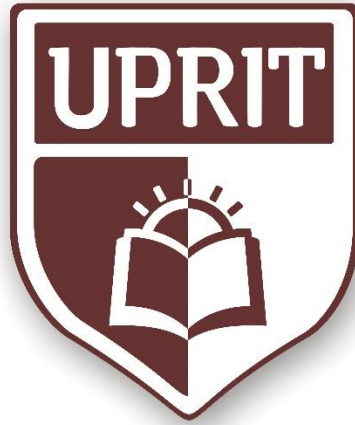


**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TRUJILLO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE**  
**ABOGADO**

**MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ 2020**

**AUTOR:**

**BACH. JHOSSEF CARLOS SEVILLANO MIMBELA**

**BACH. JORGE VICTOR GUEVARA ZELAYA**

**ASESOR:**

**Mg. WALTER RAFAEL LLAQUE SANCHEZ**

**Trujillo – Perú**

**2022**

**PRESIDENTE**

**SECRETARIO**

**VOCAL**



**DEDICATORIA:**

Esta Tesis está dedicada a Dios, por dar la fuerza para continuar a pesar de las adversidades; a mi familia quienes me apoyan sin importar las circunstancias.

**AGRADECIMIENTO:**

Agradezco a Dios por cada día de vida, a mi familia quienes con un granito de arena han apoyado este reto académico.

## INDICE DE CONTENIDOS

	<b>Páginas</b>
Carátula	1
Hoja de Firmas	2
Dedicatoria	4
Agradecimiento	5
Índice de Contenido	6
Resumen	8
Abstrac	9
I. INTRODUCCIÓN	10
1.1. Realidad problemática	10
1.2. Formulación del Problema	13
1.3. Justificación	13
1.4. Objetivos	14
1.4.1. Objetivo General	14
1.4.2. Objetivos Específicos	14
1.5. Antecedentes	14
1.6. Bases Teóricas	16
1.7. Definición de términos básicos	45
1.8. Formulación de la hipótesis	46
1.9. Variables	46
II. MATERIAL Y MÉTODOS	47
2.1. Material:	47
2.2. Material de Estudio	47
2.2.1. Población	47
2.2.2. Muestra	48
2.3. Técnicas Procedimientos e instrumentos	48

2.3.1. Para recolectar datos	48
2.3.2. Para procesar datos	49
III. RESULTADOS	50
IV. DISCUSION	61
V. CONCLUSIONES	64
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	65

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación fue desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Trujillo. Su objetivo principal es determinar los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el Perú. Para alcanzar este objetivo se realizó un estudio con profesionales en derecho especialista en el área de derecho civil – familia del CALL, Provincia de Trujillo, Región La Libertad.

El tipo de estudio es orientado al cambio y toma de decisiones, el diseño de estudio es Fenomenológico. La investigación cuenta con la variable independiente: “Derecho a Procreación”, y la variable dependiente: “Maternidad Subrogada”.

Se trabajó con un total de 19 participantes que son profesionales en derecho especialista en el área de derecho civil – familia del CALL, Provincia de Trujillo, Región La Libertad; para poder tener referentes y contenidos que se enmarquen a poder tener indicadores y respuestas en concordancia a nuestras variables, se ha empleado un cuestionario de preguntas cerradas. El estudio permitirá entender el fenómeno social complejo que se aborda, así como comprender posibles aspectos a mejorar en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Se concluye que Las técnicas de reproducción asistida se pueden dar dentro del cuerpo de la mujer – fecundación intracorpórea – o ya sea fuera del cuerpo de la mujer – in vitro – conocida como fecundación extracorpórea.

Palabras clave: Embarazo, Maternidad, Maternidad subrogada, Derecho de familia, Derecho Civil.



## **ABSTRACT**

The present research work was developed at the Law School of the Universidad Privada de Trujillo. Its main objective is to determine the legal basis for regulating surrogacy in Peru. In order to achieve this objective, a study was carried out with law professionals specialized in the area of civil law - family of the CALL, Province of Trujillo, La Libertad Region.

The type of study is oriented to change and decision making, the study design is Phenomenological. The research has the independent variable: "Right to Procreation", and the dependent variable: "Surrogate Motherhood".

We worked with a total of 19 participants who are legal professionals specializing in the area of civil law - family of the CALL, Province of Trujillo, La Libertad Region; in order to have references and contents that are framed to be able to have indicators and answers in accordance with our variables, a questionnaire of closed questions has been used. The study will allow us to understand the complex social phenomenon we are dealing with, as well as to understand possible aspects to improve in our national legal system.

It is concluded that assisted reproduction techniques can take place inside the woman's body - intracorporeal fertilization - or outside the woman's body - in vitro - known as extracorporeal fertilization.

Key words: Pregnancy, Maternity, Surrogacy, Family Law, Civil Law.

## I. INTRODUCCION

### 1.1. Realidad Problemática

En nuestros tiempos actuales, se evidencia que resulta difícil no acudir a la ciencia y la tecnología para solucionar, mejorar o impulsar cuestiones en los diferentes aspectos de nuestra vida; ya sea, de educación, música, emprendimiento, salud, etc. En el campo de la salud, la ciencia y la tecnológica ha mejorado y crecido enormemente a pasos agigantados consolidando hacer lo imposible en realidad. Es así que, por ejemplo, ante la imposibilidad de que las parejas puedan concebir un hijo de manera natural, estas pueden emplear una técnica de reproducción humana asistida para lograr el anhelo de ser padre o madre y en consecuencia conformar una familia. De lo mencionado anteriormente podemos decir que tecnología o mejor dicho la nanotecnología biomédica hoy en día permite la fecundación asistida sin problema alguno.

Sin embargo, ¿Qué pasa cuando una mujer que consigue la fecundación asistida no logra terminar con la gestación?, es decir, interrumpe la gestación o dicho de otro modo aborta al feto, obviamente nos referimos cuando este fracaso de la gestación es de manera involuntaria y no provocada. Precisamente frente a esta problemática podemos acudir a la maternidad subrogada.

Al hablar de la maternidad subrogada, inmediatamente entendemos de manera general que, se trata de un acuerdo, pacto o contrato, en el que de un lado tenemos a los padres que encargan la gestación de un nuevo ser, que al término de la gestación será su hijo, de otro lado tenemos a la madre que gesta al nuevo ser y que, al término de la gestación, después del parto,

entregará al niño a los padres que lo encargaron. Para ello, obviamente, existen términos, condiciones, obligaciones y derechos de ambas partes. Es necesario destacar que para llevar a cabo la maternidad subrogada se ha empleado una técnica de reproducción humana asistida en una clínica.

Al parecer todo parece estar resuelto para las parejas que no consiguen un embarazo de manera natural o si la consiguen no llevan con éxito la gestación. Sin embargo, la problemática radica en que ésta actividad de la maternidad subrogada no cuenta con una regulación jurídica dentro de nuestra legislación. Y, por lo tanto, merece especial atención en nuestra investigación y con ello trascendencia para el derecho.

Por otra parte, una problemática que se desprende de la falta de regulación jurídica es acerca de cómo determinar la identidad y la filiación del hijo nacido de una maternidad subrogada. Es decir, ¿Qué sucede si la madre subrogada aportó su óvulo para engendra al nuevo ser? En este caso especial, el hijo es de los padres o pareja que encargaron la gestación o es de la madre subrogada (ya que aportó los óvulos) y el padre que encargó la gestación. Genéticamente el hijo es de la madre subrogada y el esposo o pareja que aportó el semen. Ergo, ¿Cómo queda la madre o mujer que encargó la gestación? ¿Tiene o no algún derecho sobre el hijo? Esta es otra de las cuestiones que debemos dilucidar en nuestra investigación. Cabe resaltar que, si la madre subrogada no aporta el material genético para la fecundación, no habría problema en determinar la identidad biológica del menor.

Asimismo, podemos señalar que, esta práctica es muy controvertida en la actualidad, y su legalización y regulación jurídica está en la agenda de muchos países en el mundo. En países europeos como Ucrania, Reino Unido y Grecia se encuentra regulada y permitida siempre que sea de manera altruista. Caso contrario encontramos en Francia y China que la prohíben, e incluso la han penalizado. Por otro lado, en algunos Estados como Florida y California de los Estados Unidos de Norteamérica si está permitido e inclusive existen centros médicos autorizados que llevan a

cabo esta actividad con fines netamente comerciales, y para ello, obviamente, si cuenta con una legislación que regule esta praxis.

En ese mismo sentido, determinar si la maternidad subrogada debería ser onerosa o altruista es otra de las cuestiones importantes a esclarecer en nuestra investigación. Es importante ello porque en algunas legislaciones solo lo permiten con fines altruista o de solidaridad, sin embargo, en otras no exigen esta condición; tenemos el caso del Estado de Florida y California.

A nivel nacional, la maternidad subrogada es una actividad que se viene practicando por aquellas parejas que no pueden gestar un bebé; ya sea por un problema de esterilidad o por un problema de infertilidad – es decir, aquellas mujeres que, sí quedan embarazadas, pero no pueden gestar al bebé hasta el parto. Dado ello, en algunos países de Latinoamérica – como es el caso de Uruguay y Brasil – se ha planteado como alternativa de solución la maternidad subrogada.

Por otro lado, en nuestra legislación solo encontramos el artículo siete de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, en cuyo apartado especifica dos cosas: la primera es en cuanto al derecho que tiene persona a tratar su infertilidad aplicando métodos de reproducción humana asistida; la segunda tiene que ver con que dicha técnica debe darse si la madre genética y la madre gestante es la misma persona, sin embargo, dicha expresión no niega o prohíbe rotundamente la maternidad subrogada. En ese sentido nuestra problemática radica en que en nuestra legislación no cuenta con una regulación jurídica detallada y pormenorizada, y ese es justamente nuestro tema de investigación.

Por último, de todo lo mencionado en nuestra realidad problemática podemos decir que nuestra investigación busca determinar los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada, toda vez que en la legislación nacional no encontramos una regulación específica de ello, que permita a las parejas, que se encuentran

imposibilitadas de gestar biológicamente, emplear esta técnica para lograr cumplir el anhelo de ser padre y madre.

## **1.2. Formulación del problema:**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el Perú 2020?

## **1.3. Justificación**

La investigación acerca de los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada es de vital importancia para nuestro ordenamiento jurídico, ya que no contamos con una legislación específica que sostenga esta práctica relativamente frecuente en nuestro país. Es tan relevante porque el derecho tiene que ir avanzando a la par con la ciencia, aunque esta posición sea un poco utópica, debemos considerar que la maternidad subrogada no es una práctica que ha aparecido estos últimos años, sino que viene practicándose desde la antigua roma, por los nobles romanos, según las explicaciones históricas.

El aporte fundamental es encontrar los fundamentos jurídicos suficientes para que haya una regulación, y para ello cada fundamento será explicado y detallado para mejor entendimiento, así, el aporte es jurídico en cuanto proporcionemos esas razones que nos conlleven, porque no, a una futura legislación específica. Esta última es también nuestro interés, a la que arribaremos como una sugerencia o intento por dar alcances que puedan coadyuvar a investigaciones posteriores.

Nuestro trabajo de investigación también tomará una postura sobre cuál de los tipos de maternidad subrogada es la más conveniente para ser regulada y permitida dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y como consecuencia solucionar este vacío legal, es decir que las prácticas de maternidad subrogada o vientre de alquiler como es conocido comúnmente, tengan un

asidero legal que permita evitar conflictos civiles o penales en un futuro, asimismo nos proponemos advertir en que situaciones se deben prohibir. En esa misma línea nuestro trabajo de investigación pretende resolver el problema jurídico de esta práctica, y para ello debemos encontrar y argumentar los fundamentos que nos pueden conllevar a ello.

#### **1.4. Objetivos**

##### **1.4.1. Objetivo General:**

Determinar aquellos fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el Perú.

##### **1.4.2. Objetivo Especifico:**

- i. Analizar la regulación de la maternidad subrogada en la legislación comparada a fin de conocer los fundamentos jurídicos en que se sustenta y determinar si éstos podrían ser aplicados en su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.
- ii. Explicar de manera pormenorizada las diferentes acepciones acerca de las técnicas de reproducción humana asistida y maternidad subrogada, con la finalidad de determinar cuál de estas es la más posible y viable regular en nuestro ordenamiento legal.
- iii. Determinar los derechos específicos que se protegerían con la regulación de la maternidad subrogada con el objetivo de sustentarlos desde una perspectiva legal y constitucional

#### **1.5. Antecedentes.**

##### **Internacional**

Beorlegui (2014). En su tesis la maternidad subrogada en España. Llego a la conclusión: En muchos países existe jurisprudencia y doctrina que demuestra que en la práctica las parejas que no pueden concebir de forma natural contratan a una mujer que pueda gestar a su hijo biológico a cambio de una contraprestación económica, reconociéndole derechos y obligaciones, en la cual se benefician las partes.

Santander (2012). En su tesis el contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? Conclusión: El contrato de gestación por encargo no exime a la dignidad humana, sino que incluye como una expresión de la igualdad de la mujer a poder ejercer su libertad reproductiva, siempre y cuando este acuerdo de voluntades no genere ingresos económicos a la madre que incondicionalmente acepta gestar el hijo de otra mujer.

Sánchez (2014). En sus tesis Regulaciones del contrato de vientre de alquiler como fecundación humana aplicada a la legislación ecuatoriana para introducir reformas al Código Civil. Conclusión: La práctica de la maternidad subrogada desde un enfoque humano, se puede comprender a las personas que celebran este tipo de contrato, ya que podrán dejar una herencia genética y concretar así su proyecto de vida.

### **Nacional**

Canessa (2011), En su tesis titulada “La Filiación en la reproducción Humana Asistida”; Tuvo como objetivo general: Determinar la filiación de los nacidos como consecuencia de la aplicación de las TRHA en nuestra legislación sustantiva.

Carredo (2015). En su tesis La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del nacido. Concluye: la maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana asistida que su práctica no debe prohibirse. Los vientres de alquiler no vulneran la dignidad del embrión pues este no es una persona.

Zaldivar (2016). En su tesis Necesidad de regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada. Tuvo como objetivo: determinar si existe la necesidad jurídica de regular la maternidad subrogada. Conclusión: El derecho a la reproducción humana es un derecho constitucional reconocido

entre los hombres, ya que es un hecho biológico, que genera vínculos de filiación y de parentesco.

## 1.6. Bases Teóricas

### CAPITULO I

#### TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

##### 1. Definición

Una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) es un proceso biomédico el cual permite la procreación humana. En este proceso se llevan a cabo un conjunto de métodos para ayudar, o sustituir, el proceso natural de la reproducción humana.

Cabe resaltar que una técnica de reproducción asistida no pretende reemplazar de manera artificial la función procreativa del ser humano, sino que su objetivo es coadyuvar a la procreación humana por motivos de infertilidad o cualquier otro problema que impida el proceso biológico de la procreación.

Es así que una técnica de reproducción humana asistida es un “...conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana.” (Santamaría, 2000)

Por otro lado, es preciso mencionar que en este proceso están involucrados tanto gametos femeninos como masculinos. Así tenemos que, la deposición del semen en la vagina y la fertilización del ovulo por el espermatozoide son una de las técnicas de reproducción humana asistida.

Por último, vale decir que una técnica de reproducción humana asistida no busca curar la infertilidad, ya que los pacientes después de someterse a una de ellas siguen padeciendo el mismo problema. Esto conlleva a concluir una vez más que una técnica de reproducción humana asistida no es un



tratamiento médico sobre la infertilidad o esterilidad sino un proceso por el cual se logra la fecundación de un nuevo ser – dentro o fuera del cuerpo de la mujer – empleando la tecnología médica.

## **2. Clasificación**

### **2.1. Inseminación artificial con semen de la pareja**

Este tipo de inseminación es la más conocida y consiste en alojar el semen del esposo o pareja dentro del aparato reproductor de la mujer. Este procedimiento se realiza por medio de instrumentos técnicamente apropiados. Es así que la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) define a este tipo de inseminación como aquella que *“consiste en depositar los espermatozoides en el aparato genital de la mujer, por medio del instrumental adecuado”* (SEF, 2011). Asimismo, para llevar a cabo esta inseminación se necesita que la mujer ovule de manera natural o a través de un tratamiento (administración de fármacos para estimular o promover el desarrollo de los folículos ováricos)

### **2.2. Inseminación artificial con semen de donante**

Con respecto a este tipo de inseminación artificial se da cuando existe un problema de esterilidad por parte del varón, y frente a ello es necesario recurrir a un tercero, que en este caso es un donante. Naturalmente que la esperma proviene de un banco de semen. La Sociedad Española de Fertilidad menciona que esta inseminación se da cuando *“el varón está afectado por alteraciones seminales severas que obligan a utilizar espermatozoides procedentes de bancos de semen. También puede usarse en el caso de mujeres sin pareja masculina con deseo gestacional”* (SEF, 2011). Por otro lado, también podemos mencionar que este tipo de inseminación no solo es para las parejas sino también para aquellas mujeres que desean tener un hijo sin la necesidad de mantener una convivencia o matrimonio.

### **2.3. Técnicas de fecundación intracorpóreas.**

A estas técnicas de fecundación se les denomina intracorpóreas por que la inseminación se realiza dentro del cuerpo de la mujer; y según el origen del material genético puede ser homóloga o heteróloga.

#### **A. Técnica de fecundación homóloga**

Se le llama homóloga porque el material genético; ovulo y espermatozoide; pertenecen a la pareja o cónyuge. Esta técnica artificial consiste en alojar o introducir el semen en el útero a través de un instrumento médico denominado cánula intrauterina. Para esta técnica se ha estimulado a la mujer con hormonas para garantizar dos óvulos que permitan dicha inseminación; con respecto al varón, ya se ha obtenido el semen previamente y se ha “preparado” en el laboratorio.

#### **B. Técnica de fecundación heteróloga**

Esta técnica se denomina así porque el material genético del varón proviene de un donante o un tercero, esto es debido a que generalmente el varón padece de azoospermia, es decir existe una carencia total o parcial de espermatozoides en su esperma que no hace posible la fecundación.

### **2.4. Técnicas de fecundación extracorpóreas**

A estas técnicas se le denominan así debido a que la inseminación se lleva a cabo fuera del cuerpo de la mujer; comúnmente es conocida como fecundación in vitro.

El procedimiento consiste en recoger los óvulos previa estimulación a fin de obtener una cantidad optima de óvulos para luego generar su maduración; de igual manera sucede con el material genético del varón, el cual se recoge y se prepara en el laboratorio. Tal como lo menciona Cárdenas (1998). *“La fecundación extracorpórea se*

*presenta cuando la fecundación se realiza fuera del cuerpo de la mujer, es decir, sin la realización de la cópula”*

Posteriormente a la fecundación fuera del órgano reproductor de la mujer, técnicamente in vitro, se procede a transferir los embriones más óptimos. Asimismo, al igual que las técnicas intracorpóreas, estas también pueden ser homologa o heteróloga.

#### **A. Fecundación In Vitro**

Según la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) *“La fecundación in vitro consiste en poner en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y los femeninos (ovocitos) para lograr la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer”*.

Como bien lo menciona este autor corporativo, esta técnica tiene como característica principal el llevarse a cabo fuera del cuerpo de la mujer, y naturalmente que esto se realiza en un laboratorio que brinda como servicio este tipo de tratamientos. La fecundación en el laboratorio consiste en unir los óvulos extraídos de la mujer con el material genético del varón, los espermatozoides, para finalmente a través de los instrumentos oportunos lograr la fecundación, la misma que será depositada en el vientre de la mujer, es decir alojar al embrión en el útero de la mujer.

#### **B. Crio transferencia**

Este tipo de fecundación extracorpórea consiste en fecundar ambos gametos, masculino (espermatozoides) y femenino (óvulos) en un laboratorio. Posteriormente los embriones serán guardados con las condiciones apropiadas para que en un futuro puedan ser transferidos al útero de una mujer. Tal como lo menciona la Sociedad Española de Fertilidad (SEF). La

Criotransferencia “*consiste en congelar en el laboratorio en condiciones óptimas aquellos embriones resultantes de un ciclo de FIV que no hemos utilizado*”. La criopreservación permite justamente la transferencia de embriones congelados en el momento que desee.

## **2.5. Otras técnicas que coadyuvan a la fecundación asistida**

### **A. Diagnóstico genético preimplantacional.**

Respecto a esta técnica podemos mencionar que se realiza un diagnóstico previo antes de implantar el embrión en el útero de la mujer, con la finalidad de conocer cuál de los embriones fecundados es el más apropiados genéticamente. La Sociedad Española de Fertilidad (SEF). Define a esta técnica como el “*Conjunto de procedimientos destinado a conocer características genéticas de los embriones obtenidos mediante fecundación in vitro, con el fin de seleccionar los que resultan idóneos para su transferencia al útero*”

Como vemos esta técnica es de suma importancia toda vez que permite seleccionar los embriones más idóneos para su futura transferencia. Naturalmente cuando hablamos de idoneidad se refiere a aquellos embriones con características genéticas mejores que otros. Asimismo, eso permite que la gestación del nuevo ser sea más confiable y segura.

### **B. Extracción espermática**

La extracción de esperma consiste en obtener semen del tejido testicular a fin de que sea utilizado en las técnicas de reproducción humana asistida. Al respecto La Sociedad Española de Fertilidad (SEF) concibe a esta como: “*Es un procedimiento destinado a obtener espermatozoides a partir del tejido testicular...con el fin*

*de utilizarlos para la realización de técnicas de reproducción asistida”*

## **2.6. Las TRHA, una solución a la infertilidad.**

Cómo se ha expuesto en líneas anteriores, las TRHA es proceso médico para ayudar a las parejas a concebir un bebé. En esta misma línea podríamos decir que es una solución a estas dos patologías que muchas parejas pueden padecer – la esterilidad e infertilidad – pero desde el punto de vista no terapéutico por que no cura estas últimas, sino que asisten al proceso biológico productivo para lograr la fecundación.

Las parejas o cónyuges, independientemente de su sexualidad, pueden acudir a este tipo de métodos para lograr la concepción de un nuevo ser.

De lo expresado anteriormente podemos concluir que la solución para las parejas que – por razones ya explicadas – no pueden concebir, es someterse a una de estas técnicas. Asimismo, estas podrían elegir una de las ya mencionadas en función a su problema para fecundar.

## **2.7. LA TRHA más apropiada.**

Para calificar a una TRHA como las más apropiada para las parejas es un tema muy complicado debido a que ello se define en función a su problema para concebir; ya sea, por ejemplo; el problema del varón para producir espermatozoides en un nivel óptimo, o ya sea de la mujer para llevar a cabo la fecundación.

Sin embargo, podríamos precisar que para calificar a una TRHA como las más adecuada, se tendría que tomar en cuenta la identidad entre los padres y el futuro bebé; bajo este punto de vista estaríamos hablando de una TRHA de tipo homóloga intracorpórea o

extracorpórea, debido a que el material genético aportado para la fecundación es de ambos, de la pareja, y no de un donante o un tercero.

Mediante esta técnica no habría ningún problema respecto a la identidad del futuro bebé ya que se conservaría y perduraría los rasgos físicos de ambos, y no solo ello sino todo el material genético que se hereda de generación en generación.

La identidad, como tal, es un aspecto fundamental del ser humano, es la razón de ser, es responder a las preguntas ¿Quiénes somos? ¿De dónde venimos? ¿Hacia dónde vamos?, y en base a ello poder construir nuestro yo.

Por todo ello sostenemos que la técnica más apropiada para concebir es a través de una TRHA intracorpórea o extracorpórea de tipo homóloga, pensando en preservar la identidad genética del nuevo ser. Sin embargo, esto va a estar sujeto a las condiciones reproductivas de la pareja.

## **CAPITULO II**

### **MATERNIDAD SUBROGADA**

#### **2.1. Maternidad subrogada**

##### **A. Definición**

Para definir a la maternidad subrogada primero debemos definir que es maternidad y que es subrogación y a partir de ello poder dar una definición clara y precisa.

Maternidad se debe entender no solo como aquella cualidad que tiene una mujer para engendrar a un bebe, sino también se debe considerar aquellas actividades que atañen a una madre, como brindar protección, alimento, vestido, educación y otras acciones imprescindibles para el desarrollo del ser humano.

Desde este punto de vista podemos ver que el concepto maternidad no solo se refiere a la mujer que engendra un bebé, sino aquella que por medio de la adopción genera el vínculo de madre e hijo.

Por otro lado, el termino subrogar hace referencia específicamente a reemplazar a alguien para cumplir un rol o alguna labor en lugar de otra, que le impide o imposibilita hacerlo, indistintamente de las razones que conlleven a ello, que bien podrían ser, por lo general de índole económico.

Ahora bien, de acuerdo a lo mencionado anteriormente, podemos fijar que la maternidad subrogada es el proceso por el cual una mujer lleva en su vientre a un niño para que al término de la gestación la entregue a las personas con quienes pacto previamente dicha subrogación, cediendo así los derechos sobre el recién nacido.

Es así que la maternidad subrogada tiene como primera característica que la mujer que lleva en su vientre al niño hasta su nacimiento está

sujeta a un compromiso u obligación de entregar al bebé a la persona o personas que inicialmente acordaron con ella. En segundo lugar, vemos que la madre subrogada renuncia a sus derechos como madre, para cederlos a las personas que lo encargaron.

La gestación sustituta es aquella donde el *“embrión de una pareja es implantado en el útero de una persona que llevará a cabo la gestación y posteriormente dará a luz, obligándose a entregar el niño a sus padres genéticos, también es posible que la gestante aporte su óvulo, que será fecundado con el semen del varón de la pareja comitente”* (Lamm, 2015)

Por último, cabe precisar que, por lo general, entre la madre subrogada y los padres que le encargaron existe una contraprestación, si se quiere llamarlo así, de un lado la madre se obliga a entregar al niño o niña después de su nacimiento y de otro los padres que la encargaron están obligados a entregar una determinada suma de dinero. Esto no quiere decir que no se den otras formas o condiciones, sino que es lo más común, lógico y razonable. En suma, muchos de estos pactos entre la madre subrogada y los padres “contratantes” existe un contrato previo en donde se establecen los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, esto no quiere decir que esta actividad esté a salvo de problemas legales al momento en que nace el bebé, por el contrario, surgen algunos inconvenientes como por ejemplo que la madre subrogada no quiera entregar al bebé una vez que se haya registrado con su apellido.

## **B. Clasificación**

La maternidad subrogada, de manera holística se puede clasificar de la siguiente manera

### **a. De acuerdo a la procedencia de los gametos**

Con esta clasificación pueden ser de tipo total y parcial.



✓ **Subrogación total:** respecto a este tipo de gestación subrogada podemos mencionar que la madre subrogada es la que aporta su ovulo para que mediante una técnica intracorpórea o extracorpórea pueda fecundarse el embrión, y así poder llevar consigo un nuevo ser que será entregado al momento del parto a los contratantes. Cabe mencionar que el que aporta el espermatozoide es la pareja de la madre contratante, que bien podría ser su esposo o conviviente.

Tal y como lo describe Lamm (2015), *“este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos”*

Bajo esta perspectiva afirmamos que, en este tipo de maternidad subrogada a diferencia de la parcial, la que aporta el material genético es la madre subrogada, es decir que esta es la madre biológica y la madre subrogada, aquella que gesta al embrión durante los nueve meses hasta el parto.

Esta forma de maternidad subrogada es la que genera un gran problema bajo nuestro punto de vista, ya que existe un vínculo entre la madre subrogada y el hijo, y debido a esto es que al momento del parto la madre que gestó al niño no quiere entregarles a sus padres, los contratantes. Y con motivada razón, ya que no podemos negar que el vínculo genero este apego entre la madre subrogada y el hijo. Y por este motivo consideramos que este tipo de maternidad subrogada no debe permitirse ya que al existir este vínculo entre la madre subrogada y el hijo ocasiona un problema legal al momento del parto y de entregar a los supuestos padres contratantes.

✓ **Subrogación parcial (gestacional):**

En este tipo de maternidad subrogada el material genético es aportado tanto por el varón o la mujer, es decir aquellos que decidieron encomendar a una tercera persona para llevar la gestación (madre subrogada). En este sentido la madre subrogada solo y exclusivamente realiza la gestación, y de ninguna forma tiene un vínculo biológico con el niño.

Al respecto Lamm (2015) nos menciona: *“este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta sólo la gestación, pero no sus óvulos; éstos serán aportados por la comitente —si la hay y puede hacerlo— o por una donante”*. Lo descrito anteriormente sostiene que la gestante no aporta el gameto femenino, y con ello solo lleva a cabo la gestación, por consiguiente, la madre gestante y el hijo carecen de un vínculo genético. Asimismo, el óvulo puede ser aportado por la madre que encarga la gestación o también pueda darse el caso que sea de una donante.

En ese sentido nuestra investigación sostiene que es éste tipo de subrogación la que se debe permitir y regular en nuestro ordenamiento jurídico, por las siguientes razones:

- No existe vínculo biológico entre la madre subrogada y el niño, ya que posee los gametos del padre y madre contratante; y que por obvias razones es biológicamente hijo de los aportantes.
- La madre subrogada solo cumple un rol, el cual es la de gestar al niño hasta el momento del parto. Por lo que no tendría razón, ni biológica ni jurídica, para alegar que el recién nacido es su hijo.

Asimismo, respecto a estos dos tipos de clasificación, debemos tomar una posición como la hemos hecho con las técnicas de

reproducción humana asistida. De este modo es conveniente que la subrogación sea parcial, por que como hemos dicho en líneas anteriores lo importante es conservar y prevalecer el derecho a la identidad del recién nacido.

Finalmente tenemos que si una pareja, que tiene problemas para concebir y gestar a un nuevo ser, decide optar por una de estas técnicas, ésta debe ser de tipo homóloga por las razones que ya se explicó; en esa línea la maternidad subrogada debe ser de tipo parcial, es decir que los que aportan material genético, son ambos, tanto la madre como el padre. De lo anterior concluimos que la única relación entre el concebido y la madre subrogada solo sea gestacional y no biológica. Con esta posición nos evitaríamos problemas legales respecto a la identidad genética e identidad filiatoria.

**b. De acuerdo a la existencia o inexistencia de contraprestación**

✓ **Subrogación comercial:** por este tipo de subrogación la mujer lleva en su vientre al embrión hasta el parto para luego entregarlo a los padres contratantes cambio de percibir una contraprestación económica de la otra parte, por lo general este tipo de maternidad se hace a través de un contrato privado en el que se establecen los derechos y obligaciones de ambas partes.

De acuerdo a nuestro objetivo y trabajo de investigación creemos que este tipo de subrogación no se debe permitir porque existe un interés económico a cambio de gestar a un niño, y eso es éticamente negativo porque se está gestando a un ser vivo a cambio de dinero.

✓ **Subrogación altruista:**

En este tipo de maternidad la madre que gesta al niño hasta el momento del parto lo hace de manera desinteresada e incondicional; es decir no

recibe ninguna suma de dinero a cambio de dicha gestación. Cabe resaltar que en este caso la madre subrogada por lo general es un pariente cercano de los padres contratantes.

Nuestra posición respecto a ello es que nuestra investigación avala este tipo de subrogación gestacional ya que al no haber ninguna obligación material la gestación se realiza de manera desinteresada.

## **2.2. Teorías sobre la determinación de la maternidad**

Las teorías sobre la determinación de la maternidad establecen a quien le corresponde la maternidad. Es así que nos preguntamos

- Ante una gestación sustituta o subrogada ¿A quién le corresponde la maternidad? ¿A la mujer que aporta el material genético (óvulos)? ¿a la mujer que gesta – lleva en su vientre – al niño? o ¿A la mujer que tiene la intención de procrear y ser madre?

Ante estas preguntas surgen las teorías de determinación de la maternidad, las que son tres: teoría de la contribución genética, teoría de la preferencia de la gestante y la teoría de la intención. A continuación, desarrollaremos cada una de ellas.

### **A. Teoría de la contribución genética**

Según esta teoría “*la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto*” (Lamm, 2015). Como lo dice la investigadora, la maternidad le corresponde a quien aporta el gameto, en este caso el óvulo. Esta teoría sostiene que el niño y los padres tiene un vínculo o conexión genética que los une y ante ello la maternidad y paternidad les corresponde a ellos. A modo de ejemplo un Tribunal de los Estados Unidos se basó en esta teoría. Sucede que una pareja de esposos acuerda con la hermana de la esposa llevar una gestación sustituta, en la que los aportantes de los gametos vendrían a ser los padres comitentes – los que encargan la

gestación – y la hermana solo realizaría la gestación y después del parto estaba obligada a entregar al bebé. Paso el tiempo, llegó el día del parto y la hermana se negó a entregar al bebé a los padres comitentes, aduciendo que ella era la madre porque lo había gestado y mucho más aun lo había parido. Los involucrados fueron a los tribunales y dejaron a decisión del juez establecer la maternidad. El tribunal mencionó lo siguiente: la maternidad se establece genéticamente y legalmente, la primera tiene que ver con aquellos que portan los gametos y la segunda con la que gesta y pare al hijo. Además, la maternidad legal es aceptada siempre que los padres genéticos (biológicos) renuncien a sus derechos como padres; solo así se puede otorgar la maternidad legal, mencionó.

Tal como lo menciona en su investigación Lamm (2015) *“Shelly y Anthony, la pareja comitente, eran los contribuyentes genéticos, por lo que también eran los padres naturales. De esta manera, el Tribunal de Justicia declaró que como los padres naturales no habían renunciado a sus derechos, Shelly y Anthony eran los padres legales”*

Como podemos ver la teoría de la contribución genética recae en aquellos que aportan los gametos (óvulos y espermatozoide). Esta teoría se basa en el vínculo biológico entre el niño y los padres, el que también permite una identidad determinada.

#### **B. Teoría de la preferencia de la gestante.**

Esta teoría establece que la maternidad le corresponde a la que gestó y parió al bebé. *“Para esta postura, la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto. Madre es aquella mujer que ha gestado y ha parido”* (Lamm, 2015)

Esta teoría se sustenta en que la mujer lleva consigo al feto durante nueve meses dándole alimento, protección física y psicológicamente. Para esta teoría la gestación y parto está por sobre el aspecto genético o biológico.

Así tenemos que la maternidad *“es la de la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación no sólo biológica sino psíquica, afectiva, llena de emociones, al parecer compartidas”* (Lamm, 2015). Como podemos inferir, para esta teoría la gestación no es nada trivial o sin importancia toda vez que enfatiza en su importancia en cuanto al vínculo que se genera durante la gestación. Es un vínculo de amor, protección, de comunicación entre gestante e hijo; juntos comparten una serie de emociones y sentimientos a lo largo del proceso gestacional, y obviamente ello es sumamente importante y decisivo para definir la maternidad, sin perjuicio de que la madre renuncie a su derecho y pueda entregar a los padres comitentes o en adopción.

### **C. Teoría de la intención.**

*“Para esta postura, madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético y/o biológico”* (Lamm, 2015). Claramente esta teoría nos manifiesta que la voluntad y la intención prima por sobre el aspecto biológico o genético.

A modo de ejemplo: una pareja de esposos decide contratar a una mujer para que geste a su hijo – que genéticamente es de los padres comitentes – y que al finalizar el parto entregue al recién nacido, a lo que la madre gestante aceptó a cambio de un monto de dinero. Antes del parto la mujer gestante solicita el saldo del dinero a pagar, pero los padres comitentes lo niegan porque así no estaba estipulado

en el contrato celebrado. Ante ello deciden resolver sus controversias en un tribunal de justicia.

En este caso el tribunal de justicia hace las siguientes aclaraciones: primero que los padres comitentes son los padres biológicos porque ellos han aportado el material genético; por otro lado, la mujer gestante también tiene derecho ya que ha gestado al hijo durante nueve meses y con ello viene a ser la madre legal. Ello hace suponer que tanto la madre genética como la gestante tienen una reclamación válida. Frente a esto el tribunal precisa que madre es aquella que tuvo la intención de procrear y de criar a un hijo. Así determino que la madre genética era también la madre legal. Es así que *“concluyó que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar el niño”* (Lamm, 2015).

### **2.3. La teoría de determinación de la maternidad más apropiada**

La teoría para definir y establecer la maternidad es un tanto compleja ya que se necesita analizar el caso en particular, sin embargo, a nuestro criterio podemos argumentar que la más apropiada es la teoría de contribución genética, toda vez que existe indubitablemente el vínculo biológico entre la madre y el hijo. Esto permite no solo establecer el vínculo consanguíneo sino determinar su identidad. Al nacer y crecer el hijo no cabe la menor duda sobre la identidad del menor y ello también es parte de su desarrollo emocional e integral, atendiendo al interés superior del niño.

## CAPITULO III

### DERECHOS QUE SE PROTEGEN CON LA MATERNIDAD

#### SUBROGADA

Nuestra investigación tiene como objetivo determinar los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en nuestro país. Ante ello en este capítulo vamos a desarrollar esos fundamentos jurídicos.

Cuando hablamos de los fundamentos jurídicos nos referimos a los derechos que se estarían protegiendo o cumpliendo con la regulación de la maternidad subrogada.

Para desarrollar estos derechos vamos a detallar los cuerpos normativos en que se sustentan estos derechos. Así tenemos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, La Constitución Política del Perú y la Ley General de Salud.

#### **3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el documento más importante que se ha creado a nivel mundial por que gracias a esta declaración existe una protección internacional de los derechos fundamentales de todo ser humano. A partir de su creación las sociedades han evolucionado respecto a protección y salvaguardia del desarrollo integral del ser humano. Esto nos permite crecer y creer en un futuro lleno de esperanza, tranquilidad y paz mundial.

Con respecto al derecho a tener una familia y al matrimonio dice lo siguiente en su artículo 16.

*1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*



*3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

*(Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16, 1948)*

Ahora bien, en el primer inciso se rescata el derecho que tiene toda persona a casarse, esto es derecho al matrimonio y en segundo lugar avala el derecho a formar una familia. De estos dos derechos inherentes al ser humano, podemos inferir que existe un derecho a la reproducción puesto que una familia se conforma si y solo si mediante la reproducción. Es decir, no existe un derecho a la reproducción de manera tácita o formal, sino que más bien se desprende de dos derechos contemplados en aquella declaración.

Por otro lado, podemos inferir que, si una pareja contrae matrimonio, cuya finalidad es formar una familia; y en el supuesto que no puedan concebir un hijo, ellos podrían acudir a un Centro especializado en TRHA para darle solución a su problema y de esa manera lograr el anhelo que tiene toda pareja.

Respecto al inciso número 3 se concibe a la familia como la célula básica de la sociedad, lo que conlleva a inferir que la familia es lo más importante para la sociedad y el Estado, y debido a ello es que merece su protección y reconocimiento.

Por todo ello podemos afirmar que toda persona tiene:

- Derecho a emplear una TRHA para tratar su infertilidad, que más adelante se va especificar en la Ley General de Salud.
- Derecho a conformar una familia.
- Derecho a la procreación.

Estos tres derechos hacen que la especie humana perpetúe por los años.

En resumen, estos derechos amparados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, permite que toda pareja pueda acudir a un centro especializado en TRHA, asimismo, por problemas de gestación, se debería llevar a cabo una maternidad subrogada parcial, por las razones expuestas anteriormente, todo ello a fin de hacer prevalecer su derecho a la procreación y a conformar una familia tal como lo establece nuestra carta magna universal.

### **3.2. La Constitución Política del Perú**

La Constitución Política es el cuerpo normativo más importante de nuestro país, y siendo así, esta prevalece sobre cualquier otro.

Con respecto a lo que nos atañe sobre los fundamentos jurídicos de la maternidad subrogada. Los derechos que en ella contempla son los siguientes.

Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

(Constitución Política del Perú, art. 4, 1993)

Bajo esta premisa normativa tenemos que nuestra carta magna protege a la familia y a su vez promueve el matrimonio, reconociendo que son fundamentales para la sociedad.

Cuando mencionamos el término proteger, este se debe entender no de manera literal, ni en su sentido estricto, sino más bien en su amplio sentido, de tal manera que hagamos un análisis holístico de este derecho que es; derecho a la protección de la familia. Al hablar de proteger no solo hablamos de cuidar o tutelar esta institución natural y jurídica, sino que también está inmerso el atender sus necesidades y dificultades, bajo

esto, si dentro de una familia existe problemas para concebir y/o gestar un nuevo ser, el Estado de manera directa – a través de la incorporación de una norma – o indirecta, debe promover que estas acudan a la maternidad subrogada a través de las TRHA que ya explicamos anteriormente. De esta manera el Estado garantizará el derecho a la protección de la familia.

Con respecto a la promoción del matrimonio, siguiendo ese mismo análisis, promover es fomentar, inducir, impulsar y motivar que las parejas celebren esta institución jurídica regulada en nuestro código civil. De este modo la promoción del matrimonio no es otra cosa que la futura conformación de la familia y esta a su vez tiene sentido y razón de ser con la procreación de los hijos. Por lo expuesto, ¿Qué debe hacer un matrimonio que está imposibilitado para concebir?, la respuesta cae por si sola. Si bien es cierto la adopción es una respuesta a esta problemática, sin embargo, esta carece de filiación genética, y lo que pretendemos es que la filiación genética no se pierda para así preservar el derecho a la identidad de niño. Es por ello que la maternidad subrogada parcial es una solución a este problema.

### **3.3. Ley N° 26842 – Ley General de Salud.**

Al respecto la Ley General de Salud cuenta con un solo artículo que prescribe acerca de las técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, no contamos con un cuerpo legislativo que regule de manera clara y precisa la maternidad subrogada.

La Ley General de Salud nos da un panorama más específico acerca de la regulación de la maternidad subrogada a través de un único artículo.

*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, 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.*

*(Ley General de Salud, art. 7)*

En la primera parte nos indica taxativamente el derecho de toda persona a emplear una TRHA para tratar su problema de infertilidad. Como ya le hemos mencionado en el capítulo número uno, existen varias técnicas de reproducción humana asistida. Así tenemos, las técnicas intracorpóreas y las técnicas extracorpóreas, una de ellas, la fecundación in vitro, además sabemos que estas técnicas pueden ser homologas o heterólogas.

Entonces con el artículo en mención nos permite mencionar que está permitido que toda pareja o mujer pueda acudir a una de estas técnicas para poder tratar su problema de esterilidad o infertilidad.

Asimismo, este artículo promueve acudir a una TRHA con el fin de sustituir el proceso biológico de la reproducción por una técnica asistida. Asimismo, señala como condición que la madre genética y madre gestante sea la misma persona.

Aparentemente resulta que no promueve la maternidad subrogada, y es seguro que lo hace por la razón de que al momento de nacer el bebé se podría generar una serie de conflictos legales entre la madre subrogada y los padres que encargaron la gestación. Sin embargo, hay que precisar que el verdadero problema sería si la madre subrogada aporta su material genético; obviamente esto sí conllevaría a un grave problema legal, ya que la madre subrogada es también la madre biológica.

Es por ello que el problema en cuestión se pretende resolver al emplear una maternidad subrogada parcial, es decir que los padres que encargaron la gestación también sean los padres biológicos. De este

modo la madre subrogada que pretenda incumplir lo acordado no tendrá ningún fundamento para quedarse con el niño, ni jurídico ni biológico, ya que el único argumento que tendría sería el de haberlo gestado, con ello no quiero decir que la gestación no sea importante, sino que existen fundamentos suficientes para afirmar categóricamente que los verdaderos padres son los que aportaron el material genético.

## CAPITULO IV

### LEGISLACIÓN COMPARADA QUE PERMITEN LA MATERNIDAD SUBROGADA

#### 4.1. Estado de Tabasco – México

##### A. Código civil de Tabasco

En algunos estados de México existe una regulación de la maternidad subrogada. Tal es el caso del Estado de Tabasco, cuya norma prescribe lo siguiente.

*En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. (Código Civil de Tabasco – México, art. 92, 1997)*

De la norma expuesta anteriormente se desprende que los hijos que nazcan de una madre subrogada, la maternidad le corresponde a la madre que encargo dicha gestación.

De lo analizado podemos inferir que es posible regular la maternidad subrogada en nuestro país ya que existen suficientes fundamentos jurídicos para hacerlo, como los que ya hemos mencionado y es cuestión de nuestra hipótesis: el derecho de toda persona a recurrir a tratamientos sobre su infertilidad y el derecho a la protección de la familia y la promoción del matrimonio por parte del Estado, del cual se desprende el derecho a la procreación.

Asimismo, cabe resaltar que dicha regulación se ha realizado en el código civil del Estado en mención. Del mismo modo podemos regularlo en nuestra legislación a través del Código Civil.

#### **4.2. Regulación en Brasil - Resolución del Consejo Federal de Medicina en el año 2015.**

Existen algunos requisitos para llevar a cabo la maternidad subrogada

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

*(Recuperado de <https://babygest.com/es/brasil/#ley-sobre-la-maternidad-subrogada-en-brasil>)*

Al respecto de la regulación en Brasil podemos rescatar que existen una serie de condiciones que se debe cumplir para poder llevar a cabo la maternidad subrogada.

En primer lugar, tenemos que la madre subrogada debe realizar dicha actividad de manera incondicional, sin mediar una contraprestación onerosa. Asimismo, tenemos que ésta debe ser un familiar de la pareja o de la persona que lo propone. Por otro lado, una de las condiciones es que la madre subrogada, quien debe padecer de una patología que le impida la fecundación o gestación de manera natural; y la madre de intención no debe superar los 50 años de edad. Por último, se establece que no existe ningún impedimento para que las personas homosexuales puedan llevar a cabo una maternidad subrogada.

#### **4.3. Regulación en Uruguay: Ley N° 19167 – Regulación de las técnicas de reproducción humana asistida.**

Respecto a esta ley en Uruguay que regula todo lo referente a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, en resumen, señala lo siguiente:

- *Se exige que la madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión.*
- *Se exige que la madre gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el segundo grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja.*
- *Debe ser autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, organismo administrativo creado por la ley expresada.*
- *La filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.*

*(recuperadode:[https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repository/10221/26024/1/BCN\\_gestacion\\_subrogada.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repository/10221/26024/1/BCN_gestacion_subrogada.pdf))*

Respecto al primer requisito se necesita que la madre – la que encarga la gestación – tenga un problema de infertilidad, es decir que se encuentre imposibilitada, por razones físico – biológicas, de gestar un nuevo ser. Obviamente para ello se va a requerir una certificación médica que efectivamente acredite fehacientemente el problema de infertilidad.

Para el segundo requisito es necesario que la madre subrogada sea un familiar directo, como ya se había mencionado algo similar a la legislación brasileña, hasta el segundo grado de consanguinidad; lo que vendría a ser la hermana de la pareja que encarga la gestación.



El tercer requisito hace referencia a la autorización de un organismo que aprueba el empleo de esta actividad. Con ello se infiere que la maternidad subrogada sigue un procedimiento formal ante un organismo competente para su aprobación y práctica.

Con respecto al cuarto requisito, nos parece importantísimo que se señale expresamente a quien corresponde la filiación y con ello salvaguardar la identidad del menor, toda vez que se le asiste este derecho a la pareja que encarga la gestación subrogada. Esta última condición resolvería muchos problemas que se puedan suscitar después del parto; como por ejemplo registrar al recién nacido como hijo de la madre subrogada o en el peor de los casos que la madre subrogada no quiera cumplir con la obligación de entregar al recién nacido a las personas que encargaron su gestación. Este y otros problemas se estarían evitando con la expresión de este requisito, que a nuestro parecer es totalmente imprescindible para la regulación de la maternidad subrogada.

#### **4.4. Regulación en Florida (EE.UU.)**

La regulación jurídica de la maternidad subrogada en los Estados Unidos es muy diversa. Hay algunos Estados que permiten esta actividad toda vez que se celebran contratos de esta naturaleza, como es el caso de Florida y California; hay otros que no cuentan con ninguna regulación, es decir no prohíben ni permiten, por otro lado, hay ciertos Estados que si prohíben esta actividad.

Para el caso de Florida, entre otras cosas, vamos a mencionar lo que nos parece más importante para nuestra investigación:

- *El sustituto gestacional acuerda renunciar a cualquier derecho parental sobre el niño...*
- *La pareja encargada se compromete a aceptar la custodia y asumir todos los derechos y responsabilidades parentales sobre el niño*

*inmediatamente después del nacimiento, independientemente de cualquier problema del niño.*

(recuperadode:[https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=positorio/10221/26024/1/BCN\\_gestacion\\_subrogada.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=positorio/10221/26024/1/BCN_gestacion_subrogada.pdf))

En efecto nos parece importantísimo resaltar estas dos condiciones que se suscriben dentro de un contrato sobre la gestación subrogada en el Estado de Florida ya que nos permite encontrar un asidero legal para nuestra investigación.

La primera condición hace referencia a que la madre subrogada renuncia a cualquier derecho que le pueda concernir respecto del recién nacido. Con ello elimina toda posibilidad que la madre gestante pueda tomar acciones legales después del parto. Y la segunda condición tiene que ver con la pareja que encarga la gestación; otorgándole el derecho y la responsabilidad de asumir la maternidad y paternidad una vez nacido el niño, independientemente de algún problema que pueda padecer el recién nacido.

## **LEGISLACIÓN COMPARADA QUE PROHIBE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

### **4.5. Francia**

Así como existen legislaciones a nivel internacional que permiten la maternidad subrogada, existen otras que la prohíben totalmente, Francia es uno de ellos. Tal como lo manifiesta el Comité Nacional de Ética de Francia.

*“...se manifestaba en contra de la gestación por sustitución en tanto, afirmaba, ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas”*  
(Lamm, 2015)

De lo mencionado podemos inferir que la regulación de la maternidad subrogada pueda conllevar a que exista la explotación de mujeres, toda vez que sean utilizadas para estas prácticas a cambio de dinero. Por lo que podemos concluir que esta práctica se convertiría en un negocio comercial, el poder traficar con material genético, y obviamente ello es totalmente antiético e inmoral.

Ante ello la legislación francesa a tipificado esta actividad como un delito. En tanto que clandestinamente se pueda practicar. Así tenemos que: *“el artículo 227-12 del Código Penal sanciona con un año de prisión y una multa de 15.000 euros a los que actúen como intermediarios entre la gestante y el o los comitentes, aclarando que, si esta actuación es con fines de lucro, las penas se doblan”* (Lamm, 2015). Como podemos notar la norma sanciona con un año de cárcel a aquellas personas que permiten o realizan estas actividades, trátense de médicos o profesionales de la salud. Por otro lado, esta sanción se agrava siempre que se demuestre que de promedio existe una contraprestación económica.

#### **4.6. Alemania. Ley alemana de protección al embrión.**

La ley alemana al respecto también prohíbe la gestación subrogada, y castiga con pena privativa de libertad a aquellos (as) que realizan esta actividad. Es tenemos que:

*“Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:*

- 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;*
- 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo...”*

(Lamm, 2015). Claramente percibimos la prohibición ante la maternidad subrogada. Así tenemos que se castigará a quien transfiera el óvulo de una mujer a otra. Por otro lado, a aquel que realice o utilice distintos fines al embarazo.

#### **4.7. Italia**

Al igual que en los países anteriores la ley italiana sanciona la práctica de la gestación subrogada, y además sanciona con pena de cárcel y una suma cuantiosa de dinero. Así tenemos:

*“La ley sanciona el uso de gametos (óvulos y espermatozoides) ajenos a la pareja, su comercialización o el uso de «madres de alquiler» con multas de 600.000 a un millón de euros y penas de tres meses a tres años de cárcel”*  
(Lamm, 2015).

Como hemos mencionado: Francia, Alemania e Italia son unos de los muchos países que prohíben la maternidad subrogada, y como consecuencia de su práctica clandestina, se sanciona con cárcel y con una multa cuantiosa de dinero.

Uno de los argumentos por lo que están en contra es sobre todo porque ésta práctica puede conllevar a la comercialización de los gametos o material genético de las personas.

### **1.7. Definición de Términos Básicos**

#### **Fecundación In vitro**

Esta técnica significa que la fecundación – la unión entre el ovulo y espermatozoide – se da en un laboratorio, fuera del cuerpo de la mujer para lograr el embarazo. Para ello se extraen óvulos de la mujer, que bien podría ser de la comitente o subrogada, para luego fertilizarlo con el espermatozoide, que bien podría ser del padre comitente, de un tercero o donante.

#### **Inseminación artificial**

La inseminación artificial es una técnica que consiste en depositar el espermatozoides del varón en el útero de la mujer a través de herramientas tecnológicas propias de esta actividad.

### **Folículos ováricos**

Los folículos ováricos son pequeñas bolsas que contienen un ovulo inmaduro, cuando el folículo se rompe se libera un óvulo listo para la fecundación. Por ello es que en líneas anteriores mencionamos que los folículos ováricos se pueden examinar y diagnosticar para obtener óvulos genéticamente aptos para la inseminación artificial.

### **Criopreservación**

La criopreservación tiene como finalidad congelar embriones de tal manera que se puedan utilizar en el futuro a fin de transferirlo al útero de una mujer que está imposibilitada de procrear hijos.

### **Ovodonación**

La ovodonación es una técnica de reproducción asistida que se asemeja a la fecundación in vitro, solo que en vez de utilizar los ovocitos de la paciente, se usan los ovocitos de una donante anónima.

### **Esterilidad**

Podemos hablar de esterilidad cuando tras un año de mantener relaciones sexuales de forma regular y sin utilizar métodos anticonceptivos, no se consigue un embarazo.

### **Infertilidad**

Podemos definir infertilidad como la incapacidad, tras haber quedado embarazada, de llevar a término una gestación al producirse un aborto.

## **1.8. Hipótesis:**

### **1.8.1. Planteamiento de la hipótesis:**

Los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada son: El derecho de toda persona a recurrir a tratamientos sobre su infertilidad, el derecho a la procreación y el derecho a conformar una familia.

### **1.8.2. Variables:**

#### **1.8.2.1. Variable independiente:**

Derecho a procreación

#### **1.8.2.2. Variable dependiente:**

Maternidad subrogada

## II. MATERIALES Y MÉTODOS

### 2.1. Materiales

DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD
Papel bond A4/75g	Millar	3
Lapicero	Unid.	2
Memoria – USB	Unid.	2
Lápiz	Unid.	10
Borrador	Unid.	10
Tajador	Unid.	2
Corrector	Unid.	5
Regla	Unid.	2
Engrapador	Unid.	1
Perforador	Unid.	1
Folder Manilla A4	Unid.	25
Clips x 200 unidades	Ciento	2
Grapas Estándar 26/6	Millar	1
CD's	Unid.	10
Computadora y equipos periféricos	Unid.	1
Fotocopias	Millar	5
Impresión	Millar	2
Internet	Mes	4
Empastado	Unid.	2

### 2.2. Material de estudio

#### 2.2.1. Población.

Según la plataforma INE (s/f) define a la población como el conjunto de personas que habitan una determinada área geográfica.

En estadística, según la plataforma de Educación Recursostic (s/f) la define como un conjunto de todos los elementos que verifican una característica que será objeto de estudio.

En esta presente tesis, la población está comprendida por los siguientes profesionales:

Abogados especialistas en derecho civil-familia del CALL del distrito de Trujillo, Región La Libertad.

### 2.2.1.1.Muestra

Según Lalangui (2017) precisa que la muestra es la parte de la población que se selecciona para la obtención de la información. En ella se realizará las mediciones u observaciones de las variables de estudio.

En la presente tesis, la muestra está conformada por lo siguiente:

TECNICAS	UNIDAD	S.S	POBLACIÓN	MUESTRA
Encuesta	Abogados especialistas derecho civil – Familia del CAA-Reg. LL, Distrito de Trujillo.	19	19	19
		<b>TOTAL</b>	<b>19</b>	<b>19</b>

### 2.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.

#### 2.3.1. Para recolectar datos

*Tabla N°01*

*Técnicas e instrumentos del Análisis documental*

Técnicas	Instrumentos
Análisis documental	Fichas de análisis del marco teórico, de la legislación, doctrina y jurisprudencia

**Fuente:** Investigación propia



**Elaborado por:** Alumnos. - 2020

**Tabla N°02**

***Técnicas e instrumentos de Observación***

<b>Técnicas</b>	<b>Instrumentos</b>
Entrevistas	Guía de entrevista. Elaborado en base a un conjunto de preguntas y se aplica a abogados penalistas.

**Fuente:** Investigación propia.

**Elaborado por:** Alumnos. - 2020

**2.3.2. Para procesar datos**

Siendo la finalidad realizar el análisis de la información obtenida, se realizó un estudio inicial de las respuestas obtenidas por los profesionales involucrados, a fin de poder determinar las definiciones más pertinentes y significativas, respecto al clima organizacional, de acuerdo a las categorías señaladas.

### III. RESULTADOS

En esta etapa del trabajo de investigación se procederá a realizar el análisis de las entrevistas aplicadas a siete ciudadanos de la provincia de Trujillo, a diecinueve abogados especialistas en derecho civil – familia del CALL distrito de. Además, cabe mencionar que cada entrevista contiene siete preguntas relacionadas a la problemática y objetivos de nuestro trabajo de investigación, el cual es determinar los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el Perú. Por otro lado, es necesario precisar que se han elaborado gráficos estadísticos para una mejor comprensión del trabajo investigado.

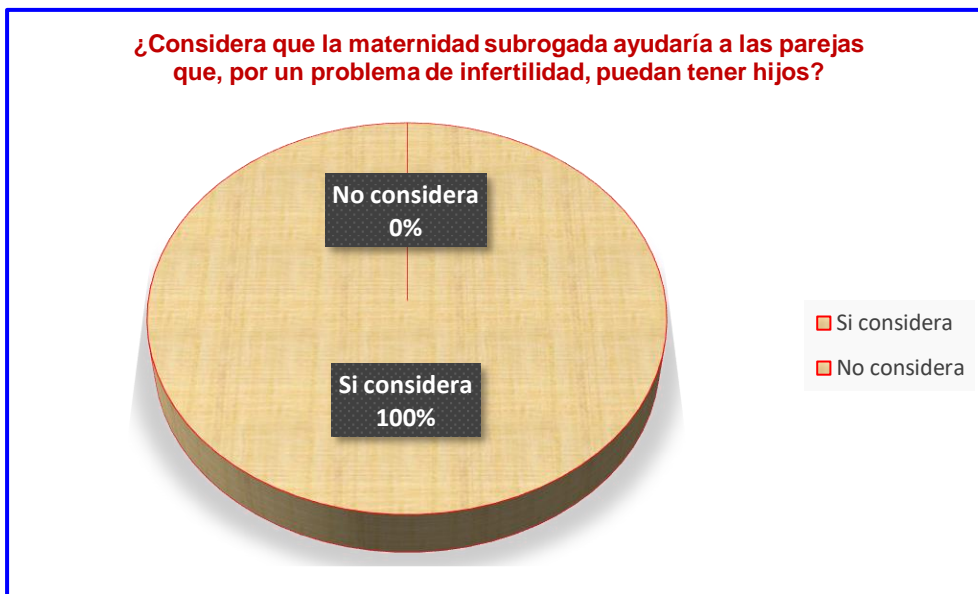
#### **Entrevistas a abogados especialistas en derecho civil – familia del CALL – del Distrito de Trujillo, Región LL. (Distrito de Trujillo).**

##### **Pregunta N° 1:**

**¿Considera que la maternidad subrogada ayudaría a las parejas que, por un problema de infertilidad, puedan tener hijos? ¿Por qué?**

<b>Entrevistados</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>
Beltrán López, Keysi	<b>X</b>	
Acalde Alfaro, Noemí	<b>X</b>	
Leyva Solano, Nelly	<b>X</b>	
Hidalgo Navarro, Erica	<b>X</b>	
Del águila del águila, Milko	<b>X</b>	
Rodríguez Llanos, Marita	<b>X</b>	
Angulo Torres, Isabella	<b>X</b>	

**Otros que reserva no se identificaron (12) X**



**Fuente: Entrevistas aplicadas.**

### **Interpretación**

Del gráfico se puede interpretar que todos los entrevistados, es decir el 100 %, consideran que la maternidad subrogada ayudaría a las parejas que por una cuestión de infertilidad puedan tener un hijo. Por otro lado, ningún entrevistado – el 0 % - considera lo contrario.

De ello podemos concluir que la maternidad subrogada contribuye con la gestación y procreación de un hijo para aquellas parejas que biológicamente están imposibilitados. Además, podemos inferir que a través de esta pregunta encontramos un asidero en donde se sostiene nuestro tema de investigación ya que afirmamos a través de los entrevistados que efectivamente la maternidad subrogada contribuye al tratamiento de la infertilidad o esterilidad de una mujer.

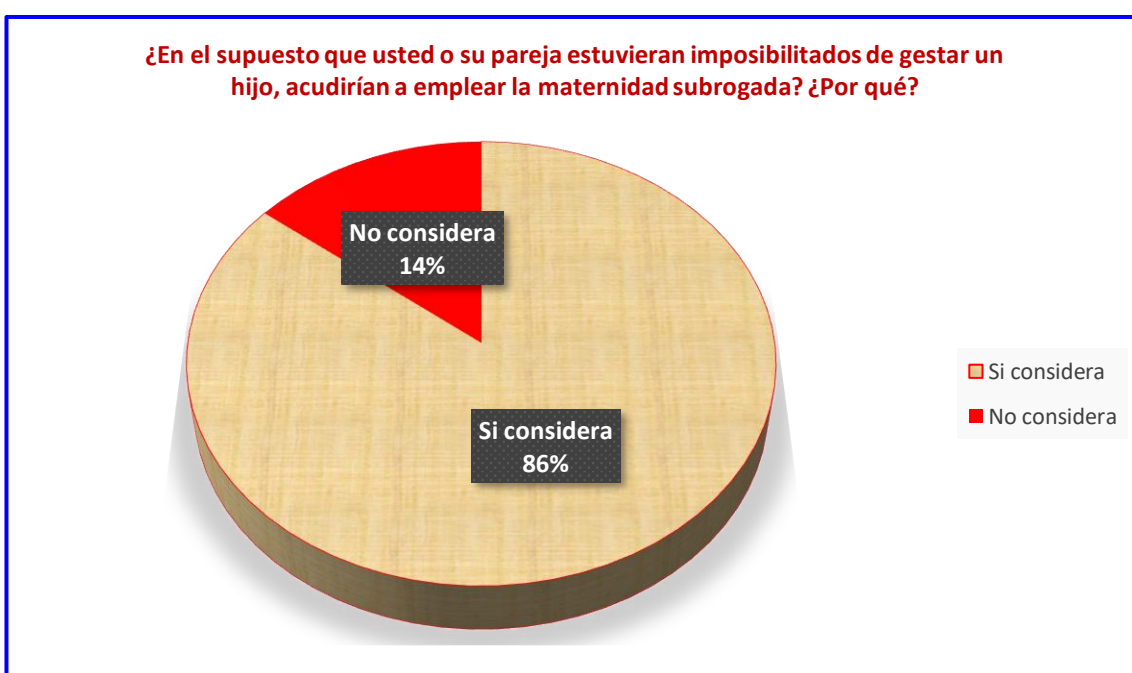
### **Pregunta N° 2:**

**¿En el supuesto que usted o su pareja estuvieran imposibilitados de gestar un hijo, acudirían a emplear la maternidad subrogada? ¿Por qué?**

<b>Entrevistados</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>
Beltrán López, keysi	<b>X</b>	

Acalde Alfaro, Noemí	X	
Leyva Solano, Nelly	X	
Hidalgo Navarro, Erica		X
Del águila del águila, Milko	X	
Rodríguez Llanos, Marita	X	
Angulo Torres, Isabella	X	

Otros que reserva no se identificaron (12) X



**Fuente: Entrevistas aplicadas.**

### **Interpretación**

Del gráfico anterior podemos obtener la siguiente conclusión: el 86 % - seis entrevistados - considera que de haber imposibilidad de engendrar y gestar a un bebé de la forma biológica acudiría a la maternidad subrogada. De ello se desprende que es una buena opción a este tratamiento para lograr la procreación de un niño. Por otro lado, el 14 % - un entrevistado – cierra la posibilidad de acudir o emplear esta técnica de reproducción asistida, por lo que decimos que existe un porcentaje mínimo que niega tal posibilidad.

Como podemos inferir la maternidad subrogada es una opción viable y posible al que acudirían las personas que se encuentran incapacitadas de poder engendrar y gestar a un nuevo ser. Por todo ello consideramos que nuestro trabajo de investigación si cuenta con un sustento social. Sin embargo, hay que dar a conocer que el entrevistado Harol Rodríguez Cerna ha manifestado en la primera pregunta que la maternidad subrogada si contribuye con el derecho de procrear un hijo, pero en la segunda segunda pregunta ha expresado su negatividad en utilizar o emplear esta técnica subrogada; lo que claramente nos indica que existe una especie de desconocimiento del tratamiento de la maternidad subrogada. Por ultimo a pesar de ello recalcamos nuestra idea que nuestra investigación si cuenta con un sustento.

**Pregunta N° 3:**

**¿Considera que el avance de la ciencia permite realizar la maternidad subrogada con mayor seguridad? ¿Por qué?**

<b>Entrevistados</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>
Beltrán López, keysi	<b>X</b>	
Acalde Alfaro, Noemí	<b>X</b>	
Leyva Solano, Nelly	<b>X</b>	
Hidalgo Navarro, Erica		<b>X</b>
Del águila del águila, Milko	<b>X</b>	
Rodríguez Llanos, Marita	<b>X</b>	
Angulo Torres, Isabella	<b>X</b>	
<b>Otros que reserva no se identificaron (12)</b>	<b>X</b>	



**Fuente: Entrevistas aplicadas.**

### **Interpretación**

De igual manera que en la pregunta anterior. El 86 % - seis entrevistados – consideran que el avance de la ciencia y la tecnología ha avanzado tanto en estos tratamientos que hacen posible recurrir a estos tratamientos con la seguridad que todo saldrá bien. Por el contrario, el 14 % - un entrevistado – rechaza esta afirmación.

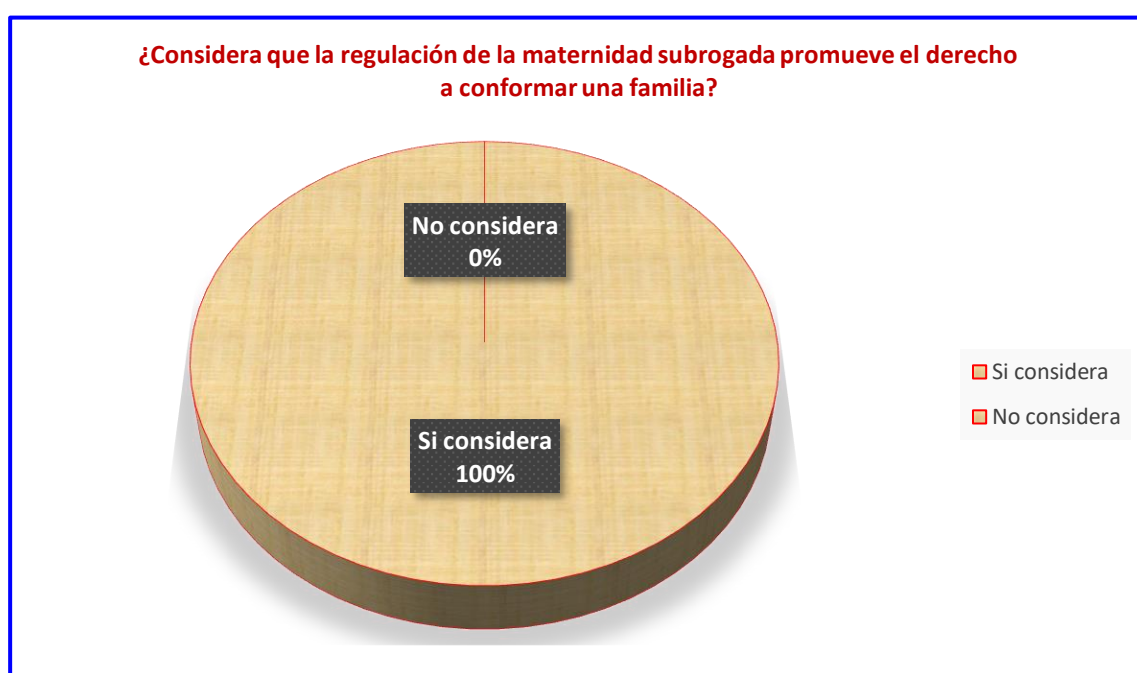
Al hacer el análisis respectivo de esta pregunta sostenemos claramente que la ciencia si permite emplear una TRHA con mucha seguridad, ya que los instrumentos y herramientas tecnológicas que se emplean en un laboratorio son altamente sofisticados que es muy seguro engendrar y procrea a un nuevo ser.

### **Pregunta N° 4:**

**¿Considera que la regulación de la maternidad subrogada promueve el derecho a conformar una familia? ¿Por qué?**

Entrevistados	SI	NO
Beltrán López, keysi	<b>X</b>	

Acalde Alfaro, Noemí	X	
Leyva Solano, Nelly	X	
Hidalgo Navarro, Erica	X	
Del águila del águila, Milko	X	
Rodríguez Llanos, Marita	X	
Angulo Torres, Isabella	X	
<b>Otros que reserva no se identificaron (12)</b>	<b>X</b>	



**Fuente: Entrevistas aplicadas.**

**Interpretación.**

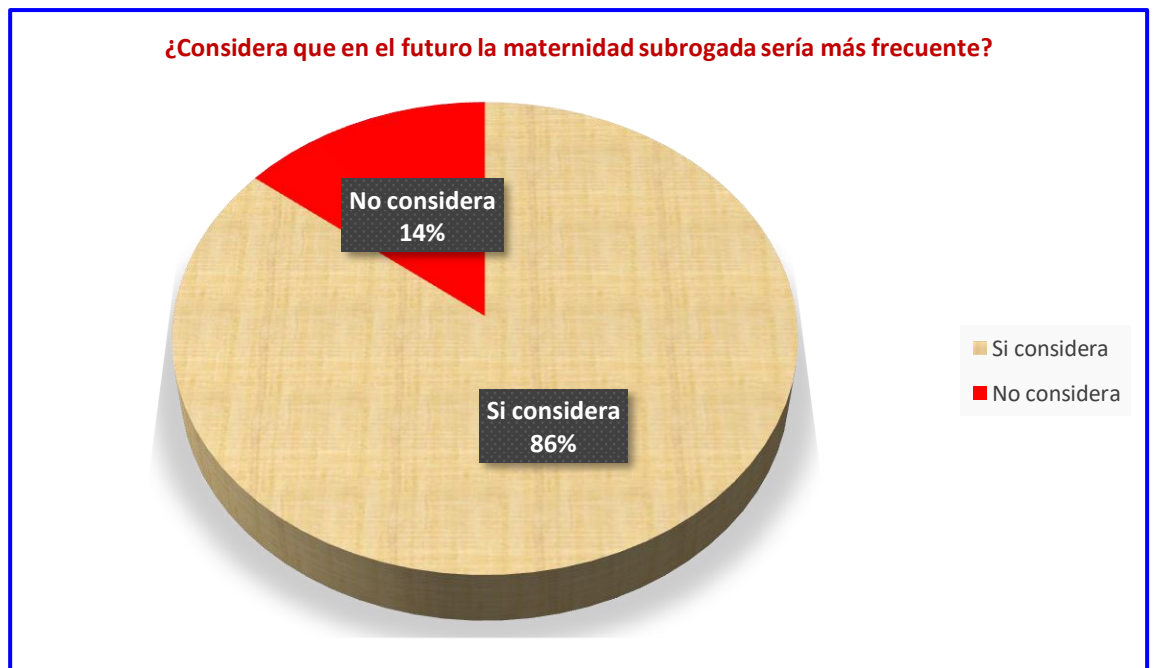
Del gráfico anterior podemos hacer la siguiente interpretación: el 100 % - siete entrevistados – considera que la regulación de la maternidad subrogada fomenta el derecho a conformar una familia, todo ello debido a que afirman que es necesario un hijo para constituir el núcleo o familiar. De esta forma podemos afirmar que maternidad subrogada y familia son situaciones que contribuyen a la sociedad.

Como observamos en el gráfico la totalidad de entrevistados sostienen que efectivamente la maternidad subrogada si cumple con el derecho a conformar una

familia, es así que uno de los entrevistados dice que la maternidad subrogada posibilita a las personas que debido a las condiciones biológicas adversas constituyan el núcleo familiar teniendo un bebe. Lo ideal es que se haga con el ovulo de la esposa y el espermatozoide del esposo.

**Pregunta N° 5: ¿Considera que en el futuro la maternidad subrogada sería más frecuente? ¿Por qué?**

Entrevistados	SI	NO
Beltrán López, keysi		X
Acalde Alfaro, Noemí	X	
Leyva Solano, Nelly	X	
Hidalgo Navarro, Erica	X	
Del águila del águila, Milko	X	
Rodríguez Llanos, Marita	X	
Angulo Torres, Isabella	X	
Otros que reserva no se identificaron (12)	X	



Fuente: Entrevistas aplicadas.

**Interpretación**



Del gráfico podemos obtener la siguiente conclusión: el 86% considera que la maternidad subrogada se convertiría en una práctica o un tratamiento más empleado por las parejas que no puedan gestar o tener un hijo. Por el contrario, solo el 14% - un entrevistado – afirma lo contrario debido a que manifiesta que eso depende de otras circunstancias.

Del respectivo análisis podemos mencionar que en un futuro esta actividad sería más frecuente y para ello vamos a describir la respuesta de uno de los entrevistados que afirma lo siguiente: *“Debido a que las mujeres trabajarán y serán más independientes; y verán esta opción como una salida para seguir laborando o evitar los malestares de salud debido al embarazo”*. Una respuesta muy interesante porque nos habla de la igualdad y equidad de las mujeres con respecto a los varones, siendo que en la actualidad la mujer también es aquella que aporta a la familia y a la sociedad y por un tema de evitar la gestación y el malestar que conlleva el embarazo es que la maternidad subrogada se puede ver como una opción, pero esto no quiere decir que gestar a un hijo sea algo malo o negativo, por el contrario, se afirma que es una experiencia muy hermosa.

Por otro lado, detectamos que no necesariamente esta actividad en el futuro sea más frecuente y para ello, vamos a describir la respuesta de una entrevistada: *“ello dependerá de otras circunstancias, pero si seguirá siendo siempre una alternativa”*. Entonces vemos que pueden existir varios factores que influyan si esta práctica sea frecuente o no en el futuro, y bajo eso, nos atrevemos a decir que esto podría ser por un tema de cultura social.

**Pregunta 6:**

**¿Considera que la regulación de la maternidad subrogada estaría cumpliendo con el derecho que tiene toda persona a la procreación? ¿Por qué?**

Entrevistados	SI	NO
Beltrán López, keysi		<b>X</b>
Acalde Alfaro, Noemí	<b>X</b>	

Leyva Solano, Nelly	X	
Hidalgo Navarro, Erica	X	
Del águila del águila, Milko	X	
Rodríguez Llanos, Marita	X	
Angulo Torres, Isabella	X	

Otros que reserva no se identificaron (12) X



**Fuente: Entrevistas aplicadas.**

### **Interpretación.**

Del gráfico anterior podemos concluir lo siguiente: el 86 % - seis entrevistados – manifiestan que la maternidad subrogada si contribuye con el cumplimiento del derecho que tienen las personas a la procreación. Por otro lado, el 14 % - un entrevistado – niega tal afirmación debido a que la procreación no solo tiene que ver con la fecundación, sino que viene desde el acto sexual entre la pareja.

Como podemos observar en el gráfico, sostenemos que la maternidad subrogada si cumpliría con el respecto y goce del derecho a la procreación de las personas. Para ello es necesario conocer que dice uno de los entrevistados: “*Si, porque les permitiría las parejas con problemas de fertilidad a tener sus hijos*”. Como vemos

la entrevistada señala que ante un problema de infertilidad la persona puede acudir a este tratamiento y mecanismo para realizar o ejercer su derecho a la procreación.

Por otro lado, encontramos que una de las entrevistadas niega que eso sea así, para eso vamos a describir lo que manifiesta: “...*la procreación no solo tiene que ver con la gestación o introducción del ovulo en la madre que da el vientre, sino viene desde el acto sexual entre la pareja.* Es muy interesante la respuesta de la entrevistada ya que nos da a conocer que la procreación no solo tiene que ver con el hecho de engendrar y formar el embrión, sino que es una actividad que se inicia desde el acto sexual, es decir que de manera holística conlleva a afirmar que la procreación implica varias etapas, sucesos o actividades. Y con ello para la entrevistada el hecho de fecundar el ovulo con el espermatozoide no implica del todo la procreación. Por todo ello creemos conveniente que para nuestro trabajo de investigación precisamos que enfocamos a la procreación como aquella actividad que consiste en la fecundación del espermatozoide con el ovulo.

#### **Pregunta 7:**

**¿Considera que, de regularse la maternidad subrogada, ésta podría verse como un negocio rentable para las mujeres de bajos recursos económicos?  
¿Por qué?**



<b>Entrevistados</b>	<b>SI</b>	<b>NO</b>
Beltrán López, keysi		<b>X</b>
Acalde Alfaro, Noemí	<b>X</b>	
Leyva Solano, Nelly		<b>X</b>
Hidalgo Navarro, Erica	<b>X</b>	
Del águila del águila, Milko	<b>X</b>	
Rodríguez Llanos, Marita	<b>X</b>	
Angulo Torres, Isabella	<b>X</b>	
<b>Otros que reserva no se identificaron (12)</b>	<b>X</b>	

**Fuente: Entrevistas aplicadas.**

### **Interpretación.**

Del gráfico podemos interpretar que el 71% - cinco entrevistados – considera que la maternidad subrogada podría ser utilizada como un negocio en el que las mujeres presten o alquilen su vientre para obtener una contraprestación económica. En contraposición, el 29 % - dos entrevistados – considera sobretodo que no debería ser visto de esa forma porque se estaría comercializando o negociando la vida de un ser vivo.

¿Un negocio rentable o no?, la maternidad subrogada podría convertirse en un negocio. Vemos que respondió uno de los entrevistados: *“se convertiría en un negocio porque verían una opción para mejorar su situación económica, recibirían una fuerte cantidad de dinero a cambio de llevar un embarazo exitoso”*. Que interesante punto de vista, esto nos conlleva a afirmar que la maternidad subrogada sería una actividad en la cual se gesta a un niño a cambio de dinero y eso desde nuestro punto de vista ético y moral no se puede dar, por ello la maternidad subrogada comercial no se debe permitir. Nuestra posición es prohibir ña maternidad subrogada comercial pero regular y permitir la maternidad subrogada altruista.

Por otro lado, es necesario conocer el punto de vista en contra: “*considero como ya mencioné que la madre que otorga su vientre debería ser una persona de confianza, bien sea una amistad muy cercana o en el mejor de los casos un familiar*”. Esta afirmación corrobora nuestra posición respecto de que tipo de maternidad subrogada se debería regular.

#### IV. DISCUSION

Al respecto de los fundamentos jurídicos de la maternidad subrogada tenemos que existen tres: el primero radica en la Ley General de Salud, en cuyo artículo siete prescribe que toda persona tiene derecho a emplear técnicas de reproducción asistida para el tratamiento de su infertilidad, sin embargo, en dicha norma también nos menciona siempre y cuando la madre genética sea la madre gestante, es así que, aparentemente existe una prohibición que no es del todo clara y precisa y por ello es que justamente debería regularse con una ley especial el empleo de las TRHA y la maternidad subrogada. Sostenemos que ello está prescrito así porque se quiere evitar que la madre subrogada desista en entregar al hijo que se le fue encargado para gestarlo, por la razón que ella aportó sus óvulos y obviamente si sería la madre biológica; y en ese sentido nuestro argumento es que se debe regular la maternidad subrogada siempre que los padres que encargan la gestación aporten el material genético (óvulos y espermatozoide), de esta manera se rompe cualquier vínculo sanguíneo por parte de la madre subrogada con el hijo. El segundo y tercer fundamento lo encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16, el cual prescribe que toda persona núbil tiene derecho a casarse y a conformar una familia, y en nuestra constitución política que menciona que El Estado promueve el matrimonio y protege a la familia, y con ello tácitamente se desprende el derecho a la procreación como un derecho natural que permite a la persona conformar una familia.

Con respecto a legislación comparada acerca de la maternidad subrogada hemos recogido dos legislaciones. La primera es en el Estado de Tabasco en México, en cuyo artículo 92 del Código Civil prescribe acerca de los hijos nacidos por maternidad subrogada y claramente lo establece que la maternidad le corresponde a la madre contratante, es decir, a la madre que encargó la gestación del hijo. La segunda legislación que regula la maternidad subrogada es la de Brasil en su Resolución del Consejo Federal de Medicina en el año 2015 que menciona los requisitos de la maternidad subrogada. Así tenemos que la madre subrogada debe realizar la gestación sin ninguna condición económica, es decir de manera altruista,

sin mediar una contraprestación onerosa. Asimismo, tenemos que ésta debe ser un familiar de la pareja (hasta el cuarto grado de consanguinidad) Por otro lado, una de las condiciones es que la madre subrogada, quien debe padecer de una patología que le impida la fecundación o gestación de manera natural; y la madre de intención no debe superar los 50 años de edad.

Por todo ello aseveramos que si es posible su regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Y para ello vamos a sustentarnos en la forma como está regulada en Brasil, ya que, si creemos que esta regulación tiene que ser enfocada desde el punto de vista altruista y no onerosa, esto es debido a un tema ético y moral y no ver como un negocio la gestación del nuevo ser.

Nuestro trabajo de investigación ha dado como resultado tres derechos que protegen y se vinculan con la maternidad subrogada. Asimismo, sustentamos que estos derechos se han recogido de una base legal. Para el primero tiene sustento legal en la Ley General de Salud en su artículo 7; el segundo y tercer derecho tiene asidero legal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16 y en nuestra Constitución Política del Perú, en su artículo 4.

Los profesionales entrevistados afirman que efectivamente la maternidad subrogada ayuda a las parejas, que por encontrarse imposibilitados de procrear o gestar un nuevo ser, puedan tener un niño. Por otro lado, sostienen que la maternidad subrogada permite; en primer lugar, la procreación y en segundo lugar la conformación de una familia. Asimismo, manifestaron utilizar esta técnica para tener un hijo en el supuesto caso de no poder hacerlo naturalmente. Dado ello es que consideramos que nuestra investigación si encuentra asidero dentro del publico entrevistado.

El análisis y resultado de las entrevistas aplicadas hacia los abogados especialistas también nos han brindado un soporte jurídico en nuestra investigación: la primera es que consideran que, si existen fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada, así tenemos, el artículo 4 de nuestra Constitución Política del Perú que

protegen a la familia y promueven al matrimonio, el artículo 7 de la Ley General de Salud que permite que toda persona pueda acceder al tratamiento de su infertilidad a través del empleo de técnicas de reproducción asistidas. Asimismo, los especialistas consideran que la regulación de la maternidad subrogada solo se debe permitir cuando sea de manera altruista, es decir, cuando no haya una contraprestación económica, esto debido a que de no ser así se convertiría en un actividad antiética e inmoral por la sencilla razón que se estaría negociando o comercializando con un ser vivo. Por otro lado, sostienen que esta regulación se debe hacer en una ley especial, en la que este bien contemplada y precisada.

Los resultados del análisis de las entrevistas a los profesionales también nos proporcionan un asidero jurídico para nuestra investigación. El primero de ellos tiene que ver con el aporte del material genético de los padres que encargan la maternidad subrogada, es decir que, ambos, tanto el padre como la madre deben aportar genéticamente – en el mejor de los casos – o también puede darse el caso de que sea de uno de ellos con un donante (sea óvulos o espermatozoide) en ambos casos es factible porque de ninguna forma la madre subrogada tiene un vínculo consanguíneo con el niño y eso hace más viable el cumplimiento de la obligación por parte de la madre subrogada al momento del parto, es decir de entregárselo a los padres de le encomendaron. Si fuera el caso que la madre subrogada aporta sus óvulos, allí si encontraríamos un dilema jurídico ya que ésta si es biológicamente la madre y cabe la posibilidad que al momento del parto no quiera cumplir con su obligación, bajo este supuesto debería analizar minuciosamente el caso en concreto.



## V. CONCLUSIONES

Las técnicas de reproducción asistida se pueden dar dentro del cuerpo de la mujer – fecundación intracorpórea – o ya sea fuera del cuerpo de la mujer – in vitro – conocida como fecundación extracorpórea. Asimismo, cada una de ellas pueden ser de dos tipos: Homóloga o Heteróloga; para la primera se aporta el material genético de la pareja, tanto del varón como de la mujer; y en la segunda solo se aporta el gameto de uno de ellos, por lo que se necesita del aporte de un donante o tercero.

Ahora bien, el tipo de maternidad subrogada que debe regularse en nuestro ordenamiento jurídico según nuestra propuesta es la maternidad subrogada de tipo homóloga, a fin de evitar conflictos legales que deriven de vínculos biológicos o consanguíneos entre la madre subrogada y el hijo. Con respecto a si debe ser intracorpórea o extracorpórea, no habría ningún inconveniente ya que no tiene consecuencias negativas.

Con respecto a los derechos específicos que se vinculan directamente con la maternidad subrogada son los siguientes:

- Derecho a emplear una TRHA para tratar su infertilidad.
- Derecho a conformar una familia.
- Derecho a la procreación.

## **VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

- Cubillos, M. (2013). Técnicas de reproducción asistida. Universidad Nacional de Cuyo.
- Brena, I. (2019). La fecundación in vitro en el Sistema Interamericano de Justicia. Implicaciones para México. Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- Brena, I. (2019). Razonamiento probatorio, en materia penal del tercer milenio. Perú. Ideas solución editorial.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2007). Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. Editorama S.A.
- SantaMaría, L. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos biológicos. Universidad Autónoma de Madrid.
- Siverino, P. (2021). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. Revista peruana de ginecología y obstetricia.