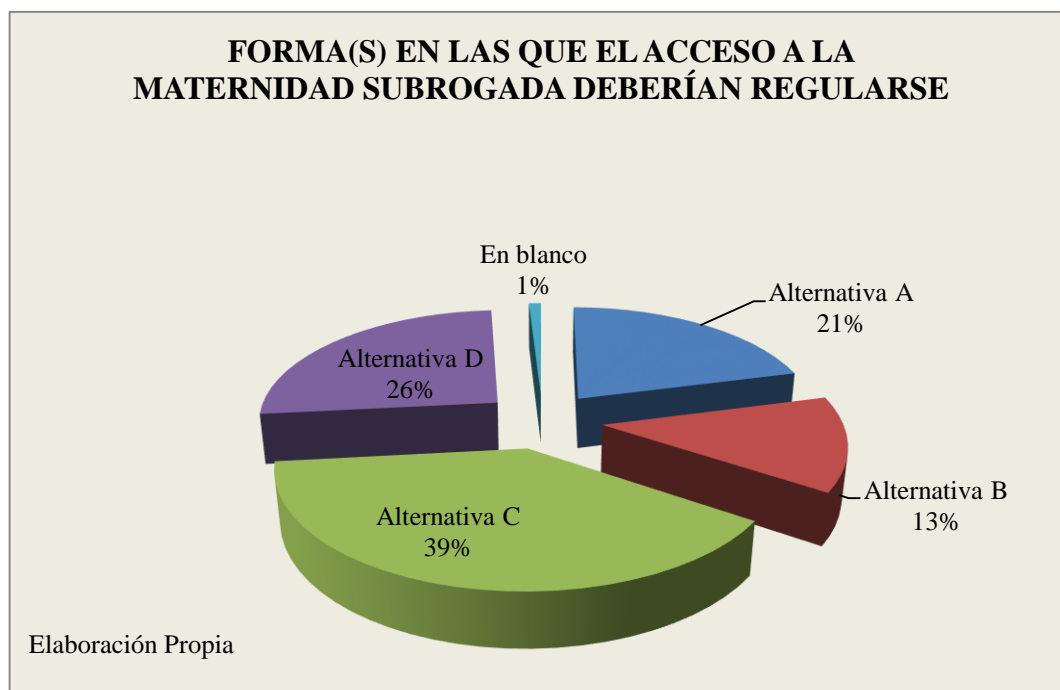


TABLA N° 7: TERAS QUE ENCAJAN EN LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 7° DE LA LGS.

INTERROGANTE	POSICIÓN	FRECUENCIA	%
7...de los términos que se le presentan a continuación ¿Cuál de ellos se corresponde de mejor manera con dicha regulación?	A. Inseminación Artificial	37	35%
	B. Fecundación in Vitro	36	34%
	C. Criopreservación de Embriones	1	1%
	D. Todas las anteriores	30	29%
	Blanco	1	1%
TOTAL		105	100%

Fuente: Encuesta aplicada en el mes de Octubre de 2018. Elaboración Propia.

FIGURA N° 08

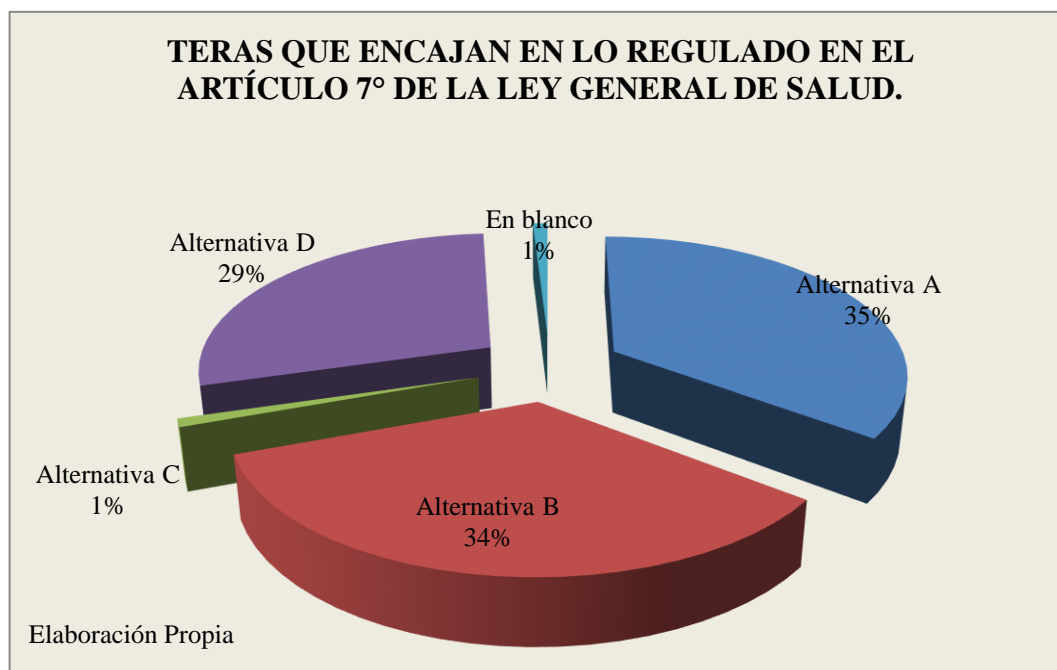


TABLA N° 8: DERECHOS REPRODUCTIVOS Y MATERNIDAD SUBROGADA.

INTERROGANTE	POSICIÓN	FRECUENCIA	%
8. Sobre los derechos reproductivos...en cual cabe el supuesto de la utilización de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida...	A. Decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y momento de tener hijo.	46	44%
	B. Disponer de la información y de los medios para hacerlo posible.	42	4%
	C. Derecho de alcanzar el grado más elevado de salud sexual y reproductiva.	16	15%
	En Blanco	1	1%
TOTAL		105	100%

Fuente: Encuesta aplicada en el mes de Octubre de 2018. Elaboración Propia.

FIGURA N° 09

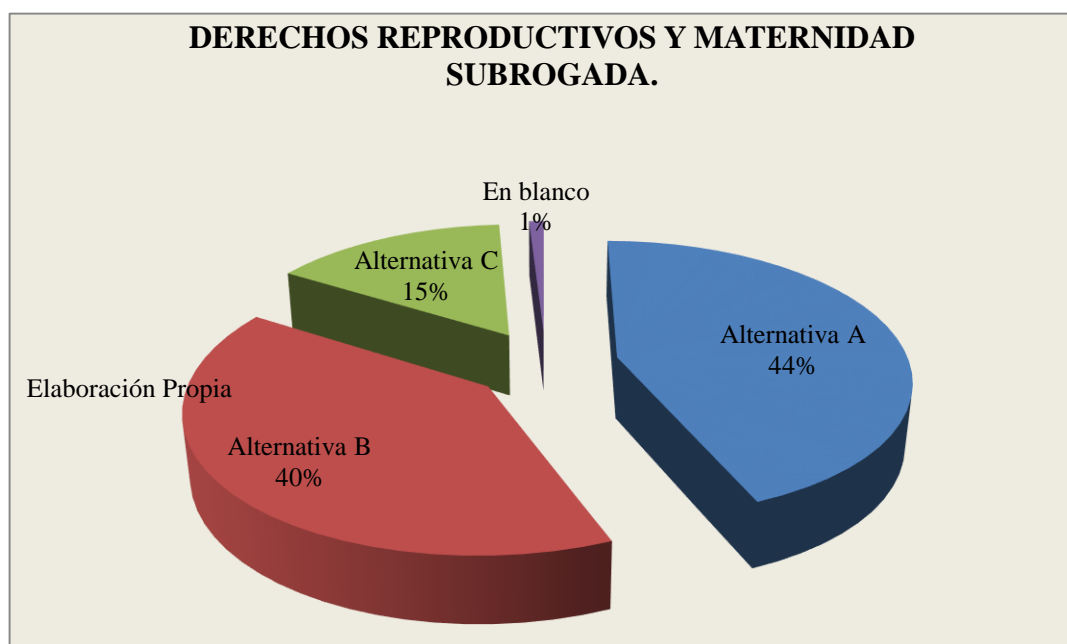
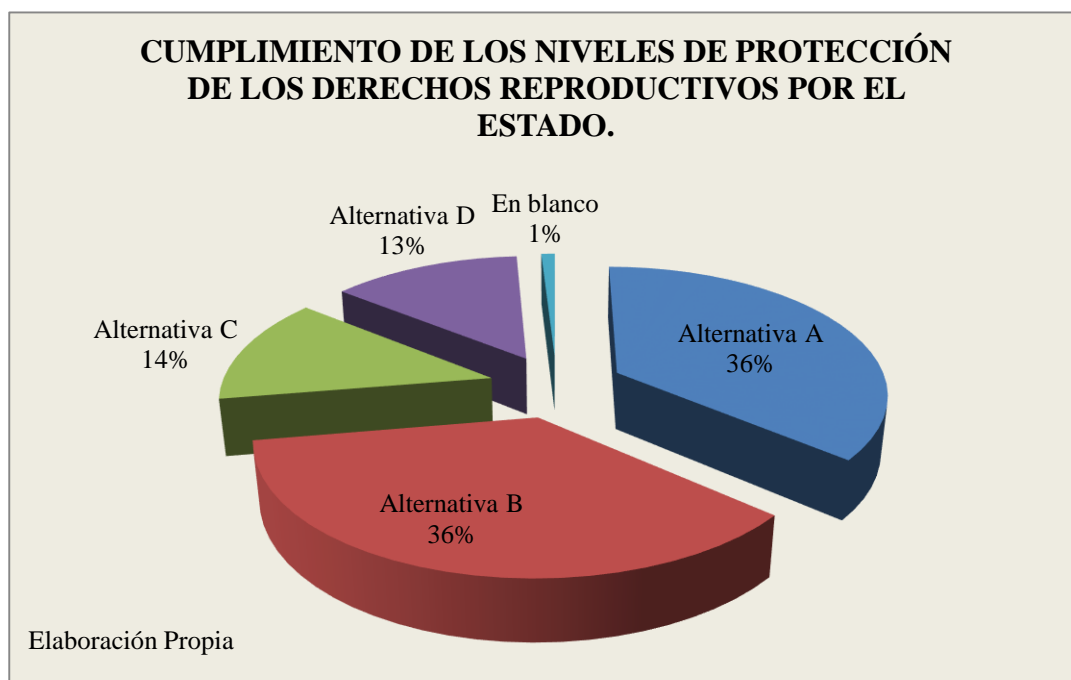


TABLA N° 9: CUMPLIMIENTO DE LOS NIVELES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS POR EL ESTADO.

INTERROGANTE	POSICIÓN	FRECUENCIA	%
8.... ¿cree usted que el Estado peruano se encuentra cumpliendo estas obligaciones para la realización plena de nuestros derechos reproductivos?	A. Si respeta, pero no protege ni garantiza.	46	36%
	B. Si respeta y protege pero no garantiza.	42	36%
	C. Si respeta, protege y garantiza.	16	14%
	No respeta, protege ni garantiza.	1	13%
	En blanco		1%
TOTAL		105	100%

Fuente: Encuesta aplicada en el mes de Octubre de 2018. Elaboración Propia.

FIGURA N° 10



3.2. Descripción y análisis de los resultados

En la **TABLA N° 01 “IDENTIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA”** que contiene la Pregunta: *De los siguientes conceptos ¿Cual, a su criterio, considera que identifica de mejor manera, la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida? Los 105 abogados encuestados respondieron lo siguiente:* **El 17%** respondió que la maternidad subrogada es aquel método de reproducción asistida en el cual el espermatozoide de un hombre y el óvulo de una mujer son unidos fuera del cuerpo, en un laboratorio. **El 6%** definió a la maternidad subrogada como el proceso por el cual se obtiene los óvulos de la mujer mediante transpiración vaginal de los folículos y posteriormente son inseminados en un laboratorio, poniéndolos en contacto con una concentración adecuada de espermatozoides y dejando que ellos mismos realicen todo el procedimiento de fecundación, como lo harían de forma natural en el interior de las trompas de Falopio. **El 27%** tuvo que por maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro y para otro, se alude a la técnica de reproducción humana asistida en la que una mujer se obliga a gestar una criatura, renunciando a cualquier derecho sobre este, en beneficio de una pareja mediando bien contraprestación o no. **El 43%** respondió que es la práctica a través de la cual la mujer contribuye únicamente en la fase de gestación. Según esta modalidad, la pareja que encarga el niño proporciona el material genético. La gestante continúa con el embarazo, da a luz al niño y lo entrega a la pareja, renunciando a cualquier derecho sobre de éste. Mientras que **el 9%** no sabe, no opina sobre el tema. Todo lo dicho ha quedado plasmado en la FIGURA N°02.

En la **TABLA N° 02 “PERMISIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA”** que acoge la Cuestión: *Teniendo en cuenta que las limitaciones físicas sólo deben impedir participar en la concepción, gestación y alumbramiento en la medida que la ciencia o la sociedad no pueda superarlas; y, si la inteligencia humana provee los medios para aliviar y liberar a los esposos de sus limitaciones reproductivas, y tomando en cuenta que el Derecho no debe ser un obstáculo sino un medio para facilitar el uso de la Maternidad Subrogada como Técnica de Reproducción Humana Asistida, la muestra que corresponde a 105 abogados respondió lo siguiente:* **El 20%** respondió que la maternidad subrogada debería permitirse sin limitaciones. **El 76%** indicó que debería

permitirse con restricciones la gestación por sustitución. **El 4%** no sabe no opina sobre el tema. Respuestas graficadas en la FIGURA N°03.

Así también en la **TABLA N° 03 “REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA”** que ampara la interrogante sobre: *Considerando todos los conflictos jurídicos que derivan del vacío normativo de la maternidad subrogada, y en el contexto mencionado anteriormente la unidad de análisis consideró que debería ser materia de regulación legislativa en el Perú así tenemos:* **El 51%** dijo que la gestación por subrogación debería ser materia de regulación en el Código Civil. **El 18%** expresó que la maternidad subrogada debería ser materia de regulación en la Ley General de Salud. **El 31%** respondió que debería regularse en una Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. Todo lo dicho ha quedado plasmado en la FIGURA N°04.

De la **TABLA N° 04 “CAUSAS PARA RECURRIR A LA MATERNIDAD SUBROGADA”** que contiene la pregunta: *Teniendo en cuenta que en los tiempos actuales se prodiga la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y donde cada persona busca su libre desarrollo, aunado al avance médico científico, a su criterio considera que se debería acudir a la Maternidad Subrogada en casos de (Puede marcar más de una), los 105 abogados que corresponden a la muestra optaron por lo siguiente:* **El 45%** dijo que por problema de fertilidad o esterilidad aunado al deseo de ser padre se debería recurrir a la gestación por subrogación. **El 6%** dijo que se debería recurrir a la maternidad por subrogación por liberalismos sociales, en los que se tiene el deseo de no interrumpir la profesión y el deseo de ser padre. **El 10%** respondió que por el deseo altruista de ayudar a otras parejas a convertirse en padres se debería hacer uso de la maternidad subrogada. **El 2%** dijo sobre el uso para recibir una prestación económica. **El 3%** respondió que no debería acudir a la maternidad subrogada. **El 6%** indicó que no sabe/ no opina sobre el tema. **El 1%** dijo que por problema de fertilidad o esterilidad, por liberalismos sociales, en los que se tiene el deseo de no interrumpir la profesión aunada al deseo de ser padre se debería hacer uso de la maternidad subrogada. **El 3%** dijo que por dijo que por problema de fertilidad o esterilidad aunado al deseo de ser padre y para para recibir una prestación económica. **El 7%** indicó que por deseo altruista de ayudar a otras parejas a convertirse en padres y para recibir una prestación económica se debería hacer uso de la maternidad subrogada. **El 11%**

indicó que por problema de fertilidad o esterilidad y por el deseo altruista de ayudar a otras parejas a convertirse en padres se debería hacer uso de la maternidad subrogada. **El 2%** dijo que por problema de fertilidad o esterilidad, por liberalismos sociales, en los que se tiene el deseo de no interrumpir la profesión aunada al deseo de ser padre y por el deseo altruista de ayudar a otras parejas a convertirse en padres se debe recurrir a la maternidad subrogada. **El 4%** dijo que por problema de fertilidad o esterilidad, por el deseo altruista de ayudar a otras parejas a convertirse en padres y para recibir una prestación económica se debe recurrir a la maternidad subrogada. Respuestas graficadas en la FIGURA N°05.

La **TABLA N° 05 “FORMAS EN LAS QUE SE PUEDE REALIZAR LA MATERNIDAD SUBROGADA”** que acoge la Cuestión sobre que: *La maternidad subrogada a su criterio se puede realizar de qué forma (puede marcar más de una) los 105 abogados de la ciudad de Chiclayo respondieron de la siguiente manera:* **El 31%** respondió que la maternidad subrogada debería realizarse en la forma de madre portadora es decir cuando la mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. **El 14%** respondió que la maternidad subrogada dijo que se debería realizar en la forma de madre sustituta cuando la mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla dicha funciones, que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. **El 7%** dijo que la maternidad por subrogación se debería hacer en la forma de ovodonación, cuando la mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero si puede gestar por lo que sólo necesita una mujer que le ceda óvulos. **El 12%** respondió que en la forma de embriodonación se debería hacer uso cuando existe problema de infertilidad completa en la pareja, es decir la mujer ni puede generar óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil, por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y terminar el proceso de gestación. **El 2%** dijo que en la forma de madre portadora y madre sustituta se debe usar la maternidad subrogada. **El 18%** indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de madre portadora y ovodonación. **El 2%** indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de

madre portadora y embriodonación. **El 1%** indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de ovodonación y embriodonación. **El 6%** indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de madre madre sustituta y ovodonación. **El 1%** indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de madre portadora, madre sustituta y embriodonación. **El 1%** indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de madre sustituta, ovodonación y embriodonación. **El 4%** indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en todas las formas (madre portadora, madre sustituta, ovodonación y embriodonación). **El 1%** no respondió nada al respecto. Todo lo dicho ha quedado plasmado en la FIGURA N°06.

De la **TABLA N° 6 “FORMAS EN LA QUE EL ACCESO A LA MATERNIDAD SUBROGADA DEBERÍA REGULARSE”** que acoge la Cuestión sobre: *Según su opinión en el Perú la regulación tanto como el acceso a la maternidad subrogada debería hacerse, de las siguientes, en que forma: I. Madre Portadora, II. Madre Sustituta, III. Ovodonación y IV. Embriodonación.* De los 105 abogados **el 21%** dijo que el acceso y la regulación de la maternidad subrogada deberían hacerse sólo en la forma de madre portadora y madre sustituta. **El 13%** dijo que el acceso y la regulación de la maternidad subrogada deberían hacerse sólo en la forma de ovodonación y embriodonación. **El 39%** manifestó que el acceso y la regulación de la maternidad subrogada deberían hacerse sólo en la forma de madre portadora. **El 26%** indicó que el acceso y la regulación de la maternidad subrogada debería hacerse en todas las formas es decir madre portadora, madre sustituta, ovodonación y embriodonación. **El 1%** no respondió nada al respecto. Siendo que todo lo dicho se encuentra corroborado en la FIGURA N°07.

Así de la **TABLA N° 7 “TERAS QUE ENCAJAN EN LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 7° DE LA LGS”** sobre que: *Teniendo en cuenta que La Ley General de Salud regula que “Se podrá hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida en los casos en los que la madre gestante y madre genética recaigan sobre la misma persona”, de los términos que se le presentan a continuación ¿Cuál de ellos corresponde de mejor manera con dicha regulación?:* **El 35%** de los 105 abogados colegiados en Lambayeque dijo que la Inseminación Artificial es el término que mejor corresponde. **El 34%** dijo que la

fecundación In Vitro es el término que pertenece mejor. El 1% indicó que la crioconservación de embriones es el término que mejor corresponde. El 29% dijo que todos los términos anteriores corresponden a dicha regulación. El 1% no respondió nada al respecto. Todo lo dicho quedando plasmado en la FIGURA N°08.

Y de la **TABLA N° 8 “DERECHOS REPRODUCTIVOS Y MATERNIDAD SUBROGADA”**, *los derechos reproductivos, los cuales derivan de los derechos a la Dignidad Humana, Libertad, Salud, Libre desarrollo de la personalidad, entre otros, a su criterio dentro de los siguientes, en cual(es) cabe el supuesto de la utilización de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, para superar los problemas de fertilidad en parejas con anhelo de convertirse en padres.* El 44% de los 105 abogados colegiados en Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque manifestaron que la utilización de la maternidad subrogada cabe en el supuesto del derecho a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y momento de tener hijos. El 40% expresó que la utilización de la maternidad subrogada pertenece al derecho a disponer de la información y de los medios para hacerlo posible. El 15% manifestó que la utilización de la maternidad subrogada concierne al derecho a alcanzar el grado más elevado de salud sexual y reproductiva. El 1% no respondió nada al respecto. Quedando así las respuestas graficadas en la FIGURA N°09.

Por último de la **TABLA N° 9 “CUMPLIMIENTO DE LOS NIVELES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS POR EL ESTADO”**, *Según el Instituto Interamericano de Derechos Humanos para la plena realización de los derechos reproductivos, los estados tienen tres niveles de protección de estos: I. Respetar un derecho, el Estado no debe violarlo directamente y debe reconocerlo como derecho humano, II. Proteger un derecho, significa promulgar las leyes y crear los mecanismos para prevenir su violación y III. Garantizar un derecho, que significa adoptar las medidas necesarias y crear las instituciones y los procedimientos, así como la distribución de recursos, para permitir que las personas puedan gozar de un derecho. A su criterio, y teniendo en cuenta el vacío normativo sobre maternidad subrogada en el Perú como medio alternativo para la reproducción humana ¿cree usted que el Estado peruano se*

encuentra cumpliendo estas obligaciones para la realización plena de nuestros° derechos reproductivos? Los 105 abogados que corresponden a nuestra muestra de análisis dijo el 36% que el estado cumple la obligación de respetar, pero no de proteger ni garantizar los derechos reproductivos. Así como también el restante 36% manifestó que el estado cumple la obligación de respetar y proteger pero no de garantizar los derechos reproductivos. El 14% manifestó que el estado cumple las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos reproductivos. Y el 13% manifestó que el estado no cumple las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos reproductivos. El 1% no respondió nada. Todo lo dicho quedando plasmado en la FIGURA N° 10.

3.3. Interpretación de los resultados

Sobre la primera pregunta que fue redacta con la intención de determinar si se tenía claro la figura de la maternidad subrogada y si se podía diferencia de otras técnicas de reproducción, curiosamente sólo el 27% supo acertar y pudo establecer una diferencia de otras figuras de TERAS, sin embargo el 17% eligió la alternativa A y el 6% la B, incorrectamente eligieron y confundieron a la maternidad subrogada con la fertilización in vitro pues las alternativas antes mencionadas hablaban de lo mismo. Por otro lado se tuvo que el 43% define a la maternidad subrogada con su figura similar la de locución de útero, que se diferencia con la primera sólo en cuanto a la participación de la madre subrogante, pues ésta en la maternidad subrogada puede o no aportar su material genético, por tanto vemos que sólo un 27% de la población de abogados de Lambayeque conoce el tema investigado, siendo un tema ya muy tocado pero que para muchos sigue siendo nuevo.

Respecto a la pregunta dos el 76% de la población concuerda en que la maternidad subrogada debería permitirse; por tanto taxativamente debe estar señalada en la Ley y no debe ser dejada a malinterpretaciones en las que se piensa que está prohibida; así su regulación permitirá que todos aquellos que consideran que es necesario recurrir a ella la empleen; debiendo existir ciertas limitaciones claro está. A la vez un 20% respondió que la maternidad subrogada debería permitirse sin limitaciones, por tanto la población siempre se orienta a la idea que la ciencia ayude a la noble intención de ser padre, y por tanto el derecho debe permitirlo y facilitarlo. Por otro lado sólo un 4% respondió que no sabe sobre el

tema o se abstiene a responder, tomándose simplemente como desconocimiento sobre la investigación, pero estamos seguros que si se supiera del alcance y repercusión del tema en la vida diaria se superaría el desconocimiento y se encontrarían de acuerdo con lo que se postula en esta investigación.

En relación a la *pregunta tres*, sobre que la maternidad subrogada debería ser materia de regulación más de la mitad de la población, el 51% respondió que la gestación por subrogación debería ser materia de regulación en el Código Civil, como es el caso mexicano donde el estado de Tabasco regula las TERAS en su código. Así también un 31% respondió que nuestros legisladores deben emitir una ley propia de técnicas de reproducción asistida, donde se pueda hacer uso de todas la técnicas conocidas como la fecundación in vitro, la maternidad subrogada entre otras que no menciona la Ley General de Salud, sin embargo ello no significa que estén prohibidas; y así pues sólo el 18% dijo que debería regularse el supuesto de la gestación por subrogación en la Ley General de Salud lo que significaría eliminar la condición que tanto se habla, sobre que la madre genética y la gestante deben recaer en la misma mujer, de modo que no haya una contradicción, y permita taxativamente la maternidad subrogada.

En la *pregunta cuatro*, se cuestionaba en qué casos se debería hacer uso de la maternidad subrogada el 45% dijo que debería recurrirse sólo en los casos donde se tiene problemas de fertilidad y se quiere ser padre, pues es un problema de relevancia para la sociedad la infertilidad y así pues si bien la maternidad subrogada no es una técnica que cura el problema, si es una técnica que puede suplir el problema y permite tener descendencia. Así también se tuvo que el 10% respondió que se podría someter a una maternidad subrogada sólo para ayudar a otras personas a ser padres, por un deseo altruista de ayudar a otros a tener prole, es decir mujeres llevarían en su vientre a un hijo luego entregárselo a una pareja sólo para verlos convertidos en padres, ver realizado su deseo, - hay casos en los que mujeres brindan su vientre a otras para gestar a su bebé sólo porque ellas llenan un vacío por ejemplo un aborto que pudieron tener, o sólo porque les gusta estar embarazadas -, así como hay madres, hermanas, tías, que quieren ayudar a sus familiares que no pueden tener hijos a tenerlos, porque ven el sufrimiento de cerca, aunque es un porcentaje bajo dice mucho; un 6% dijo que si se tiene el deseo de ser padre, y no se tiene el interés de interrumpir la profesión, se debería

usar esta técnica, y ¿Porque no? si la ciencia lo posibilita, siempre y cuando quienes quieren recurrir a esta técnica acrediten ser un matrimonio y familia constituida; luego tenemos que 11% dijo que por problemas de fertilidad y por el deseo de ayudar a otras a convertirse en padres se debe usar la maternidad subrogada, otra vez la población responde a lo que consideran un problema y una solución, la infertilidad y el deseo de ayudar. El 2% dijo que por problema de fertilidad o esterilidad, por liberalismos sociales, en los que se tiene el deseo de no interrumpir la profesión aunada al deseo de ser padres y por el deseo altruista de ayudar a otras parejas a convertirse en padres se debe recurrir a la maternidad subrogada. Hay un porcentaje de la población, muy poco, que consideran todo lo mencionado anteriormente como problemas en los cuales se debe hacer uso de la maternidad subrogada; así también una minúscula parte de la población sólo el 1% dijo que por problema de fertilidad o esterilidad, por liberalismos sociales, en los que se tiene el deseo de no interrumpir la profesión aunada al deseo de ser padre se debería hacer uso de la maternidad subrogada, sin embargo a todo lo antes dicho sólo el 2% de la población respondió que se debe hacer uso de la maternidad subrogada sólo para recibir una contraprestación económica, y el 4% dijo que por infertilidad, por altruismo y para recibir prestación económica alguna se debe recurrir a la maternidad subrogada; algunas personas consideran ello como una opción en cambio otras consideran que atenta a valores morales, si se ve de esa manera, como algo comercial, pero hay autores que sostienen que cuando se hace un acuerdo de maternidad subrogada, una contraprestación económica sirve como una especie de indemnización, pues las mujeres pueden sufrir daños psicológicos, etc, o como para tratamientos estéticos, por los males causados, sin embargo en el Perú se podría permitir y regular solo por altruismo, donde no medie contraprestación, pero sólo un 10% responde de esa manera, pues la unidad de análisis más se pronuncian sobre la infertilidad.

Al interpretar la *pregunta cinco* sobre las formas en la que se permita el uso de la maternidad subrogada dijo el **31%** respondió que la maternidad subrogada debería realizarse en la forma de madre portadora es decir cuando la mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica, es decir cuando el futuro niño tenga identidad genética con la que será su madre y no con

la madre gestante. Pero cuando el problema sea más grave, cuando la mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla dicha funciones, que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación sólo el 14% respondió que se debería realizar la maternidad subrogada en la forma de madre sustituta. Por otro lado un 18 % respondió que en los casos de madre portadora y ovodonación, se debería acudir a la subrogación, es decir en los casos en los que no se genera óvulos y en el otro en los que no se puede gestar. El 12 % respondió que se debería hacer uso de la maternidad por subrogación en la forma de embriodonación es decir que se debería hacer uso cuando existe problema de infertilidad completa en la pareja, cuando la mujer ni puede generar óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil, por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y terminar el proceso de gestación. El 7% dijo que la maternidad por subrogación se debería hacer sólo en la forma de Ovodonación, cuando la mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero si puede gestar cuando sólo necesite una mujer que le ceda óvulos. Después se tuvo pequeñas respuestas que demuestran que el 2% dijo que en la forma de madre portadora y madre sustituta se debe usar la maternidad subrogada, el 1% indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de madre sustituta, ovodonación y embriodonación, el 2% indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de madre portadora y embriodonación, el 1% indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de ovodonación y embriodonación. El 6% indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de madre sustituta y ovodonación. El 1% indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de madre portadora, madre sustituta y embriodonación. El 1% indicó que la maternidad por subrogación debería realizar en la forma de madre sustituta, ovodonación y embriodonación. El 4% indicó que la maternidad por subrogación debería realizarse en todas las formas (madre portadora, madre sustituta, ovodonación y embriodonación). El 1% no respondió nada al respecto. Por tanto demuestra que la mayor parte cree que debe usarse la maternidad subrogada sólo en los casos en los que la mujer no puede gestar, ni siquiera en los casos más graves en los que no se puede gestar ni producir óvulos.

La pregunta seis, está relacionada a la cinco pues ya no sólo está dirigida, en qué forma se debería usar la maternidad subrogada sino que va orientada a determinar qué forma se debería regular, por tanto se tuvo que el **39%** manifestó que el acceso y la regulación de la maternidad subrogada debería hacerse sólo en la forma de madre portadora, es decir cuando sólo no se puede gestar, es decir la madre solicitante puede participar otorgando sus óvulos por lo que así el niño sería biológicamente suyo. El otro 26% indicó que el acceso y la regulación de la maternidad subrogada debería hacerse en todas las formas es decir madre portadora, madre sustituta, ovodonación y embriodonación, es decir se debería regular en todas las formas sin limitaciones a alguna de las formas, el 21% dijo que el acceso y la regulación de la maternidad subrogada debería hacerse sólo en la forma de madre portadora y madre sustituta, es decir en el primer caso, cuando no se puede gestar, y en el segundo caso cuando no se puede gestar ni producir óvulos. El 13% dijo que se debe regular la ovodonación y la embriodonación; y el 1% no respondió nada al respecto, pues lo que se podría interpretar es el desconocimiento sobre el tema. Se puede interpretar de los resultados que la población está dividida en lo que respecta a las formas en los que se debería regular la maternidad subrogada.

Sobre la pregunta siete que se cuestionó con el objeto de saber si la inseminación artificial, fecundación in vitro, crioconservación de embriones cabe en la condición establecida en el artículo 7° de la LGS, así el 35% dijo que la Inseminación Artificial es el término que mejor corresponde a dicha regulación; el 34% dijo que la fecundación In Vitro es el término que mejor, el 29% dijo que todos los términos anteriores corresponden y así también el 1% no respondió nada al respecto. De los resultados hay una opinión dividida sobre que la inseminación artificial y la fertilización in vitro caben en el supuesto que establece la ley; y claro que es así, siempre que se utilice el material genético de los padres, pero que pasa cuando no, pues puede haber donación de material genético, en ese caso las técnicas de reproducción más utilizadas y conocidas no se podrían utilizar, y sería dicha condición un impedimento para utilizarlas.

Sobre la pregunta ocho, que se orienta a determinar si la población puede determinar sobre cuál de los derechos reproductivos se desprende el derecho a recurrir a la maternidad subrogada; siendo ello así sólo el **40%** respondió

correctamente, sobre que la maternidad subrogada cabe en el supuesto del derecho a disponer de la información y de los medios para hacerlo posible, mientras que el **44%** de nuestra población respondió que la maternidad subrogada cabe en el supuesto del derecho a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y momento de tener hijos; el 20% manifestó que la utilización de la maternidad subrogada cabe en el supuesto del derecho a alcanzar el grado más elevado de salud sexual y reproductiva, de este resultado se desprende que dado que la infertilidad es un problema de salud, como lo ha considerado la OMS, por tanto el alcanzar un alto grado de salud reproductiva significaría poder recurrir a las TERAS, y así poder tener la cantidad de hijos que queramos tener, claro responsablemente, por tanto la maternidad subrogada ayuda en dicho noble propósito.

En la *última pregunta* de nuestro instrumento se orienta a determinar si nuestro Estado cumple con los tres niveles de obligación que tiene respecto a los derechos reproductivos, los cuales son respetar, proteger y garantizar, y así se tuvo que el **36%** manifestó que el Estado cumple la obligación de respetar, pero no de proteger ni garantizar los derechos reproductivos, es decir no los viola, los reconoce, pero no adopta medidas legislativas, o procedimientos para su uso, lo que es cierto pues tenemos los derechos reproductivos, reconocidos en instrumentos internacionales y en la constitución pero no se han establecido medidas legislativas claras que permitan su uso y desarrollen dichos derechos. Así también se tuvo que el 36% manifestó que el Estado cumple la obligación de respetar y proteger pero no de garantiza los derechos reproductivos, es decir la unidad de análisis registra que el Estado no brinda las medidas para gozar de los derechos reproductivos. El 14% manifestó que el Estado cumple las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos reproductivos, pero nos preguntamos, si es que el Estado está cumpliendo como es que existe un vacío para el uso de las técnicas de reproducción, como es que no se tiene claro el tema de la maternidad subrogada pues se piensa que no está permitida por que el legislador no dice nada al respecto, por otro lado el 13% manifestó que el Estado no cumple las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos reproductivos, y así un 1% que no dice nada al respecto.

IV. DISCUSIÓN

4.1. Contrastación de la Hipótesis

A partir de los hallazgos obtenidos tenemos que no se confirma la hipótesis planteada, sobre que el reconocimiento Legal de la Maternidad subrogada se encuentra fundamentado en el Derecho a disponer de los medios para la reproducción humana en tanto derecho reproductivo en su plena realización, pues los resultados no guardan relación con aquello que se planteó en la hipótesis sino se consiguió así que la población (44%) considera que el uso de la subrogación se desprende del derecho a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y momento de tener hijos

El 40% no es de la opinión que la utilización de la ciencia, la tecnología, es decir los medios para la reproducción humana, se constituya en el sustento para el uso de la maternidad subrogada, sino por el contrario es el derecho a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y momento de tener hijos es el fundamento. Es decir, la unidad de análisis reflexiona que todas las personas tenemos aquel derecho a tener hijos y determinar cuántos hijos queremos tener y si bien la regla general es que todos los seres humanos somos animales reproductores, la excepción, es que no todos podemos hacerlo por problemas biológicos, y así ha quedado establecido en el Marco Teórico que respalda al presente estudio pues los autores como Rodríguez y Martínez de Colombia, Santander de Chile y Gonzáles de España están de acuerdo con que la maternidad subrogada aparece como una alternativa de solución que permite sobreponerse a esos problemas, siendo por lo tanto una necesidad su regulación.

4.2. Discusión de los resultados

Se ha evidenciado que la población está dividida en dos grandes grupos en cuanto a opinar que se realizan plenamente nuestros derechos Reproductivos. Por un lado (36%) afirman que el Estado no ha venido cumpliendo con los tres niveles de obligación que tiene para que se realicen plenamente los derechos reproductivos de los peruanos (respetar, proteger y garantizar), sino que el Estado si bien cumple la obligación de respetarlos – es decir no los viola - no ha venido cumpliendo con las obligaciones de protegerlos y garantizarlos, porque no crea los procedimientos, las leyes que desarrollen los derechos reproductivos. Pero por

otro lado también un 36% considera que si está cumpliendo con las obligaciones de respetar y proteger - es decir no viola y crea las leyes para permitir su uso -, pero no la de garantizar, es decir - no ha creado los procedimientos para permitir su uso. Ante ello, al considerarse que existe vacío legal en el tema de la maternidad subrogada, por tanto se sobreentiende que no se están realizando plenamente nuestros derechos reproductivos por la conducta del Estado renuente a desarrollarlos entonces donde queda lo que nos dice el Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre que éste debe cumplir las tres obligaciones o desarrollarlas progresivamente pero eso implica esperar, cuánto tiempo más se tiene que esperar, cuantos matrimonio más tienen que despojarse de su deseo de ser padres por no tener la norma que la posibilite.

En el análisis del tema tratado al ser un problema la falta de pronunciamiento de los legisladores sobre la maternidad subrogada; es decir la falta de regulación, por tanto existe unanimidad en la población en cuanto a que considera que debe ser regulado, sin embargo más del 70% de la población considera que ésta debe ser materia de regulación con limitaciones, el cual puede ser en cuanto a las formas que se puede realizar, los impedimentos y requisitos - por ejemplo de las personas del mismo sexo, por cuanto (como se dijo en el desarrollo de la investigación) quienes se sometan a esta práctica deben ser personas casadas o unidas de hecho reconocidas legalmente por el bien y el interés superior del niño, y al no estar permitido en nuestro país el matrimonio entre personas del mismo sexo estarían impedidas -, etc., lo que está bien porque siempre es bueno establecer directrices y no dejar nada que pueda ser tomado e interpretado a conveniencia. Además en la parte introductoria del tema hemos comparado y recopilado ciertas legislaciones que si regulan el tema de la maternidad subrogada, la mayor parte de ellas en Europa, y una que otra en América, y casi la mayoría pone ciertas restricciones al uso, de otro lado sólo menos de la cuarta parte (20%) dijo que debería regularse sin restricciones la maternidad subrogada cuando hemos visto porque es importante establecer las mismas.

En tal sentido, también se observa que existe una confusión en cuanto a la figura de la maternidad subrogada con la figura de la locación de útero o mejor dicho el más conocido “vientre de alquiler” por cuanto, el 43% es de la opinión que la maternidad por subrogación es donde solo la madre subrogante presta su

vientre para gestar a un niño que será entregado a los padres subrogados, y donde estos aportaron el material genético, y la sustituta no tiene derecho alguno sobre él menor. Conforme a lo dicho anteriormente, ello corresponde a la figura de la locación de útero, pues la maternidad subrogada va más allá, por cuanto la madre subrogada puede aportar el material genético como también no, porque puede que provenga de un tercero; es decir es más compleja la figura y se podría decir que la maternidad subrogada es una especie de continente y la locación de útero una especie de contenido, siendo que sólo el 27% pudo determinar propiamente a la figura.

Existe un gran porcentaje de la población (51%) que considera que la maternidad subrogada, por tanto las técnicas de reproducción asistida, deben regularse en el Código Civil, más que en una Ley de técnicas de reproducción asistida (31%) y sobre todo en la Ley General de Salud (18%), es decir se sobreentiende que al ser un tema amplio las Técnicas de Reproducción no puede verse limitado a un desierto simple artículo, el cual incluso condiciona su uso; además si vemos el tratamiento de las TERAS en los casos vecinos en los que no existe vacío legal, podemos observar que, o bien las regulan en su código civil o en una ley propia de técnicas de reproducción asistida; entonces nos viene a la mente la pregunta ¿Porque nuestros ingeniosos legisladores codificaron las TERAS en un único artículo en la Ley General de Salud?, ¿Cuestiones morales? ¿Religión?, ¿Miedo a las tecnologías?, en fin de cualquier forma, sea la razón que sea ello debe de cambiar ya, la Ley General de Salud, es del año 1997, al 2018, todo ha cambiado y es necesaria que cambie la legislación para adaptarse a los cambios, sino será una ley desfasada que en nada sirve.

Sobre las razones por las que una mujer debería utilizar la maternidad subrogada, en el caso de la mujer que lleva en su vientre al niño, es decir la madre subrogada, sólo 2% de la población considera válido que una mujer se someta a esta técnica sólo para recibir una prestación económica. De todas las razones que se pudieron elegir en el instrumento, se consideró más las otras opciones que describían que se debería recurrir a la maternidad subrogada por temas de infertilidad y el deseo del padre (45%), etc., colijo que, pudiese ser una de las razones qué se considera contrario a las normal morales o a principios sociales; cuando en el caso pudiese ser que una contraprestación económica sirva para

cubrir ciertos padecimientos sufridos en el embarazo, para cubrir un tratamiento psicológico, un estrés post parto, etc.; por tanto refuerza una de las ideas planteadas en el desarrollo del tema que se debe realizar sólo con fines altruistas y donde no haya de por medio dinero, sin embargo solo una décima respondió que debería realizarse por esa razón, siempre el sustento va más arraigado a responder -más de la mitad de la población respondió así- que la maternidad subrogada tiene sostén en aquellas situaciones donde exista problemas de fertilidad o esterilidad en la pareja estable o matrimonio constituido que no puede engendrar, por tanto se refuerza también esta idea que se ha desarrollado durante la investigación, que la infertilidad es un problema que aqueja a personas que quieren convertirse en padres y no pueden, y necesitan hacer uso de la maternidad subrogada para ver así su deseo hecho realidad.

A la población se le cuestiono en cuales de los siguientes supuestos: la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la crioconservación de embriones, cabe la condición establecida en el artículo 7° de la Ley General de Salud, sobre qué se puede hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida en los casos que “la madre gestante y madre genética recaigan sobre la misma persona”; así pues la población estuvo dividida en cuanto a ello, pues algunos consideran que sólo en el caso de la inseminación artificial otros en los casos de la fertilización in vitro, el uno por ciento dijo que en los casos de crioconservación, y un veintinueve por ciento dijo que todos los supuestos caben. Por tanto quienes eligieron esa alternativa estaban en lo cierto, pues cuanto el material genético que se emplee en los procedimientos de reproducción medicamente asistidos, sea de la pareja solicitante no hay mayor problema, pero deja a fuera a aquellos padres solicitantes en los que se les hace más difícil procrear por ejemplo en el caso en que la madre solicitante no puede generar óvulo, en el que el padre solicitante sus espermatozoides no sean lo suficientemente fuertes para fecundar al óvulo, y tienen que recurrir a terceros que les donen material genético para ser usado y así engendrar a su hijo, así pues se llega a la conclusión que la condición establecida en el artículo sétimo de la Ley General de Salud es limitativa de derechos, discriminatoria e incompatible con aquellas personas que de forma natural no pueden procrear y necesitan de donantes que participen en el proceso.

V. CONCLUSIONES

Según el estudio realizado se llegó a concretar los objetivos planteados, obteniendo así las siguientes conclusiones:

- 1) Al conceptualizar el derecho reproductivo o a la reproducción, se tuvo que es la capacidad de reproducirse libremente, adoptar decisiones informadas y responsables; es interdependiente de otros derechos humanos e incluye el derecho al acceso a servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones sobre su comportamiento reproductivo.
- 2) Para la plena realización de los derechos reproductivos los Estados tienen tres niveles de obligación; tienen que respetar el derecho, protegerlo y cumplirlo; sin embargo hemos visto que en la realidad éste no viene cumpliendo con estos tres niveles y así es como la población lo percibe, pues los peruanos que requieran acudir a la subrogación de vientre no pueden recurrir a ella dado que no se encuentra taxativamente permitida ni tampoco prohibida; de igual manera sucede con las técnicas de reproducción asistida más conocidas.
- 3) Al estudiar a la maternidad subrogada tuvimos que es aquella técnica de reproducción en la que una mujer se obliga a gestar en su vientre a un niño, que genéticamente puede ser o no suyo, que al nacer será entregado a un pareja mediando contraprestación o no; sin embargo al interrogar a la población de estudio sobre la figura existe confusión entre ésta y la locación de útero, que es aquella en la que la mujer gestante sólo presta su útero para llevarse a cabo la gestación.
- 4) La legislación nacional en cuanto a técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada se reduce a un solo artículo (siete) en la Ley General de Salud, condicionando el uso, a que la madre gestante y genética recaiga sobre la misma mujer, siendo por tanto aquel artículo limitativo de derechos, además de ser insuficiente para regular toda la materia de procedimientos de fecundación artificial.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Exigimos que nuestros legisladores reconozcan, protejan y garanticen nuestros derechos reproductivos, -los cuales básicamente son tres el Derecho a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y momento de tener hijos; disponer de la información y de los medios para hacerlo posible y el Derecho de alcanzar el grado más elevado de salud sexual y reproductiva,- y los establezcan en nuestra constitución.

SEGUNDA: El Estado peruano para garantizar nuestros derechos reproductivos debe eliminar la condición establecida en el séptimo artículo de la Ley 26842, la que establece que la para poder recurrir al tratamiento de la infertilidad mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida la condición de madre genética y madre gestante debe recaer en la misma persona, pues evitará que la técnica de la maternidad subrogada no sea interpretada de forma errónea como si estuviese proscrita.

TERCERA: Convocar a las facultades de Derecho y de Medicina de las Universidades del País, así como a los Grupos de poder, para un amplio debate sobre los pro y contras en torno a las Técnicas de Reproducción Asistidas, en especial sobre la maternidad subrogada, de tal forma se emitirá un Proyecto de Ley de acuerdo a los resultados del debate y de las necesidades del país.

CUARTA: Proponer una Ley sobre técnicas de reproducción asistida, en la cual desarrolle la maternidad subrogada, pues el ya mencionado artículo 7° de la Ley General de Salud, resulta insuficiente e inconsistente, al regular un tema tan amplio como lo son las TERAS, por tanto recomendamos la aprobación del texto del proyecto de ley que a continuación se presenta:

PROYECTO DE LEY N°---

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, ENTRE ELLAS LA MATERNIDAD SUBROGADA, Y PLANTEA MODIFICACIÓN A LA LEY GENERAL DE SALUD

La autora que suscribe **WINY TATIANA GOICOCHEA GOICOCHEA**, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo de Chiclayo, ejerciendo del Derecho de iniciativa legislativa que le confiere el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú, propone lo siguiente:

PROYECTO QUE REGULAS LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, ENTRE ELLAS LA MATERNIDAD SUBROGADA

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El avance de la ciencia y la tecnología, ha aumentado a través del tiempo esparciéndose hacia todas las áreas del saber humano, incluso al área del Derecho Familiar, alcanzando este avance al campo médico y logrando que los avances científicos sean realmente trascendentes y valiosos. En los últimos años la ciencia con el aporte de la tecnología, han logrado adelantos en el entendimiento de los procedimientos que inciden en la fecundidad, consiguiendo crear nuevas técnicas que conceden probabilidades reales de curación que eran impensables; con estos avances se ha podido superar la barrera de la infertilidad que impedían la procreación en las familias, que como bien sabemos tiene como uno de sus fines, la perpetuación de la especie.

En este contexto es que surgen nuevos Derechos, tales como los Derechos Reproductivos, los cuales tienen su principal soporte jurídico en los principios de dignidad humana, igualdad, libertad entre otros, debiendo por tanto el Estado legislar sobre las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la maternidad subrogada en forma clara, garantizando con ello a las familias que sufren de problemas de fertilidad, puedan llegar a tener descendencia. Las técnicas de reproducción asistida, están destinadas a ayudar al hombre en su noble propósito

de tener descendencia, sorteando las dificultades que la naturaleza impone, engloban diversos procedimientos y tecnologías.

No existe más que un solo artículo que reglamenta la industria de la fecundación artificial, dejando a la suerte de las Empresas los procedimientos que deben seguir, no estipulando alguna especie de guía o límite a su práctica, dejando tantos vacíos y hechos que regular.

Las limitaciones físicas sólo deben impedir participar en la concepción, gestación y alumbramiento en la medida que la ciencia o la sociedad no pueda superarlas; sin embargo, si la inteligencia humana provee los medios para aliviar y liberar a los esposos de sus limitaciones reproductivas sin causar ningún daño a otros bienes jurídicamente tutelados, creemos que el Derecho no debe ser obstáculo sino, más bien un medio para lograr el fin: La Procreación. Por ello debe facilitar el camino.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente Ley no irrogará gastos al Estado toda vez que se trata de una regulación que busca efectivizar y realizar plenamente los Derechos reproductivos, permitiendo y señalando específicamente las técnicas de reproducción asistida de las que se puede hacer uso, pues en nuestro ordenamiento jurídico existe un vacío lo que respecta para los casos que reproducción humana, y además por que la creación de las instituciones, y la realización de estas prácticas en los hospitales y centros o servicios de salud debidamente autorizados, serán aplicados y ejecutados con los recursos que el Presupuesto General de la República asigna habitualmente para el sector Salud, no habiendo por tanto un costo agregado.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN NUESTRA LEGISLACION NACIONAL

El efecto de la vigencia de las modificatorias planteadas así como de la creación de una nueva Ley, no colisiona con la Constitución Política del Perú, pues esta iniciativa legislativa ayuda a abarcar un mayor ámbito de protección de los Derechos Reproductivos, y así ser en parte una suerte de solución para aquellas parejas que se ven imposibilitados de procrear de forma natural, y más aún si el Estado promueve la paternidad y maternidad.

IV. FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, ENTRE ELLAS LA MATERNIDAD SUBROGADA, Y PLANTEA MODIFICACIÓN A LA LEY GENERAL DE SALUD.

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 7° de la Ley N°26842, Ley General de Salud, con la finalidad de eliminar la condición establecida sobre que las personas podrán recurrir a las técnicas de reproducción asistida cuando la calidad de madre genética y la madre gestante recae en la misma persona. Así como la propuesta de Ley que tiene por objeto garantizar el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida, con el fin de otorgar posibilidades de solución alternas o de última ratio necesarias para superar la infertilidad y garantizar la procreación humana. Así pues entre ellas tenemos a la técnica de la maternidad subrogada la cual ha sido regulada con la finalidad de permitir específicamente su uso, lo que no sucede con la vigente Ley General de Salud, a efectos de evitar vacíos. La presente iniciativa legislativa permite efectivizar los derechos reproductivos consagrados en documentos internacionales sobre Derechos Humanos, entre los cuales tenemos el derecho a decidir el número de hijos, derecho a disponer de la información y medios para la reproducción humana, así como el Derecho a obtener el más alto grado de Salud Reproductiva, siempre que no afecte derechos de terceros.

Artículo 2°. Modificación del artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud.

Modifíquese el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

“Artículo 7°.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. 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.

Artículo 3°. Creación de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Creación de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la misma que quedará redactada de la siguiente manera:

“Artículo 1º. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto regular las técnicas de reproducción humana asistida acreditada científicamente así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen.

A tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Quedan incluidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada. La aplicación de cualquier otra técnica no incluida, requerirá la autorización del Ministerio de Salud.”

“Artículo 2º.-Alcance

Las técnicas de reproducción humana asistida podrán aplicarse a toda persona como solución alterna a la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir, en el caso de uniones de hecho, matrimonios biológicamente impedidos para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil.”

“Artículo 3º.-Deber del Estado

El Estado garantizará que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud con el alcance dispuesto en la presente ley. Asimismo, promoverá la prevención de la infertilidad combatiendo las enfermedades que la puedan dejar como secuela, así como la incidencia de otros factores que la causen.”

“Artículo 4º.-Habilitación

Solo podrán aplicar las técnicas de reproducción humana asistida aquellas instituciones públicas o privadas que hayan recibido la correspondiente habilitación del Ministerio de Salud a efectos específicos.”

“Artículo 5°.-Procedimientos de reproducción humana asistida de alta y baja complejidad y su cobertura

A los efectos de la presente ley se definen las técnicas o procedimientos de baja complejidad como aquellos procedimientos en función de los cuales la unión entre el óvulo y espermatozoide se realiza dentro del aparato genital femenino. Dichas técnicas o procedimientos quedan comprendidos dentro de los programas integrales de asistencia que deben brindar las entidades públicas y privadas que integran el Sistema Nacional Integrado de Salud.

Las técnicas o procedimientos de alta complejidad son aquellas en virtud de las cuales la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del aparato genital femenino, transfiriéndose a este los embriones resultantes, sean estos criopreservados o no. Dichas técnicas o procedimientos serán totalmente subsidiados hasta un máximo de tres intentos, con el alcance y condiciones que establecerá la reglamentación a dictarse. Las prestaciones a brindarse incluyen los estudios necesarios para el diagnóstico de la infertilidad así como el tratamiento, material de uso médico descartable y otros estudios que se requieran, el asesoramiento y la realización de los procedimientos terapéuticos de reproducción humana asistida de alta y baja complejidad, las posibles complicaciones que se presenten y la medicación correspondiente en todos los casos.”

“Artículo 6°.- Infertilidad

A los efectos de la presente ley se define como infertilidad la incapacidad de haber logrado un embarazo por vía natural después de doce meses o más de relaciones sexuales.”

“Artículo 7°.- Requisitos para la realización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La realización de las técnicas de reproducción humana asistida deberá llevarse a cabo dando cumplimiento a los siguientes requisitos:

- a. Serán de aplicación a toda persona mayor de edad y menor de 60 (sesenta) años, salvo que hubiere sido declarada incapaz para ejercer la paternidad o maternidad, o haya perdido la patria potestad de hijos anteriores, luego de ser previa y debidamente informada por el equipo médico tratante.

- b. Solo podrán realizarse cuando existan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o su posible descendencia. A tales efectos, deberá determinarse el buen estado de salud psicofísica de la pareja o de la mujer en su caso, de conformidad con las exigencias de un protocolo obligatorio que acredite que no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que comprometan la viabilidad del embrión o que sean transmisibles a la descendencia y no puedan ser tratadas luego del nacimiento del niño o niña.
- c. En el caso de los procedimientos terapéuticos de alta complejidad, el profesional médico responsable del equipo actuante deberá dejar constancia escrita en la historia clínica correspondiente de los estudios, tratamientos y resultados seguidos por su paciente que justifiquen su realización.
- d. Consentimiento indubitable, expreso y escrito por parte de ambos miembros de la pareja o de la mujer en su caso, para la realización de técnicas de reproducción humana asistida en un formulario que se establezca en la reglamentación. Ratificación por escrito de ambos integrantes de la pareja al momento de la inseminación e implantación.”

“Artículo 8°.- Suspensión de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

La mujer a la que se le apliquen las técnicas de reproducción humana asistida podrá disponer que se suspendan las mismas antes de la fecundación del óvulo. Tal manifestación de voluntad deberá hacerse por escrito y con los mismos requisitos que se siguieron para consentir.”

“Artículo 9°.- Situación especial

Podrá realizarse fertilización de gametos o transferirse embriones originados por una persona que hubiere fallecido, siempre que esta hubiera otorgado previamente por escrito su consentimiento para ello y dentro de los 365 (trescientos sesenta y cinco) días posteriores a su fallecimiento.”

“Artículo 10°.- Interés superior del niño

El o los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida tendrán derecho a conocer el procedimiento efectuado para su concepción.”

“Artículo 11°.- Condiciones para la transferencia embrionaria

Luego de producida la fertilización de los ovocitos, podrán transferirse al útero solamente dos embriones por ciclo, por un máximo de tres ciclos, salvo expresa indicación médica, en que podrán transferirse un máximo de tres embriones. En caso de embriones viables no transferidos deberán preservarse a los efectos de ser transferidos en un ciclo posterior. Culminados los tres ciclos o interrumpido el proceso porque la mujer no esté en condiciones o se niegue a recibir los embriones, deberá procederse a su conservación, siempre que no hayan sido descongelados. Las pacientes deberán ser previamente informadas de las condiciones establecidas en este artículo y decidirán si quieren realizar el procedimiento bajo las mismas. De no aceptarlas, únicamente se podrá proceder a la fertilización de los ovocitos necesarios para un solo ciclo.”

“Artículo 12°.- Donación de gametos

La donación de gametos se realizará en forma anónima y altruista, debiendo garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes salvo disposición superior. La donación se autorizará por escrito con expreso consentimiento informado del o la donante y será revocable cuando estos necesiten para sí los gametos donados. El número máximo de gametos provenientes de un mismo donante a ser utilizados será determinado por la reglamentación.”

“Artículo 13°.- Requisitos para la donación de gametos

Para proceder a la donación de gametos, los donantes deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a. Ser mayor de edad.
- b. Acreditar un buen estado de salud psicofísica, de conformidad con las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio que demuestre que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que comprometan la viabilidad del embrión o que sean transmisibles a la descendencia y no puedan ser tratadas luego del nacimiento.”

“Artículo 14°.- Ausencia de vínculos filiatorios

La donación de gametos no genera vínculo filiatorio alguno entre los donantes de gametos y el nacido, quienes tampoco tendrán entre sí ningún tipo de derechos ni obligaciones.”

“Artículo 15°.- Información sobre fenotipo

Los receptores de gametos o embriones tienen derecho a obtener información general sobre las características del donante.”

“Artículo 16°.- Banco de Gametos

Las instituciones públicas y privadas autorizadas por el Ministerio de Salud para realizar técnicas de reproducción humana asistida podrán tener sus bancos de gametos, para lo cual deberán ser previamente autorizados por dicho Ministerio y quedar sujetos a su supervisión y control.”

“Artículo 17°.- Conservación de gametos

Los gametos y embriones no transferidos se conservarán, transcurridos cinco (5) años desde la obtención del material genético, deberá ser descartado, teniendo en cuenta su viabilidad, así como la posibilidad de generar un embarazo a partir de los mismos.”

“Artículo 18°.- Investigación con gametos y embriones

Los gametos podrán ser utilizados con fines de investigación o experimentación científica para la mejora de las técnicas de reproducción asistida. En tales casos, los gametos no podrán ser fertilizados con el fin de obtener embriones. Se prohíbe la investigación o experimentación científica con embriones generados para desarrollar embarazos con las técnicas de reproducción Humana asistida reguladas por la presente ley. Todo protocolo de investigación básica o experimental deberá ser aprobado por la Comisión que el Congreso designe previo a iniciarse el mismo. La inobservancia de estas disposiciones podrá determinar las sanciones que correspondan de acuerdo a lo establecido en la reglamentación de esta ley.”

“Artículo 19°.- Clonación y alteración de la especie humana

Prohíbese la clonación de seres humanos así como cualquier procedimiento dirigido a la transformación o alteración de la especie humana, a partir de material biológico obtenido en aplicación de técnicas de reproducción humana asistida autorizadas por esta ley.”

“Artículo 20°.- Inhabilitación

La institución que practicaren los procedimientos especificados en el artículo anterior podrán ser inhabilitadas para la prestación de técnicas de reproducción humana asistida, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación.”

“Artículo 21°.- Identidad del donante

La identidad del donante será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten al Juez competente. La información proporcionada no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes ni producirá ningún efecto jurídico en relación a la filiación. Son jueces competentes los Jueces especializados de Familia en aras de garantizar el interés superior del Niño. La acción podrá ser ejercida por el nacido por aplicación de la técnica de reproducción humana asistida o sus representantes legales y, en caso de que hubiere fallecido, por sus descendientes en línea directa hasta el segundo grado. En aquellos procesos interviene el Representante del Ministerio Público como defensor de la familia.”

“Artículo 22°.- Secreto Profesional

Toda la información relativa a la donación de gametos se encuentra alcanzada por el secreto profesional y en todo el caso sujeto a las responsabilidades que establecen las leyes y los códigos vigentes. El deber de secreto alcanza también a todas las personas que, en virtud de las tareas que desempeñen relacionadas con la donación de gametos, tengan acceso a la información de conformidad con la presente ley.”

“Artículo 23°.- Nulidad de los contratos de maternidad subrogada

Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero. Serán nulos también si existe algún vicio de la voluntad; no cumpla con requisitos y formalidades que establece el Código Civil; cuando se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana; o el orden social y el interés público.”

“Artículo 24°.- Maternidad Subrogada

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 esta última, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero, debido a enfermedades genéticas o adquiridas, y es subrogada por otra, quien puede ser un familiar suyo de hasta el cuarto grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, que lleva en su útero y gestará el embrión propio o generado con carga genética de donantes.

Entiéndase por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo. La imposibilidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Sub comisión de técnicas de reproducción general destinada a resolver casos de esta magnitud, comisión que será designada de entre las entidades públicas y privadas que brinden servicios de Salud, para su conocimiento; la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el este artículo para la procedencia.”

“Artículo 25°.- Requisitos adicionales

Pueden ser madres subrogantes, sólo si es a título gratuito renunciando al pago, las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que han tenido, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser madre subrogada gestante. A ésta se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del hospital o clínica tratante, para comprobar que su entorno familiar es estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo. La madre subrogada gestante, deberá acreditar mediante evaluación médica que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación del embrión, y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en el presente procedimiento.”

“Artículo 26°.- Formas admitidas para la Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada, admite las siguientes modalidades:

- a. Subrogación total (madre sustituta), implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja a la que se ha obligado;
- b. Subrogación parcial (madre portadora), es la que se da, cuando la sustituta sólo aporta prestando su vientre para la gestación del embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante o de terceros donantes.”

“Artículo 27°.- Suscripción de acuerdo

El acuerdo sobre maternidad subrogada deberá ser de naturaleza gratuita y suscrita por todas las partes intervinientes. No se permiten personas naturales o jurídicas que actúen como intermediarios. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica, informarán ampliamente a la subrogante de las consecuencias médicas y legales que conllevaran la implantación del embrión en su cuerpo.

Así podrá ser suscrito el acuerdo de maternidad subrogada previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a. Ser Ciudadanos Peruanos, con residencia no menor de dos años;
- b. Poseer capacidad de goce y ejercicio
- c. La madre subrogada acredite mediante evaluación médica, expedido por el médico tratante, del centro de salud o clínica encargadas de los procedimientos de reproducción asistida que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;
- d. La mujer gestante otorgue su consentimiento informado, firmado a la fecha de la suscripción del acuerdo.

“Artículo 28°.- Homologación del Acuerdo

El juez debe homologar el acuerdo de maternidad subrogada sólo si, además de los requisitos que prevé la Ley, se acredita que se ha realizado en miras del interés superior del niño que pueda nacer. Los centros de salud, hospitales o clínicas privadas autorizadas no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial que declara la homologación del acuerdo. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación prevista en el Código Civil.”

“Artículo 29°.- Del nacimiento

El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor de edad y que llenará un formato expedido para tal efecto, el mismo que establecerá el reglamento de la presente Ley, y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada; pues de ello dependerá la filiación.”

“Artículo 30°.- Filiación por Voluntad Procreacional

En el caso previsto y en todos los demás casos de procedimientos de reproducción asistidos, la filiación entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, corresponderá a quienes hayan solicitado.”

“Artículo 31°.- Excepciones

Sólo se permite recurrir a la maternidad subrogada a las parejas heterosexuales casadas o con convivencia legalmente reconocida. Los solicitantes deberán acreditar tales condiciones.”

Artículo 32°.- Creación

Créese la Comisión de Reproducción Humana Asistida General la que dependerá del Ministerio de Salud, las sub comisiones de Reproducción Humana Asistida regionales las que serán designadas de entre las entidades públicas y privadas que brinden servicios de Salud, y de entre todas las subcomisiones regionales designarán a un representante que integre la comisión general.”

“Artículo 33.- Integración

La Comisión de Reproducción Humana Asistida General estará integrada por:

- a. Un representante del Ministerio de Salud Pública, que la presidirá.
- b. Un representante de las Sub comisiones de Reproducción Humana Asistida regionales.
- c. Un representante de los Colegios Médicos del Perú
- d. Un representante de los Colegios de Abogados del país.

En el reglamento se preverá el mecanismo en virtud del cual serán designados los representantes de los organismos mencionado del presente artículo así como sus funciones.”

“Artículo 34°.- Registro único de Centros Autorizados

Créese en el Ministerio de Salud el Registro Único Nacional de Centros-Clínicas-Establecimientos Médicos habilitados a realizar los procedimientos de reproducción humana asistida así como el registro de bancos de gametos proporcionados por donantes.”

“Artículo 35°.- Registro Nacional de Donantes

Créese el Registro Nacional de Donantes en el Ministerio de Salud, en el cual se inscribirán los donantes de gametos con fines de reproducción humana, con las garantías de confidencialidad de los datos previstos en esta Ley. Se consignarán además los hijos nacidos de cada uno de los donantes, datos que serán

manejados en interno con las cauciones requeridas; la identidad de las parejas o mujeres receptoras.”

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- Reglamentación

Por Decreto Supremo y dentro de los 90 días hábiles de la vigencia de la presente ley, se dictarán las medidas reglamentarias y complementarias para su mejor Aplicación y ejecución.

SEGUNDA - Derogación.

Deróguense o déjense sin efecto las normas que se opongan a la presente ley.

REFERENCIAS

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Acuña, M. (2012). El Derecho a la Procreación a través de la Maternidad Subrogada en nuestro país (Tesis de Pregrado). Universidad Señor de Sipán, Chiclayo, Perú.
- Aguilar, B. (2017). *Matrimonio y Filiación: aspectos patrimoniales*. 1 ed. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Bossert, G. (1995). Derecho Civil de nuestros tiempos. En Bossert, G. Autor (eds), *Reproducción Humana Asistida* (pp. 90-124). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Bossert, G. y Zannoni, A. (2010). *Manual de Derecho de Familia*. (6°ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Boza, B. (Diciembre, 1991). Los Adelantos de la Ciencia y la Permeabilidad del Derecho: Reflexiones en torno a la Reproducción Humana Asistida. *Revista Derecho PUCP*, 45(S/V), pp. 71-110.
- Cieza, J. (2017). *Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, El impacto y la necesidad de una regulación en el Perú*. (1° ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
- Delgado, A. y Hernández, W. (2015). La Necesidad de establecer la figura jurídica de la maternidad subrogada en el Derecho de Familia (Tesis de Pregrado). Universidad Señor de Sipán, Chiclayo, Perú.
- Farnós, E. (2011). *Consentimiento a la Reproducción Asistida. Crisis de Pareja y Disposición de Embriones*. Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos.
- Fernández, C. (1998). Derechos de la Persona, Exposición de Motivos al Libro Primero del Código Civil Peruano. Séptima Ed. Lima, Perú: Grijley
- Gallegos, Y. y Jara, Q. (2008). *Manual de Derecho de Familia Doctrina, Jurisprudencia y Práctica*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Hernández, R., Fernández, C. & Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. (6° Ed.). México D.F., México: Mc Graw Hill INTERAMERICANA EDITORES S.A de C.V.
- Naghi, M. (2013). *Metodología De La Investigación*. México, México D.F: LIMUSA
- Peralta, J. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. (3°ed.). Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.

- Pérez, Gloria. (2004). *Investigación Cualitativa, Retos e Interrogantes, I. Métodos*. (4° ed.). España, Madrid: Editorial La Muralla, S.A.
- Pestaña, E. (Ed.). (2009). *Derechos Constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Salinas, R. (2005). *Derecho Penal, Parte Especial*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Torres, A. (2015). *Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho*. Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C
- Torres, M. (junio, 2017). El carácter relativo de la presunción mater semper certa est en los supuestos de maternidad subrogada A propósito de una reciente sentencia. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*, 48 (s/v), pp.79-87.
- Valverde, R. (2001). *Reflexiones Jurídicas planteadas por las Técnicas de Reproducción Asistida*. Lima, Perú: Gráfica Horizonte S.A. 344.04196 v25 EJ.7.
- Varsi, E. (1997). *Derecho y Manipulación Genética. 2 da. Ed.* Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial.
- Varsi, E. (2013). *Derecho Genético, Principios Generales*. Lima, Perú: Grijley E.I.R.L.
- Vega, Y. (2003). *Las nuevas Fronteras del Derecho de Familia*. Lima, Perú: Normas Legales S.A.C.
- Vilca, E. (2012). *Metodología de la Investigación*. Lima, Perú: EDUNT
- FUENTES ELECTRÓNICAS
- Baffone, C. (2013). Maternidad Subrogada una Confrontación entre Italia y Mexica. *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Boletín de Derecho Comparado*. 131(XLVI), pp. 441-470. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42728283001>
- Balcázar, G. y Jesús, J. (2014). Hacia un nuevo tipo de Filiación por Reproducción Mediamente Asistida en la Legislación Peruana (Tesis de Pregrado). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú. Recuperado de http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8223/BalcazarGoicochea_G%20-%20JesusVentura_J.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Bustamante, G. (2017). La Contratación de la Maternidad Subrogada en las Clínicas de Fertilización de Lima Metropolitana en el Año 2016 (Tesis de Pregrado). Universidad César Vallejo, Lima, Perú. Recuperado de <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/9899>

- Canessa, R. (2008). Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana (Tesis de Maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Recuperado de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/192>.
- Centro de Derechos Reproductivos (01 de Abril de 2014). FIV en Costa Rica. Hoja Informativa. Caso Artavia Murillo y Otros v. Costa Rica (“Fecundación in Vitro”) Recuperado de https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/15AUG15%20IVF%20Fact%20Sheet_FINAL%20SPA.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA, SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional. (21 de Febrero de 2017) Sentencia, Expediente 6374-2016 [Proceso de Amparo] obtenido del Sistema Integrado Judicial SIJ. Recuperado de <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil Permanente. (06 de diciembre de 2011) Casación, Expediente 563-2011, obtenido del Sistema Integrado Judicial. Recuperado de <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>
- El comercio. (02 de Setiembre de 2018). Dictan 12 meses de prisión preventiva para chilenos investigados por trata de personas. El Comercio. Recuperado de <https://elcomercio.pe/lima/dictan-12-meses-prision-preventiva-ciudadanos-chilenos-acusados-presunta-trata-personas-video-noticia-nndc-553157>
- García, K. (2014). La Maternidad Subrogada. *Iuta Ius Esto. Universidad de Piura*. S/V(S/N). Recuperado de <http://www.itaiusesto.com/la-maternidad-subrogada/>.
- González, D. (2016). La Maternidad como situación protegida en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social. En especial la maternidad por

- subrogación (Tesis de Maestría). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/38166/1/TFM%20.pdf>.
- Gutierrez, L. (2016). Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homologa en el Perú (Tesis de Pregrado). Universidad César Vallejo, Trujillo, Perú. Recuperado de <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/11703>
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). Los Derechos Reproductivos son Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>
- La Ley. (17 de abril de 2017). PJ reconoce como madre a quien contrató un vientre de alquiler [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://laley.pe/art/3933/pj-reconoce-como-madre-a-quien-contrato-un-ventre-de-alquiler>
- Lagos, F. (2017). Por un acto de amor: ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos Jurídicos sobre Infertilidad en el Perú (Tesis de Pregrado). Universidad Privada del Norte, Cajamarca, Perú. Recuperado de Tesis de Pregrado). <http://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/10654>.
- Leonseguí, R. (1994). La Maternidad Portadora, Sustituta, Subrogada o de Encargo. *Revista de Derecho UNED*, S/V(7), 317-338. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=197>
- Llauce, C. (2013). La fecundación in vitro y el estatuto del embrión humano en el sistema jurídico peruano. (Tesis de Pregrado). Recuperada de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2351/DER_044.pdf?sequence=1
- Martínez, V. (2015). Maternidad Suborgada una mirada a su regulación en México. *Díkaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 24(2), 353-382. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0120-89422015000200007
- Ramos, V. (2015). La incidencia de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la Filiación (Tesis de Doctorado). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Chiclayo, Perú. Recuperado de <http://repositorio.unprg.edu.pe/handle/UNPRG/512>.

- Rodríguez, C. y Camilo, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 25 (2), 59-81. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003.
- Saavedra, S. (2017). Aspectos Jurídicos Relevantes en la Maternidad Subrogada: Un Análisis a la Realidad Peruana (Tesis de Pregrado). Universidad César Vallejo, Nuevo Chimbote, Perú. Recuperado de <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/10276>
- Santander, C. (2012). El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? (Tesis de Pregrado). Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Recuperado de <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/614>.
- Tribunal Constitucional, (16 de Octubre de 2009,) Sentencia, Expediente 2005-2009, Proceso de Amparo [Mensaje de un Blog]. Recuperado de <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>
- Varsi, E. (Junio, 2017). Determinación de la Filiación en la Procreación Asistida. *Revista IUS*, 39(11). Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006
- Zegers-Hochschild, F.; Adamson, G.; Mouzon, B.; Ishihara, C.; Mansour, D.; Nygren, E.; Sullivan, F. y Vanderpoel, S.; para ICMART y WHO. (2010). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y la Organización Mundial de la Salud. Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Recuperado de http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf
- Zelada, C.; Silva, C.; Díaz, I.; Siverino, P.; Ramírez, B. y Mantilla, J. (2014). Observatorio de Sentencias Judiciales, Los Derechos de las Mujeres en la Mira. DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Recuperado de https://www.demus.org.pe/wpcontent/uploads/2015/06/771_observatorio_o_k.pdf

ANEXOS

ANEXO I: MATRIZ DE CONSISTENCIA

MATRIZ DE CONSISTENCIA PARA ELABORACIÓN DE TESIS

NOMBRE DEL ESTUDIANTE: Winy Tatiana Goicochea Goicochea

FACULTAD/ESCUELA: Derecho

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	TIPO DE INVESTIGACIÓN	POBLACIÓN	TÉCNICAS	MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS
¿Cómo el derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su realización plena, constituye el fundamento para el reconocimiento legal de la maternidad subrogada. (Chiclayo, 2018)?	Determinar que la realización plena del Derecho Reproductivo, se constituye en el fundamento para el reconocimiento legal de la Maternidad Subrogada a través de la disponibilidad de los medios que posibilitan la reproducción humana. (Chiclayo, 2018)	El Reconocimiento Legal de la Maternidad subrogada se encuentra fundamentado en el Derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su plena realización.	Reconocimiento Legal de la Maternidad Subrogada	Explicativa	8283 Abogados Colegiados en el ICAL	Observación Encuesta	Microsoft Excel Inducción - Deducción
			Derecho a Disponer de los medios para la reproducción humana	DISEÑO	MUESTRA	INSTRUMENTOS	
			Derecho Reproductivo en su plena realización	Estudio de casos	105 Abogados	Cuestionario	

ANEXO II: VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO



HOJA DE REGISTRO DEL JUEZ

Estimado(a) Magister /Doctor(a).

Cargo/ Institución donde labora:

*Dr. Johnny Luis Sorkate Tabo Siesquen
Universidad César Vallejo / Cdo. Arequipa*

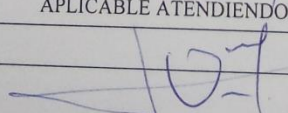
Agradezco su dedicación y minuciosidad en la evaluación del instrumento a los cuales hace referencia la presente Hoja de Registro.

El recojo de información responde al trabajo de investigación titulado "REALIZACIÓN PLENA DEL DERECHO REPRODUCTIVO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS QUE LA POSIBILITAN (CHICLAYO, 2017-2018)" que tiene como **problema**: ¿Cómo el derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su realización plena, constituye el fundamento para el reconocimiento legal de la maternidad subrogada. (Chiclayo, 2017-2018); **hipótesis**: El Reconocimiento Legal de la Maternidad subrogada se encuentra fundamentado en el Derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su plena realización; **objetivo general**: Determinar que la realización plena del Derecho Reproductivo, se constituye en el fundamento para el reconocimiento legal de la Maternidad Subrogada a través de la disponibilidad de los medios que posibilitan la reproducción humana. (Chiclayo, 2017-2018) y como **objetivos específicos**: a) Conceptualizar el derecho Reproductivo, el cual se desprende de los derechos constitucionales a la dignidad humana y libertad, de la persona, b) Delimitar los alcances conceptuales y prácticos de la plena realización del derecho reproductivo, c) Estudiar a la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida y d) Contrastar el marco normativo nacional de la maternidad subrogada.

En este sentido se pretende validar los siguientes criterios en los ítems construidos:

- **Pertenencia**: en cuanto a la asociación del ítem a la variable de estudio
- **Suficiencia**: presencia de todos los elementos necesarios para el recojo de información.
- **Claridad**: en la redacción de la variable en la ficha de análisis.

Para completarla deberá leer cuidadosamente los ítems de validación del cuestionario y conforme a su criterio personal, marcar con una X lo que mejor describa lo evaluado. Del mismo modo, deberá completar las sugerencias o comentarios que de ser necesario requiera.

ÍTEM	CRITERIOS A EVALUAR										OBSERVACIONES (si debe eliminarse o modificarse un ítem por favor indique)	
	Claridad en la redacción		Coherenci a Interna		Inducción a la respuesta (Sesgo)		Lenguaje adecuado con el nivel del informante		Mide lo que pretende			
	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO		
1	X		X		X		X		X			
2	X		X		X		X		X			
3	X		X		X		X		X			
4	X		X		X		X		X			
5	X		X		X		X		X			
6	X		X		X		X		X			
7	X		X		X		X		X			
8	X		X		X		X		X			
9	X		X		X		X		X			
ASPECTOS GENERALES										ADECUADO	NADA ADECUADO	*****
El instrumento contiene instrucciones claras y precisas para responder el cuestionario										X		
Los ítems permiten el logro del objetivo de la investigación										X		
Los ítems están distribuidos en forma lógica y secuencial										X		
El número de ítems es suficiente para recoger la información. En caso de ser negativa su respuesta, sugiera los ítems a añadir										X		
VALIDEZ												
APLICABLE					X		NO APLICABLE					
APLICABLE ATENDIENDO A LAS OBSERVACIONES												
FIRMA: 								FECHA: 26.09.18				

HOJA DE REGISTRO DEL JUEZ

Estimado(a) Magister /Doctor(a), Mag. Yuri Díaz Jaime
Cargo/ Institución donde labora: Docente en la Universidad César Vallejo "Santo Tomás de Mogrovejo"

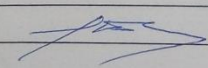
Agradezco su dedicación y minuciosidad en la evaluación del instrumento a los cuales hace referencia la presente Hoja de Registro.

El recojo de información responde al trabajo de investigación titulado "REALIZACIÓN PLENA DEL DERECHO REPRODUCTIVO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS QUE LA POSIBILITAN (CHICLAYO, 2017-2018)" que tiene como **problema:** ¿Cómo el derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su realización plena, constituye el fundamento para el reconocimiento legal de la maternidad subrogada. (Chiclayo, 2017-2018); **hipótesis:** El Reconocimiento Legal de la Maternidad subrogada se encuentra fundamentado en el Derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su plena realización; **objetivo general:** Determinar que la realización plena del Derecho Reproductivo, se constituye en el fundamento para el reconocimiento legal de la Maternidad Subrogada a través de la disponibilidad de los medios que posibilitan la reproducción humana. (Chiclayo, 2017-2018) y como **objetivos específicos:** a) Conceptualizar el derecho Reproductivo, el cual se desprende de los derechos constitucionales a la dignidad humana y libertad, de la persona, b) Delimitar los alcances conceptuales y prácticos de la plena realización del derecho reproductivo, c) Estudiar a la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida y d) Contrastar el marco normativo nacional de la maternidad subrogada.

En este sentido se pretende validar los siguientes criterios en los ítems construidos:

- **Pertenencia:** en cuanto a la asociación del ítem a la variable de estudio
- **Suficiencia:** presencia de todos los elementos necesarios para el recojo de información.
- **Claridad:** en la redacción de la variable en la ficha de análisis.

Para completarla deberá leer cuidadosamente los ítems de validación del cuestionario y conforme a su criterio personal, marcar con una X lo que mejor describa lo evaluado. Del mismo modo, deberá completar las sugerencias o comentarios que de ser necesario requiera.

ÍTEM	CRITERIOS A EVALUAR										OBSERVACIONES (si debe eliminarse o modificarse un ítem por favor indique)	
	Claridad en la redacción		Coherencia Interna		Inducción a la respuesta (Sesgo)		Lenguaje adecuado con el nivel del informante		Mide lo que pretende			
	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO		
1	X		X		X		X		X			
2	X		X		X		X		X			
3	X		X		X		X		X			
4	X		X		X		X		X			
5	X		X		X		X		X			
6	X		X		X		X		X			
7	X		X		X		X		X			
8	X		X		X		X		X			
9	X		X		X		X		X			
ASPECTOS GENERALES										ADECUADO	NADA ADECUADO	*****
El instrumento contiene instrucciones claras y precisas para responder el cuestionario										X		
Los ítems permiten el logro del objetivo de la investigación										X		
Los ítems están distribuidos en forma lógica y secuencial										X		
El número de ítems es suficiente para recoger la información. En caso de ser negativa su respuesta, sugiera los ítems a añadir										X		
VALIDEZ												
APLICABLE					X	NO APLICABLE						
APLICABLE ATENDIENDO A LAS OBSERVACIONES												
FIRMA: 								FECHA: 26-09-2018				



HOJA DE REGISTRO DEL JUEZ

Estimado(a) Magister /Doctor(a): Dama Carolina Mozo Guillermano
Cargo/ Institución donde labora: Universidad César Vallejo.

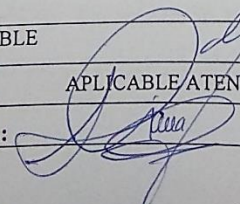
Agradezco su dedicación y minuciosidad en la evaluación del instrumento a los cuales hace referencia la presente Hoja de Registro.

El recojo de información responde al trabajo de investigación titulado “*REALIZACIÓN PLENA DEL DERECHO REPRODUCTIVO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS QUE LA POSIBILITAN (CHICLAYO, 2017-2018)*” que tiene como **problema:** ¿Cómo el derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su realización plena, constituye el fundamento para el reconocimiento legal de la maternidad subrogada. (Chiclayo, 2017-2018); **hipótesis:** El Reconocimiento Legal de la Maternidad subrogada se encuentra fundamentado en el Derecho a disponer de los medios para la reproducción humana, en tanto derecho reproductivo en su plena realización; **objetivo general:** Determinar que la realización plena del Derecho Reproductivo, se constituye en el fundamento para el reconocimiento legal de la Maternidad Subrogada a través de la disponibilidad de los medios que posibilitan la reproducción humana. (Chiclayo, 2017-2018) y como **objetivos específicos:** a) Conceptualizar el derecho Reproductivo, el cual se desprende de los derechos constitucionales a la dignidad humana y libertad, de la persona, b) Delimitar los alcances conceptuales y prácticos de la plena realización del derecho reproductivo, c) Estudiar a la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida y d) Contrastar el marco normativo nacional de la maternidad subrogada.

En este sentido se pretende validar los siguientes criterios en los ítems construidos:

- **Pertenencia:** en cuanto a la asociación del ítem a la variable de estudio
- **Suficiencia:** presencia de todos los elementos necesarios para el recojo de información.
- **Claridad:** en la redacción de la variable en la ficha de análisis.

Para completarla deberá leer cuidadosamente los ítems de validación del cuestionario y conforme a su criterio personal, marcar con una X lo que mejor describa lo evaluado. Del mismo modo, deberá completar las sugerencias o comentarios que de ser necesario requiera.

ÍTEM	CRITERIOS A EVALUAR										OBSERVACIONES (si debe eliminarse o modificarse un ítem por favor indique)	
	Claridad en la redacción		Coherenci a Interna		Inducción a la respuesta (Sesgo)		Lenguaje adecuado con el nivel del informant e		Mide lo que pretende			
	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO	ADECUADO	NADA ADECUADO		
1	X		X		X		X		X			
2	X		X		X		X		X			
3	X		X		X		X		X			
4	X		X		X		X		X			
5	X		X		X		X		X			
6	X		X		X		X		X			
7	X		X		X		X		X			
8	X		X		X		X		X			
9	X		X		X		X		X			
ASPECTOS GENERALES										ADECUADO	NADA ADECUADO	*****
El instrumento contiene instrucciones claras y precisas para responder el cuestionario										X		
Los ítems permiten el logro del objetivo de la investigación										X		
Los ítems están distribuidos en forma lógica y secuencial										X		
El número de ítems es suficiente para recoger la información. En caso de ser negativa su respuesta, sugiera los ítems a añadir										X		
VALIDEZ												
APLICABLE					X		NO APLICABLE					
APLICABLE ATENDIENDO A LAS OBSERVACIONES												
FIRMA: 										FECHA: 27/09/2018		

ANEXO III: INSTRUMENTO



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO ESCUELA DE DERECHO CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

CÓDIGO:
FECHA:

CUESTIONARIO para ENCUESTA

REALIZACIÓN PLENA DEL DERECHO REPRODUCTIVO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS QUE LA POSIBILITAN (CHICLAYO, 2017-2018)

Presentación.

Señor(a), el presente cuestionario es de carácter anónimo, tiene como finalidad obtener información acerca del tema de Realización plena del derecho reproductivo en el reconocimiento de la maternidad subrogada con disponibilidad de los medios que la posibilitan. Los datos que nos proporcione serán de mucha importancia porque nos permitirá detectar los problemas que surgen alrededor del tema tratado. Marque con una "X" en cada ítem planteado según su criterio. Gracias por su colaboración.

1. De los siguientes conceptos ¿Cual, a su criterio, considera que identifica de mejor manera, la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida?:
 - A. Método de reproducción asistida en el cual el espermatozoide de un hombre y el óvulo de una mujer son unidos fuera del cuerpo, en un laboratorio
 - B. Se obtiene los óvulos de la mujer mediante transpiración vaginal de los folículos y posteriormente son inseminados en un laboratorio, poniéndolos en contacto con una concentración adecuada de espermatozoides y dejando que ellos mismos realicen todo el procedimiento de fecundación, como lo harían de forma natural en el interior de las trompas de Falopio
 - C. Por maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro y para otro, se alude a la técnica de reproducción humana asistida en la que una mujer se obliga a gestar una criatura, renunciando a cualquier derecho sobre este, en beneficio de una pareja mediando bien contraprestación o no.
 - D. Práctica a través de la cual la mujer contribuye únicamente en la fase de gestación. Según esta modalidad, la pareja que encarga el niño proporciona el material genético. La gestante continúa con el embarazo, da a luz al niño y lo entrega a la pareja, renunciando a cualquier derecho sobre de éste.
 - E. No sabe no opina.
2. Teniendo en cuenta que las limitaciones físicas sólo deben impedir participar en la concepción, gestación y alumbramiento en la medida que la ciencia o la sociedad no pueda superarlas; y, si la inteligencia humana provee los medios para aliviar y liberar a los esposos de sus limitaciones reproductivas, y tomando en cuenta que el

- Derecho no debe ser un obstáculo sino un medio para facilitar el uso de la Maternidad Subrogada como Técnica de Reproducción Humana Asistida, usted considera que:
- A. Debería permitirse sin limitaciones
 - B. Debería permitirse con restricciones
 - C. No sabe/ No opina
3. Considerando todos los conflictos jurídicos que derivan del vacío normativo de la maternidad subrogada, y en el contexto mencionado anteriormente usted considera que debería ser materia de regulación legislativa en el Perú en:
- A. El Código Civil
 - B. La Ley General de Salud
 - C. En una Ley de Técnicas de Reproducción Asistida
4. Teniendo en cuenta que en los tiempos actuales se prodiga la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y donde cada persona busca su libre desarrollo, aunado al avance médico científico, a su criterio considera que se debería acudir a la Maternidad Subrogada en casos de (Puede marcar más de una):
- A. Problema de fertilidad o esterilidad aunado al deseo de ser padre.
 - B. Liberalismos sociales, en los que se tiene el deseo de no interrumpir la profesión y el deseo de ser padre.
 - C. Deseo altruista de ayudar a otras parejas a convertirse en padres.
 - D. Para recibir una prestación económica.
 - E. No debería acudir a la maternidad subrogada.
 - F. No sabe/ No opina
5. La maternidad subrogada a su criterio se puede realizar de qué forma(puede marcar más de una):
- A. Madre Portadora: La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica.
 - B. Madre Sustituta: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla dicha funciones, que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.
 - C. Ovodonación: La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero si puede gestar por lo que sólo necesita una mujer que le ceda óvulos.
 - D. Embriodonación: Problema de Infertilidad Completa en la pareja, es decir la mujer ni puede generar óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil, por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y terminar el proceso de gestación.
6. Según su opinión en el Perú la regulación tanto como el acceso a la maternidad subrogada debería hacerse, de las siguientes, en que forma:
- I. Madre Portadora
 - II. Madre Sustituta
 - III. Ovodonación

IV. Embriodonación

A. Sólo I
y II

B. Sólo
III y
IV

D. I, II,
III y
IV

C. Sólo I

7. Teniendo en cuenta que La Ley General de Salud regula que “Se podrá hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida en los casos en los que la madre gestante y madre genética recaigan sobre la misma persona”, de los términos que se le presentan a continuación ¿Cuál de ellos se corresponde de mejor manera con dicha regulación?
- A. Inseminación Artificial
 - B. Fecundación In Vitro
 - C. Crioconservación de Embriones
 - D. Todas las anteriores
8. Sobre los derechos reproductivos, los cuales derivan de los derechos a la Dignidad Humana, Libertad, Salud, Libre desarrollo de la personalidad, entre otros, a su criterio dentro de los siguientes, en cual(es) cabe el supuesto de la utilización de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, para superar los problemas de fertilidad en parejas con anhelo de convertirse en padres.
- A. Decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y momento de tener hijos.
 - B. Disponer de la información y de los medios para hacerlo posible
 - C. Derecho de alcanzar el grado más elevado de salud sexual y reproductiva.
9. Según el Instituto Interamericano de Derechos Humanos para la plena realización de los derechos reproductivos, los estados tienen tres niveles de protección de estos:
- I. Respetar un derecho, el Estado no debe violarlo directamente y debe reconocerlo como derecho humano.
 - II. Proteger un derecho, significa promulgar las leyes y crear los mecanismos para prevenir su violación.
 - III. Garantizar un derecho, significa adoptar las medidas necesarias y crear las instituciones y los procedimientos, así como la distribución de recursos, para permitir que las personas puedan gozar de un derecho.
- A su criterio, y teniendo en cuenta el vacío normativo sobre maternidad subrogada en el Perú como medio alternativo para la reproducción humana ¿cree usted que el Estado peruano se encuentra cumpliendo estas obligaciones para la realización plena de nuestros derechos reproductivos?
- A. Si respeta, pero no protege ni garantiza.
 - B. Si respeta y protege pero no garantiza.
 - C. Si respeta, protege y garantiza.
 - D. No respeta, protege ni garantiza.

ANEXO IV: CERTIFICADO DE COLEGIO DE ABOGADOS



ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Fundado el 10 de Julio de 1922

www.ical.org.pe

Email: ical_adm@hotmail.com


EL SECRETARIO ADMINISTRATIVO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE, que suscribe;

CERTIFICA:

Que, la cantidad de Abogados colegiados en el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, a la fecha es de **8283**.

Se expide la presente Certificación a solicitud de la parte interesada, para los fines que estime conveniente.

Chiclayo, 21 de noviembre de 2018

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE
Fundado el 10 de Julio de 1922

Lic. Carlos Gianfranco Mejía Coronel
SECRETARIO ICAL

Esquina José C. Mariátegui - Los Rosales - José León Barandiarán
Urb. Del Abogado "Arturo Cabrejos Falla" - Telf. (074) 226262 - (074) 613623
CHICLAYO - PERÚ

Yo, DR. JUAN MIGUEZ JUÁREZ MARTÍNEZ, docente de la Facultad de Derecho y Escuela Profesional de DERECHO de la Universidad César Vallejo Chiclayo, revisor (a) de la tesis titulada "REALIZACION PLENA DEL DERECHO REPRODUCTIVO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS QUE LA POSIBILITAN (CHICLAYO, 2018)", del (de la) estudiante GOICOCHEA GOICOCHEA WINY TATIANA, constato que la investigación tiene un índice de similitud de 29% verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El/la suscrito (a) analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

Lugar y fecha, CHICLAYO, 21 DE DICIEMBRE DEL 2018



Firma

DR. JUAN MIGUEZ JUÁREZ MARTÍNEZ

DNI: 16754186

Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Representante del SGC	Aprobó	Vicerrectorado de Investigación
---------	----------------------------	--------	-----------------------	--------	---------------------------------



**AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DE
TESIS EN REPOSITORIO INSTITUCIONAL
UCV**

Código : F08-PP-PR-02.02
Versión : 07
Fecha : 31-03-2017
Página : 1 de 1

Yo WINY TATIANA GOICOECHA GOICOECHA....., identificado con DNI N° 75322450.....
egresado de la Escuela Profesional de DERECHO..... de la
Universidad César Vallejo, autorizo () , No autorizo () la divulgación y
comunicación pública de mi trabajo de investigación titulado
"REALIZACIÓN PLENA DEL DERECHO REPRODUCTIVO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA....."
...MATERIAD SUBSISTIDA CON DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS QUE LA.....
...POSIBILITAN (CHICLAYO, 2018).....
.....
....."; en el Repositorio
Institucional de la UCV (<http://repositorio.ucv.edu.pe/>), según lo estipulado en el
Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor, Art. 23 y Art. 33

Fundamentación en caso de no autorización:

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....


FIRMA

DNI: 75322450.....

FECHA: 21 de DICIEMBRE del 2018.

Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Representante de la Dirección / Vicerrectorado de Investigación y Calidad	Aprobó	Rectorado
---------	----------------------------	--------	---	--------	-----------



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

AUTORIZACIÓN DE LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

CONSTE POR EL PRESENTE EL VISTO BUENO QUE OTORGA EL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN DE

E.P. DE DERECHO

A LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PRESENTA:

BOICOCHEA BOICOCHEA WINY TATIANA

INFORME TÍTULADO:

"REALIZACIÓN ALENA DEL DERECHO REPRODUCIDO EN EL RECONOCIMIENTO

DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS

QUE VA POSIBILITAN (CHICLAYO, 2018)"

PARA OBTENER EL TÍTULO O GRADO DE:

ABOGADA

SUSTENTADO EN FECHA: 13 DE ABRIL DEL 2019

NOTA O MENCIÓN: APROBADO POR UNANIMIDAD



[Firma]
FIRMA DEL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN