

**UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TESIS**

**LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES IMPOSIBILITADAS DE  
GESTAR; FRENTE A LA FALTA DE NORMATIVIDAD SOBRE GESTACIÓN POR  
ENCARGO, EN EL QUINTO JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA EN EL  
AÑO 2018**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**BACHILLER:**

**JOSÉ LUIS CASARETTO LA TORRE**

**ASESORA:**

**DRA. CABRERA CUETO, YDA ROSA**

**FECHA DE SUSTENTACIÓN**

**9/01/2020**

**Lima – Perú**

**2020**

## ***DEDICATORIA***



**A DIOS  
A MI MADRE  
A MI ASESORA ROCA  
A MI ESPOSA  
A MIS HIJAS  
A LAS PERSONAS QUE ME APOYARON y  
A LAS MUJERES *infértiles, estériles o las que  
no pueden procrear a quienes está dirigida esta  
investigación con el anhelo que se cristalicen sus  
sueños de ser madres.***

## INDICE

<b>RESUMEN Y PALABRAS CLAVE</b> .....	<b>v</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>vi</b>
<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>1</b>
<b>1.1. EL PROBLEMA</b> .....	<b>1</b>
1.1.1. Planteamiento del Problema .....	1
1.1.2. Formulación del Problema.....	3
1.1.2.1. Pregunta General .....	3
1.1.2.2. Preguntas Específicas .....	3
<b>1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>4</b>
1.2.1. Objetivo General.....	4
1.2.2. Objetivos Específicos .....	4
<b>1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>5</b>
1.3.1. Justificación Teórica .....	5
1.3.2. Justificación Metodológica.....	5
1.3.3. Justificación Práctica .....	5
1.3.4. Justificación Social .....	5
<b>1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>6</b>
1.4.1. Delimitación Temporal.....	6
1.4.2. Delimitación Espacial.....	6
1.4.3. Delimitación Social .....	6
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>7</b>
<b>2.1. MARCO TEÓRICO</b> .....	<b>7</b>
2.1.1. Antecedentes de la investigación.....	7
2.1.1.1. Antecedentes Nacionales.....	7
2.1.1.2. Antecedentes Internacionales .....	11
2.1.2. Bases Teóricas .....	13
2.1.3. Teorías Imperantes.....	27
2.1.4. Teoría Seleccionada.....	32
2.1.5. Marco Histórico .....	33
2.1.6. Marco Jurídico.....	35
2.1.7. Marco Conceptual.....	45

<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>47</b>
<b>3.1. METODOLOGÍA .....</b>	<b>48</b>
<b>3.1.1. Tipo de Investigación .....</b>	<b>48</b>
<b>3.1.2. Diseño de Investigación.....</b>	<b>48</b>
<b>3.1.3. Universo, población y muestra .....</b>	<b>48</b>
<b>3.1.4. Métodos .....</b>	<b>49</b>
<b>3.1.5. Técnicas .....</b>	<b>49</b>
<b>3.1.6. Instrumentos .....</b>	<b>49</b>
<b>3.1.7. Análisis de Resultados.....</b>	<b>51</b>
<b>3.1.8. Conclusiones.....</b>	<b>65</b>
<b>3.1.9. Recomendaciones .....</b>	<b>67</b>
REFERENCIAS .....	69
ANEXOS .....	72
ANEXO I.....	73
ANEXO II .....	78
ANEXO III.....	83
ANEXO IV.....	88
ANEXO V .....	89
ANEXO VI.....	90
ANEXO VII.....	92
ANEXO VIII .....	94
ANEXO IX.....	96

## **RESUMEN**

Ante el evidenciamiento de la afectación de los Derechos Reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar, se propone alternativas de solución brindando aportes y recomendaciones como resultado de la investigación; situación que se presenta por el vacío en el art. 7 de la Ley N° 26842 (Ley General de Salud), que sostiene: que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona, por lo que surge la necesidad de modificarlo para acceder a la Gestación por Encargo y proceder luego a la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la Responsabilidad Biomédica y la normatividad sobre la Gestación por encargo, las mismas que deben estar interrelacionadas entre sí, evitando incluir parámetros innecesarios, que las autoridades judiciales no consideran al emitir su fallo; basados en convenios internacionales de Derechos Humanos, sentencian a favor de los padres de intención, pero se tiene que llegar hasta la última instancia, generando gastos y pérdida de tiempo.

De esta forma el Estado estaría cumpliendo su obligación de acuerdo a los Convenios Internacionales de los que el Perú es parte, respecto de los derechos reproductivos que son también derechos humanos, así como también en cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución Política del Perú. Marcando una nueva corriente en donde se norme en base a la salvaguarda de los Derechos Fundamentales del ser humano, sin parámetros ni creencias ortodoxas, dando paso a los avances de la ciencia debidamente regulados y encargándole al Derecho normar en su condición dinámica y cambiante.

## **PALABRAS CLAVE**

Técnicas de reproducción asistida (TERAS), derechos reproductivos, derechos humanos, infertilidad, onerosa, gestación por encargo, biosociojuridico, dignidad, maternidad.

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo de investigación, versa sobre los derechos reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar, la gestación por encargo y su falta de regulación normativa en el país, por este motivo nos encontramos frente a un vacío legal y a un problema latente en lo que concierne a las necesidades de algunas familias en las cuales las mujeres por causas biológicas y/o circunstanciales se encuentran imposibilitadas de gestar sus propios hijos. Motivo por el cual estarían siendo afectadas y/o discriminadas por un Estado que estaría incumpliendo parte de sus funciones de protección e inclusión, dejando de lado a un sector de nuestra sociedad el cual sufre una vulneración de sus derechos reproductivos y otros que la Constitución Política del Perú consagra, los mismos que también son amparados en diferentes Convenios Internacionales de los cuales el Perú es parte por ende tienen el carácter vinculante con nuestra normatividad.

A la fecha podemos encontrar los siguientes proyectos:

- Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR Ley que regula la Reproducción Humana Asistida;
- Proyecto de Ley N° 1724/2012-CR Ley que regula la investigación Biomédica;
- Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR Ley que modifica el art. 7 de la Ley N° 26842 Ley General de Salud;
- Proyecto de Ley N° 3313/2018-CR Ley que garantiza el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida;
- Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR Ley que Regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Solidaria mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida como derecho humano a ser madre;
- Proyecto de Ley 3542/2018-CR Ley que Regula el Uso y Acceso a los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida

Estos proyectos presentados al Congreso de la República del Perú tratan con diferentes nombres a la figura de la GESTACIÓN POR ENCARGO, de los cuales los tres primeros no llegaron a convertirse en ley y los otros se encuentran a la espera de ser aprobados.

Por consiguiente La falta de una regulación normativa y la vulneración permanente de un derecho inherente al ser humano, ha llevado a que nuestros connacionales, partan a

otros países en los cuales ésta práctica es común; o que la realicen en el país sometiéndose a graves problemas de carácter administrativo y judicial al momento de intentar inscribir al menor como su hijo y otros problemas derivados del desarrollo del niño.

Por esta razón los proyectos antes mencionados analizados en este trabajo de investigación no reflejan el interés sobre los Derechos Reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar, intentan liberar el parámetro que existe en el art. 7 de la Ley General de Salud pero en el contenido de sus proyectos introducen otros parámetros difíciles de superar lo que atentaría gravemente contra las personas que requieran ésta figura legal para alcanzar su deseo de procreación.

## CAPITULO I

### **1.1. El Problema**

#### **1.1.1. Planteamiento del Problema**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido a los derechos reproductivos como derechos humanos, debido a la constante evolución de estos últimos, teniendo en cuenta que el derecho está conformado por normas que cambian y evolucionan con los años; parte de los derechos reproductivos, es el derecho a procrear y tener una familia; sin embargo existen casos en los cuales la esposa/pareja ya sea por enfermedad, accidente o por naturaleza biológica no puede concebir; es deber y función del Estado, dar las garantías para que estas personas puedan ejercer su derecho a la procreación, brindando y calificando las medidas suficientes que existen, siempre y cuando estas no afecten a otras personas; como es la normativización de la Gestación por Encargo.

Por ende La Gestación por Encargo es una figura que utiliza las técnicas de reproducción asistida en las cuales la madre no es necesariamente aquella persona que lleva la gestación durante los nueve meses, sino aquella persona que otorga el gameto femenino para la fecundación o la que encarga por intención la gestación.

Asimismo Haciendo referencia a la normatividad nacional, debemos incidir en mencionar a la Ley General de la Salud, que en su artículo N° 7, señala:

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

En pocas palabras, señala que aquellas personas imposibilitadas de gestar pueden recurrir a tratamientos médicos para tratar la infertilidad de la cual son objeto, asimismo se le



determina el derecho a procrear mediante las TERAS (Técnicas de Reproducción Asistida), siempre y cuando la madre gestante sea la madre genética, es decir ambas se conjuguen en la misma persona, por tanto estaría alejando la posibilidad de aprobar la maternidad subrogada o gestación por encargo.

Del artículo mencionado, podemos inferir que la gestación por encargo, maternidad subrogada, vientre de alquiler, o algunas de las formas como se le conozca; estaría fuera de los alcances de la normatividad; ya que se determina que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Consecuencia de ello, es que se presentan los proyectos de ley citados en la introducción del presente trabajo de investigación; con los cuales se busca modificar el artículo N° 7 de la Ley General de la Salud, para lo cual se considerará a una mujer que haya aceptado llevar en su vientre el embrión, producto del material genético femenino y del gameto masculino, de quienes serían los padres o en su defecto de donantes; es decir la identidad genética del producto (nuevo ser) estaría o no relacionada con quienes serán sus padres una vez nacido.

De igual manera la falta de una legislación respecto de la gestación por encargo, conlleva a que las parejas que no puedan procrear un hijo con la madre realizando la labor de gestación, a razón que la mujer sea infértil, estéril o padezca algún impedimento comprobado científicamente incluso si la gestación pone en riesgo la salud de la madre o la del hijo por nacer, recurran a prácticas privadas informales, a fin de que alguna mujer equis pueda llevar en su vientre el hijo/embarazo que la mujer de intención no puede llevar; estas prácticas se dan sin vigilancia ni protección por parte del Estado; es normal que estas prácticas se inmiscuyan con transacciones dinerarias, por medio de contratos atípicos, con lo cual y ante la constante practica podría verse como un negocio en la que personas puedan aprovecharse tanto de las parejas que anhelan tener un hijo, como de aquellas personas de escasos recursos, que por una cantidad dineraria accedan a estas peticiones, estamos en un país en el que la informalidad vive del día a día, y en el que encontramos seres humanos que no les interesa la dignidad de las personas, a fin de poder generar dinero, por esta circunstancia es que debemos regular la Gestación por Encargo a fin de que sea admitida la posición altruista y la onerosa.

De modo que la gestación por encargo, el vientre de alquiler, la maternidad sustituta o subrogada, son designaciones, mediante las cuales se le conoce, cuando hay un acuerdo entre dos partes (generalmente una pareja – varón y mujer – con una mujer), donde una de las partes es una mujer que asume llevar un embarazo; y entregar al recién nacido a la otra parte (mujer o pareja); renunciando a los derechos que asumiría como madre. Esta práctica usualmente se da por un intercambio de dinero.

Uno de los puntos resaltantes de esta problemática, es la práctica médica, si estamos en un país en el cual no está regulada normativamente la gestación por encargo, entonces estamos ante situaciones medicas/clínicas no reguladas normativamente, a fin de poder encontrar responsabilidad médica, ante las posibles fallas procedimentales, que conlleven a que el producto (embriones/futuras personas) padezca de alguna enfermedad que haya surgido del mal manejo y resguardo de los óvulos femeninos y del espermatozoide, y que por falta de diligencia estos se hayan contaminado así como otros procedimientos mal ejecutados.

En ese sentido, el problema radica neurálgicamente en la falta de protección de aquellas personas que anhelando tener hijos mediante la Gestación por Encargo, no pueden tenerlos por falta de normativa, con lo cual estaría afectando sus derechos fundamentales, sobre todo los derechos fundamentales reproductivos.

## **1.1.2. Formulación del Problema**

### **1.1.2.1. Pregunta General**

- ¿De qué maneras la falta de normatividad sobre gestación por encargo, en nuestro país estaría afectando los Derechos Reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar?

### **1.1.2.2. Preguntas Específicas**

- 1) ¿De qué manera la falta de normatividad sobre gestación por encargo, en nuestro país, estaría afectando el Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?

- 2) ¿De qué manera la falta de normatividad sobre gestación por encargo, en nuestro país, estaría afectando el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad, respecto de las mujeres imposibilitadas de gestar?
- 3) ¿De qué manera la falta de normatividad sobre gestación por encargo, en nuestro país, estaría afectando el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?
- 4) ¿De qué manera la falta de normatividad sobre gestación por encargo, en nuestro país, estaría afectando el Derecho de Acceso a Servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva, de las mujeres imposibilitadas de gestar?

## **1.2. Objetivos de la investigación**

### **1.2.1. Objetivo General**

- Demostrar de qué manera la falta de normatividad, sobre gestación por encargo, en nuestro país estaría afectando los Derechos Reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar.

### **1.2.2. Objetivos Específicos**

- 1) Demostrar que la falta de normatividad sobre gestación por encargo, en nuestro país, estaría afectando el Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar.
- 2) Demostrar que la falta de normatividad sobre gestación por encargo, en nuestro país, estaría afectando el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad, respecto de las mujeres imposibilitadas de gestar.
- 3) Demostrar que la falta de normatividad sobre gestación por encargo, en nuestro país, estaría afectando el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar.

- 4) Demostrar que la falta de normatividad sobre gestación por encargo, en nuestro país, estaría afectando el Derecho de Acceso a Servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva de las mujeres imposibilitadas de gestar.

### **1.3. Justificación de la Investigación**

#### **1.3.1. Justificación Teórica**

El problema de investigación presentado en este proyecto, es conveniente estudiarlo teóricamente porque determinaría conceptos como la gestación por encargo, y su incidencia en el aspecto del Derecho Constitucional como en el Derecho Civil, tal como afectaciones en los derechos fundamentales; asimismo para que pueda servir como un aporte teórico, para futuras investigaciones sobre el tema estudiado.

#### **1.3.2. Justificación Metodológica**

La presente investigación, se realizará mediante el método analítico, con el cual se analizarán sustentos teóricos que puedan ser llevados a la realidad; partiendo de ideas generales, que permitan ayudar a la investigación, en base a situaciones que puedan ser estudiadas, una vez realizadas y demostradas su validez y confiabilidad podrán ser utilizadas como sustento de otros trabajos.

#### **1.3.3. Justificación Práctica**

A través del presente trabajo de investigación se analizará cuál es la afectación que tendrían aquellas parejas, en las cuales las mujeres se encuentren imposibilitadas de gestar por diferentes motivos, y como la no regulación de la gestación por encargo afecta a este grupo de personas.

#### **1.3.4. Justificación Social**

La presente investigación, se justifica en la necesidad de determinar la importancia que surgirá para la sociedad civil la regulación normativa de la gestación por encargo, así como sus procedimientos, en consecuencia poder brindar los fundamentos suficientes, para que pueda permitirse la gestación por encargo para aquellas mujeres imposibilitadas de gestar y que no pueden ejercer su derecho a la reproducción.

## **1.4. Delimitación de la Investigación**

### **1.4.1. Delimitación Temporal**

La presente investigación estará comprendida entre los meses de enero a octubre del 2018.

### **1.4.2. Delimitación Espacial**

La presente investigación se ceñirá específicamente al Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima; en donde se procederá a realizar entrevistas: al juez, asistente de juez y secretarios/especialistas; con lo cual se podrá obtener información teórico práctica, teniendo como fuente a quienes administran justicia constitucional.

### **1.4.3. Delimitación Social**

La presente investigación y conforme a lo plasmado en la delimitación espacial, abarcará su estudio en Lima, en aquellos operadores jurídicos que laboren en el Quinto Juzgado Constitucional, de la Corte Superior de Justicia de Lima; entre ellos: juez, asistente de juez y secretarios/especialistas; sujetos a quienes se les realizarán las respectivas entrevistas, entendiendo que por cuestiones de trabajo, son especialistas en Derecho Constitucional, conociendo la relación preexistente entre los Derechos Reproductivos, o lo que ocasiona la falta de una normatividad.

## CAPÍTULO II

### 2.1. MARCO TEÓRICO

#### 2.1.1 Antecedentes de la investigación:

Se hace mención que luego de una búsqueda exhaustiva en los repositorios de las Universidades más reconocidas de nuestro país y del extranjero, no se encontraron trabajos de investigación que versen sobre el problema de investigación planteado; es decir no se han podido hallar trabajos en específico sobre **gestación por encargo**, sin embargo se suele utilizar como **sinónimo la maternidad subrogada**, conforme pudo ser señalado en el planteamiento del problema, en ese sentido procederé a señalar algunos trabajos que guarden relación con la problemática planteada.

##### 2.1.1.1. Antecedentes Nacionales

**Zaldívar, (2016) (2013)**, realizó la investigación: *Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada, Arequipa 2013*, para optar al grado académico de maestro en derecho de familia en la Escuela de Posgrado de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones: (Anexo 2)

En suma el autor expone sobre la inexistencia en nuestro país de normas de carácter legal que regulen las TERAS a la figura de maternidad subrogada en diferentes aspectos tales como el derecho sucesorio y filiación considerando que es sumamente importante se apruebe una ley que verse sobre la reproducción humana asistida, que contemple las situaciones que podrían presentarse que traigan como consecuencia un atropello a los derechos de las personas involucradas.

Igualmente incide en que nuestro Código Civil no se pronuncia sobre estas materias, pero indica que en el Art. 7 de la Ley General de Salud considera que debe existir coincidencia entre la mujer que gesta y la mujer que aporta la carga genética.

Por último menciona que en las sentencias peruanas, estos casos son vistos en forma inconsistente predominando el interés superior del niño y no los aspectos de fondo generando esto incertidumbre entre los seres humanos inmersos en estos casos.

## COMENTARIO

Coincido en lo referente a la falta de legislación sobre la materia en nuestro país, específicamente sobre la gestación por encargo y en lo que se refiere al artículo 7 de la Ley General de Salud. Sin embargo, discrepo respecto de que en las sentencias peruanas predomina el interés superior del niño. Considero que es parte muy importante para emitir sentencia pero en las sentencias que he leído he visto aspectos de fondo como son los derechos reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar, así como por la intención de traer un niño al mundo.

**Villamarín (2014)**, realizó la investigación: *La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?*, para optar al título de abogado en la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones: (Anexo 3)

Nos menciona en sus conclusiones que la regulación legal de las TERAS en lo que se refiere a la maternidad subrogada es relativamente nula en nuestro país pues la Ley General de Salud pese a referirse a la infertilidad la parametra, no obstante que la infertilidad se considera la 5ta. Mayor discapacidad, involucrando diferentes derechos, por lo que debe ser reglamentada.

En otro punto Villamarín nos habla que los contratos sean vistos en lo civil detallando lo que a su criterio deban contener, indicando además que la persona que lleva la gestación sólo se encarga de eso.

## COMENTARIO

Sin embargo pienso que la gestación por encargo debe regularse independientemente de las TERAS, ya que la primera debe tratar sobre el contenido del contrato, la segunda sobre el tipo de técnica a emplearse y en una tercera la responsabilidad médica y otros referidos a la parte genética. Por otro lado no solo se debe cumplir con los gastos derivados del embarazo sino con un tratamiento psicológico durante todo el periodo de gestación para que la entrega del menor no sea traumática, salud, alimentación y todo esto debe figurar en el contrato además de otras precisiones que se lleguen a determinar.

**Saavedra** (2017), realizó la investigación: *Aspectos jurídicos relevantes en la maternidad subrogada: Un análisis a la realidad peruana*, para optar al título de abogado en la Universidad Cesar Vallejo, Lima, Perú. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones: (Anexo 4)

Finalmente concluye que la falta de normatividad que regule la gestación por encargo como variante de las TERAS ha generado una serie de problemas en lo concerniente al establecimiento de la filiación respecto al tipo de técnicas empleadas, el aporte de los genes y los problemas que presentó la pareja o persona de intención, indicando que la gestación por encargo como variante de las TERAS no se encuentran reguladas en nuestro país por consiguiente se encuentran a merced de los médicos que la practican, colocando en total indefensión a los padres de intención así como a sus familiares, no pudiéndose amparar en ninguna norma de carácter legal, generando un vacío legal por la inexistencia de una norma que se adapte a la actualidad y a los adelantos de la ciencia.

De igual manera hace una descripción de las TERAS indicando que suplen la esterilidad en la mujer imposibilitada de gestar para que puedan tener descendencia, indica que la gestación por encargo se considera como una variante de las TERAS y describe la forma que a su criterio se aplica en estos casos para beneficiar a la pareja de intención.

Ahora nos habla acerca de México y Brasil referente a su normatividad con respecto a la gestación por encargo puntualizando que México tiene todo un capítulo en su Código Civil referido al tema dándole el título de Contrato al documento en donde se consignan los requisitos para acceder a esta figura a lo que están obligados y de lo que son responsables



los involucrados asimismo a lo que están obligados los establecimientos de salud privados en lo que respecta a los procedimientos a realizarse, a las obligaciones que tienen los notarios a dar cuenta a la Secretaría de Salud, indica que México tiene todo un ordenamiento legal que beneficia a los seres humanos que impedidos de procrear por métodos naturales recurren a esta figura en forma legal; en cambio Brasil no tiene una norma específica, pero tolera genéricamente a la gestación por encargo por la Resolución CFM N°1.358/92 del Consejo General de Medicina en dicha resolución se encuentra establecido como donación temporal de útero y solo se permite la forma Altruista además de formar parte de la familia de la mujer de intensión hasta el 4to grado de consanguinidad, Brasil no tiene un ordenamiento jurídico encargado de proteger a los afectados en los posibles problemas que se presenten en el desarrollo de la gestación por encargo.

## **COMENTARIO**

Saavedra también nos comenta que la falta de legislación sobre la materia genera una gran problemática en los diferentes aspectos que tendrán que enfrentar los padres de intención de producirse imprevistos en el desarrollo del contrato o en la aplicación de las TERAS.

Por lo tanto estoy de acuerdo cuando dice que las TERAS suplen la esterilidad en la mujer imposibilitada de gestar, pero debo indicar que las suplen con el ejercicio de otra persona en lo que respecta a la gestación por encargo.

También nos presenta como ejemplo a México y Brasil, nos señala que México cuenta con un capítulo completo en su código civil respecto a la gestación por encargo en donde se consignan las obligaciones y responsabilidades de los diferentes actores así como de las instituciones involucradas.

Por otra parte de Brasil se puede deducir que no tiene una normatividad específica solo una resolución donde entre otros se estipula que la gestación por encargo debe tener exclusivamente el carácter altruista y que la mujer gestante debe tener vínculos consanguíneos hasta el cuarto grado lo que me parece contraproducente porque limita

la cantidad de posibles madres gestantes y muchas personas no tienen familia numerosa y además la carga sanguínea podría transmitir algún mal que la madre de intención desea evitar.

### **2.1.1.2. Antecedentes Internacionales**

**GUERRERO** (2015), investigó: “*La Problemática de la maternidad Subrogada en la Legislación Nacional*” Para optar el título de Abogada en la Universidad Abierta Argentina La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones: (Anexo 5).

Consistió en establecer la problemática del reconocimiento de la Maternidad Subrogada en el ordenamiento legal argentino, viendo la obligación de regular esta figura adaptada a la sociedad globalizada con el objeto de respetar a las personas involucradas.

Asimismo propone desaparecer el TABU que existe en la sociedad argentina con respecto a este tema, señala además que la reforma del CC. Argentino, sostiene la posición altruista.

Indica por otro lado que las parejas que se someten a estas prácticas deben acceder a los tratamientos de fertilización previamente asesorados legal y psicológicamente, sugiere además que se cree un ente habilitado donde las personas puedan recurrir con la finalidad de informarse en lo que se refiere a esta práctica.

Finalmente culmina sus propuestas avocándose a que se dicte una ley, menciona las exigencias éticas de los profesionales intervinientes así como que no se afecte la dignidad de las personas.

### **COMENTARIO**

Guerrero establece la problemática del reconocimiento de la Maternidad Subrogada en la legislación argentina, orientándola a la realidad de una sociedad globalizada con la

finalidad de respetar sus derechos pero no menciona que las personas requirentes de estas prácticas son discapacitados de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud que estableció a la infertilidad como la quinta discapacidad.

Sin embargo está de acuerdo con la posición altruista lo que a mi parecer entraparía la solución y generaría por el contrario un mercado negro porque se reducirían considerablemente las posibles gestantes. También nos menciona entre otras cosas el respeto a la dignidad del ser humano con lo que estoy de acuerdo plenamente.

**Cué** (2016), realizó la investigación: “*Maternidad Subrogada*”, para optar al título de abogado en la Universidad Panamericana, Ciudad de México, México. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones: (Anexo 6)

Ciertamente precisa que por la condición humana y las ansias de tener descendencia, han surgido las TERAS para que las personas imposibilitadas de gestar utilicen estas técnicas y puedan lograr su más grande anhelo de tener su hijo.

Indica además que no existe el derecho a tener descendencia pero sí a formar un núcleo familiar con decisión propia sobre de la cantidad y espaciamento de la descendencia.

De igual manera comenta que no se vulneran los derechos de la descendencia que nazca por medio de las TERAS sino que el niño gozará de todos los derechos que le correspondan igualmente como el hijo engendrado en forma natural. Las TERAS deberán ser utilizadas con sus límites bien marcados para que no se incurra en figuras delictivas.

También señala que la adopción se diferencia de la gestación por encargo, la primera surge con un afán de protección al menor y la segunda surge por el deseo de tener descendencia en las personas imposibilitadas de gestar y que tengan la posibilidad de incrementar su familia sugiere que la gestación por encargo debe ser regulada como acto jurídico pero sutilmente menciona parámetros tales como: gratuitamente, pareja hetero-sexual, carácter de progenitora”.

## COMENTARIO

Me parece que cuando menciona gratuitamente se está refiriendo al carácter altruista con el cual yo no estoy de acuerdo pues considero que es un parámetro que no debe existir, porque es difícil de encontrar personas que acepten realizarlo gratuitamente, por el contrario tenemos el carácter oneroso que me parece más adecuado a la época, o aceptar las dos formas sin que se excluyan entre sí.

No obstante cuando menciona pareja heterosexual aquí está parametrando que solo la pareja heterosexual puede realizar una gestación por encargo cuando existe por ejemplo para citar un caso de los muchos que hay, una mujer soltera, estéril/infértil que sienta el deseo de procrear se estrellaría contra este parámetro y se estaría violando su derecho reproductivo.

### **2.1.2. Bases Teóricas**

Las bases teóricas radican en sentar conceptos que coadyuven al desarrollo del presente trabajo de investigación, por lo que debemos tener en cuenta que la gestación por encargo se sirve de las técnicas de reproducción asistida para lograr la finalidad planteada como supuesto principal de la presente tesis.

Asimismo, se debe de tener en cuenta que, la maternidad subrogada por muchos autores y conocedores de la materia la simbolizan como sinónimo de la gestación por encargo, aunque sean conceptos diferentes de por sí, el fin es el mismo, que la gestación sea llevada por una tercera persona, una tercera mujer que prestaría su vientre con consentimiento y obligándose a entregar al menor una vez nacido. Además, debo precisar que el término “gestación por encargo” a mi criterio, se ajusta más objetivamente con relación a los otros términos utilizados; situación que se desarrollará en el cuerpo de la tesis con más detalle.

### **2.1.2.1 Maternidad Subrogada**

Alma Arámbula Reyes, quien se desempeña como investigadora parlamentaria, señala en un trabajo sobre maternidad subrogada que:

—la cualidad de madre implica la existencia de una relación de cuidado a lo largo de la vida del niño, y no solo se refiere a la función biológica. Menos aún se puede resumir todo este concepto a simplemente la gestación.‖ (ARAMBULA, 2008)

De modo que comparto plenamente el concepto de Maternidad subrogada de Alma Arámbula en lo que se refiere a que la madre no solo es la persona que gesta sino que para llegar a ser una verdadera madre entran a tallar otras obligaciones y dedicaciones de la madre para con el hijo, de ahí que establezco que la denominación maternidad subrogada no llega a reflejar la encargatura que solicita la madre intencional a la mujer que llevará la gestación.

Hildara Araya, al referirse a la maternidad subrogada, indica que:

Desde una perspectiva de educación prenatal y comunicación social, podemos entender que la maternidad subrogada, en donde una mujer alumbró a un bebé que fue colocado en ella con una carga genética ajena, debe implicar que la mujer gestante reconozca esta condición y así pueda plasmar este entendimiento en los documentos legales necesarios. (ARAYA, 2018)

Por eso en relación a la maternidad subrogada, Araya expresa un concepto sobre maternidad subrogada a mi modo de ver inconsistente puesto que manifiesta que se gesta al bebe de otros padres que aportaron el material genético y sobre los cuales recaerán los derechos y obligaciones para con el niño, la inexistencia de normatividad sobre esta materia haría que al momento de inscribir al niño en la RENIEC la madre que gestó será la madre legal a razón de la expresión latina mater certa sempre est; por otro lado Hildara también es de la opinión que se pueden utilizar otros términos pero señala que son técnicas de reproducción asistida lo que a mi consideración no es así puesto que la gestación por encargo es una cosa y las TERAS otra cosa.

Raquel Bolton señala lo siguiente sobre la maternidad subrogada:

Sin embargo un concepto analizado desde la bioética nos señala los diferentes nombres que podrían atribuírsele a la gestación por encargo y nos indica que por medio de un acuerdo entre las personas involucradas la mujer que gesta queda comprometida a gestar a la criatura y al momento del alumbramiento entregarlo a la pareja de intención no sin antes renunciar a los derechos que le competen, nos menciona que mayormente esto se produce por un contrato oneroso y nos hace saber los diferentes motivos por lo que los padres de intención recurren a realizar esta práctica con lo que estoy de acuerdo también podría añadirse accidente, mal congénito o enfermedad contagiosa y en lo que respecta a quienes pueden recurrir a este tipo de prácticas le faltó citar a las parejas heterosexuales que son quienes más la requieren. (BOLTON, 2016)

Malaika Reuter de nacionalidad Alemana, en una publicación realizada en Biotech, señala:

La madre sustituta, es aquella persona quien ofrece su vientre, a fin de que pueda gestar él bebe de otra pareja. Una vez realizado el trabajo de parto y nacimiento, él bebe será entregado a la pareja, por lo que la madre sustituta o de vientre de alquiler, renuncia a cualquier derecho legal que pueda ejercer; ello a cambio de un beneficio económico. (REUTER, 2009)

Continuando con la idea de Malaika Reuter, ha manifestado

Que la maternidad subrogada y su concurrencia, tiene efectos positivos en la familia, como en su formación; sin embargo también precisa la generación de efectos negativos en el ámbito subjetivo, es decir –emocionales y psicológicos. Asimismo precisa en que el término de familia sigue en constante evolución; y con el tiempo, la maternidad subrogada será la opción más viable, y que ello está en manos de la sociedad. (REUTER, 2009)

El Dr. Enrique Varsi Rospigliosi analiza la legislación peruana y señala las prohibiciones existentes referidas a la ovodonación, embriodonación y a la maternidad subrogada manifestando que el parto determina quién es la madre y que debe ser la misma persona que aporta la carga genética y la que da a luz, y comenta que en el caso de que la mujer que

gesta acepta ser inseminada por el padre de intención en este supuesto coincidiría con el artículo 7 de la ley salud pero se violaría el artículo 409 del Código Civil y el problema se generaría al momento de la inscripción en el registro RENIEC. (VARSI, 2013)

### **2.1.2.2. Derechos Reproductivos**

En el siglo XX surgió un movimiento feminista muy grande que criticaba el modelo humano que estaba enfocado principalmente a proteger la concepción del hombre, blanco, occidental y padre de familia; concepción que limitaba el acceso de la justicia a los demás grupos sociales. En ese sentido, el movimiento feminista ayudó a superar ese modelo *androcentrista* que regía los derechos humanos, provocando la evolución de los DD. HH, dado que comenzaron a entender y abarcar, de mejor manera, los derechos que afectaban directamente la vida y los cuerpos de los seres humanos de sexo femenino, permitiendo una mejor comprensión de los derechos a la salud reproductiva que sí protegía y garantizaba la salud de las mujeres incorporando la perspectiva de género en el análisis de la realidad, en la teoría y la práctica. (FACIO, 2005)

Varsi Rospigliosi en relación a las normas internacionales citadas señala que: parte de la comprensión general de DDHH consagrados en el derecho internacional implica tomar en cuenta la ampliación del derecho a la procreación, es decir a todo lo que esto abarca, incluso si se tiene un impedimento físico para desarrollarlo, no obstante los derechos surgidos después de esta convención. (VARSI, 2013)

Es posible identificar dentro de los Derechos Reproductivos, al derecho de procreación, este último que más que derecho social es un derecho individual. El derecho a la procreación se entiende como una facultad individual de todas las personas en relación a su descendencia, lo que implica tener la opción de ejercer este derecho en su total amplitud, es decir, escoger la pareja, el número de hijos, el tiempo en el cuál se desea tenerlos y el lugar dónde se desea tenerlos. Incluso a usar las TERAS de ser necesario.

De modo que es posible afirmar que el derecho a la procreación es aquella facultad que reside en la persona, la procreación es el derecho derivado de la vida, de la libertad de la persona, y sobre todo de la integridad. Así podemos señalar que los derechos reproductivos de todas las parejas o individuos serían los siguientes:

- A decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento e intervalo de sus hijos e hijas, y a disponer de la información, educación y medios para hacerlo;
- A alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva; y
- A tomar decisiones acerca de su reproducción libre de coacción, discriminación o violencia. (Family Care International, 2015)

En ese sentido, la doctora Paula Siverino Bavio, ha señalado que los derechos reproductivos en nuestro país requieren del reconocimiento expreso en leyes o políticas públicas a fin de que puedan materializarse, por ello, manifiesta lo siguiente:

(...) el derecho a la libertad reproductiva cumple tres funciones diferenciales pero complementarias: información, prevención, y planificación, las cuales deben ser previstas y provistas por el Estado mediante estrategias adecuadas que comprendan cada uno estos aspectos y garanticen a la población, especialmente a aquellos sectores en situación de vulnerabilidad, el acceso y goce de las mismas. (SIVERINO, 2013)

Por ello, el Estado debe prever el cuidado de los derechos reproductivos y todo lo que ello conlleva, actividad que no puede realizar si no garantiza amplios canales de información a la población en su conjunto, con especial énfasis en los grupos que requieren de una mejor protección por su estado de vulnerabilidad, los que serían conformados, en este caso, por los jóvenes, adolescentes y las mujeres; debiéndose entender como una discriminación positiva, que busca garantizar la igualdad real y efectiva de grupos que han sufrido anteriormente una discriminación histórica, por lo que busca conseguir acercarlos a una situación de mayor igualdad.



Es en ese escenario que, a consecuencia del avance biotecnológico, actualmente existen diversas formas de cómo lograr la reproducción humana, siendo una de ellas, y el motivo de nuestro trabajo de investigación, la gestación por encargo, también conocida como maternidad subrogada, vientres de alquiler o gestación por sustitución. (MENDOZA, 2018)

Ahora, la gestación por encargo, es una práctica relativamente nueva, que ha despertado posiciones encontradas en todos los sectores, y no es de menos, dada la responsabilidad que contiene. No obstante, esos miedos y prejuicios que la rodean, deben a mi entender, desaparecer progresivamente para responder eficaz y efectivamente ante las nuevas posibilidades que estaría brindando la ciencia para ayudar a las mujeres que tengan como anhelo poder ser mamás. Atendiendo a esta realidad existente, no ignorándola o dejándola al margen del marco legal.

De esta forma concuerdo con lo expresado por el Doctor Jairo Cieza Mora, referente al importante papel que juega la información para la aplicación correcta de las TERAs, señalando lo siguiente:

De ahí que, si el posible usuario conoce toda la información. Necesaria referente a las TERAs, podrá elegir de manera adecuada acceder o no al uso de las TERAS, es decir, el consentimiento informado. Los posibles usuarios deben de conocer toda la información sobre el procedimiento, ya que solo gracias a ello podrán tener una verdadera libertad de elegir de acceder o no. (CIEZA, 2016)

Por ende, pasaré a desarrollar, los derechos interrelacionados a los derechos reproductivos.

#### **2.1.2.2.1. El derecho fundamental a la vida**

Referido al tema en específico este derecho busca, como señala, la jurista Alda Facío Montejo:

(...) el derecho que tienen todas las mujeres a no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo. En conclusión, el derecho a la vida incluye

el derecho a no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo.  
(FACIO, 2005)

Asimismo, debido a que su ejercicio es indispensable para la realización de los demás derechos, se entiende que se encuentran en todos los tratados internacionales que involucran los derechos humanos, en ese sentido, genera una responsabilidad a todos los Estados de brindar las medidas necesarias, para evitar situaciones en las que peligre la vida de las personas.

#### **2.1.2.2.2. El derecho fundamental a la salud reproductiva**

La doctora Paula Siverino Bavio, señala que:

(...) el giro hacia la comprensión de los derechos reproductivos como Derechos Humanos implica la plena aceptación de las mujeres como sujetos morales autónomos, reconocidas en su competencia para tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva. Pero esto requiere de políticas públicas que aseguren el derecho al acceso a la información adecuada, el respeto de los mecanismos establecidos para garantizar que las decisiones sean libres y esclarecidas y la concientización de los operadores del sistema sanitario. (SIVERINO, 2013)

En tal sentido nuestra Constitución Política en el artículo 7° expresa lo siguiente: Todos tienen derecho a la protección de su salud (...) Lo cual es acorde a lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación general N° 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, en su fundamento 6:

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. (Naciones Unidas Consejo Económico y Social, 2016)

Asimismo, el precitado comité, manifiesta en su fundamento 10, lo siguiente:

(...) 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. (Naciones Unidas Consejo Económico y Social, 2016)

En ese sentido, vemos la importancia del resguardo al derecho a la salud sexual y reproductiva, siendo que está vinculado con otros derechos fundamentales de la persona, pudiéndose decir incluso, que al no estar efectivamente garantizado por el Estado, se estaría incumpliendo con el artículo 1° de nuestra Carga Magna que establece el respeto a la dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado, dado que la exposición de una persona, a un tratamiento tan complejo como es el someterse a las TERAs para un fin tan grande en sí mismo, como es el nacimiento de una persona, generaría una vulneración completa de los derechos previamente señalados a las mujeres imposibilitadas de gestar que solo recurren a este medio para cumplir con su realización como madre.

Con ese orden de ideas, vemos como el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional manifestó que nuestro ordenamiento legal, si bien no proscribiera el uso de técnicas médicas para la concepción, se ve ligado a lo establecido por el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que nos vincula con lo dispuesto por tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Es así que, recurrieron a lo dispuesto en el Caso Artavia Murillo contra Costa Rica visto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo 143, donde se señaló 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 (*concluyendo que*) (...) la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres (...). (Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, 2012)

Bajo esas premisas el órgano jurisdiccional señaló respecto a las TERAS que:

(...) si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método. (Sentencia N° 06374-2016-Lima)

Viéndose legitimada, de esta forma, la utilización de estos tratamientos de reproducción asistida para alcanzar la maternidad deseada por las mujeres imposibilitadas de gestar.

### **2.1.2.3. Cultura Jurídica**

Uno de los puntos importantes dentro de la presente investigación, es la cultura jurídica de nuestro país, y en consecuencia de quienes hacen el derecho a diario, por ende procederemos a desarrollar un poco sobre ello.

Al respecto, Alfredo Bullard nos señala que aceptar el contrato referido a la gestación por encargo traería como consecuencia que esta figura se mercantilice a las personas que padecen la carencia de procrear por cuenta propia o de gestar haciendo ver que la persona que gesta por encargo valora su capacidad reproductiva menos que la que la requiere. (BULLARD, 2010)

Sin embargo una posición diferente es la del profesor sanmarquino Juan Morales Godo, quien señala sobre el contrato de Gestación Subrogada es un tema de gran magnitud, por las diferentes causas legales y morales del término maternidad subrogada, el ordenamiento legal de nuestro país no la tolera, pues colisiona con la Ley de General de

Salud lo mismo que constituye un impedimento para la madre que, por impedimentos físicos, no puede gestar a su bebé y debe recurrir a otra persona para hacer posible su deseo, en vista del principio romanista *-mater certa sempre est*”, que se concibió previo a la existencia de TERAS y nuevas tecnologías. (MORALES, 2012)

Por el contrario la posición planteada por el profesor de la Universidad Católica, Renzo Saavedra. Quien señala que el art. 7 de la Ley General de Salud, al que hace mención MORALES GODO, no proscribe la maternidad subrogada.

Alfredo Bullard crítica de ingenua la posición solidarística por no tener base en la realidad señalando que:

Si bien sería lo óptimo que las personas posibilitadas de gestar puedan ayudar a las personas imposibilitadas, esto es imposible de realizar sin que exista de por medio un acuerdo claro y económico, que regule los términos y condiciones que el acto jurídico tendrá. (BULLARD, 2010)

Para que se pueda apreciar que el tema tratado es absolutamente debatible y opinable, lo que lo hace más rico desde una perspectiva jurídica y filosófica, BASSET nos dice contradiciendo a la posición economicista:

Ahora bien, el acto contractual, el acto técnico, todos ellos y en cada instancia suponen relaciones bilaterales, y en algunos casos multilaterales. Estas relaciones ingresan al menos en: a) La relación médica o de consumo entre el laboratorio, b) las relaciones relativas de parentesco tecnificado, que involucre en el acto generativo a actores ajenos a la parentalidad tradicionalmente concebida y su égida de los derechos humanos, en los cuales el deseo del hijo y el progreso científico no puede tener primacía sobre los demás derechos en juego y sobre todo lo relativo a la dignidad humana como valor trasgeneracional. (BASSET, 2013)

En ese sentido, debemos mencionar, lo dicho por Jairo Cieza Mora:

(...) el enfoque multidimensional de las TERAS es el referido a la concepción del mundo que cada operador sea médico, especialista en fertilidad, jurista, abogado, estudiante, empresario, madre tiene de estas técnicas como instrumentos para

generar mecanismos de reproducción cuando no se puede procrear por las vías naturales. Así, por ejemplo, en el supuesto de la gestación o maternidad subrogada, en la fecundación heteróloga, en la fecundación in vitro en la crio-conservación pos mortem, y otras modalidades, es importante conocer cómo responde la religión, en especial la católica, el enfoque de las diversas escuelas de la filosofía, cual es la respuesta del Estado frente al desafío de la ciencia y la tecnología médica. (CIEZA, 2016)

Morales Godo, respecto de cuando se inicia la vida en la fecundación in vitro, manifiesta lo siguiente:

Que, si se prescinde o se hacen desaparecer los embriones ya formados, luego de haber escogido uno de ellos, estamos ante la interrupción de procesos de vida que ya habían comenzado con la concepción.

[...]Sin embargo la concepción tradicional de aborto implica la interrupción del embarazo, es decir el desarrollo de la vida humana dentro del útero. Como la analogía no funciona en derecho penal, se dejaría impune el mismo hecho, pero respecto a embriones formados en probeta. Es evidente que es imprescindible guardar coherencia respecto al inicio de la vida ampliar el contenido del tipo penal del aborto o generar un tipo específico que proteja la situación de los embriones extrauterinos (MORALES, 2012)

#### **2.1.2.4. Seguridad Jurídica**

Sabemos que los diferentes proyectos de ley: sobre Gestación por Encargo, Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la Ley de Investigación Biomédica, Ley que Modifica el Artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley que Garantiza el Acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley que regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Subrogada mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida como Derecho Humano a ser Madre, Ley que regula el uso y acceso a los tratamientos de Reproducción Humana Asistida ; se encuentran unos rechazados y los otros a la espera de ser aprobados, por ello la normativa jurídica vigente para el presente

trabajo de investigación es lo expuesto en el artículo N° 7° de la Ley General de la Salud, del que ya determinamos, solo permite los tratamientos de la infertilidad, cuando la madre genética y la madre gestante sea la misma persona. En ese sentido, vemos que dentro de nuestro derecho interno, no se estaría cumpliendo con garantizar la seguridad jurídica en los procesos de gestación por encargo por los vacíos y/o lagunas legales que se presentan.

De esta forma, paso a detallar que la seguridad jurídica tiene como finalidad brindar predictibilidad en un proceso judicial, de esta forma las partes pueden tener concepciones generales sobre cómo se desenvolverá el proceso que seguirán ante el órgano jurisdiccional conociendo así las consecuencias jurídicas que se desprenden de las interacciones que mantienen entre particulares y/o con el Estado, evitando así la incertidumbre jurídica que da la sensación de estar en un estado de indefensión y desprotección.

Es así que, la seguridad jurídica en el Estado de derecho garantiza que los bienes y/o derechos de una persona, no se verán desprotegidos ni violentados y si se diere el caso, estos serán protegidos y reparados por el Estado y la sociedad.

Asimismo, como señala Guillermo Cabanellas, la seguridad jurídica genera:

La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho. (CABANELLAS, 2015)

Por su parte, Fernández Vásquez, señala que la seguridad jurídica brinda:

(...) condiciones indispensables para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Añadiendo que, constituye la garantía de la aplicación el objetivo de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos, y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicios. A su vez la

seguridad delimita y determina las facultades y los derechos de los poderes públicos (...). (FERNANDEZ, 2006)

De acuerdo a lo citado, podemos ver que la importancia de la seguridad jurídica radica en su posibilidad de controlar el correcto desarrollo de los órganos de justicia, siendo que corrobora si la función jurisdiccional se está dando en condiciones iguales evitando preferencias o valoraciones personales que puedan desvirtuar o vulnerar la administración de justicia.

Es por ello, que el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, al análisis del Expediente N° 06374-2016 que veía el caso de los esposos A.N.B.V y F.D.N.R, los cuales recurrieron a la técnica de vientre subrogado con *ovodonación* (donación de óvulos), producto del cual nacieron a los menores L.N.N.R y C.D.N.R; demandaron a la RENIEC, vía amparo, a fin de que puedan inscribirse como los padres de los menores.

Respecto al caso, el ente jurisdiccional, señaló que a lo expuesto por el artículo 7 de la Ley General de Salud, se podría tomar dos posiciones; la primera se interpretaba como la intención de prohibir todo supuesto que no cumpla con lo dispuesto en el artículo mencionado (ser madre genética y gestante) y la segunda se inclinaba a entenderse que el legislador simplemente evitó regular sobre otros supuestos, pero no prohibirlos; es en ese sentido que, manifiesta:

Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar TERAs a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados. (Sentencia N° 06374-2016-Lima)

Por lo expuesto, vemos como el ente jurisdiccional acepta que sí bien, no se cuenta con normativa expresa que regule el procedimiento de las TERAS estos no estarían prohibidos, siendo que responden y son acordes al derecho a la salud reproductiva y a otros derechos conexos a ella; por lo que su prohibición se consideraría inconstitucional o contrario a la



presunción de libertad, acorde a lo expresado en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política del Perú que manifiesta: “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”. Asimismo, no afectaría el principio de legalidad, siendo que recurrir a estos procedimientos, no estaría calificado como una conducta punible que se encuentre expresamente prohibida por ley.

No obstante, el ente jurisdiccional también enfatiza que:

(...) si bien las TERAS no están prohibidas, su empleo solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad (...) (Sentencia N° 06374-2016-Lima)

De lo expresado, podemos ver, como si bien el órgano jurisdiccional vela por la protección de los derechos que podrían afectarse al prohibirse las TERAS, aún las parejas que recurren a este medio se ven afectadas o dificultadas al momento de dirigirse a otras instituciones sean públicas o privadas por la falta de claridad al momento de atender estos casos en la práctica, lo cual no ocurría sí, coherentemente a lo expresado por la mencionada judicatura, se expide una ley que recoja claramente los derechos que corresponden a las personas que recurren a estas técnicas, salvaguardando los derechos mencionados; intención que se vio reflejada en los proyectos de ley mencionados, pero al no ser aprobados, no cumplen la finalidad planteada.

#### **2.1.2.5. Interés superior de los menores**

Para Alex Plácido el interés superior del niño es:

(...) el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo),

atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles. (PLACIDO, 2015)

### **2.1.3. Teorías Imperantes**

Este punto versará en específico sobre la gestación por encargo, por ser de alguna forma el punto central de la investigación, sin embargo también se tomará en cuenta las técnicas de reproducción asistida, que es un tema bastante importante y que hoy en día vamos a ver los beneficios que tienen ambos temas en la sociedad y también los conflictos que crean.

Eleonora Lamm, por su parte, considera que, el término más apropiado para definir dicha práctica es el de gestación por sustitución. Se refiere como gestación por sustitución, haciendo referencia que la persona que lleva la gestación lo hace para otra persona su actuación se circunscribe a gestar y referirse a la que gesta como madre no es correcto pues la palabra madre encierra diferentes aspectos, al solo hecho de gestar y menciona la palabra sustitución significa que gesta para otra persona que no puede hacerlo por cuenta propia. (LAMM, 2012)

Estelly Díaz Fernández nos menciona las palabras GESTACIÓN y ENCARGO que a mi juicio son las palabras más idóneas para definir la figura de la gestación por encargo como yo la llamo y el concepto que esboza se encuentra entre el común de las definiciones que versan sobre la materia, indica además que el procedimiento se basa en las TERAS. (DIAZ, 2015)

#### **2.1.3.1. La Reproducción Asistida**

La reproducción asistida, es un tema de mucho estudio, en ese sentido es probable encontrar diferentes pensamientos de autores que nos plantean diversas posiciones y que en materia de estado y de actos de familia debe tomarse en cuenta cada caso:

Por consiguiente el pensamiento de Andorno, quien establece que este tipo de técnicas fomenta toda una gama de disociación, partiendo de la disociación inicial entre la relación sexual y la procreación, genera en una suerte de reacción en cadena, otras a diversos niveles: disociación de la paternidad biológica y de la paternidad social; disociación de la maternidad genética, de la maternidad uterina y de la maternidad social, disociación del

lugar de la concepción y del lugar de nacimiento, etc. Todo esto genera un indiscutible atentado contra el derecho a la identidad del procreado, y acaso, el nacimiento de un nuevo derecho, el del cedente de conocer el destino de su componente genético. (BIANCHI, 1996)

En esa misma línea el beneficiario directo de las técnicas de reproducción es el ser humano. A través de estas lo único que puede conseguirse éticamente es asistir de forma médica al cumplimiento de un derecho esencial de la persona que es el derecho a la procreación, se trata de médicos científicos altamente calificados utilizados para lograr que la pareja pueda tener prole, con ello, permitir la realización de uno de los fines más sagrados de la familia, tener descendencia.

### **2.1.3.2. La Gestación por Encargo**

Raquel Bolton, luego de un análisis de la Bioética, y su relación con la gestación por encargo o también conocido como maternidad subrogada, junto a otros nombres, como gestación sustitutiva y alquiler de vientre; refiere que:

...denominan habitualmente la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento de su nacimiento a una pareja o persona, renunciando a sus propios derechos como madre; frecuentemente es realizada a cambio de dinero. Las motivaciones que pueden llevar a una pareja o persona, a solicitar esta práctica son variadas, entre ellas se comparten:

- Esterilidad/Infertilidad de la persona o pareja, para llevar a término un embarazo
- Incapacidad para soportar –posibles consecuencias| que podrían ocurrir en la etapa gestacional
- Parejas del mismo sexo, que plantean la necesidad de ser padres
- Hombre o mujer, que manifiesta el deseo de tener hijo.(BOLTON, 2016)

Peralta Andía, sobre la gestación por encargo, la entiende como:

Maternidad subrogada, definiéndola como el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya sea en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto. Ello implica una serie de deberes y derechos que debieran reglamentarse. (PERALTA, 2008)

Por consiguiente él se inclina por el término maternidad subrogada y la presenta como un convenio que realizan las personas involucradas con la finalidad de gestar a la criatura y después del parto entregarla; manifiesta la necesidad de que exista una normatividad para que se puedan establecer entre otros los deberes y obligaciones de las partes involucradas en este proceso de gestación por encargo.

En ese sentido, y conforme a los desglosado sobre gestación por encargo. Podemos decir que actualmente hasta cinco mujeres pueden ser madres participando indistintamente en el proceso biosociojurídico:

- a) *Genetrix, madre genética que aporta el ovulo.*
- b) *Gestarix, madre biológica o gestacional.*
- c) *Madre biogenética, la que enriquece con su material genético.*
- d) *Madre Legal: quien adopta*
- e) *Madre Social, quien cría.*

El problema de la delimitación de la maternidad frente a la utilización de técnicas de reproducción asistida se presenta cuando se advierte una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social. (VARSI, 2017)

### **2.1.3.3. Formas de gestación subrogada**

- **La Gestación Subrogada Altruista**

La madre gestacional lo hace sin ánimo de lucro, por lo que no cobra dinero, aunque eso sí, los padres biológicos se responsabilizan por todos los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que tienen que ver con el embarazo y el cuidado del bebé, como por ejemplo atención psicológica o la compra de productos para el bebé. (Embarazo 10, 2017)

- **Gestación Subrogada Lucrativa**

En este tipo sí que podemos definirlo como un vientre de alquiler. Es cuando la madre gestacional cobra dinero por quedar embarazada. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad subrogada. El precio suele variar dependiendo de cada embarazo y puede llegar a contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo. (Embarazo 10, 2017)

#### **2.1.3.4. La maternidad subrogada puede realizarse de innumerables formas:**

- **Madre Portadora**

La mujer genera óvulos, pero tiene deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella dicha labor biológica. Es un caso solo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Aporte de espermatozoide, 2) Aporte del ovulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera. (VARSI, 2013)

En lo que respecta al concepto de madre portadora Varsi nos indica que se trata de que la madre de intención genera óvulos pero su útero no es capaz de sostener la gestación completa, solo se produce un préstamo de la cavidad uterina, el marido de la mujer de intención aporta el esperma y la que gesta es otra persona.

- **Madre Sustituta**

Es una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable)

irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos. (LEONSEGUI, 1994)

De modo que vemos claramente que a diferencia de la mujer portadora la madre sustituta conviene en hacerse cargo de la gestación por encargo de una pareja donde el hombre y la mujer son estériles responsabilizándola de los efectos que se produzcan.

- **Ovodonación**

Enrique Varsi Rospigliosi afirma que si:

La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero si puede gestar por lo que necesita una mujer que solo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Espermatozoides del marido 2) Óvulo de una mujer cedente 3) Gestación de la mujer. La mujer procreante no es la misma que la gestante.

En lo que se refiere a este concepto la madre de intención no tiene óvulos, aunque si puede realizar el proceso de gestación lo que necesita es una persona que le done el óvulo para hacerlo fecundar con el espermatozoides del esposo de la madre de intención en este caso no se consideraría el término Gestación por Encargo.

Asimismo Minifiv, precisa el siguiente concepto -La ovodonación es un proceso de reproducción asistida por el que una chica dona sus óvulos para que otra mujer pueda ser madre gracias a la fecundación in vitro de los mismos. (Minifiv, 2017)

- **Embriodonación**

Varsi Rospigliosi, refiere que:

El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de espermatozoides y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana

integral. Se produce un caso de multigeneración humana.1) El embrión es de una pareja cedente 2) El marido es infértil y 3) El embrión es gestado por una tercera mujer o por la cedente del óvulo. La madre procreante puede o no ser la misma que la gestante. (VARSI, 2013)

Es así que la embriodonación se produce en el caso de esterilidad total de ambos tanto del hombre como de la mujer requirentes así que deben ser suplidos por donantes de espermatozoides y de ovulo o de una fémina que permita se realice la fecundación en su vientre hasta lograr el objetivo, intervienen varias personas.

La Doctora Marta Moschetta, quien es experta en fertilidad y técnicas de reproducción asistida, brinda una definición:

Es el procedimiento de recepción de embriones previamente criopreservados y procedentes de una donación. Estos embriones son transferidos al útero de la mujer receptora con el fin de lograr la gestación.

La recepción de embriones donados es un acto secreto, anónimo y destinado a que los embriones puedan ser utilizados para tratamientos de reproducción asistida en mujeres en los que estén científica y clínicamente indicados. (MOSCHETTA, 2016)

En relación a lo señalado por la autora sobre la embriodonación, debo señalar que es uno de los grandes problemas el hecho de los embriones excedentes, se entiende su destrucción como la destrucción de un ser humano, pero si se creara dentro de la ley sobre la gestación por encargo un banco de embriones a cargo del Estado y fueran suministrados a aquellas mujeres infértiles de bajos recursos que anhelan tener descendencia y por los costos elevados no pueden lograr su objetivo, además si le sumamos la no regulación sobre la gestación por encargo podríamos notar que los derechos reproductivos de estas mujeres están siendo vulnerados en parte por la inacción del Estado.

#### **214. Teoría Seleccionada**

Conforme, se puede observar podemos decir que la maternidad subrogada según BULLARD critica de ingenua la posición solidarística por no tener base en la realidad

señalando lo siguiente:

Sin duda, sería deseable que todos los problemas de infertilidad pudieran resolverse por actos de solidaridad en los que, voluntariamente, los beneficiarios de –excedentes de capacidad reproductiva. Lamentablemente, ello se estrella contra la realidad. Los actos de solidaridad generan, por el lado de la oferta, una escasez [...] o simplemente un mercado negro con precios que alejan los bienes de la gente más pobre, a favor de unos pocos agraciados.

Ahora bien pienso que en el Perú el problema radica en el hecho de que, a pesar de no haber ley, existen numerosas clínicas y centros sanitarios privados que ofrecen tratamientos de fertilidad tanto de alta como de baja complejidad. Dado que funcionan por autorregulación, los tipos de tratamiento, costes y la forma de llevarlos a cabo pueden variar entre unos y otros en gran medida. (BULLARD, 2010)

## **215. Marco Histórico**

Si debiésemos partir del inicio de la historia, es necesario recurrir a supuestos hechos antiguos, incluso bíblicos, como por ejemplo el que encontramos en el primer libro, Génesis. Aquí se relata el caso de Abraham, que siendo una persona mayor, y viéndose imposibilitado de engendrar hijos con su legítima esposa Saraí, a quien Dios había imposibilitado de tener hijos, debe recurrir a su criada Agar, embarazándola para poder cumplir con su deseo familiar de tener descendencia. Es preciso señalar que esta decisión fue tomada por ambos, pero inicialmente sugerida por su propia esposa Saraí. Dándose a entender que se valoraba, incluso en esa época, por sobre el matrimonio, la descendencia. Llevándonos a una primera aproximación al término gestación por encargo. (AA.VV., 1972)

De alguna forma podemos denotar que es la historia más antigua sobre una especie de maternidad subrogada, que si bien por el contexto histórico no había posibilidades médicas distintas, el fondo del asunto apunta a una mujer sin posibilidad de gestar a un hijo por sí misma, buscando alternativas razonables para mejorar su condición.



Es preciso señalar, que luego de haber buscado los antecedentes más remotos propiamente de las técnicas de reproducción asistida en el año 1976, en Estados Unidos se concretó el primer acuerdo de maternidad subrogada, a través de una inseminación artificial, quién lo patrocinó fue el abogado Noel Keane, quién creó el *Surrogate Family Service Inc.* (BOLTON, 2016)

Jairo Cieza Mora, en su libro de *Las Técnicas de Reproducción humana asistida*, citando a Pablo de la Lora y Mariana Gascón:

Señala que, en la que probablemente pueda ser considerada la primera maternidad de sustitución de la historia, Sara, la mujer de Abrahán, pidió a éste que mantuviera relaciones sexuales con su sierva Agar para así tener hijos —a través de ella— pues Jehová la había hecho infértil (Génesis 16, 1-2). Muchos siglos después fueron celebres los intentos de Juana de Portugal con el semen de Enrique IV de Castilla, su esposo, conocido como —el Impotente—. La posibilidad de los monarcas de lograr descendencia era, como es bien sabido, un grave problema del estadio en el Antiguo Régimen. En rigor, y salvando las realizadas con el ganado, las primeras inseminaciones artificiales en seres humanos que están documentadas son las hechas por Jhon Hunter a finales del siglo XVII en Londres. El primer embarazo resultante de una de tales inseminaciones fue logrado por el doctor Pancoast en Filadelfia en 1884, aunque el procedimiento ha sido descrito sin ambages, como una suerte de violación. (Cieza, 2016)

Continuando con la cita antes mencionada:

El primer ser humano nacido de la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida (concretamente una FIV) fue Louise Brown (Manchester, 25 de julio de 1978). En España el primer bebé probeta fue Victoria Ana, nacida en Barcelona el 12 de julio de 1984. En ese mismo año nació en Australia la primera bebé procedente de un embrión previamente congelado. (CIEZA, 2016)

Otro caso, de conocimiento internacional, es el mencionado por Varsi Rospigliosi, el cual sucede:

–...en Inglaterra, el 12 de julio de 1994, el juez Callman resolvió permitir la adopción a favor de la esposa del padre biológico de un niño concebido mediante fecundación heteróloga. Además, se negó a la madre gestante el derecho a visitar al niño (VARSI, 2013)

## **2.1.6. Marco Jurídico**

### **2.1.6.1. Marco jurídico nacional**

En este punto, procederemos a desarrollar, el marco normativo nacional, a fin de que el trabajo se pueda interrelacionar con la normativa nacional, la cual es pertinente para el desarrollo del trabajo y poder llegar a las conclusiones y recomendaciones definidas; sin embargo se tomará en cuenta los artículos normativos que considere más resaltantes.

A continuación desarrollaremos las siguientes normas:

- Constitución Política del Perú, 1993
- Código Civil peruano, 1984, Perú, Decreto Legislativo N° 295
- Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, 2000, Perú, Ley N° 27337
- Ley General de la Salud , 1997, Perú, Ley N° 26842

#### **1. Constitución del Perú refiere que en el:**

**Artículo 6.-** Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos.

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir.

En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

## 2. Código Civil

El **artículo 388** del Código Civil señala la posibilidad de reconocimiento del hijo extramatrimonial por parte del padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

El **artículo 402** del Código Civil, que trata sobre la paternidad extramatrimonial, de donde solo tomaremos como mención el inciso 6, sobre la prueba de ADN y otras pruebas genéticas existentes con igual rango de certeza acreditan el vínculo filial entre el presunto padre y el hijo, esto no es aplicable cuando el cónyuge de la mujer casada no hubiese negado la paternidad del hijo de la mujer. Por otro lado el juez desestimaré todas las presunciones de las cuales se mencionaron en los incisos precedentes siempre y cuando se hubiese realizado la prueba genética pues esta prima sobre las demás.

Asimismo el **artículo 409** del Código Civil nos menciona que **también puede ser declarada vía judicial el caso de la maternidad extramatrimonial siempre y cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo**, sea en uno u otro caso la legislación en lo posible tiene sus principios en la consanguineidad para determinar la maternidad sobre el hijo la cual está dada por su propia naturaleza, sin embargo ésta para que produzca efectos jurídicos tiene que estar legitimada por el reconocimiento que puede ser de forma voluntaria o forzosa esto quiere decir mediante una investigación judicial en este último caso siempre que se advierta un conflicto en la relación materno filial y extramatrimonial. Respecto a aquellos casos de orfandad, expósitos u otros relacionados será procedente la declaración vía judicial la acción maternidad extramatrimonial, puesto que en esos casos dichos niños no tienen un vínculo filial materno acreditado.

### COMENTARIO

(Arts. 388, 402 y 409).

Con respecto a estos artículos la comisión encargada de aplicar el derecho deberá considerar alguna excepción en lo que respecta al hijo extramatrimonial en el supuesto que la gestante por encargo sea casada, el producto sería un hijo extramatrimonial dentro de su matrimonio pero la paternidad y maternidad le corresponderían a los padres de intención, situación que debería considerarse y ser aceptada por las partes en el cuerpo del contrato de Gestación por Encargo para evitar colisionar con los artículos mencionados evitando las pruebas genéticas tales como el ADN y otras con igual rango de certeza, de igual manera se evitaría las sentencias judiciales de paternidad, puesto que en el contrato quedaría expresamente detallada y aceptada la figura de la Gestación por Encargo.

**Artículo 1352º.-** Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

## **COMENTARIO**

### **(Art. 1352)**

Este Artículo trata sobre el perfeccionamiento del contrato, en el caso de la Gestación por Encargo el contrato es la base del desarrollo del proceso en donde deben figurar todos los pasos, requisitos, deberes y obligaciones de las personas involucradas, tales como padres de intención, la gestante, donadores, profesionales del derecho, médicos, psicólogos, familiares y demás participantes que la comisión determine, tratando por todos los medios que no se configure la nulidad del acto.

### **3. Código de los Niños y Adolescentes**

**Artículo 6º A la identidad,** El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

El artículo mencionado, tal como está podría ir en contra de lo que se propugna, pues la donación de gametos femeninos o masculinos, y la naturaleza de la identidad en los casos de maternidad subrogada, estarían en ponderación, la reserva y confidencialidad de los

donantes, frente al derecho de identidad que tendría el menor para conocer sus orígenes.

#### **4. Ley General de la Salud – Ley N° 26842**

En el Perú no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla. La Ley 26842, Ley General de Salud, en su artículo 7 establece una prohibición tácita respecto de esta práctica en los siguientes términos:

**Artículo 7.-**Toda persona tiene el 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 el consentimiento previo por escrito de los padres biológicos.

#### **2.1.6.2. Marco Jurídico Internacional**

##### a) Francia

- Ley N° 2004-800 del 6 de agosto de 2004, sobre la Bioética. 2004, Francia.

##### b) Italia

- Ley N° 40 del 19 de febrero de 2004, Normas en materia de procreación médicamente asistida. 2004, Italia.

##### c) España

- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. 1988, España.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. 2006, España.

##### d) México

- Código Federal de Procedimientos Civiles. 1943, México.
- Ley de Gestación Subrogada en el Distrito Federal. 2011, México.

##### e) Argentina

- Código Civil de la República Argentina. 1869, Argentina.
- Ley de Fertilización Asistida. 2010, Argentina, Ley N°14208.
- Ley Nacional de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud. 2002, Argentina, Ley N° 25673,

f) Estados Unidos

- Caso Johnson Vs. Calvert. 1993, Estados Unidos, No. S023721.
- Caso Buzzanca Vs. Buzzanca. 1998, Estados Unidos.
- Caso Baby M. 1986, Estados Unidos.

**Francia**

Ley N° 2004-800 del 6 de agosto de 2004, sobre la Bioética

**Art. L. 2141-2.** La reproducción asistida médicamente pretende dar respuesta a la solicitud de los padres de una pareja.

El propósito es remediar la infertilidad, la naturaleza patológica que se ha diagnosticado médicamente o para prevenir la transmisión al niño o para un miembro de una pareja de una enfermedad especialmente grave.

El hombre o la mujer que conforman la pareja deben estar vivos, en edad de tener hijos, casados o en condiciones de demostrar que han vivido juntos, al menos, dos años antes del consentimiento para la transferencia de embriones o la inseminación.

El artículo antes mencionado, determina que la reproducción asistida, está legislada para aquellas personas, que por causas de infertilidad o patológicas, no puedan procrear, y de hacerlo causar graves consecuencias al menor.

**Italia**

La Ley italiana – • Ley n° 40 del 19 de febrero de 2004, Normas en materia de procreación médicamente asistida; establece que, a fin de solucionar los problemas reproductivos causados por esterilidad o infertilidad, es factible recurrir a las Técnicas de

Reproducción Asistida; siempre que no haya medios o técnicas alternativas, igual de eficaces.

En su artículo 1, señala:

1. Con el fin de facilitar la resolución de los problemas derivados de la esterilidad o infertilidad reproductiva humana se ha permitido el uso de la procreación médicamente asistida, las condiciones y en la forma prescrita por esta ley, que garantiza los derechos de todas las partes involucradas, incluyendo al concebido.
2. Se permite el uso de la procreación asistida médicamente solo si no hay otros métodos de tratamiento eficaces para eliminar las causas de la infertilidad o esterilidad.

El artículo 4 de la ley mencionada, refiere que está prohibido el uso de técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga; por tanto la mujer solo podrá ser fecundada por gametos de su esposo.

## **España**

**Antigua Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.**

Artículo 10:

- 1) Sera nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.
- 2) La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto
- 3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

**Ley actual, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.**

Esta ley dejó sin efecto la normativa antes vista, y ha servido de ejemplo para algunas legislaciones.

Su artículo 1, sobre el objeto y ámbito de aplicación de la Ley

- a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.
- b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.
- c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembiones humanos criopreservados.

Asimismo, este artículo prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos. Respecto de la gestación subrogada, esta se encuentra prohibida, tal como lo está en la antigua ley: esta prohibición se encuentra determinada en el artículo 10 de la nueva ley, muy semejante a la anterior.

#### Artículo 10. Gestación por sustitución

- 1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
- 2) La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
- 3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme las reglas generales.

Por tanto, en España se encuentra prohibida la maternidad subrogada.

#### **México**

En México manejan el denominado Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 4º dispone que toda persona deba decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos que desea tener, pero debe ser de manera libre e informada. A comparación de nuestra legislación donde también se establece la libertad de procrear de forma natural y asistida, sin embargo no están a favor de la Maternidad Subrogada.

En México, se aprobó la Ley de Gestación Subrogada en el Distrito Federal, de la cual hace



referencia que una pareja infértil podrá solicitar a una mujer que dé su consentimiento para desarrollar en su vientre el embrión de la pareja, este acto de la mujer prestante, deberá de ser sin fines de lucro, por tanto la norma se asomaría, sobre todo, a un interés más social que económico. Si cobra la parte prestante, será considerado como un delito. Una característica de esta ley es que el tratamiento solo es disponible para los nacionales, quedando excluidos los extranjeros.

Fuera del Distrito Federal, es preciso indicar que la maternidad subrogada no está regulada, incluso solo en cuatro estados se menciona taxativamente, y de estos, solo en dos está permitida.

### **Argentina**

Según la legislación Argentina, a pesar de no haber prohibición expresa de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, el Artículo 242 del Código Civil de Argentina establece que la madre legal de un niño será aquella mujer que lo traiga al mundo, es decir, que dé a luz. Por esta razón, la madre gestante siempre será considerada como la madre, legal.

Además, en cuanto a la paternidad, tal y como se indica en el Artículo 243 del Código Civil, si la gestante está casada, su marido actuará como padre legal del recién nacido y así será registrado, no habiendo posibilidad de registrar al bebé como hijo de los padres de intención. Caso muy distinto a la legislación peruana, sin embargo en argentina se está realizando el estudio para empezar con el proyecto ley de legalizar la maternidad subrogada, porque ya se detectaron más de 40 casos en dicho estado.

Como lo hemos indicado, en la legislación argentina, no es posible hallar normatividad sobre maternidad subrogada, sin embargo encontramos dos leyes, que causan gran interés, la primera es la Ley N° 14208 "*Ley de Fertilización Asistida*"; y la segunda es la Ley N° 25673, que lleva como sumilla "*Créase el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud*".

La primera ley mencionada, solo hace referencia a métodos de fertilización de aquellas personas que no puedan procrear un hijo, en dicha ley, la infertilidad es tratada como una enfermedad que debe de ser tratada; asimismo

La segunda ley, hace referencia a la creación a un programa de salud, en la que tiene como uno de los objetivos Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable

### **Estados Unidos – Casuística judicial**

#### **Caso Johnson v. Calvert (May. 20, 1993, 5 Cal. 4th 84; 85. P. 2d 776)**

Este caso se ventiló en la Corte Superior de California y versó sobre un contrato de gestación por encargo en el cual se implantó el embrión ya fertilizado proveniente de la Carga genética (óvulo y espermatozoide) de la pareja solicitante en el vientre de la mujer gestante.

Pero es el hecho que ambas requirieron a la Corte que se pronuncie en el sentido de que a cuál de ellas le corresponde ser la madre legal, pues de acuerdo al Código Civil del Estado de California las dos tenían el derecho, una por el parto y la otra por prueba genética. Lo que generó que la Corte se vea obligada de encontrar una forma para poder otorgar a una de ellas la maternidad legal.

Por consiguiente, acá llegó a primar la teoría de la intención, pues la madre que aportó la carga genética fue la que tuvo el deseo y la intención de tener ese niño en este mundo y por eso la Corte la consideró la MADRE LEGAL.

#### **Caso BUZZANCA**

El matrimonio Buzzanca (Luanne y John) contrató con una mujer para que sea inseminada con un embrión fertilizado de donantes anónimos y lo gestara, cuando se realizaba la GESTACIÓN POR ENCARGO los esposos Luanne y John se divorciaron luego nació la niña (producto de este contrato) y John se negó a aceptar que era el padre; la madre gestante dijo no querer a la niña y no tener responsabilidad ni obligación en vista de no tener relación genética y la esposa Luanne solicito ser ella y su nuevo esposo los padres legales de la niña.

En tal virtud el Tribunal de primera instancia resolvió que la niña no tenía ninguna relación

materno- filial con las partes y que John no era el padre y no tenía ninguna responsabilidad para con la niña, lo mismo que fue revocado en apelación.

Finalmente el Tribunal Supremo del Estado de California sentenció que:

La señora Luanne era la madre legítima correspondiéndole la custodia de la niña.

El señor John era el padre legítimo con responsabilidad inmediata de alimentos y derechos futuros de custodia y visita.

Indicando además este Tribunal Supremo que el padre que consiente la gestación por encargo es el padre legal, tenga o no tenga lazos genéticos, en vista que consintió la procreación de la criatura. Cabe recalcar que en este caso se consideró la TEORIA DE LA VOLUNTAD en el momento de la inseminación, no obstante que esta voluntad se perdiera luego por parte del padre.

### **Caso BABY M**

Los esposos William y Elizabeth Stern, firmaron un contrato de GESTACIÓN POR ENCARGO con la pareja Whiteheat en donde se estipulaba que la Sra. Whiteheat se sometería a una inseminación artificial, aportando el esperma el Señor Stern y demás condiciones que se consignaban en el contrato tales como que la Sra. Whiteheat debía aportar el ovulo para ser fecundado, gestar al producto para luego al nacer entregar a la criatura y renunciar a todo derecho con relación a la niña.

En consecuencia al nacer la niña la Sra. Whiteheat entregó a la niña a la familia Stern pero se dio el caso que la Sra. Whiteheat se encontraba angustiada y deprimida por la separación de la niña y los esposos Stern le permitieron quedarse con la niña unos días más entonces la Sra. Whiteheat decidió no entregar a la niña y se negó a renunciar a la relación materno filial.

Por esta razón el Sr. Stern decidió recurrir al Tribunal de primera Instancia disponiendo este Tribunal que la Sra. Whiteheat entregue a la niña a los esposos Stern porque les correspondía la custodia, determinó que el contrato era válido y que procedía la

culminación de los derechos materno-filiales de la Sra. Whiteheat a lo que ella apeló.

Finalmente ya en apelación el Tribunal sentenció en el sentido que aunque el contrato era ineficaz e ilícito, se pronunció que el factor determinante de la sentencia se debía al bienestar de la niña luego de escuchar a peritos y testigos y considerando los factores de la vida familiar de las dos parejas y por la estabilidad de la menor se concedió la custodia permanente a los esposos Stern y la Sra. Whiteheat mantendría la maternidad legal.

## 217. Marco Conceptual

- **Anidación.-** A los 14 días de la concepción se produce la anidación en la matriz endometrial a través de una serie de enzimas y de pequeñas prolongaciones tentaculares denominadas villi que se insertan en el útero. (VARSI, 2013)
- **Criogenia.-** Es llamada también crioconservación o criopreservación de embriones, y se le conoce con el anglicismo *freezing of human eggs*. Es un típico acto de manipulación que implica la existencia de: 1) Aplicación excesiva de técnicas de fecundación extracorpórea, 2) embriones supernumerarios y 3) transferencia embrional diferida. Su objetivo técnico es el que sigue:
  - Ahorrar costos en las técnicas de reproducción bajo el lema —a más cantidad producida menor costo de inversión
  - Evitar la destrucción de embriones supernumerarios.
  - Congelar los restantes para una transferencia. (VARSI, 2013)
- **Embrión.-** Según la Real Academia Española el embrión es —ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie, —en la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo y —principio no desarrollado de algo. (Real Academia Española, 2017)
- **Familia.-** La familia no solo es una institución social, sino también jurídica, dado que se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal (DIEZ, 1990)

- **Maternidad.-** Hecho jurídico relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones. (Real Academia Española, 2016)
- **Filiación.-** La filiación es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo (a) y otra el padre o la madre del mismo (MORENO, 2009)
- **Fecundidad.-** La fecundación es el inicio del ciclo vital del ser humano. Esta no se limita a un acto, sino que es resultado de todo un proceso biológico a partir del cual se inicia un desarrollo constante en la que cada fase de la vida humana creada conduce sin solución de continuidad a la siguiente. (VARSI, 2013)
- **Infertilidad de pareja.-** Es la imposibilidad de lograr un embarazo después de un año de vida sexual activa, sin uso de anticonceptivos; incluyendo también el concepto la imposibilidad de concebir, la imposibilidad para albergar el feto y la de dar a luz a un niño vivo. (CIEZA, 2016)
- **Gestación subrogada.-** Técnica reproductiva que utiliza un vientre de alquiler. (Real Academia Española, 2017)
- **Derechos sexuales y reproductivos.-** Engloban el derecho de las personas a decidir de manera libre sobre su sexualidad y sobre su vida reproductiva, esferas de indiscutible importancia en la vida cotidiana y sin lo cual difícilmente se puede pensar en una ciudadanía real. (Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2004)
- **Técnicas de Reproducción Asistida.-** Es el conjunto de técnicas y tratamientos médicos destinados a favorecer el embarazo en caso de problemas de fertilidad masculinos, femeninos o ambos. (IVI, 2019)
- **Derecho a la vida.-** Se entiende que entraña la obligación Estatal de crear y

garantizar las condiciones necesarias para que los seres humanos no mueran por causas evitables. (FACIO, 2005)

- **Principio de dignidad humana.-** Fundamenta el contenido de cada derecho fundamental, impone al Estado diversas obligaciones, tanto de protección como de promoción. (Expediente N° 01956-2004-Lima).

## **CAPITULO III**

### **3.1. METODOLOGÍA**

#### **3.1.1. Tipo de la Investigación.-**

El tipo de investigación que se aplicará en el presente trabajo de investigación será la **Cualitativa**, ya que se realizará la descripción, comprensión e interpretación de ciertos fenómenos escogidos, sustentándose en las entrevistas que permitirán obtener datos referentes a las percepciones y significados producidos de las experiencias de los entrevistados. Se partirá de lo particular a lo general, aplicando la lógica inductiva.

#### **3.1.2. Diseño de Investigación.-**

El diseño que se empleará será el **No Experimental**, debido a que solo se observarán fenómenos tal y cómo se desenvuelven en su contexto natural, para proceder a analizarlos luego.

Al mismo tiempo, el tipo de investigación que se empleará será la investigación **explicativa**; en razón a que no solo se describirá el problema en sí, sino que también se buscará las causas del mismo.

#### **3.1.3. Universo, población y muestra.-**

##### **3.1.3.1. Universo.-**

El universo de la presente investigación está constituido por Jueces especializados en lo constitucional de los Juzgados Constitucionales; asimismo se tendrá en cuenta a los especialistas/secretarios de dichos juzgados, así como a los asistentes de juez.

##### **3.1.3.2. Población.-**

La población de éste trabajo de investigación está constituida en específico por aquellos Operadores Jurídicos que laboran en el Quinto Juzgado Constitucional; a quienes se le realizarán entrevistas, teniendo entendido que en este juzgado se llevó a cabo uno de los casos más sonados a nivel nacional sobre gestación por encargo.

### 3.1.3.3. Muestra.-

Hernández, expresa que si la población es menor a cincuenta (50) individuos, la población es igual a la muestra. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014).

En ese sentido, la muestra de este trabajo de investigación, al estar instituida por 5 personas (Operadores Jurídicos del Quinto Juzgado Constitucional), estará conformada por:

- |  |   |    |
|--|---|----|
| a) Juez especializado en lo constitucional | : | 01 |
| b) Secretarios/especialistas               | : | 03 |
| c) Asistente de juez                       | : | 01 |

En ese sentido, conforme a lo señalado por H. Sampieri y otros, la muestra, al estar compuesta por la totalidad de la población siempre que esta última, sea menor o igual a 50, y siendo nuestra muestra, una dirigida, compuesta por 05 personas especialistas en la materia, se considerará la totalidad.

### 3.1.4. Métodos.-

El método de investigación que se utilizará será el **método analítico**, el cual será empleado para el análisis de nuestro problema de investigación, es decir, la afectación de los derechos reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar; frente a la falta de normatividad sobre gestación por encargo, conforme a la recopilación de información, doctrina, teoría, etc. procediéndose a realizar un análisis del mismo, a fin de poder extraer las conclusiones pertinentes.

Asimismo se dará uso a **interpretación jurídica**, que es el método con el cual analizaremos diversos ordenamientos jurídicos de otro país, en especial de países europeos, es decir, se aplicará el derecho comparado.

El **método histórico** nos permitirá observar y analizar los diferentes problemas legales que han surgido desde la aplicación de esta técnica de reproducción asistida, gestación por



encargo, a finales del siglo pasado y como se han ido solucionando en los diferentes tribunales tanto a nivel nacional como internacional.

Propio del estudio a realizarse también se dará uso del **método exegetico**, como parte del positivismo, y de la dogmática jurídica, propia del análisis de principios doctrinales jurídicos, a fin de interpretar el sentido de la norma; ello ira en consonancia con el **método dogmático jurídico**, mediante la cual se hará un estudio de las normas, tales como un fenómeno cambiante, que se adecua a cada momento histórico determinado; características propias del derecho; como una ciencia cambiante.

Propio de la investigación, será menester hacer uso del **método de observación científica** desde su punto de **análisis de contenido**, en razón a que se recabará información, por medio de las entrevistas, y realizar un análisis objetivo de las respuestas.

### 3.1.5. Técnicas

#### ➤ Revisión documental.-

Se ha utilizado esta técnica para obtener datos de las normas, libros, tesis, manuales, reglamentos, directivas, memorias, informes, etc.

#### ➤ Entrevistas.-

Esta técnica se ha aplicado para obtener datos de parte de las personas entrevistadas, quienes son aquellos Operadores Jurídicos que laboran en el Quinto Juzgado Constitucional; es decir, se tomará en cuenta para la entrevista al Juez (1), especialistas/secretario (3) y (1) asistente de juez en relación al estudio materia de investigación.

a) Juez especializado en lo constitucional	:	1
b) Secretarios/especialistas	:	3
c) Asistente de juez	:	1

### 3.1.6 Instrumentos.-

#### ➤ Ficha bibliográfica.-

Instrumento utilizado para recopilar datos de las normas legales, administrativas, de libros, revistas, periódicos, trabajos de investigación e Internet que se encuentre relacionado a nuestro tema de investigación.

➤ **Entrevistas.**-

Esta técnica, será utilizada a fin de recabar información de la realidad, ideas personales de los entrevistados, que guardan relación con el tema estudiado.

**3.1.7. Análisis de Resultados.**-

Como parte del trabajo se procedió a realizar un número determinado de entrevistas, a fin de poder dar viabilidad a lo manifestado en la formulación del problema.

Primero se procederá a señalar el total de preguntas realizadas:

- 1 ¿Considera usted que la gestación por encargo es una figura jurídica que debería regularse en nuestro país, debido a que de lo contrario, se podría estar vulnerando el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?

---

- 2 ¿A su criterio, la gestación por encargo representaría una vía para amparar y promover el derecho reproductivo de los cónyuges que presenten problemas de infertilidad, sin afectar el Derecho al Libre Desarrollo de la personalidad, respecto de las mujeres imposibilitadas de gestar?

---

- 3 ¿Cree Ud. que el axioma mater semper certa est (la madre es siempre conocida) del cual rige en el Código Civil, vulnera el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?

---

4. ¿Cree Usted que la gestación por encargo debería realizarse de manera altruista o por el contrario se debería otorgar un beneficio económico; ante esta segunda posibilidad, acuerdo contractual, se afectaría el Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, de los conyugues o de la mujer que cede su vientre para que se pueda realizar la maternidad subrogada?

---

5. ¿Cree Usted que se puede considerar el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestarla y libertad procreacional, necesaria para que se dé la gestación por encargo, como una nueva fuente de filiación?

---

6. ¿Conoce de algún caso judicial en el que se haya debatido el tema del Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, en nuestro país?

---

7. ¿Cree Ud. que se puede amparar el Derecho a la Maternidad, y el reconocimiento legal de la mujer imposibilitada de gestar, a pesar de que el hijo sea producto de una Técnica de Reproducción Asistida?

---

8. ¿Cree Ud. que ante la promulgación de una ley que ampare la gestación por encargo, las mujeres podrán tener Acceso completo a Servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva?

---

9. ¿Piensa Ud. que las instituciones de salud públicas están suficientemente preparadas para que puedan brindar servicios relacionados a las Técnicas de Reproducción Asistida, específicamente: gestación por encargo, sin que se vulnere el Derecho al Acceso completo a servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva?

---

10. ¿Piensa Ud. que las instituciones de salud privadas están suficientemente preparadas para que puedan brindar servicios relacionados a las Técnicas de Reproducción Asistida, específicamente: gestación por encargo, sin que se vulnere el Derecho al Acceso completo a Servicios de Calidad en salud Sexual y Reproductiva?

---

### 3.1.7.1. Análisis de cada interrogante

#### **Pregunta 1**

**¿Considera usted que la “gestación por encargo” es una figura jurídica que debería regularse en nuestro país, debido a que de lo contrario, se podría estar vulnerando el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?**

Respecto de esta interrogante, la totalidad de entrevistados, han determinado que la gestión por encargo es una figura jurídica que, respondiendo al contexto jurídico internacional y nacional, correspondería verse regulada en nuestro país, dándose la necesidad de expedir una nueva ley específica que regule la parte legal y la parte médica, para que de esta forma no se vean vulnerados los derechos reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar en nuestro país. Adaptando de esta forma el derecho a gozar de los nuevos avances científicos y tecnológicos. Asimismo, los entrevistados manifestaron su preocupación, dado que sí bien se carece de una ley, existen en nuestro país numerosas clínicas y centros sanitarios privados que ofrecen tratamientos de fertilidad que funcionan solo con autorregulación.

### **Pregunta 2**

**¿A su criterio, la gestación por encargo representaría una vía para amparar y promover el derecho reproductivo de los cónyuges que presenten problemas de infertilidad, sin afectar el Derecho al Libre Desarrollo de la personalidad, respecto de las mujeres imposibilitadas de gestar?**

Ante esta interrogante, la totalidad de los entrevistados señalaron que la gestación por encargo resultaría ser una vía favorable para amparar y promover el derecho reproductivo de los cónyuges con los problemas previamente plasmados, y en ese sentido se evitaría generar problemas judiciales y/o administrativos que sí puedan afectar el Derecho al Libre Desarrollo de la personalidad.

### **Pregunta 3**

**¿Cree Ud. que el axioma mater semper certa est (la madre es siempre conocida) del cual rige en el Código Civil, vulnera el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?**

En ese contexto, se ha hecho manifiesto del auxilio judicial, que el axioma sí vulneraría indirectamente el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, dado que el axioma mater Semper certa est genera la posibilidad de un derecho legítimo del menor de conocer su origen biológico como sucede en el caso de la adopción. No obstante, debe tenerse a consideración que la voluntad de la madre comitente es la que genera el surgimiento de acceso a las técnicas de reproducción asistida, asimismo la madre comitente, sola o en pareja, es la que corre con los gastos tanto médicos como administrativos para poder llevar a cabo la gestación por encargo, en ese sentido, debe reconocérsele el derecho a la maternidad.

### **Pregunta 4**

**¿Cree Usted que la gestación por encargo debería realizarse de manera altruista o por el contrario se debería otorgar un beneficio económico; ante esta segunda posibilidad, acuerdo contractual, se afectaría el Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, de los conyuges o de la mujer que cede su vientre para que se pueda realizar la maternidad subrogada?**

Los entrevistados manifestaron en su totalidad que la gestación por encargo debería estar ligada a un beneficio económico, por medio de un monto estipulado en la celebración del contrato, el cual deberá responder acorde a cada caso en particular, considerando la dificultad o riesgo del embarazo en sí, a fin de establecer deberes y derechos correctamente aceptados por todas las partes, evitando así conflictos más adelante. Manifiestan que fijar un beneficio económico, responde mejor ante el escenario real en el que se realiza la práctica del procedimiento de gestación por encargo, siendo que la posición a que se realice de forma altruista un tratamiento médico por 09 meses es muy poco probable.

Un acuerdo contractual, no afectaría el Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, de los conyugues o de la mujer que cede su vientre para que se pueda realizar la maternidad subrogada, por el contrario actuaría positivamente para el cumplimiento de los derechos reproductivos que se encuentran dentro del derecho de procreación que implica la opción de poder escoger las condiciones que consideran indicadas para poder tener un hijo, lo cual permite, incluso, recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida.

#### **Pregunta 5**

**¿Cree Usted que se puede considerar el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar y libertad procreacional, necesaria para que se dé la gestación por encargo, como una nueva fuente de filiación?**

Los entrevistados consideran que la gestación por encargo, permite la realización expresa del Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar y su libertad procreacional. Además, manifiestan que el Estado debe tomar partida en los avances científicos y tecnológicos, dado que sí bien este contrato celebrado por las partes no se encuentra regulado como tal, se realiza en la actualidad. Por lo que, con la finalidad de salvaguardar legislativamente los derechos de las partes y en especial del menor, debe determinarse la gestación por encargo como una nueva fuente de filiación que responda correctamente con los fines de la Constitución Política del Perú, el Código Civil y la Ley General de la Salud.

### **Pregunta 6**

**¿Conoce de algún caso judicial en el que se haya debatido el tema de Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, en nuestro país?**

Respecto a esta interrogante, la mayoría de entrevistados se refirió al Exp. N° 06374-2016 que se vio en su judicatura, el Quinto Juzgado Especializado Constitucional, donde se analizó la demanda de amparo que buscaba exigir a RENIEC a que inscriba a los padres de una menor, nacida mediante maternidad subrogada.

Sobre el caso, la Sala se pronunció considerando que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconoce la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada– asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Por lo que era ilógico, que una vez alcanzado el resultado favorable (darse la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

En ese sentido, los entrevistados señalaron que el Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar se ha visto abarcado desde el plano de los derechos reproductivos, lo cual posee considerable relevancia en el caso en particular.

### **Pregunta 7**

**¿Cree Ud. Que se puede amparar el Derecho a la Maternidad, y el reconocimiento legal de la mujer imposibilitada de gestar, a pesar de que el hijo sea producto de una Técnica de Reproducción Asistida?**

En esta interrogante, los entrevistados señalaron que aunque el hijo sea producto de una Técnica de Reproducción Asistida se debe amparar el Derecho a la Maternidad y el reconocimiento legal de la mujer imposibilitada de gestar, dado que se considera la intención, la carga genética o en su defecto la donación de gametos y el deseo de traer un niño al mundo de la madre imposibilitada de gestar, considerándosela de esa forma, la madre legal.

### **Pregunta 8**

**¿Cree Ud. que ante la promulgación de una ley que ampare la gestación por encargo, las mujeres podrán tener Acceso completo a Servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva?**

Respecto de esta interrogante, y habiendo analizado cada una de las entrevistas, en efecto, se acepta conjuntamente que la promulgación de una ley que ampare la gestación por encargo permitiría expresamente que las madres imposibilitadas de gestar tengan acceso completo a los Servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva, viéndose de esa forma protegidas, tanto en el ámbito legal como el médico, estableciéndose procesos metodológicos, clínicos y económicos que mejorarían la calidad, aceptación, diseminación e implementación de modalidades seguras en el tratamiento, que actualmente es llevado informalmente en clínicas privadas sin vigilancia ni protección por parte del Estado. Asimismo, los operadores de justicia, señalaron conocer de los proyectos de ley que buscan modificar o adaptar, en lo posible, lo estipulado en la Ley General de la Salud, a fin de incorporar la gestación por encargo en la normatividad nacional, evitando los vacíos y lagunas legales que encuentran en la práctica cuando pasan a analizar casos con esas características.

### **Pregunta 9**

**¿Piensa Ud. que las instituciones de salud públicas están suficientemente preparadas para que puedan brindar servicios relacionados a las Técnicas de Reproducción Asistida, específicamente: gestación por encargo, sin que se vulnere el Derecho al Acceso completo a servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva?**

Bajo esta interrogante, la mayoría de entrevistados reconoció que existen graves deficiencias en el sistema de salud nacional, más cuando involucran nuevos métodos o tecnologías que requieren de una mejor capacidad de organización para adaptarse a los cambios a través de las modificaciones y/o procesos integrados que respondan satisfactoriamente a las necesidades médicas actuales, tanto de los pacientes como de



los profesionales de la salud. No obstante, reconocen que sí bien el sistema de salud presenta carencias, la regulación de una nueva ley generaría políticas de salud adecuadas que proporcionarían mejores parámetros garantizando a un correcto manejo clínico en el tratamiento de gestación por encargo, protegiendo así el Derecho al Acceso completo a servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva de todas las mujeres que deseen ser madres.

### **Pregunta 10**

**¿Cree Ud. que la gestación por encargo y su falta de regulación afecta al Principio de Seguridad Jurídica?**

Respecto de esta interrogante, casi la totalidad de entrevistados, indica que del total de casos vistos, ven afectado el principio de Seguridad Jurídica, dado que la controversia suele generarse por el incumplimiento de los compromisos entre las partes involucradas (comitentes y mujer gestante) lo cual se dificulta al encontrarse con vacíos legales en esta materia. Por lo que, al entenderse el Principio de Seguridad Jurídica como principio existente en todo ordenamiento constitucional democrático que responde a la necesidad de que los ciudadanos sepan, cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus comportamientos y a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y con los demás particulares, en ese contexto, las madres que recurren a la gestación por encargo ven vulnerado el principio constitucional de seguridad jurídica, dado que el Estado no hace cumplir la ley de manera escrupulosa, siendo que es inexistente.

Por las razones expuestas, en la resolución de los conflictos y como fundamento de las sentencias que han tenido que abarcar dichos casos, se ha observado que ha predominando el interés superior del niño, como también los derechos reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar, así como —la intenciónl de traer un niño al mundo.

### **3.7.1.2 Análisis de los proyectos presentados ante el Congreso de la República del Perú.**

Con respecto a los proyectos presentados relacionados a la Gestación por Encargo realicé un seguimiento de los mismos con los siguientes resultados:

#### **Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR**

Ley que regula la reproducción humana asistida, presentado por el Congresista Tomás Zamudio Briceño proyecto presentado el 15 de noviembre de 2012, visto por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú, en el siguiente Pre Dictamen sobre la regulación de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la Prevención y Tratamiento de Enfermedades de origen Genético así como la utilización de Gametos y Embriones Humanos Crioconservados, propone la conformación de una comisión especial de estudio que sea legitimada con una ley de creación.

De acuerdo al Informe Jurídico indica que no han sido suficientemente considerados varios puntos determinando que el citado proyecto no es compatible con el orden jurídico peruano en vista que a su criterio implicaría que los derechos fundamentales de la persona estarían siendo vulnerados y recomienda que no se sancione como ley.

#### **Proyecto de Ley N° 1724/2012-CR**

Ley que regula la investigación biomédica, presentado el 15 de noviembre de 2012 de acuerdo al pre dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú, entiende que existe un vacío normativo no encontrándose regulada por lo que podría vulnerarse algunos de los Derechos Fundamentales y la Dignidad de las personas.

De la revisión de su contenido se puede apreciar que se necesitan más estudios y precisiones en determinados puntos para que la citada ley pueda ser aplicada adecuadamente por lo que se acordó inhibirse de dictaminar el proyecto. A fin de que sea la

Comisión de Salud y Población asuma el análisis y dictamen del mismo, de acuerdo a su especialidad y competencia.

### **Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR**

Ley que modifica el Artículo 7 de la Ley N° 26842. Ley General de Salud, presentado por el Congresista Vicente Antonio Zevallos Salinas, proyecto presentado el 30 de octubre de 2013.

De dicho proyecto se puede observar que existen parámetros que atentan contra los derechos reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar tales como:

El mencionado proyecto de Ley trata de modificar el Artículo 7 de la Ley General de Salud, de acuerdo al siguiente detalle:

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

Menciona en su exposición de motivos la Casación N° 563-2011-Lima en donde se acordó una gestación subrogada onerosa

### **Proyecto de Ley N° 3313/2018-CR**

Ley que garantiza el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, presentado por el Congresista Richard Acuña Núñez, proyecto presentado el 7 de setiembre de 2018, en el transcurso del desarrollo del presente trabajo de investigación, actualmente se encuentra en el Congreso de la República del Perú a fin de seguir el trámite correspondiente.

De dicho proyecto se puede observar que existen parámetros que atentan contra los derechos reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar tales como:

- En el (art. 4) Solo considera como beneficiario a la persona que presente algún grado de infertilidad.
- En lo que respecta a la donación de gametos y embriones (art. 6), considera que debe hacerse a título gratuito.
- De la gestación por sustitución (art. 9), indica que debe ser de manera altruista y menciona que el acuerdo debe ser de carácter gratuito e indica en otro punto que la filiación materna estará determinada por el aporte del material genético femenino o en su caso por la madre biológica del nacido.
- En el (art.10), Indica que la mujer no debe tener más de 40 años.
- En el **CONTENIDO DE LA PROPUESTA**

Menciona la casación N° 563-2011 Lima, donde el contrato se realizó en forma onerosa (cobró de dólares).

En otro punto indica: ...lo cual podrá ser cuando:

(i), la madre gestante sea un familiar de segundo grado de consanguinidad;

(ii), la gestación subrogada sea de manera altruista.

(iii), la implantación y gestación del embrión sea formado por los gametos de la pareja de intención o solicitantes de la gestación subrogada.

- En el (art. 1) Establecer los requisitos y condiciones a presentar por las partes que voluntariamente accedan a la maternidad subrogada de forma solidaria y sin fines de lucro.
- Sobre los Requisitos Legales (art.4)
- De los padres: Ser mayores de 24 y menores de 47 años.

## **Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR**

Ley que regula los requisitos y procedimientos de la Maternidad Solidaria mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre; presentado por la congresista Estelita Sonia Bustos Espinoza, proyecto presentado el 18 de setiembre de 2018 en el transcurso del desarrollo del presente trabajo de investigación actualmente se encuentra en el Congreso de la República del Perú a fin de seguir el trámite correspondiente.

Del citado proyecto se puede determinar que existen parámetros que atentan contra los Derechos Reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar que paso a mencionar:

- **En el (art. 1)** Establecer los requisitos y condiciones a presentar por las partes que voluntariamente accedan a la maternidad subrogada de forma solidaria y sin fines de lucro.
  
- **Sobre los Requisitos Legales (art.4)**  
De los padres: Ser mayores de 24 y menores de 47 años,  
  
De la Gestante Voluntaria: ser mayor de 24 años, haber sido madre de al menos un hijo sano, poseer una situación económica estable.

### **De la Gestante Voluntaria para el inicio del procedimiento de Reproducción Humana Asistida:**

La gestante voluntaria no podrá recibir dinero por gestar en su vientre al futuro hijo de los padres de intención.

En la **exposición de motivos** menciona como casuística el caso de la pareja chilena a quienes declararon fundado el requerimiento de prisión preventiva por el presunto delito de trata de personas. Dicho caso contraviene al artículo 4 del citado proyecto, **requisitos legales de los padres** que en el punto 1 señala que deben ser peruanos de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú. Caso que no era; asimismo menciona la casación 563-2011 la misma que tuvo carácter oneroso (cobro de Dólares) e

indica que dicha casación tenga rango de Ley. Contraviniendo el carácter altruista que señala reiteradas veces.

### **Proyecto de Ley N° 3542/2018-CR**

Ley que regula el uso y el acceso a los tratamientos de Reproducción Humana Asistida; presentado por la congresista Luciana León Romero, proyecto presentado el 11 de octubre de 2018 en el transcurso del desarrollo del presente trabajo de investigación actualmente se encuentra en el Congreso de la República del Perú a fin de seguir el trámite correspondiente.

Del citado proyecto se puede determinar que existen parámetros que atentan contra los Derechos Reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar que paso a mencionar:

- **(Art. 14) Maternidad subrogada o uso solidario del vientre.**

14.1 La Gestación Subrogada es un procedimiento que solo se lleva a cabo bajo indicación médica expresa y de manera supletoria, a efectos de coadyuvar de manera voluntaria solidaria y altruista a aquellas personas que con un grado de infertilidad pretendan tener descendencia. Este acto nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

- En su exposición de motivos menciona la casación 563-2011 la misma que tuvo carácter oneroso (cobro de Dólares).
- Menciona el reconocimiento de la legalidad de la ovodonación con donación de útero subrogado, POR EL QUINTO JUZGADO CONSTITUCIONAL de Lima ordenando a la RENIEC que inscriba a los dos hijos a nombre de los padres de intención, este acuerdo se realizó por vientre de alquiler.

### **ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY**

De todos estos proyectos presentados ante el Congreso de la República se puede deducir que plantean la manera solidaria y altruista que debe tener la persona que llevará la gestación, lo que me parece un parámetro muy difícil de superar con el que miles de

familias se verán afectadas en sus derechos reproductivos, viendo en el cuerpo del presente trabajo que en el ámbito nacional e internacional las resoluciones emitidas por las autoridades judiciales y/o constitucionales fallan a favor del interés superior del niño, a la teoría de la intención y al respeto de los derechos reproductivos de las personas afectadas, sin considerar si es que la figura se ha dado por la manera onerosa o altruista.

Se presentan requerimientos con respecto a la edad de la madre gestante así como, haber sido madre de un hijo sano, poseer una situación económica estable, ser familiar en segundo grado de consanguinidad.

Algunos de los proyectos mencionados abarcan los tres campos materia de la GESTACIÓN POR ENCARGO de manera conjunta, situación que a mi parecer debería ser por separado, como son:

### **1.- Las Técnicas de Reproducción Asistida Humana.**

Que son las acciones que adoptarán los médicos especialistas luego de haber realizado un estudio pormenorizado de las personas involucradas con el fin de determinar cuál es la técnica que debe aplicarse específicamente en cada caso, esto ya se viene realizando pero por autorregulación, por lo que se requiere que sea normado en nuestro cuerpo legal.

### **2.- La Investigación Biomédica.**

Aquí se debe establecer la normatividad de la investigación biomédica, respetando la dignidad de la persona humana así como su identidad y también sus Derechos Fundamentales.

Considerando a las personas naturales y jurídicas encargadas de realizar labores que linden con la investigación y aplicación biomédica normar las responsabilidades a que hubiera lugar producto de una situación negativa.

### **3.- La Gestación por Encargo propiamente dicha.**

En esta parte ya vendría luego de la modificación del art. 7 de la Ley General de Salud los requisitos de las partes, los cuidados a la madre gestante, el contrato, la protección del Estado hacia los padres de intención y la gestante, las obligaciones y sanciones de los participantes y otros que la comisión considere importantes.

### **3.7.3 Análisis y resultado de las justificaciones.**

El presente trabajo al haber sido investigado teóricamente ha permitido determinar el concepto y la incidencia en el derecho constitucional de la Gestación por Encargo así como la forma en que vienen afectándose los Derechos Reproductivos y otros derechos de las mujeres imposibilitadas de gestar de tal manera que pueda emplearse como un aporte para estudios posteriores.

El método analítico ha permitido elaborar conceptos innovadores, válidos y confiables que podrán ser incorporados en la legislación nacional e internacional que servirá además como sustento en las futuras investigaciones sobre la materia.

Analizada la afectación que genera la falta de normatividad y la vulneración de derechos, se determina que existen suficientes causas que obligan al Estado a regular la legislación y proteger a las personas que por diferentes motivos no pueden llevar a cabo la gestación y/o lograr la concepción de un hijo, para que tengan la posibilidad de hacerlo mediante la Gestación por Encargo debidamente legislada.

En el aspecto social esta investigación cobra una gran importancia en la sociedad civil, en vista que se están presentando recomendaciones así como un aporte en materia normativa para que se puedan incorporar en la Legislación Nacional y de esta forma acceder a los adelantos científicos debidamente regulados en la Gestación por Encargo, sin afectar a terceras personas.



### 3.1.8. Conclusiones

- 1) Entendemos que los derechos reproductivos representan toda una gama de derechos individuales que se encuentran interrelacionados con el principio de dignidad humana, derecho a la libertad de la persona, su autonomía y su integridad. Que engloban la posibilidad de las personas, con la información, prevención y planificación debida, a poder elegir libremente el número de espaciamiento e intervalo de sus hijos; asimismo, alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, sin encontrarse afectados, de ningún modo por algún particular, la sociedad o el Estado; evitándose así cualquier tipo de coacción, discriminación o manifestación de violencia, respecto a su decisión.
- 2) Del reconocimiento de los derechos reproductivos se desprende la responsabilidad de los Estados a garantizar su correcto desenvolvimiento en la práctica, por ello se establece la necesidad de contar con un reconocimiento expreso en leyes o políticas públicas a fin de que puedan materializarse, en estrategias adecuadas, brindado una especial protección a los grupos denominados en situación de vulnerabilidad, habiéndose determinado en la presente investigación, que este se conformaría con los jóvenes, adolescentes y las mujeres, permitiéndoles alcanzar así una situación de mayor igualdad.
- 3) Actualmente, el avance biotecnológico ha generado la aparición de nuevas figuras como: la gestación por encargo, maternidad subrogada, vientres de alquiler o gestación por sustitución; como desee llamársele, esta nueva forma médica permite a una mujer imposibilitada de gestar; sea por razones de esterilidad, infertilidad (de uno o de su pareja), o la incapacidad de poder llevar adelante un embarazo; poder acordar con una mujer (sea por razones altruistas o pecuniarias) someterse a un tratamiento médico, donde se compromete esta última a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento de su nacimiento a la madre de intención, reconociendo a la mujer imposibilitada de gestar como la madre del menor, dándosele así el reconocimiento de madre legal, renunciando, la madre gestante, a cualquier derecho que le podría corresponder como -madre del menor.
- 4) La aparición de la gestación por encargo ha generado una serie de contratos atípicos

y un negocio creciente en el sector de salud privado. No obstante, su desarrollo no ha sido seguido por el ámbito legal en la misma manera. En ese sentido, vemos que en el plano nacional nos topamos con proyectos de ley: como la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la Ley de Investigación Biomédica, Ley que Modifica el Artículo 7 de la Ley General de Salud, Ley que Garantiza el Acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley que regula los Requisitos y Procedimientos de la Maternidad Subrogada mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida como Derecho Humano a ser Madre, Ley que regula el uso y acceso a los tratamientos de Reproducción Humana Asistida; proyectos que unos no han sido aprobados y otros que se encuentran a la espera de serlo.

Sin embargo, este panorama de incertidumbre jurídica no ha cohibido a las personas imposibilitadas de gestar quienes han optado por recurrir a tratamientos médicos para tratar la infertilidad de la cual son objeto por medio de las TERAS (Técnicas de Reproducción Asistida); teniendo como única regulación lo estipulado en el artículo 7° de la Ley General de la Salud, del cual se desprende la condición de que la madre gestante y la madre genética, sean la misma persona, generándose un vacío y/o laguna legal sobre la gestación por encargo, siendo que esta práctica no se encuentra expresamente prohibida.

### **3.1.9. Recomendaciones**

- 1) Es necesario continuar con el análisis de un tema tan delicado como es la posibilidad de la concepción de una vida humana, por medio de la ayuda del avance médico- tecnológico. En ese sentido, el ordenamiento jurídico nacional, debe enfocarse en garantizar la mayor protección de derechos desprendidos dentro de los Derechos Reproductivos, a fin de salvaguardar la vida, dignidad, libertad y autonomía de las personas que recurren a estas técnicas para realizarse como familia, .
- 2) Debemos comprender, que el sistema judicial, es el medio de resolución de conflictos garantizado por el Estado, asimismo se fundamenta en la tutela jurisdiccional efectiva, por tanto, su acceso debe de estar facilitado, y no mostrar vacíos o lagunas legales que perjudiquen o representen obstáculos en un proceso

judicial, en donde se batan conflictos que generan discusiones sobre derechos fundamentales.

- 3) Es necesario que el auxilio judicial, no sea sometido a concepciones guiadas por prejuicios o consideraciones personales que desvirtúen el desarrollo del proceso judicial, pues ello podría generar graves riesgos para las partes procesales, es por ello, que la emisión de una ley acompañada de políticas públicas que traten de forma integral el tema respecto a la gestación por encargo, permitiría evitar conflictos.
- 4) Se recomienda la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud. Considero que es el primer paso que se debe dar para lograr el objetivo de contar con la legalización de la Gestación por Encargo en salvaguarda de los Derechos Reproductivos de las Mujeres Imposibilitadas de Gestar, el texto modificado quedaría redactado de la siguiente manera:

**Artículo 7.-**Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, **en caso de ser necesaria la Gestación por Encargo deberá existir un contrato escrito legalizado ante notario, que cumpla con los requisitos solicitados a los padres de intención, la mujer que llevará a cabo la gestación y anexados los documentos solicitados, será aprobado por la autoridad designada siempre y cuando cumpla con lo solicitado en la legislación.**

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

Una vez modificada la Ley se procederá a regular la Aplicación de:

- Las Técnicas de reproducción Humana Asistida.
- La Responsabilidad de la Investigación Biomédica en la aplicación de las TERAS.
- La Gestación por Encargo.

Los puntos anteriormente mencionados deberán ser normados por separado, uno

independiente del otro pero perfectamente interrelacionados entre sí. Considero que para lograr una interrelación óptima se deberían formar comisiones mixtas para cada caso integradas por profesionales de primer nivel en los campos del Derecho, Medicina, Ingeniería Genética y otros, los mismos que deben de realizar un trabajo que atienda a la razón y en lo posible evitar los parámetros existentes en las leyes de otros países y también en los proyectos de ley presentados en el Perú que solo generan entrapar los procedimientos de la Gestación por Encargo, de esta manera se podría lograr el objetivo de contar con una ley que cumpla con la protección de los derechos reproductivos de las personas involucradas sin distinciones de ninguna clase de acuerdo con la Constitución Política del Estado peruano y Convenios Internacionales de defensa de los Derechos Humanos.

- 5) Con respecto a la nomenclatura considero que la misma debería ser GESTACIÓN POR ENCARGO en vista que es el que más se adecua a la idea planteada y no como los ya conocidos que se pueden interpretar en forma errónea.
- 6) En lo que se refiere a la condición altruista u onerosa se debe tener en cuenta que la condición altruista podría dar como resultado el efecto contrario al perseguido generando un mercado negro y escasez, lo que convertiría éstas iniciativas en Normas Perversas puesto que su cumplimiento derivaría en actos contrarios al ordenamiento legal además que limitaría el número de personas dispuestas a gestar por encargo, restringiendo los Derechos Reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar.

## REFERENCIAS

- AA.VV. . (1972). *La Biblia Latinoamericana*. Editorial San Pablo.
- Arámbula Reyes, A. (2008). *Maternidad Subrogada*. México: Servicio de Investigación y Análisis.
- Araya, H. (09 de Mayo de 2018). *About Español*. Recuperado el 15 de Mayo de 2018, de <https://www.aboutespanol.com>: <https://www.aboutespanol.com/que-es-la-maternidad-subrogada-1176895>
- Basset, U. (12 de Julio de 2013). Procreación asistida y niñez ¿Regulación o desregulación? *Revista Jurídica Argentina, La Ley*, 1 a 5.
- Bianchi, J. T. (1996). –Fertilidad asistida. El derecho del donante a conocer el destino del componente genético. *Jurisprudencia Argentina*, 799.
- Bolton, R. (2016). *Enciclopedia de Bioética*. (J. J. García, Editor) Recuperado el 22 de Junio de 2018, de <http://enciclopediadebioetica.com>: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada>
- Bullard, A. (2010). *Derecho y Economía*. Lima: Palestra.
- Cabanellas de Torres, G. (s.f.). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Heliasta.
- Caso Artavia Murillo contra Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de 11 de 2012).
- Castro Posada, J. (2003). *El proyecto de investigación y su esquema de elaboración*. Caracas: Uyapal.
- Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán. (16 de mayo de 2004). *Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán*. Obtenido de Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán: <http://www.flora.org.pe/derechos%20sexuales%20y%20repr.htm>
- Cieza, J. (2016). Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Una aproximación bioética y la necesidad de su regulación. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 143-178. Recuperado el 16 de Agosto de 2018, de <https://docplayer.es/34313296-Las-teras-una-aproximacion-bioetica-y-la-necesidad-de-su-regulacion-pdf.html>

- Díaz, E. (2015). Gestación por sustitución o Maternidad Subrogada. *Revista Científica Semestral IN IURE Ciencias Jurídicas*, 64-78. Recuperado el 1 de Febrero de 2018, de <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/viewFile/15/15>
- Diez Picazo, L., & Gullon, A. (1990). *Sistema de Derecho Civil IV, Derecho en Familia y Sucesiones*. Madrid: Tecnos.
- Embarazo 10. (23 de Noviembre de 2017). *EMBARAZO10*. Recuperado el 10 de Agosto de 2018, de [embarazo10.com: https://embarazo10.com/que-es-la-maternidad-subrogada/](https://embarazo10.com/que-es-la-maternidad-subrogada/)
- Expediente N° 01956-2004-Lima, Expediente N° 01956-2004-Lima (Tribunal Constitucional Peruano 05 de 10 de 2004).
- Facío Montejo, A. (23,24 Y 25 de 02 de 2005). *Los Derechos Reproductivos y la Función Judicial*. Obtenido de Los Derechos Reproductivos y la Función Judicial: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26465.pdf>
- Family Care International. (2015). *Sexual and Reproductive Health and Rights* . Obtenido de Sexual and Reproductive Health and Rights : <http://www.familycareintl.org/UserFiles/File/SRHR%20post-2015%20Briefing%20Cards%20v2.pdf>
- Fernandez Vazquez, E. (2006). *Diccionario de Derecho Público* . Madrid: Astrea.
- IVI. (2019). *IVI*. Obtenido de IVI: <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/>
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret - Revista para el análisis del Derecho*, 2012. Recuperado el 28 de Enero de 2018, de [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)
- Leonseguí, R. A. (1994). La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. *Boletín de la Facultad de Derecho*(7), 320-322.
- Mendoza Cárdenas, H. A. (2018). *La gestación por encargo: Dilemas derivados de las nuevas tecnologías reproductivas*. Obtenido de La gestación por encargo: Dilemas derivados de las nuevas tecnologías reproductivas: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4733/15.pdf>
- Minifiv. (19 de Junio de 2017). *Minifiv*. Obtenido de <http://www.minifiv.es>: <http://www.minifiv.es/2017/06/que-es-la-ovodonacion-o-donacion-de-ovulos/>

- Morales, J. (Julio de 2012). Ciencia, ética y derecho. A propósito de la inseminación artificial. *Docentia et Investigatio*, 31-47. Recuperado el 20 de Febrero de 2018, de <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10165/8909>
- Moreno Rufinelli, J. A. (2009). *Derechos de familia*. Asunción : Intercontinental.
- Moschetta, M. (9 de Febrero de 2016). *Blog ProcreaTec - Centro de Fertilidad y Genética*. Obtenido de <http://blog.procreatec.com>: <http://blog.procreatec.com/embriodonacion-lo-que-debes-conocer-acerca-de-este-tratamiento/>
- Naciones Unidas Consejo Económico y Social. (02 de 05 de 2016). Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y. *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y.*
- Peralta, R. (2008). *Derecho de Familia - Código Civil*. Lima, Perú: Idemsa.
- Placido, A. (2015). *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico.
- Real Academia Española. (2016). *Diccionario del español jurídico*. Madrid.
- Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la lengua española* (Vigesimotercera ed.). Madrid. Recuperado el 5 de Julio de 2017, de <http://dle.rae.es/?id=KbVHzwk>
- Reuter, M. (9 de Junio de 2009). Más allá de la ciencia. Pondremos en tela de juicio lo que concierne a las madres de alquiler y la biotecnología. *Maternidad subrogada: definición procedimiento y leyes*. Madrid, España. Recuperado el 19 de Junio de 2018, de <https://biotech09.wordpress.com/category/maternidad-subrogada-definición-procedimiento-y-leyes/>
- Sentencia N° 06374-2016-Lima, Sentencia N° 06374-2016-Lima (Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional 21 de 02 de 2016).
- Siverino Bavio, P. (s.f.). Bioética y Derechos reproductivos en el Perú: comentarios sobre algunos temas pendientes. *foro jurídico*, 1-2.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genético*. Lima: Editorial Grijley.

Varsi, E. (Enero / Junio de 2017). Determinación de la Filiación en la procreación asistida.  
*Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (39), 109-137.

## **ANEXOS**



## **ANEXO I**

### **Ficha de Entrevista**

**UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA**

**FICHA DE ENTREVISTA PARA TESIS  
PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**“LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES  
IMPOSIBILITADAS DE GESTAR; FRENTE A LA FALTA DE  
NORMATIVIDAD SOBRE GESTACIÓN POR ENCARGO, EN EL QUINTO  
JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA EN EL AÑO 2018”**

Estimado Juez del Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima, soy El Bachiller en Derecho **JOSE LUIS CASARETTO LA TORRE**, y he culminado mis estudios de pregrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, abocándome a la ejecución de mi Tesis, motivo por el cual recurro a Ud. Para que tenga a bien responder la presente entrevista.

Los datos que Ud. Consigne serán tratados con la debida reserva y confidencialidad, no serán entregados a las autoridades o persona alguna. MUCHAS GRACIAS.

**OBJETIVO DE LAS ENTREVISTAS:** Realizar la Tesis y optar por el Título Profesional de Abogado.

Entrevistador: **JOSE LUIS CASARETTO LA TORRE**

Sírvase contestar las preguntas planteadas:

**Pregunta 1:**

¿Considera usted que la gestación por encargo es una figura jurídica que debería regularse en nuestro país, debido a que de lo contrario, se podría estar vulnerando el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?

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

**Pregunta 2:**

¿A su criterio, la gestación por encargo representaría una vía para amparar y promover el derecho reproductivo de los cónyuges que presenten problemas de infertilidad, sin afectar el Derecho al Libre Desarrollo de la personalidad, respecto de las mujeres imposibilitadas de gestar?

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

**Pregunta 3:**

¿Cree Ud. que el axioma mater semper certa est (la madre es siempre conocida) del cual rige en el Código Civil, vulnera el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?

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

**Pregunta 4:**

¿Cree Usted que la gestación por encargo debería realizarse de manera altruista o por el contrario se debería otorgar un beneficio económico; ante esta segunda posibilidad, acuerdo contractual, se afectaría el Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, de los conyugues o de la mujer que cede su vientre para que se pueda realizar la maternidad subrogada?

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

**Pregunta 5:**

¿Cree Usted que se puede considerar el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestarla y libertad procreacional, necesaria para que se dé la gestación por encargo, como una nueva fuente de filiación?

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

**Pregunta 6:**

¿Conoce de algún caso judicial en el que se haya debatido el tema del Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, en nuestro país?

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

**Pregunta 7:**

¿Cree Ud. que se puede amparar el Derecho a la Maternidad, y el reconocimiento legal de la mujer imposibilitada de gestar, a pesar de que el hijo sea producto de una Técnica de Reproducción Asistida?

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

**Pregunta 8:**

¿Cree Ud. que ante la promulgación de una ley que ampare la gestación por encargo, las mujeres podrán tener Acceso completo a Servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva?

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

**Pregunto 9:**

¿Piensa Ud. que las instituciones de salud públicas están suficientemente preparadas para que puedan brindar servicios relacionados a las Técnicas de Reproducción Asistida, específicamente: gestación por encargo, sin que se vulnere el Derecho al Acceso completo a servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva?

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

**Pregunta 10:**

¿Piensa Ud. que las instituciones de salud privadas están suficientemente preparadas para que puedan brindar servicios relacionados a las Técnicas de Reproducción Asistida, específicamente: gestación por encargo, sin que se vulnere el Derecho al Acceso completo a Servicios de Calidad en salud Sexual y Reproductiva?

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

## **ANEXO II**

### **Ficha de Entrevista**

**UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA**

**FICHA DE ENTREVISTA PARA TESIS  
PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**“LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES  
IMPOSIBILITADAS DE GESTAR; FRENTE A LA FALTA DE  
NORMATIVIDAD SOBRE GESTACIÓN POR ENCARGO, EN EL QUINTO  
JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA EN EL AÑO 2018”**

Estimado abogado, en su calidad de secretario/especialista del Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima, soy El Bachiller en Derecho **JOSE LUIS CASARETTO LA TORRE**, y he culminado mis estudios de pregrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, abocándome a la ejecución de mi Tesis, motivo por el cual recurro a Ud. Para que tenga a bien responder la presente entrevista.

Los datos que Ud. Consigne serán tratados con la debida reserva y confidencialidad, no serán entregados a las autoridades o persona alguna. MUCHAS GRACIAS.

**OBJETIVO DE LAS ENTREVISTAS:** Realizar la Tesis y optar por el Título Profesional de Abogado.

Entrevistador: **JOSE LUIS CASARETTO LA TORRE**

Sírvase contestar las preguntas planteadas:

**Pregunta 1:**

¿Considera usted que la gestación por encargo es una figura jurídica que debería regularse en nuestro país, debido a que de lo contrario, se podría estar vulnerando el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?

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

**Pregunta 2:**

¿A su criterio, la gestación por encargo representaría una vía para amparar y promover el derecho reproductivo de los cónyuges que presenten problemas de infertilidad, sin afectar el Derecho al Libre Desarrollo de la personalidad, respecto de las mujeres imposibilitadas de gestar?

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

**Pregunta 3:**

¿Cree Ud. que el axioma mater semper certa est (la madre es siempre conocida) del cual rige en el Código Civil, vulnera el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?

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

**Pregunta 4:**

¿Cree Usted que la gestación por encargo debería realizarse de manera altruista o por el contrario se debería otorgar un beneficio económico; ante esta segunda posibilidad, acuerdo contractual, se afectaría el Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, de los conyugues o de la mujer que cede su vientre para que se pueda realizar la maternidad subrogada?

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

**Pregunta 5:**

¿Cree Usted que se puede considerar el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestarla y libertad procreacional, necesaria para que se dé la gestación por encargo, como una nueva fuente de filiación?

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

**Pregunta 6:**

¿Conoce de algún caso judicial en el que se haya debatido el tema del Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, en nuestro país?

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

**Pregunta 7:**



¿Cree Ud. que se puede amparar el Derecho a la Maternidad, y el reconocimiento legal de la mujer imposibilitada de gestar, a pesar de que el hijo sea producto de una Técnica de Reproducción Asistida?

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

**Pregunta 8:**

¿Cree Ud. que ante la promulgación de una ley que ampare la gestación por encargo, las mujeres podrán tener Acceso completo a Servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva?

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

**Pregunto 9:**

¿Piensa Ud. que las instituciones de salud públicas están suficientemente preparadas para que puedan brindar servicios relacionados a las Técnicas de Reproducción Asistida, específicamente: gestación por encargo, sin que se vulnere el Derecho al Acceso completo a servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva?

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

**Pregunta 10:**

¿Piensa Ud. que las instituciones de salud privadas están suficientemente preparadas para que puedan brindar servicios relacionados a las Técnicas de Reproducción Asistida, específicamente: gestación por encargo, sin que se vulnere el Derecho al Acceso completo a Servicios de Calidad en salud Sexual y Reproductiva?

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

### **ANEXO III**

#### **Ficha de Entrevista**

**UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA**

**FICHA DE ENTREVISTA PARA TESIS  
PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**“LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES  
IMPOSIBILITADAS DE GESTAR; FRENTE A LA FALTA DE  
NORMATIVIDAD SOBRE GESTACIÓN POR ENCARGO, EN EL QUINTO  
JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA EN EL AÑO 2018”**

Estimado abogado, en su calidad de asistente del juez del Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, soy El Bachiller en Derecho **JOSE LUIS CASARETTO LA TORRE**, y he culminado mis estudios de pregrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, abocándome a la ejecución de mi Tesis, motivo por el cual recurro a Ud. Para que tenga a bien responder la presente entrevista.

Los datos que Ud. Consigne serán tratados con la debida reserva y confidencialidad, no serán entregados a las autoridades o persona alguna. **MUCHAS GRACIAS.**

**OBJETIVO DE LAS ENTREVISTAS:** Realizar la Tesis y optar por el Título Profesional de Abogado.

Entrevistador: **JOSE LUIS CASARETTO LA TORRE**

Sírvase contestar las preguntas planteadas:

**Pregunta 1:**

¿Considera usted que la gestación por encargo es una figura jurídica que debería regularse en nuestro país, debido a que de lo contrario, se podría estar vulnerando el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?

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

**Pregunta 2:**

¿A su criterio, la gestación por encargo representaría una vía para amparar y promover el derecho reproductivo de los cónyuges que presenten problemas de infertilidad, sin afectar el Derecho al Libre Desarrollo de la personalidad, respecto de las mujeres imposibilitadas de gestar?

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

**Pregunta 3:**

¿Cree Ud. que el axioma mater semper certa est (la madre es siempre conocida) del cual rige en el Código Civil, vulnera el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?

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

**Pregunta 4:**

¿Cree Usted que la gestación por encargo debería realizarse de manera altruista o por el contrario se debería otorgar un beneficio económico; ante esta segunda posibilidad, acuerdo contractual, se afectaría el Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, de los conyugues o de la mujer que cede su vientre para que se pueda realizar la maternidad subrogada?

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

**Pregunta 5:**

¿Cree Usted que se puede considerar el Derecho a la Maternidad de las mujeres imposibilitadas de gestarla y libertad procreacional, necesaria para que se dé la gestación por encargo, como una nueva fuente de filiación?

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

**Pregunta 6:**

¿Conoce de algún caso judicial en el que se haya debatido el tema del Derecho a la Dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar, en nuestro país?

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

**Pregunta 7:**

¿Cree Ud. que se puede amparar el Derecho a la Maternidad, y el reconocimiento legal de la mujer imposibilitada de gestar, a pesar de que el hijo sea producto de una Técnica de Reproducción Asistida?

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

**Pregunta 8:**

¿Cree Ud. que ante la promulgación de una ley que ampare la gestación por encargo, las mujeres podrán tener Acceso completo a Servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva?

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

**Pregunto 9:**

¿Piensa Ud. que las instituciones de salud públicas están suficientemente preparadas para que puedan brindar servicios relacionados a las Técnicas de Reproducción Asistida, específicamente: gestación por encargo, sin que se vulnere el Derecho al Acceso completo a servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductiva?

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

**Pregunta 10:**

¿Piensa Ud. que las instituciones de salud privadas están suficientemente preparadas para que puedan brindar servicios relacionados a las Técnicas de Reproducción Asistida, específicamente: gestación por encargo, sin que se vulnere el Derecho al Acceso completo a Servicios de Calidad en salud Sexual y Reproductiva?

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

## ANEXO IV

**Zaldívar, (2016)**, realizó la investigación: *Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada, Arequipa 2013*, para optar al grado académico de Maestro en derecho de familia en la Escuela de Posgrado de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones:

1. En nuestro país se presenta la carencia de una ley sobre reproducción humana asistida y dentro de ella la maternidad subrogada. Esta situación en el futuro podría generar conflictos legales entre los padres así como en los aspectos de maternidad, paternidad, derecho sucesorio, derecho de los hijos frente a los padres y filiación. Ante esta situación es imperativo considerar la promulgación de una ley sobre reproducción humana asistida que sea exhaustiva de todas las opciones previsibles para evitar situaciones anárquicas y conflictivas con la consecuente vulneración de derechos a la persona.
2. El Código Civil no establece dispositivos legales sobre la reproducción humana asistida y de modo concreto sobre la maternidad subrogada. Siendo necesario considerar que existe de manera aislada la Ley General de Salud en su artículo 7 que establece que la condición de madre genética coincidirá con la de la madre gestante como regla
3. En el análisis de la jurisprudencia peruana de la maternidad subrogada a través de las sentencias, se observa que son casos complejos que son tratados con poca consistencia en los fundamentos y no son estudiados detenidamente debido a que predomina para los juzgadores el principio del interés superior del niño. Más no se aprecia aspectos de fondo como son los conceptos de -maternidadl y -paternidad -que deben ser reconstruidos y valorados de acuerdo al progreso tecnológico y del mismo modo no se observa las nuevas y probables formas de vínculo afectivos generando toda esta situación de incertidumbre en el ámbito jurídico.



## ANEXO V

**Villamarín (2014)**, realizó la investigación: La maternidad subrogada en el Perú:

¿Problema o solución?, para optar al título profesional de abogado en la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones:

1. La regulación sobre técnicas de reproducción asistida, específicamente en lo que se refiere a la maternidad subrogada, es casi nula en nuestro ordenamiento jurídico; por cuanto la única disposición normativa al respecto es la prevista en el artículo 7° de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, a pesar que esta materia está orientada al tratamiento de la infertilidad, que es considerada la quinta mayor discapacidad, e involucra el ejercicio de distintos derechos fundamentales, argumentos que sustentan su necesidad de ser regulada.
2. La naturaleza de los contratos de maternidad subrogada corresponde al ámbito civil, en tanto las prestaciones que regula versan sobre conductas que ambas partes deben realizar, siendo que una de ellas, conformada por el o los padres intencionales, asume la obligación de proporcionar a la otra, la gestante, los suficientes recursos económicos para cubrir los gastos derivados del embarazo; en consecuencia, esta última se compromete a llevar a cabo la gestación y, a su término, a entregar al recién nacido a sus padres intencionales; por lo que su intervención se resume únicamente en desarrollar la función gestacional.

## ANEXO VI

**Saavedra** (2017), realizó la investigación: *Aspectos jurídicos relevantes en la maternidad subrogada: Un análisis a la realidad peruana*, para optar al título profesional de abogado en la Universidad Cesar Vallejo, Lima, Perú. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones:

1. Se puede concluir que la ausencia de un marco normativo que se encargue de regular la Maternidad Subrogada como variante de las Técnicas de Reproducción Asistida ha suscitado conflictos respecto a cómo establecer la filiación materna de los niños nacidos mediante el uso de esta técnica; si la filiación corresponde a la mujer que alumbró a un bebé con quien no comparte material genético o si corresponde a la mujer que aportó su óvulo y además comparte material genético con el bebé pero debido a problemas físicos, biológicos en su sistema reproductor no puede llevar a cabo el proceso de gestación. En nuestro ordenamiento jurídico la Maternidad Subrogada como variante de las Técnicas de Reproducción Asistida, no tiene ningún tipo de regulación, de manera que su uso, aplicación y límites se encuentra supeditada a la ética de cada profesional de salud; generando indefensión no solo en las personas que utilizan la Maternidad Subrogada para ser padres sino también a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, sin contar con algún tipo de seguridad jurídica; este vacío normativo originado por la ausencia de una ley que se adapte al contexto social en el cual vivimos y regule adecuadamente la Maternidad Subrogada como variante de las Técnicas de Reproducción Asistida.
2. Las técnicas de reproducción asistida son métodos técnicos y tecnológicos que son utilizadas para suplir la infertilidad en las parejas que la padecen, tienen como finalidad que las parejas infértiles puedan procrear. La maternidad subrogada es considerada como variante de las técnicas de reproducción asistida y consiste en el proceso por el cual el embrión fecundado con los gametos de una pareja es implantado en el útero de otra mujer que se encarga de llevar el embarazo durante los nueve meses para finalmente dar a luz al bebé en beneficio de la pareja.

3. Los países como México y Brasil aceptan y regulan la Maternidad Subrogada, el estado mexicano ha establecido un capítulo en su Código Civil acerca de la Procreación Asistida, estableciendo la Maternidad Subrogada como un contrato, de manera que ha delimitado y especificado los requisitos para poder acceder a la aplicación de esta técnica, establece las obligaciones y responsabilidades de las partes involucradas en la utilización de esta técnica, de igual modo establece la obligación para las clínicas, institutos de salud que realizan procedimientos de procreación asistida, se establece la obligación para los notarios que participaron en la celebración de este tipo de contratos de informar a la Secretaría de Salud la celebración de los contratos, bajo responsabilidad funcional, México cuenta con un marco normativo que ha previsto cada situación posible de generar conflictos y ha procedido a regularla, contando con una normativa clara y precisa que salvaguarda los derechos de las partes involucradas en la utilización de la Maternidad Subrogada como un contrato, a diferencia de Brasil que no cuenta con regulación específica, acepta de manera genérica la Maternidad Subrogada a través de la Resolución CFM N° 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, en donde se establece el contrato de donación temporal de útero, tiene un carácter exclusivamente altruista, para acceder a la donación temporal de útero, la mujer encargada de la gestación, tiene que pertenecer a la familia de la mujer infértil o estéril hasta en un cuarto grado de consanguinidad. La legislación brasileña no cuenta con un marco normativo; que se encargue de regular todos los posibles conflictos jurídicos, éticos, que se deriven como consecuencia de la aplicación de la Maternidad Subrogada como técnica de reproducción asistida.

## ANEXO VII

**GUERRERO** (2015), investigó: *La Problemática de la maternidad Subrogada en la Legislación Nacional* Para optar al título de Abogada en la Universidad Abierta Argentina La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones:

1. Consistió en establecer la problemática del reconocimiento de la Maternidad Subrogada en el ordenamiento legal argentino, viendo la obligación de regular esta figura adaptada a la sociedad globalizada con el objeto de respetar a las personas involucradas.
2. Asimismo propone desaparecer el TABU que existe en la sociedad argentina con respecto a este tema, señala además que la reforma del CC. Argentino, sostiene la posición altruista, indica por otro lado que las parejas que se someten a estas prácticas deben acceder a los tratamientos de fertilización previamente asesorados legal y psicológicamente, sugiere además que se cree un ente habilitado donde las personas puedan recurrir con la finalidad de informarse en lo que se refiere a esta práctica.
3. Culmina sus propuestas avocándose a que se dicte una ley, menciona las exigencias éticas de los profesionales intervinientes así como que no se afecte la dignidad de las personas.
4. Guerrero establece la problemática del reconocimiento de la Maternidad Subrogada en la legislación argentina, orientándola a la realidad de una sociedad globalizada con la finalidad de respetar sus derechos pero no menciona que las personas requirentes de estas prácticas son discapacitados de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud que estableció a la infertilidad como la quinta discapacidad.
5. Está de acuerdo con la posición altruista lo que a mi parecer entraparía la solución y generaría por el contrario un mercado negro porque se reducirían considerablemente las posibles gestantes. También nos menciona entre otras cosas el respeto a la dignidad del ser humano con lo que estoy de acuerdo plenamente.

## ANEXO VIII

**Cué** (2016), realizó la investigación: *Maternidad Subrogada*, para optar al título profesional de abogado en la Universidad Panamericana, Ciudad de México, México. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones:

1. Debido a la naturaleza humana y el deseo de las personas de procrear y trascender, la ciencia y la tecnología han desarrollado procedimientos y técnicas para la consecución de la concepción por métodos alternos al natural.
2. No existe el derecho a tener un hijo, sino existe el derecho subjetivo a formar una familia, con la entera libertad de decisión respecto del número y espaciamiento de los hijos; pero como todo derecho (no humano) tiene límites empezando por el bien común y el respeto a los demás.
3. No se vulneran en ninguna forma los derechos del hijo que nazca a través de las técnicas de reproducción asistida precisamente por el deseo de la pareja de someterse a dichos procedimientos con el fin de ser padres; el menor tendrá el mismo derecho a vivienda, alimentos, educación y amor que cualquier hijo concebido sin dichas técnicas.
4. Las técnicas de reproducción asistida son avances científicos y tecnológicos que permiten solucionar problemas si se utilizan con límites perfectamente establecidos para no caer en violaciones a derechos humanos, trata o explotación de personas ni comercialización del ser humano.
5. El argumento -no se necesitan las TRA's, para eso existe la adopción es erróneo debido a que la adopción difiere de la maternidad subrogada tanto en la causa que le da origen, como en la problemática que pretende resolver; la adopción surgió como una respuesta positiva al hecho de que muchos niños sean abandonados o maltratados en su propia familia, siendo el fin único la protección del interés superior del niño. En cambio, el origen de la maternidad subrogada es la imposibilidad por esterilidad o infertilidad de procrear y su fin es brindarle la

posibilidad a personas estériles o infértiles de tener una familia.

6. De ser regulada la maternidad subrogada, se debe regular como un acto jurídico sancionado por la autoridad jurisdiccional en virtud del cual una mujer llamada mujer gestante gratuitamente permite que en su útero se implante un óvulo de otra mujer o un óvulo propio, fecundado con el esperma de la pareja de ésta o de un donante y la mujer gestante llevará en su vientre, durante el lapso del embarazo a ese producto que pudo haberse generado o no con óvulo de ella, obligándose a que al final de éste, entregue el producto a aquella pareja heterosexual que pretenda atribuirse el carácter de progenitora.

## ANEXO IX

PROBLEMA DE INVESTIGACION		OBJETIVO DE INVESTIGACION		Delimitación		Marco Teórico	METODOLOGIA
GENERAL	¿De qué manera la falta de normatividad, en nuestro país, sobre gestación por encargo estaría afectando los derechos reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar, en el año 2018?	GENERAL	Demostrar de qué manera la falta de normatividad, en nuestro país, sobre gestación por encargo estaría afectando los derechos reproductivos de las mujeres imposibilitadas de gestar, en el año 2018.	Delimitación Temporal	La presente investigación estará comprendida entre los meses de enero a diciembre 2018	<p><b>Antecedentes de la investigación:</b></p> <p><b>Nacionales:</b> Zaldívar, (2016), Universidad Católica de Santa María, Villamarin (2014), Universidad Católica de Santa María, Saavedra (2017), Universidad Cesar Vallejo;</p> <p><b>Internacionales:</b> Guerrero (2015), Argentina, Cue (2016).</p> <p><b>Bases Teóricas. Maternidad Subrogada:</b> Alma Arambula, Enrique Varsi, Hildara Araya, Raquel Bolton, Malaika Reuter, <b>Derechos Reproductivos:</b> Facio Montejo, Enrique Varsi, Family Care Internacional, Siverino Bavio, Cieza Mora, NNUU Consejo Económico Social, Artavia Murillo vs. Costa Rica, Sentencia 06374-2016-Lima.</p> <p><b>Cultura Jurídica:</b> Alfredo Bullard, Morales Godo, Ursula Basset, Cieza Mora.</p> <p><b>Seguridad jurídica:</b> Guillermo Cabanellas, Fernandez Vasquez, Sentencia 06374- 2016-Lima.</p> <p><b>Interés Superior de Menores:</b> Alex Placido.</p> <p><b>Teorías Imperantes:</b> Eleonora Lamm, Estely Diaz.</p> <p><b>La Reproducción Asistida:</b> Silvia Bianchi.</p>	<p><b>Tipo:</b></p> <p>Cualitativo</p>
							<p><b>Delimitación Social</b></p> <p><b>Delimitación Espacial</b></p>
ESPECIFICOS	01.- ¿De qué manera la falta de normatividad sobre G x E, en nuestro país, estaría afectando el derecho a	ESPECIFICOS	01.- Demostrar que la falta de normatividad sobre G x E, en nuestro país, estaría afectando el derecho			<p><b>Gestación por Encargo:</b> Raquel Bolton, Peralta Andia, Enrique Varsi,</p>	96

<p>la dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar?</p> <p>02.-¿ De qué manera la falta de normatividad sobre G x E en nuestro país estaría afectando el Derecho al Libre Desarrollo de la personalidad respecto a las MIG.?</p> <p>03.- ¿ De qué manera la falta de normatividad sobre G x E en nuestro país estaría afectando el Derecho a la Maternidad de las MIG.?</p> <p>04.- ¿ De qué manera la falta de normatividad sobre G x E en nuestro país estaría afectando el Derecho de Acceso a Servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductivade las MIG.?</p> <p><b><u>JUSTIFICACIÓN TEÓRICA</u></b> Determina conceptos y su incidencia en el Derecho Constitucional.</p> <p><b><u>JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA.</u></b>-Método Analítico, se analizó sustentos teóricos.</p>	<p>a la dignidad de las mujeres imposibilitadas de gestar</p> <p>02.-Demostrar que la falta de normatividad sobre G x E. en nuestro país estaría afectando el Derecho al Libre Desarrollo de la personalidad respecto a las MIG.</p> <p>03.- Demostrar que la falta de normatividad sobre G x E. en nuestro país estaría afectando el Derecho a la Maternidad de las MIG.</p> <p>04.- Demostrar que la falta de normatividad sobre G x E en nuestro país estaría afectando el Derecho de Acceso a Servicios de Calidad en Salud Sexual y Reproductivade las MIG.?</p> <p><b><u>JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA.</u></b>-Se analizó cuál fue la afectación que tienen las parejas.</p> <p><b><u>JUSTIFICACIÓN SOCIAL.</u></b>- Se estableció la importancia de la sociedad civil.</p>	<p>quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima; en donde se procederá a realizar entrevistas: al juez, asistente de juez, y secretarios /especialistas; con lo cual se podrá obtener información teórica práctica, teniendo como fuente a quienes administran justicia constitucional.</p>	<p><b>Formas de Gestación Subrogada:</b> Gestación Subrogada Altruista: Embarazo 10 Gestación Subrogada Lucrativa: Embarazo 10</p> <p><b>La Maternidad Subrogada Puede realizarse de diferentes formas:</b> <b>Madre Portadora:</b> Enrique Varsi. <b>Madre Sustituta:</b> Rosa Leonseguí, Minifiv. <b>Ovodonación:</b> Enrique Varsi. <b>Embriodonación:</b> Enrique Varsi, María Moschetta</p> <p><b><u>Teoría Seleccionada:</u></b> Alfredo Bullard.</p> <p><b><u>Marco Histórico:</u></b> AAVV. Antiguo Testamento, Raquel Bolton, Cieza Mora, Enrique Varsi.</p> <p><b><u>Marco Jurídico:</u></b> <b>Nacional:</b> Constitución Política del Perú 1993, Código Civil peruano 1984, Dec. Leg. 295, Ley que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes 2000, Ley 26842 Ley General de Salud. <b>Internacional:</b> Francia, Italia, España, México, Argentina, EEUU. <b><u>Marco conceptual:</u></b> <b>Anidación.</b>- Enrique Varsi, <b>Criogenia.</b>- Enrique Varsi, <b>Embrión.</b>- Real Academia Española, <b>Familia.</b>- Díez Picazo &amp; Gullón, <b>Maternidad.</b>- Real Academia Española, <b>Filiación.</b>- Moreno Rufinelli, <b>Fecundidad.</b>- Varsi Rospiglioso, <b>Infertilidad de Pareja.</b>- Cieza Mora, <b>Gestación Subrogada.</b>- Real Academia Española, <b>Derechos Sexuales y Reproductivos.</b>- CPM Flora Tristan, <b>Técnicas de Reproducción Asistida.</b>- IVI, <b>Derecho a la Vida.</b>- Facio Montejo, <b>Principio de Dignidad Humana.</b>- Expediente 01956- 2014-Lima.</p>	<p>97</p>
---	---	---	--	-----------



