

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTORA EN DERECHO

Ley que regula la maternidad subrogada para proteger los derechos de la gestante colaboradora en el Perú

Área de Investigación:
Derecho Constitucional

Autora:
Ms. Mendoza Rodríguez, Karla Patricia

Jurado Evaluador:

Presidente: Benites Vásquez, Tula Luz
Secretario: Rojas Guanilo, María Cecilia
Vocal: Silva Chinchay, Leiby Milagros

Asesor:
Florian Vigo, Olegario David
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1646-2819>

TRUJILLO – PERÚ
2023

Fecha de sustentación: 2023/04/04

DEDICATORIA

A Dios guiar mi camino y permitirme desarrollarme profesionalmente.

Para mi familia, que estuvo acompañándome en el transcurso de este nuevo logro.

AGRADECIMIENTO

A Dios por iluminar el sendero de mi vida y darme salud para continuar con este nuevo proyecto en mi vida profesional.

A mi amado esposo Victor Andrés Pereyra Salvador por su amor, apoyo y comprensión durante todo este proceso académico que culmina con la presentación de esta investigación.

A mis hijos Victor Jorge y Rosa Victoria Pereyra Mendoza, mis bastiones de vida.

A mis padres Fidencio Mendoza Dávalos y Filonila Rodríguez García por estar a mi lado compartiendo momentos importantes que incentivan mis metas.

A mi asesor Dr. Olegario David Florián Vigo por impartir sus conocimientos y guiarme en el desarrollo de la presente tesis.

RESUMEN

El propósito de la investigación fue determinar si con la emisión de una ley que regule la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico civil se llegaría a proteger los derechos de la gestante colaboradora, en una gestación con técnicas de reproducción asistida.

Para resolver este enunciado se acudió a la técnica del análisis documental consistente en la revisión de la doctrina y legislación comparada para identificar su desarrollo y postura respecto a la aplicación de la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada y sus distintas modalidades.

Asimismo, se utilizó la encuesta como instrumento a partir de un cuestionario a jueces especializados en familia, así como profesionales en la salud como obstetras y ginecólogos quienes opinaron en cuanto a la necesidad de regular la maternidad subrogada para proteger los derechos de la madre gestante.

Siendo que esta investigación es necesaria para postular una regulación que proteja los derechos de la gestante colaboradora como el derecho a la dignidad, otorgarle asistencia médica integrar a su salud física y psíquica, antes, durante y después del embarazo, con la intención de proteger su vida y salud introduciendo dentro del ordenamiento jurídico la figura de maternidad subrogada a través de la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud y el artículo 361 del Código Civil (filiación); modificatorias que se incorporan como recomendación y proyecto de ley de modificación.

Palabras claves:

Maternidad subrogada Gestante colaboradora Altruista Técnicas de Reproducción Asistida

ABSTRACT

The purpose of the investigation was to determine if the issuance of a law that regulates surrogacy in the civil legal system would protect the rights of the collaborating pregnant woman, in a pregnancy with assisted reproduction techniques.

To resolve this statement, he resorted to the documentary analysis technique consisting of the review of the doctrine and comparative legislation to identify its development and position regarding the application of the assisted reproduction technique of surrogate motherhood and its different modalities.

Likewise, the survey was used as an instrument based on a questionnaire to judges specialized in family matters, as well as health professionals such as obstetricians and gynecologists who gave their opinion regarding the need to regulate surrogate motherhood to protect the rights of the surrogate mother.

Since this research is necessary to apply a regulation that protects the rights of the collaborating pregnant woman, such as the right to dignity, to grant her medical assistance to integrate her physical and mental health, before, during and after pregnancy with the intention of protecting life and health of the collaborating surrogate mother by introducing the figure of surrogate motherhood within the legal system through the modification of article 7 of the General Health Law and article 361 of the Civil Code (filiation) modifications that are incorporated as a recommendation and bill of modification.

Key words:

Surrogate motherhood Collaborating pregnant woman Altruistic Assisted Reproduction Techniques

ÍNDICE

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN	VI
ABSTRACT	
VII ÍNDICE	
VIII	
I. INTRODUCCIÓN	12
1.1. ANTECEDENTES	12
1.1.1. Antecedentes Internacionales	12
1.1.2. Antecedentes Nacionales	13
1.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA	14
1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	18
1.4. HIPÓTESIS	18
1.5. OBJETIVOS	19
1.5.1. General.....	19
1.5.2. Específicos	19
1.6. VARIABLES	19
II. MARCO TEÓRICO	20
20 CAPÍTULO I: POSITIVISMO DE HART	
.....	20
2.1. POSTULADOS DE HART	20
2.1.1. El Derecho y las órdenes respaldadas por amenazas	20

2.1.2.	La obligación jurídica frente a la obligación moral	21
2.1.3.	Regla del Reconocimiento	22
CAPÍTULO II: TÉCNICAS HUMANAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA		23
2.2.	Definición	23
2.2.1.	Diferencias entre esterilidad e infertilidad.....	24
2.2.2.	Técnicas Reproductivas: argumentos a favor y en contra	26
	a. Ayuda a la paternidad o a la maternidad:	26
	b. Argumento del pluralismo:	26
	a) Argumento de lo natural	26
	b) Argumento basado en la “disolución social debido a la manipulación de material reproductivo del ser humano”	26
2.2.3.	Inseminación Artificial	27
2.2.4.	La Fecundación in Vitro (FIV)	28
2.2.5.	Aspectos psicológicos de la gestante	29
2.2.6.	La maternidad o gestación subrogada como TRAH	31
CAPÍTULO III: DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL		33
2.3.	DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA	33
2.3.1.	Antecedentes y conceptos teóricos	33
2.3.2.	Alcances y contenido de los derechos reproductivos	34
2.3.3.	Dignidad Humana y los Modelos de su evolución	37
	2.3.3.1. Definición	37
	2.3.3.2. La Dignidad como Derecho Humano y Derecho Fundamental	39
2.3.4.	Obligación de garantía del Estado en relación al Derecho a la Salud y la Integridad Persona.	40

CAPÍTULO IV: GESTACIÓN SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	42
2.4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	42
2.5. Definición y controversia conceptual entre “maternidad” y “gestación” subrogada	43
2.6. Modalidades de gestación por sustitución	44
2.7. Teorías de la determinación de la maternidad	45
2.7.1. Teoría de la contribución genética.....	45
2.7.2. Teoría de preferencia de la gestante	45
2.7.3. Teoría de la intención	46
2.8. La “Maternidad Subrogada” y la colisión con la filiación	47
2.9. Problemática del interés público y los contratos privados	48
2.10. Finalidad altruista y sus alcances.....	50
2.11. Causas de la Gestación Subrogada	50
2.12. El principio del interés superior del niño respecto a los padres solicitantes ..	51
2.12.1. Antecedentes	51
2.12.2. Definición	52
2.12.3. Interpretación del Principio del Interés Superior del Niño	53
2.12.4. El interés superior del niño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	54
2.12.5. Alcances	55
2.12.6. Protección por parte Tribunal Constitucional peruano	56
2.13. Análisis del art. 7 de la Ley General de Salud.....	57
2.14. Jurisprudencia peruana ante la no regulación de la Gestación Subrogada	58
2.15. Turismo Reproductivo: En busca de formar una familia en legislación extranjera	62

2.16. Proyectos de Ley en la legislación peruana sobre maternidad o gestación subrogada	63
2.17. Legislación Comparada	66
A. México	66
B. Portugal	67
C. España	68
D. Gran Bretaña	70
III. METODOLOGÍA	72
3.1. Métodos	72
3.2. Técnicas	72
3.3. Instrumentos	72
IV. RESULTADOS	73
V. CONCLUSIONES	97
VI. RECOMENDACIONES	99
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101
VIII. ANEXOS	107

I. INTRODUCCIÓN

1.1.ANTECEDENTES

1.1.1. Antecedentes Internacionales

Cué, (2016) en su tesis titulada “Maternida Subrogada” para obtener el título de licenciada en derecho por la Universidad Panamericana de México, tuvo como objeto realizar un análisis sobre la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida con el objetivo de contribuir al desarrollo del ordenamiento jurídico en beneficio de la sociedad mexicana actual. El método empleado fue el descriptivo en donde se abordó el análisis sobre las repercusiones que conllevaría en la familia la maternidad subrogada, así como de la posibilidad de regular adecuadamente las técnicas de reproducción asistida para un mejor entendimiento de su naturaleza. Se concluyó en la urgencia de regular la maternidad subrogada adecuándola al bien común estableciendo límites, restricciones y estándares mínimos ya que es una situación que está ocurriendo en nuestra sociedad.

Albarracín, Flor et all (2017) en su Tesis para lograr la especialización en derecho de familia para la Universidad La Gran Colombia, titulada: La maternidad subrogada como alternativa de procreación para parejas infértiles en Colombia, tuvo como objetivo determinar sobre la necesidad de regular la práctica de la maternidad subrogada y establecer la filiación materna respecto del niño nacido bajo esta modalidad sobre todo en el caso que la madre subrogante se negara a entregar al niño al momento de nacer. El método empleado fue el descriptivo. En dicho estudio se analizó aspectos sociales, biológicos y jurídicos, así como los conflictos que se pueden presentar en cuanto a la filiación de los menores concluyendo que la maternidad subrogada debe ser regulada de manera explícita en cuyo texto normativo se debe garantizar la preservación de la salud y establecer la prohibición de utilizar el material genético de la subrogante.

Vilar (2017) en su tesis doctoral titulada *Gestación por sustitución en España. Perspectiva en derecho comparado con especial referencia a California (EEUU) y Portugal*, tuvo por finalidad demostrar la necesidad de proteger el status jurídico de quienes intervienen en este proceso mediante una regulación por el cual se establezca requisitos y límites con el fin de evitar la comisión de abusos. Se concluyó que la prohibición no evita su práctica. También se determinó que con la regulación se otorgará previsibilidad y seguridad jurídica a los sujetos que intervienen y que para tal efecto es necesario modificar el Código Civil en cuanto a la filiación en base a las nuevas necesidades de la sociedad y dar cabida a la figura de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de técnicas de reproducción asistida.

1.1.2. Antecedentes Nacionales

Rosas, Marina & Tunqui, Lizett (2018) en su tesis para obtener el título de abogadas, titulada: *La gestación subrogada en Salas Superiores de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, periodo 2012-2017*, sustentada en la Universidad San Ignacio de Loyola, buscó identificar la existencia de criterios adoptados por los magistrados para resolver los casos sobre gestación subrogada a partir de las sentencias emitidas en las Salas Superiores de Familia de Lima; para el desarrollo de esta investigación se empleó el método cualitativo cuya unidad de análisis fueron las jurisprudencias, normas y criterios en torno a la gestación subrogada. Se concluye en la conveniencia de elaborar una propuesta normativa que regule la maternidad subrogada, que determine la relación genética del niño por nacer con los padres de intención e identifica a la participación de la gestante colaboradora como apoyo en este procedimiento de reproducción asistida.

Gamarra (2018), en su tesis para optar el grado de maestro en Derecho, con mención en derecho constitucional y tutela jurisdiccional, titulada, *Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia*, tuvo como objetivo establecer la normatividad que regule el vientre subrogante en la legislación nacional y poner fin a los abusos; para tal efecto se utilizó el método explicativo – analítico utilizando una muestra de 400 personas todas ellas mujeres con problemas de concepción del cual el 90% conocía éste método, el 94% estaba de acuerdo en que

el Estado debe regular el contrato del vientre de alquiler y el 95% precisa que no estaría en condiciones de alquilar su vientre por falta de cultura humanista y de regulación adecuada. Se concluye que esta práctica no violenta la dignidad ética de la procreación debido a que se trae al mundo a un nuevo ser anhelado por una familia y que la legislación al respecto constituiría en una solución jurídica ante la práctica ilegal de este procedimiento.

Ramírez (2018) en su tesis para optar el grado de maestro en ciencias políticas. Por la Universidad Nacional de Huancavelica, buscó determinar el estatus jurídico de la maternidad subrogada desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Se utilizó un diseño de investigación descriptivo cuya muestra se conformó por 9 magistrados de la especialidad de derecho público y privado del Distrito Judicial de Huancavelica, el defensor del pueblo, el decano del colegio de abogados, el director del MINSA, el director de EsSalud y un médico legal de Huancavelica. Llegando a determinarse que la regulación que contiene el artículo 7 de la Ley General de Salud resulta insuficiente para dar solución a las controversias jurídicas que se suscitan en el marco de la maternidad subrogada por lo que debe regularse al respecto con el fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales como: Dignidad, protección de la familia, identidad y filiación.

1.2.REALIDAD PROBLEMÁTICA

Los avances científicos atraen nuevas formas de pensar influyendo en las ideologías de tipo lineal, debiendo considerar modificaciones en el aspecto socio - jurídico. Los avances en torno a las técnicas de reproducción asistida, han repercutido especialmente en la vida del hombre trayendo consigo diversos tipos de relaciones humanas trascendiendo el ámbito jurídico. Sumado a ello, se advierte también que la aspiración de lograr la paternidad y/o maternidad, no solo depende de la variedad científica que se pone a disposición de las personas con problemas de fertilidad, sino también de la posibilidad de acceder a ellas.

Las personas en uso de su autonomía privada han decidido celebrar negocios jurídicos en torno al uso de técnicas de reproducción, llegando a traspasar las fronteras de la

regulación y exclusividad del derecho privado siendo necesario la intervención Estatal a través de normas de derecho público con el fin de controlar y regular estos nuevos tipos de relaciones humanas que han puesto de manifiesto una nueva modalidad mercantil, superando los límites de la ética y legalidad, en especial en lo que respecta a la maternidad subrogada en cuyo proceso se requiere principalmente de la intervención de una tercera persona de sexo femenino denominada gestante colaboradora quien se va a encargar de llevar a cabo el proceso gestacional, sea a cambio de una compensación económica o de forma altruista, según lo disponga la legislación del lugar en donde se practique y con el compromiso a futuro de entregar al recién nacido a los padres de intención para que se les reconozca legalmente como tales.

Sin embargo, no en todos los países del mundo se encuentra regulada y permitida la maternidad subrogada, pues se advierte que en los países de Canadá, algunos estados de Estados Unidos (California, Florida, Nevada, etc.), Rusia, Ucrania, Grecia, Reino Unido, Tailandia, Georgia, Australia, India y Sudáfrica, permiten acceder a esta técnica de reproducción asistida cada una con sus propias particularidades como son: Restricciones a heterosexuales, acceso a parejas o personas solteras, restricciones de nacionalidad, etc.; debiendo resaltar que en la mayoría de los casos se requiere que la gestante colaboradora intervenga de modo altruista con el solo reconocimiento de los gastos de embarazo, pero lo más resaltante y uniforme, es el requisito de acreditación por parte de la madre de intención, de su imposibilidad de quedar embarazada, ya sea por problemas de infertilidad o porque la gestación podría poner en riesgo su salud y la del niño por nacer.

En América Latina se advierte que las parejas, aprovechando los vacíos legales y falta de regulación (Guatemala, Costa Rica, Bolivia, Paraguay y Colombia), recurren a esta práctica; sin embargo, con el fin de lograr el reconocimiento del nacido por parte de los padres de intención, estas parejas llegan a incurrir en delitos penales pues los niños son registrados sin autorización legal a nombre de aquellos.

En el Perú, la maternidad subrogada no está regulada, permitiendo que las parejas recurran a ésta técnica de fertilización; sin embargo, con el fin de poder inscribir al

menor nacido como hijo de los padres de intención, indistintamente han recurrido al órgano jurisdiccional con la finalidad de interponer procesos judiciales de impugnación de reconocimiento de maternidad, de nulidad de acto jurídico, adopción excepcional y proceso de amparo, en cuyos procesos los magistrados

(independientemente de la materia en el que se han tramitado y resuelto los procesos judiciales) se han pronunciado a favor de los padres de intención disponiendo la inscripción de los menores nacidos como hijos de aquellos en todos los casos, esto en aras de proteger el Interés Superior del Niño sin emitir mayor pronunciamiento respecto de los derechos que se afectan a la gestante colaboradora.

Cabe destacar que este proceso gestacional se viene practicando indistintamente, ya sea mediante la inseminación del espermatozoide y óvulo de los padres de intención o de la inseminación del espermatozoide del padre de intención con el óvulo de la gestante colaboradora. En este último caso, se ha aceptado la adopción de la pareja del padre biológico para que se le reconozca como madre del niño. Es decir, en el Perú la práctica de la maternidad subrogada es una realidad y ante la falta de regulación se está utilizando distintas vías del proceso judicial con el fin de regularizarla y obtener el reconocimiento de los menores, dejando de lado la protección de derechos que dada la ausencia legislativa se ven afectados, como es el caso de la gestante colaboradora.

Es importante precisar que el objetivo central de esta investigación tiene por finalidad determinar que con la emisión de una ley que regule la maternidad subrogada se va a proteger los derechos de la gestante colaboradora sin cuya participación este procedimiento de reproducción asistida sería imposible; y como tal, es deber del estado proteger sus derechos relacionados principalmente con su integridad física y psicológica, partiendo como referencia de los casos internacionales como Baby M. y A.G.H. vs D.R.H. tramitados en la Corte Superior de Nueva Jersey, Estados Unidos; y del caso peruano: Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone (Casación 563-2011-LIMA) tramitado ante la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de La República, en los que se evidencia la afectación psicológica que se produce en la gestante colaboradora como consecuencia del desapego del niño recién nacido.

Se puede incluir que el estado reconoce su deber de garantizar la salud de la ciudadanía y dentro de sus políticas de salud se encuentra incluida la prevención de las enfermedades de salud mental, conforme se precisa en el acápite 1.1. del artículo 1 de la Ley de Salud Mental (Ley N° 30947, 2019).

En este orden de ideas, siguiendo el pensamiento filosófico del positivismo jurídico, se considera conveniente elaborar un proyecto de ley con la finalidad de regular la maternidad subrogada, así como proponer la implementación de un proceso judicial de autorización de maternidad subrogada a ser tramitado en la vía del proceso no contencioso a tramitarse en los juzgados de familia (en su condición de órgano jurisdiccional especializado en materia de familia), buscando garantizar la protección de los derechos de la gestante colaboradora desde el proceso de selección de la misma hasta la etapa post parto incluso.

Al mismo tiempo, se debe precisar que no es cuestión de importar normas que lejos de resolver un problema social nos alejen de nuestra realidad, ya que en nuestro país no solo se viene utilizando al órgano jurisdiccional (sin considerar la especialidad) para que emita pronunciamientos en torno a la maternidad subrogada a favor de los padres de intención, sino que además se viene dejando de lado la protección de los derechos que le asisten a la gestante colaboradora en torno a su salud física y mental.

Se precisa que, dentro de la teoría del positivismo y en oposición a la concepción del derecho como norma imperativa, conforme afirma John Austin, se ha adoptado la tesis del derecho como fuente social propio del pensamiento filosófico de Herbert Lionel Adolphus Hart, toda vez que por medio de este trabajo de investigación se pretende elaborar una Ley que permita proteger derechos, otorgando potestades privadas a través de procedimientos específicos, y proveer a la gestante colaboradora de los medios y recursos necesarios para garantizar la protección y ejercicio de sus derechos relacionados con su capacidad de elegir, de su salud física y psíquica, incluso, hasta después del parto.

Es por estas razones que se requiere que nuestro ordenamiento jurídico regule la figura de la maternidad subrogada, especialmente en el rubro de derechos que debe tener la gestante colaboradora, toda vez que, al legislar a favor de la maternidad subrogada se

va a poder proteger legalmente, dentro del marco del ejercicio de su derecho a decidir, a la autonomía reproductiva y del goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, los derechos de la gestante relacionados con su salud física y psicológica garantizando su estado de bienestar general, atendiendo a que es quien llevará en su vientre al niño y que una vez nacido tendrá que entregarlo a los padres de intención, por lo que es menester garantizar que tanto en el proceso de embarazo, como el post parto (el mismo que trae como consecuencia cambios físicos y emocionales en la salud de la gestante), la gestante se encuentre protegida por nuestro ordenamiento jurídico evitando todo tipo de abusos y afectaciones en su integridad más aún si es ella quien tiene que afrontar el proceso de desapego del recién nacido con los cambios físicos y emocionales que ello conlleva.

De las sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional se advierte que se ha protegido al niño y a los padres de intención; sin embargo, se ha dejado de lado el reconocimiento de derechos que le asisten a la gestante colaboradora, pues en ninguna sentencia han valorado su actuación como tal ni mucho menos se ha emitido pronunciamiento en defensa de sus derechos a la salud física ni psicológica. No se advierte que se haya dispuesto algún deber de protección que brinde soporte emocional y garantice su debida recuperación física a ser asumido por los padres de intención durante el periodo post parto vulnerando su dignidad.

En tal sentido la presente investigación busca determinar la manera en que la emisión de una ley que regule la maternidad subrogada protegería los derechos de la gestante colaboradora en el ordenamiento jurídico civil. En otras palabras, busca analizar la manera en que la ausencia normativa afecta, no solo la dignidad humana de la gestante colaboradora, sino también el ejercicio de sus derechos a decidir, a la autonomía reproductiva y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y de esta manera evitar que se encuentre en una posición de incertidumbre jurídica.

1.3.PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿De qué manera la emisión de una ley que regule la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico civil, protegería los derechos de la gestante colaboradora?

1.4.HIPÓTESIS

La emisión de una ley que regule la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico civil protegería los derechos de la gestante colaboradora, toda vez que se tutelaría su integridad física y psicológica.

1.5.OBJETIVOS

1.5.1. General

- Determinar de qué manera la emisión de una ley que regule la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico civil, protegería los derechos de la gestante colaboradora.

1.5.2. Específicos

- Describir cual es la postura de la doctrina respecto a la aplicación de la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada y sus distintas modalidades.
- Identificar como ha regulado en legislación comparada en el ámbito de la maternidad subrogada.
- Identificar cuál es la postura de jueces especialistas en cuanto a la necesidad de regular la maternidad subrogada para proteger los derechos de la madre gestante.
- Describir cuál es la postura de profesionales de salud en cuanto a la necesidad de regular la maternidad subrogada para proteger los derechos de la madre gestante.
- Proponer una alternativa legislativa de maternidad subrogada que proteja los derechos de la gestante y de los niños nacidos de esta técnica.

1.6.VARIABLES

La base teórica se desarrollará partiendo de las variables identificadas y que se desprenden del enunciado de la investigación como son:

- Variable Independiente: Ley que regula la maternidad subrogada en el Perú.
- Variable Dependiente: Protección de derechos de la gestante colaboradora.

II. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I: POSITIVISMO DE HART

2.1.POSTULADOS DE HART

Como bien conocemos Hart es un gran exponente del Derecho del siglo XX, siendo su obra cumbre “*The concept of Law*”, en traducción al castellano “Concepto de Derecho” publicado en 1961.

En base a sus grandes logros Hart ha dejado un gran legado en cuanto a la doctrina del derecho, en razón a ello pasaremos a exponer los postulados más importantes de su trayectoria en la línea de defensor del positivismo.

2.1.1. El Derecho y las órdenes respaldadas por amenazas

Hart, a pesar de ser defensor del positivismo también generó algunas críticas sobre esta concepción, en razón al Derecho y las órdenes que vienen respaldadas por sanciones que vendrían a ser las amenazas.

En este sentido, Hart platea en contra de lo argüido por Austin, quien afirmaba que las normas que son dictadas por el soberano bajo la creencia que en caso de su incumplimiento traería consigo consecuencia nocivas, Hart señala que: 1) las normas no dependen del soberano, ya que puede desaparecer, sin embargo, las normas van a continuar regulando; 2) algunas normas limitan las potestades legislativas del soberano, mientras que otras se encargan de encubrirlo; 3) algunas normas suelen surgir de la costumbre y no del soberano; 4) existen normas que no se van a encargar de imponer sanciones (MARTÍNEZ IDÁRRAGA, 2013, pág. 142).

Puesto que, el planteamiento de Hart va en el sentido de no obligar con la coerción o amenaza para generar el cumplimiento de las normas, sino que ésta debe ir enmarcada en la conciencia de quién debe cumplirla, porque los soberanos son temporales, pues muchas normas tienen duración mayor a un cargo de poder, ya que éstas no se encuentran supeditadas al mismo.

2.1.2. La obligación jurídica frente a la obligación moral

Los profesores PEÑA y BONORIO, sobre esta temática señalan que Hart afirma que del “hecho que una norma jurídica se considere contraria a ciertas pautas morales no puede inferirse que dicha norma no posea carácter jurídico, como tampoco del hecho que una norma se considere moralmente deseable no puede inferirse que la misma sea norma jurídica” (2002).

Hart, sobre la obligación jurídica y la obligación moral afirma que cuando hablamos de “obligación”, ésta tiene una estrecha relación con el “deber”. Aquí se podría enmarcar entre estos conceptos su diferencia en dos aspectos: la primera, acerca de “las obligaciones morales” las cuales surgen de las promesas realizadas entre las personas, en su grado de confianza, incluso también en este sentido puede existir una obligación moral de obedecer al derecho; en segundo lugar, los deberes y las obligaciones están realmente en sus dominios. Es decir, en el ámbito jurídico estos conceptos son utilizados para prohibir reglas de un sistema jurídico existente. (HART, S/F)

El gran aporte del positivista, señala que la obediencia general con miedo o coerción no genera una obligación moral ya que la principal motivación del sujeto será el temor ejercido en caso de incumplimiento.

Hart afirma que con la práctica social compleja que ha sido establecida a una forma o modo de conducta, en virtud de ella, no será necesario que el órgano legislativo introduzca dentro del ordenamiento jurídico tal conducta como norma, ya que la generalización de tal hecho generará su cumplimiento.

En ese sentido, la obligación moral estará constituida por las “promesas”, y su respecto de su vinculación con el derecho deberá destacarse tres características importantes: 1) Procedimiento Establecido, es decir que exista una aceptación social por algún grupo

social específico; 2) Independencia de contenido, en este caso la obligación no surgirá de la acción prometida, sino el ejercicio de la persona idónea en las circunstancias adecuadas; y 3) La Coerción, las reglas están destinadas a forzar el cumplimiento de la obligación a través de la amenaza o sanción (HART, S/F).

Se puede concluir, que en teoría que plantea HART sobre la obligación jurídica, la autoridad utilizará la coerción como método para el cumplimiento de la “obligación” o “deber”, incitando de manera forzada la obediencia del pueblo. Sin embargo, en distinción con la obligación moral, ésta se basará en la “promesa” realizada por las personas, la cual su mero incumplimiento genera reproche o afección a la conciencia o de terceros sobre ello. En ese sentido, la obligación moral no será necesaria ser positivizada por los legisladores, cuando ésta se encuentre generalmente aceptada en un sector específico.

2.1.3. Regla del Reconocimiento

Hart es quién ha denominado a la norma “última” y “suprema” de un sistema jurídico como “regla de reconocimiento”, en ese sentido en palabras de los juristas ATIENZA y RUIZ sobre lo precisado por el positivista Hart, señalan que la denominación de “norma última” depende “meramente de su aceptación compartida, no es un enunciado jurídico como los demás (...) la regla de reconocimiento solo puede expresarse en metalenguaje y no puede formar parte del lenguaje objeto, esto es, Derecho Positivo” (1996, pág. 34).

En otras palabras, la “regla de reconocimiento” puede ser definida como aquella “regla de cualquier sistema jurídico que permite determinar cuáles son los criterios últimos de validez dentro del mismo, y en este sentido, puede decirse que permite identificarlos” (RAMIREZ, 2004, pág. 167).

De lo anterior se afirma que la regla de reconocimiento, servirá en razón a reconocer o identificar las reglas del grupo social, por eso se habla de una aceptación compartida, pues especificará alguna característica que vendrá a revelar una afirmación indiscutible de una regla del grupo; el elemento fundamental del sistema jurídico, con esta regla, será que la misma otorga: i) Unidad y certeza; 2) identifica e individualiza a aquél respecto de otros y; 3) delimita respecto de otros sistemas normativos (JIMÉNEZ CANO, 2009).

La “regla del reconocimiento”, tiene 3 funciones que dotan su importancia en un sistema jurídico: 1) aportar criterios revestidos de autoridad, con la finalidad de determinar la validez de las normas, y descartar las que no cumplan este criterio; 2) separar el Derecho

de la moral, para HART en ningún sentido es necesario que la dación de normas satisfaga la moral, pero ello no significa que se venga aplicando dentro del sistema jurídico por parte del legislador; 3) proporciona criterios de validez jurídica, ello permite reconocer aquellas normas pertenecientes al ordenamiento. Es en esta temática donde Hart finalmente introduce la idea de un “sistema jurídico” (GARCÍA HIGUERA, 2010, págs. 4-5).

De lo anteriormente mencionado, se evidencia que HART a través de la “regla del reconocimiento”, busca generar validez de una regla primaria con el cumplimiento de ciertos criterios que deben ser cumplidos por parte de la autoridad que la dotará de ese rango, ésta además deberá ser una “práctica compleja de reconocimiento”, es decir, debe existir una aplicación generalizada de la población para considerarse efectiva.

CAPÍTULO II: TÉCNICAS HUMANAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

2.2. Definición

Para abarcar a mayor profundidad la problemática que abordamos en la presente tesis, se busca definir los conceptos generales sobre “Técnicas de Reproducción Asistida”, las cuales no son una aplicación nueva, sino que se vienen desarrollando continuamente con la finalidad de permitir a las personas tener una familia, ya que no podemos encasillar la aplicación de las TERAS a una pareja, por eso hablamos de su aplicación en general.

Ahora bien, podemos comprender por Técnicas de Reproducción Asistida aquello que forma parte de un tratamiento con la finalidad de brindar un tratamiento de los trastornos de la fertilidad, la cual aqueja a muchas personas. Asimismo, comprende un conjunto amplio de mecanismos o procedimientos que se caracteriza por tener una actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides), con la finalidad de favorecer la fecundación de las personas que lo solicitan y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina (Sociedad Española de Fertilidad, 2013).

También podemos decir que las TERAS, son todos aquellos medios por los cuales se evidencia la intervención del hombre de manera artificial en el acto de la procreación, de un ser humano haciendo uso de medios tecnológicos. Entre estos medios se puede precisar

dos grupos: 1) inseminación artificial, y 2) fecundación extracorpórea o in vitro (CUBILLOS, 2013).

De ello podemos inferir que, debido a los grandes avances tecnológicos han permitido al hombre desarrollar una gama de medios que permitan viabilizar la procreación humana ante su imposibilidad física que le impide la fecundación natural, permitiendo que a través de estas TERAS se pueda brindar una nueva oportunidad a las personas que por esterilidad o infertilidad han visto muchas veces frustrados sus sueños y anhelos como el de “formar una familia”, es por eso que muchas personas acuden a este tipo de medios.

Es por ello que, Las Técnicas de Reproducción Asistida Humana (TRAH), tiene como objetivo importante y fundamental el poder maximizar las posibilidades de fertilización para permitir un embarazo viable (JAUSORO, 2000, pág. 5).

En la 57ª Asamblea General de la AMM - Asociación Médica Mundial - adoptó una Resolución sobre la “Tecnología de Reproducción Asistida por parte de, el cual establece que “La tecnología de reproducción asistida abarca una amplia variedad de técnicas diseñadas principalmente para ayudar a las parejas que no pueden concebir sin asistencia médica.” (Asociación Médica Mundial, 2006)

Finalmente, podemos comprender por Técnicas de Reproducción Asistida todos aquellos medios tecnológicos realizados por el hombre con la finalidad de viabilizar la fecundación humana a través de la ciencia ante un problema físico del o los solicitantes, que requieran la aplicación de estas técnicas.

2.2.1. Diferencias entre esterilidad e infertilidad

Ordinariamente tomamos como sinónimos estos dos conceptos de “esterilidad” y “infertilidad”, sin embargo, para la ciencia son términos totalmente distintos, siendo necesaria su diferenciación porque de ello dependerá el tipo de tratamiento que se implemente en la persona solicitante.

En razón a lo mencionado, podemos afirmar que la esterilidad es aquella “incapacidad para lograr gestación tras un año de relaciones sexuales con frecuencia normal y sin uso de ningún método anticonceptivo” (Sociedad Española de Fertilidad, 2013). Es decir, aquella disfuncionalidad de los órganos reproductores para concebir, ello puede ser aplicable tanto al hombre como a la mujer, siendo que ante tal imposibilidad se torna

muchas veces en situaciones problemáticas entre pareja, en busca de una solución se suele acudir ante un médico con la intención de solicitar un diagnóstico que indique con certeza el tipo de padecimiento, para posteriormente someterse a un tratamiento que permita la procreación.

Ahora bien, como se había mencionado anteriormente muchos especialistas (mayoritariamente en el sistema anglosajón), suelen hacer referencia a la infertilidad como sinónimo de esterilidad. En nuestro medio (hispanohablante), si se ha establecido una diferencia, conceptualizando como infertilidad: la incapacidad para realizar gestaciones que sean capaces de llegar hasta la etapa fetal. En razón a ello, se puede incluir dentro del concepto aquellas situaciones como el aborto de repetición, el parto prematuro, la muerte fetal intrauterina, etc.” (Sociedad Española de Fertilidad, 2013). De ello, se puede precisar que en la <esterilidad> si existe la capacidad de poder concebir, sin embargo, el problema radica en mantener dicha concepción hasta su etapa final, muy diferente que en la <infertilidad> en la cual no es posible procrear.

Algunos autores, suelen hablar de 2 tipos de infertilidad, abarcando dentro del mismo a la esterilidad como parte de esta tipología, al respecto se señala una esterilidad primaria perteneciente a aquellas personas que nunca pudieron lograr un embarazo, y en la infertilidad secundaria (strictu sensu) abarcaría a aquellas personas que, si lograron obtener un embarazo, pero tuvieron abortos espontáneos (LUNA, 2008, pág. 16). De ello, como bien habíamos precisado anteriormente sobre la distinción en términos sencillos podemos decir que “esterilidad se refiere a la incapacidad para concebir e infertilidad a la incapacidad para tener un hijo vivo” (JAUSORO, 2000), en este sentido, en razón a lo anteriormente mencionado por el primer autor, en la infertilidad primaria hablamos de una <infertilidad en estricto sensu> y la llamada infertilidad secundaria vendría a ser la <esterilidad>, en contrario a lo aportado por la jurista LUNA.

En el país de Argentina se ha brindado aportes importantes, perfilando a través de su jurisprudencia que en cuanto a la infertilidad no ha sido solo considerada como una dolencia, sino que, entiende que, conforme a la protección otorgada en su constitución como el derecho a la salud, también el derecho a formar una familia y hasta la protección del interés superior del niño (SIVERINO-BAVIO, 2012, pág. 2014). Abarcando en sentido amplio una protección a aquellas personas que sufren esta incapacidad física que les impide <formar una familia> para constituirse como tal en la sociedad.

Es por ello, que cuando hablamos de <gestación subrogada> debe realizarse en caso exista alguna discapacidad, como esterilidad o infertilidad, puesto que, éste es el impedimento para la procreación de forma natural, caso contrario se desnaturalizaría la figura en aplicación de quienes con intención de formar un hogar se convierta en un negocio lucrativo o por estética.

2.2.2. Técnicas Reproductivas: argumentos a favor y en contra

Sobre las Técnicas de Reproducción Asistida existen 2 posturas que marcan la diferencia de permitir su aplicación (argumentos a favor) y de no aplicarlas (argumentos en contra), en base a ello vamos a precisar sus bases para considerar una postura.

En referencia a ello, los doctrinarios que se encuentran a favor argumentan que:

- a. Ayuda a la paternidad o a la maternidad:** Su base radica en aquella necesidad básica de los seres humanos de ansiar tener hijos biológicos, considerando en este sentido a la infertilidad como un problema, la cual puede ser superado por medio de las TERAS para permitir que dicha incapacidad sea un impedimento para formar una familia.
- b. Argumento del pluralismo:** Este argumento vendrá a complementar el anteriormente mencionado. Se basa en que el legislador a través de sus potestades legislativas puede regular este tipo de técnicas para permitir a las personas puedan elegir si las aplican, ello permitirá que no todas las personas deban someterse a las TERAS. No obligando a ninguna persona a realizar una práctica con la que desacuerda. (LUNA, 2008, págs. 20-21).

Ahora bien, en cuanto a los argumentos en contra se puede señalar:

- a) Argumento de lo natural:** Este argumento realiza un énfasis en considerar antinatural y artificial la aplicación de estas técnicas. Señala que la gestación por estos medios implicará una aplicación mecánica o tecnológicos o por contratos sociales, lo que se realizará sin amor. Concluyendo que, ante ello, el uso de estas técnicas llevará como resultado la destrucción del matrimonio y consigo también

de la institución de la familia, que hoy se busca proteger ante los continuos avances tecnológicos.

- b) Argumento basado en la “disolución social debido a la manipulación de material reproductivo del ser humano”:** Este argumento plantea que al permitir la aplicación de este tipo de técnicas conduciría al caos y a la disolución social, ya que abriría las puertas a que se puedan realizar experimentos con los embriones o manipulaciones genéticas que degradan la vida del ser humano ante tales modificaciones que van en contra de lo natural fomentando una “cultura de la muerte”, y que, ante este peligro que traería nefastas consecuencias, es mejor no aceptarlas (LUNA, 2008, págs. 21-23).

Como se ha hecho mención anteriormente sobre la aplicación o no de las técnicas de reproducción asistida, somos de la postura que los argumentos en contra impiden que el ser humano pueda formar una familia debido a la incapacidad de la esterilidad o infertilidad que aqueja su vida diaria, siendo estas técnicas una oportunidad que les permita desarrollarse como familia, ello no resta importancia a la debida regulación que debe realizar el legislador sobre estas técnicas, pues se puede realizar manipulaciones genéticas que hoy no es novedad su ejecución, siendo contrario al desarrollo del humano natural que será modificado artificialmente a través de la ciencia.

2.2.3. Inseminación Artificial

La inseminación artificial es parte de las TERAS, ella comprende 2 formas: La primera, cuando se realiza con el esperma de la pareja y se la denomina <homóloga>, en cambio la segunda modalidad hace referencia cuando se aplica con el esperma de un donante (IAD), a la cual se le denomina <heteróloga> (LUNA, 2008, pág. 36).

Podemos definir a la inseminación artificial como la más sencilla de las técnicas de reproducción asistida, ya que consiste en depositar los espermatozoides dentro del órgano genital de la mujer, a través de un instrumento adecuado. En cuanto a la probabilidad de obtener una gestación por cada ciclo realizado es de un 10-15 %. Sino se logra la gestación, lo más adecuado es repetir el tratamiento en tres-cuatro ciclos consecutivos, ya que si bien es cierto ante una constante repetición y consecución de fracasos puede considerarse cada vez una posibilidad muy baja de poder gestar. (Sociedad Española de Fertilidad, 2013).

Muchas parejas ante el fracaso de la primera aplicación de esta técnica suelen evitar esa angustia de ver si funcionará o no, sin embargo, es recomendable insistir y contar con el apoyo de la familia y de la pareja, ya que los ánimos y estados emocionales de la gestante son influencia para la reacción de su organismo, siendo muchas veces el estado de depresión ante los constantes intentos limitan lograr una gestación hasta su etapa final.

Una de las consecuencias de la inseminación artificial, como se había mencionado anteriormente ante un fracaso se puede repetir esta técnica ello puede traer consigo una problemática, ello radica en los <embarazos múltiples> el cual puede estar vinculado a un inadecuado seguimiento del proceso de gestación. Por ello, es importante que toda mujer que se somete a la aplicación de esta técnica debe estar cuidadosamente monitoreada, por ejemplo, a través de ecografía que permitan saber el estado actual de la gestante. Se debe, además, mediar un consentimiento informado adecuado sobre las consecuencias que traer consigo la aplicación de esta técnica y los cuidados que la pareja debe tener con la mujer puesto que existen riesgos colaterales como náuseas, vómitos, aumento del tamaño del ovario y posibilidad de formación de quistes en el ovario.

(LUNA, 2008, pág. 38).

2.2.4. La Fecundación in Vitro (FIV)

La fecundación in vitro consiste en la extracción de óvulos de la mujer, cuando se haya realizado dicha extracción éstos se colocan con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio, a ello se le agrega el esperma masculino, el cual puede ser de la pareja o también de un donante. Ahora bien, cuando el óvulo se haya fertilizado debe examinarse durante un par de días mientras se divide celularmente, para finalmente poder introducirlo por la vagina en el útero. Cuando el embrión se implanta en la pared uterina entonces existirá un embarazo (LUNA, 2008, págs. 41-42).

De la misma manera también se puede definir esta técnica como el “conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención del óvulo y el esperma, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo para el ulterior desarrollo del mismo” (CUBILLOS, 2013).

En base a esta técnica de reproducción asistida, se puede apreciar 2 modalidades de fecundación (Sociedad Española de Fertilidad, 2013):

- a. **Fecundación in vitro (FIV):** En la cual los espermatozoides se ponen en contacto con los ovocitos en condiciones idóneas con la finalidad de poder facilitar la fecundación de una manera espontánea.
- b. **Microinyección espermática (ICSI):** Viene a ser una variedad de la anterior, consistiendo en la intervención activa y constante sobre el proceso de la fecundación, en donde se introduce el espermatozoide en el interior de cada ovocito. Cuando finalmente se logra conseguir la fecundación y desarrollo in vitro de los embriones obtenidos, se selecciona el número adecuado para poder continuar con la fecundación de manera más efectiva.

2.2.5. Aspectos psicológicos de la gestante

Es importante el aspecto psicológico de la gestante, puesto que, al estar sometida ante técnicas de reproducción asistida, que como hemos descrito anteriormente, su eficacia depende de la constancia y cuidados de la persona respecto del tratamiento de que le va a brindar, debiendo tener un ambiente cómodo e idóneo para favorecer la gestación, caso contrario, un cambio de estados de ánimo traerá consigo posibles abortos espontáneos o la no fecundación del embrión.

En una primera fase del embarazo, aparecen sentimientos de tipo depresivo, debido a la forma de ajuste a la nueva situación que se está experimentando en su organismo y que incluyen “fluctuaciones en el estado de ánimo, hipersensibilidad emocional, labilidad, preocupación y somatizaciones. Al mismo tiempo, existe tristeza por la pérdida del estado anterior, así como por la pérdida de atractivo físico y de la independencia” (BASCUÑANA GARDE, 2018, pág. 42). Puesto que, la efectividad total de las TERAS no se da en el primer intento, existen ocasiones que debe repetirse más de 2 veces, y por el hecho de los fracasos anteriores traerá consigo una desesperación, angustia, tristeza de pérdida y de esperanza de que el próximo intento será efectivo. Es por ello, que en la primera etapa hay que tener los cuidados necesarios para permitir que se pueda fecundar el óvulo.

Ahora bien, en la etapa final del embarazo, en “algunas ocasiones se necesita de la intervención terapéutica de apoyo puesto que pueden existir conflictos y falta de adaptación a la situación que no se resuelvan por sí mismos” (BASCUÑANA GARDE, 2018, pág. 43). Efectivamente, en la etapa final, la mujer evidenciará algunos cambios

físicos como nuevas emociones del bebé que se encuentra dentro de su vientre, es importante tener a un especialista que prepare a la gestante para su posterior alumbramiento, ya que puede atravesarse un rechazo de estos cambios, ocasionando consigo daños al ser que se encuentra en su vientre.

Es importante que la gestante pueda tener motivaciones para continuar con el embarazo, por ello, en el caso de gestación subrogada, se debería tener en cuenta sobre la gestante lo siguiente:

- a) Debe haber tenido anteriores embarazos.
- b) Que muestre empatía hacia las personas que sufran infertilidad o esterilidad.
- c) Que demuestre la importancia de sus hijos en el desarrollo de su vida.
- d) Satisfacción y alegría que acción permitirá cambiar de forma positiva la vida de otra persona. (BASCUÑANA GARDE, 2018, pág. 44)

Sobre el criterio a), su importancia radica en tener la certeza que la gestante sea una persona fértil, ya que con otros embarazos se afirma tal hecho, también agregar que cuando hablamos de gestantes que no han tenido ningún hijo antes del proceso de subrogación, su apego a un primer embarazo es más fuerte debido a la nueva experiencia y riesgos que puede significar dar a luz a su primer hijo, pudiendo existir negativa de la entrega del bebé nacido a los padres solicitantes y ello implicará un proceso judicial donde se “disputa” la tenencia del menor de edad, y en la incertidumbre de una respuesta del poder judicial quién será el más afectado será el recién nacido.

El segundo aspecto b), la empatía de la gestante hacia los solicitantes, es de relevancia para no convertir la gestación subrogada en un negocio jurídico, la cual su finalidad es meramente económica, donde se distorsiona la necesidad de los solicitantes por la incapacidad física que adolecen a una gestación lucrativa, que sería en la práctica la “venta de un bebé”, conllevando además a la reducción del campo de aplicación a solo parejas o personas con alta capacidad económica, quedando relegados a no poder formar un hogar aquellas familias por incapacidad económica. En este criterio también se enmarcará la letra d) sobre la motivación de la gestante y su empatía con los solicitantes.

En cuanto a la tercera motivación c), sobre la demostración de la importancia de sus hijos, se evidenciará en su cuidado y protección de sus propios niños, en razón que la gestante tendrá 9 meses en su vientre a un bebé que formará parte de otra familia, en ese sentido,

deberá prestar los cuidados físicos y psíquicos con el bebé que se encuentra en su vientre, caso contrario, traerá consigo afectaciones o riesgos en el proceso de embarazo, a ello agregamos que los hábitos del cuidado de la salud deberán evaluarse antes de iniciar la gestación, puesto que, si es una persona que consume licor con frecuencia, fuma u otros que deterioren el organismo no garantizaría a plenitud que el embarazo sea satisfactorio pudiendo ocasionar enfermedades al recién nacido o posibles abortos.

Ahora bien, sobre la gestante es importante resaltar que debe encontrarse en un entorno personal positivo. Si se encontrara casada o es conviviente, es de resaltar que esta persona que la gestante considera importante en su vida pueda apoyarla con su intención de ser gestante sustituta, que pueda sobrellevar el embarazo de la gestante sin disconformidades o limitaciones ni tampoco desear que el bebé que se traerá al mundo sea parte de su familia, ya que la gestación subrogada tendrá la finalidad de permitir a otra pareja formar su propio hogar. También sería preferible que los padres de la sustituta, hermanos y demás familiares de la gestante puedan comprender la situación y apoyarla durante su gestación, ya que entre más apoyo emocional se brinde, será beneficioso para llevar a cabo con éxito el proceso de gestación subrogada (DÍAZ PÉREZ MA, 2015, pág. 113).

Un estudio reveló que la mayoría de las gestantes sustitutas en una investigación indicaron que “su satisfacción se incrementó debido al acceso a profesionales competentes que los ayudaron a guiarse en el proceso y tratar con problemas emocionales y con cualquier problema que surgió” (BASCUNANA GARDE, 2018, pág. 45). Es por ello, que la gestante debe estar acompañada constantemente de su familia y un profesional competente que la ayude a manejar sus emociones para continuar la gestación de manera satisfactoria, sobre todo por el hecho que se la debe preparar para la entrega del niño al nacer, ya que muchas veces se desarrolla un apego emocional por los 9 meses que el bebé se encuentra en su vientre trayendo consigo la negativa de la entrega del menor de edad.

Desde el punto de vista de los especialistas en psicología consideran que la tarea de los psicólogos no puede limitarse solamente a realizar meras evaluaciones iniciales, sino que deben acompañar a la gestante durante todo el proceso del embarazo (etapa inicial cuando se realiza la fecundación y en la etapa final cuando se lleva a cabo todo el proceso de gestación), no solo para ella sino también todos los implicados en este proceso como los solicitantes y la familia, que son parte fundamental en esta etapa. Agregando además que, no sólo debe ceñirse estrictamente a este período, sino que también es esencial realizar un

seguimiento sobre la situación emocional de las mujeres gestantes cuando ella ya hayan realizado el parto (BASCUÑANA GARDE, 2018, pág. 45).

2.2.6. La maternidad o gestación subrogada como TRAH

La maternidad de alquiler, gestación por sustitución, gestación subrogada, vientre por alquiler, son las diferentes denominaciones que se le atribuye a esta técnica de reproducción asistida, la cual será aplicable en caso de infertilidad o esterilidad de la pareja solicitante, para ello es importante que exista una finalidad altruista en el proceso que permita a quienes requieran de esta técnica poder finalmente lograr el gran anhelo de todo ser humano, formar una familia.

En este caso de gestación subrogada, se deberá aplicar además de esta técnica de reproducción también otra que permita la implantación del óvulo y espermatozoide, lo cual como habíamos hecho referencia puede ser de un donante conocido o anónimo.

En este proceso en las primeras fases de la fecundación, “los embriones formados no son implantados en la madre biológica, sino en otra mujer que cede o alquila su útero para continuar el embarazo. Ello es debido, a que la primera mujer no puede realizar una gestación normal” (LEONSEGUI GUILLOT, 1994, pág. 320).

Esta técnica también es conocida por otros autores como «madres portadoras», consiste en que una mujer llevará a cabo en su cuerpo la implantación de un embrión hasta la etapa final que es el nacimiento, en beneficio de una pareja. Los solicitantes (quienes requieren de la gestación subrogada) pueden compartir material genético con el bebé a través del aporte de su óvulo y espermatozoide (LEONSEGUI GUILLOT, 1994, pág. 319).

Si bien es cierto que, a pesar de la multiplicidad de denominaciones de este proceso, existe una diferencia entre madre gestante y/o la madre genética, y la madre o padre social, que muchas veces suele generar un conflicto sobre la determinación de la legalidad de la maternidad del niño nacido en la gestación (CUBILLOS, 2013).

A nuestro criterio, consideramos que entre <maternidad subrogada> y <gestación subrogada> existe una diferencia fundamental, la cual no es tratada por muchos autores ya que se suele concebirse como sinónimos. La <maternidad subrogada> significará que quién lleve a cabo el proceso de embarazo será aportante del óvulo, trayendo consigo este hecho un vínculo biológico; en cambio la <gestación subrogada>, en este caso quién realizará este proceso no aportará material genético sino que el óvulo y espermatozoide

son personas externas a ella, en este caso se le implantará mediante una técnica de reproducción asistida, siendo la más usada en estos casos la fecundación in vitro, para llevar a cabo el proceso de fecundación. En términos simples, en la <maternidad subrogada> existe aporte genético a través del óvulo, en cambio en la <gestación subrogada> solo se realiza el proceso de embarazo con una implantación de óvulo y espermatozoide de otras personas.

La jurista argentina MARÍA FAMÁ citada por CUBILLOS, señala respecto de la regulación de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, afirmando que la utilización de esta técnica no es un tema nuevo, puesto que se ha venido regulando cada vez más en diferentes países, sin embargo, en países no regulados se viene practicando, ello bajo la imperiosa necesidad de su falta de regulación y silencio legal, lo cual conlleva a interpretaciones discordantes que traen consigo sentencias disímiles por parte los jueces a cargo, trayendo como consecuencia el acrecentamiento de la inseguridad jurídica (2013, pág. 5).

CAPÍTULO III: DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

2.3.DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

2.3.1. Antecedentes y conceptos teóricos

Los derechos sexuales y reproductivos vienen a tener relevancia a partir de un consenso internacional, en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD), la cual fue realizada en la ciudad de El Cairo en 1994, en razón a establecer políticas comunes en cada país participe, en razón a ello señala que se comprende por <salud reproductiva> aquel estado general de bienestar físico, mental y social relacionados con el aspecto reproductivo y su proceso, además que ello implicará que el hombre y la mujer puedan tener acceso a información, métodos de protección, planificación familiar, el acceso de la mujer a los centros de salud para evitar cualquier tipo de riesgos o complicaciones en el parto o embarazo, incluyendo en este sentido a la salud sexual, el cual tendrá como principal objetivo el desarrollo de la vida y de las relaciones personales. Agregando que

los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos, los cuales se encuentran reconocidos por las leyes de cada país e instrumentos internacionales (1994).

Es notable el aporte internacional que produjo el consenso de muchos países en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD) - El Cairo, ya que no solo se trató la salud reproductiva desde un punto de vista de las enfermedades sexuales como VIH/SIDA sino que también se abarcó la especial protección de la mujer debido al grado de vulnerabilidad por las consecuencias que puede sufrir en un embarazo, además que se hizo énfasis en el planeamiento familiar para ejercer sus derechos con responsabilidad, evitar embarazos riesgosos y no deseados, agregando a ello que cada Estado deberá brindar programas, acceso a información que permita a las personas tener conocimiento sobre la salud sexual y evitar complicaciones o lamentaciones futuras.

Es por ello que, las enfermedades y atenciones de las personas tiene carácter de fundamental para que el Estado establezca en sus políticas públicas sobre la salud sexual y reproductiva, en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos (RAMOS PADILLA, 2006, pág. 212).

.

Un concepto sobre <salud sexual> deberá incluirse la posibilidad del disfrute de las relaciones sexuales mutuamente satisfactorias entre un hombre y una mujer que puede o no tener una finalidad reproductiva, tiene que realizarse con plena libertad sin coerción o acoso o abuso sexual, debiendo tener las condiciones de seguridad e higiene adecuadas para prevenir las enfermedades de transmisión sexual (COOK, DICKENS, & FATHALLA, 2003, pág. 32).

Del concepto de <salud sexual> podemos establecer que comprende: 1) Libre disfrute de relaciones sexuales; 2) No debe mediar coacción; 3) Establecerse condiciones de seguridad e higiene. Lo cual debe tenerse en cuenta cuando hablamos de este concepto, ya que será importante la libertad de las personas para realizar tal acto.

Ahora bien, puede definirse como <salud reproductiva> el conjunto de técnicas, servicios y métodos, que tiene por finalidad contribuir a la salud reproductiva y su bienestar físico, debiendo prevenir y también resolver los problemas de salud reproductiva, incluyendo que ésta tendrá el propósito de mejorar la vida y las relaciones personales, y no solo la asesoría en los centros de salud sino también la atención en cuanto a la planificación familiar y las enfermedades de transmisión sexual (COOK, DICKENS, & FATHALLA,

2003, pág. 37). En cuanto al derecho de todo ser humano a la salud reproductiva ello comprenderá también la decisión de tener o no hijos, el número de hijos y el acceso a la información, métodos anticonceptivos, así como la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en caso de esterilidad o infertilidad (2017, pág. 14).

En cuanto a <salud reproductiva>, en ella hay que tener en cuenta que: i) Se debe prevenir enfermedades, ii) Tiene el propósito de general un bienestar y las relaciones personales; iii) Acceso a la información para prevenir enfermedades; iv) Planeamiento familiar y; v) capacidad de decisión.

2.3.2. Alcances y contenido de los derechos reproductivos

La jurista ALDA FACIO (2008), en su libro publicado en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, afirma que son 12 los derechos que se abarca la salud reproductiva y sexual, entre ellos tenemos:

- a. Derecho a la vida:** Comprenderá evitar la muerte por causas de parto o embarazo.
- b. Derecho a la salud:** Este caso comprenderá a la salud reproductiva, consideramos que también se encuentra incluido el derecho a la salud sexual.
- c. El derecho a la libertad, seguridad, e integridad personal:** Abarcará: 1) El derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el sentido que no puede obligarse a otra persona a realizar actos en contra de su voluntad, dado que cada persona tiene el goce de sus derechos sexuales y reproductivos; 2) El derecho a estar libre de violencia basada en el sexo y el género, es decir, no puede ni debe existir violencia o discriminación; y 3) El derecho a vivir libre de la explotación sexual, como se había hecho mención cada persona es libre de ejercer su sexualidad, por lo que la obligación constituye una violación a sus derechos.
- d. El derecho a decidir el número e intervalo de hijos:** Se encuentra comprendido el derecho a la autonomía reproductiva y a realizar un plan de procreación con asistencia médica, ambos en relación también con el derecho a la planificación familiar y acceso a la información de salud reproductiva para evitar embarazos riesgosos y no deseados.

- e. **El derecho a la intimidad:** Ello implica que toda persona tiene decida libremente conforme a su voluntad y sin interferencias arbitrarias ni de terceros, sobre sus funciones reproductivas.
- f. **El derecho a la igualdad y a la no discriminación:** Es decir, toda persona debe disfrutar sobre su sexualidad de manera igualitaria sin discriminación en ningún sentido.
- g. **El derecho fundar una familia:** Sobre este derecho, todo ser humano decide si quiere procrear para fundar un hogar, así como el derecho de contraer matrimonio a libertar de los declarantes, debiendo contar con la capacidad que la ley exige.
- h. **El derecho al empleo y la seguridad social:** Para el ejercicio de tales derechos, deberá existir una protección legal a la maternidad y los beneficios sociales en protección de la gestante, además del derecho a no ser despedida a causa de su embarazo, y la no discriminación laboral por maternidad o estado de gestación.
- i. **El derecho a la educación:** Este derecho comprende una educación sexual y reproductiva adecuada, acceso de información de métodos anticonceptivos, técnicas de reproducción asistida y planeación familiar.
- j. **El derecho a la información adecuada y oportuna:** Toda persona puede a la información sobre su actual estado de salud cuando ésta lo requiera de manera oportuna, para conocer sobre los riesgos y tratamientos efectivos que permitan aplicar un método adecuado para lograr la fecundidad.
- k. **El derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer:** Se basa en cambiar las concepciones sociales sobre la percepción de la mujer, la cual se torna muchas veces en discriminatoria y limitativas a su rol y función en sociedad.
- l. **El derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación:** Comprende el disfrute los avances científicos,

por ejemplo, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida usadas con el fin de viabilizar la reproducción humana, además de no ser sometido a ningún experimento científico que no cuente con la autorización y voluntad de la persona (FACIO, 2008, págs. 26-28).

El ser humano, tiene que brindar su consentimiento para cualquier tipo de práctica científica que se realice sobre él, caso contrario se atentaría contra los derechos del mismo, tiene la potestad de demandar o denunciar en la entidad competente.

2.3.3. Dignidad Humana y los Modelos de su evolución

La dignidad humana en su evolución puede dividirse en 4 modelos, que será: 1) Modelo clásico (antigüedad), 2) Modelo *Dignitas Homines* (Edad Media), 3) Dignidad Humana y Derecho Natural, 4) Modelo Kantiano. (PELE, 2015, págs. 10-14)

En el primer modelo, se concibe a la dignidad humana solo en su dimensión como derecho humano, pero está asociado a un sistema <idealista>, <costumbrista>, bastante ligado a la moral y las creencias divinas de dioses en Grecia y Roma, con la finalidad de guiar a la población a la obediencia de sus líderes quienes eran el modelo a seguir de pleno reflejo de mostrar dignidad y conducta moral intachable.

El segundo modelo tiene su base en la edad media, pero tuvo mayor apogeo en el renacimiento, su bifurcación se encuentra en la conducta mundana y la legitimación religiosa, mostrado al ser humano como un ser religioso como base de la dignidad humana, el cual debía distanciarse de los pecados del mundo, guiando y encaminando a la persona a seguir los caminos religiosos.

El tercer modelo surge a partir del siglo XVII, donde en dicha época surgen diferentes guerras y revoluciones sociales, es aquí donde se vincula la dignidad humana como un valor de libertad, concibiéndose al hombre como un ser moral y libre. En este modelo el filósofo Pufendorf, quien surge antes que Kant, plasma la idea que la dignidad humana no es inherente al ser humano, sino que significará un sentimiento de respeto y orgullo por sí mismo.

Finalmente, en el cuarto modelo vemos la aparición del filósofo Kant quién traerá consigo una definición contemporánea de la dignidad humana, señalando que la misma no tiene

un precio ni equivalente que pueda ser objeto de compra, sino que su valor se centra como fin en sí misma de carácter interno. Afirmando Kant que la dignidad no proviene de la misma humanidad sino de la predisposición de potenciar la humanidad y la moral. En este modelo se evidencia la elevación de superioridad de la dignidad humana, en diferencia a los anteriores modelos limitaban su contenido.

2.3.3.1. Definición

El término dignidad, ésta distingue a las personas, las separa y les atribuye una jerarquía. En la definición se le atribuye un carácter de inalienabilidad, ya que ninguna persona puede ser obligado a realizar acción en contra de su voluntad (VALLS, 2015, pág. 285). También está relacionada con la libertad y la igualdad, puesto que no basta con una de ellas, es por esa razón que se considera que el liberalismo reconoce solamente a la libertad como atributo humano, sin embargo, ignora que la dignidad también comprendería igualdad y agregando a ello a la solidaridad (PFEIFFER, 2010, pág. 23). Cabe agregar, que la igualdad a la que se hace mención deberá sustentarse en ser iguales a pesar de las diferencias, no habría que caer en el absurdo que se viene implementando sobre victimización, la exclusión, la alteridad, los cuales conducen a la deshumanización (DIGILIO, 2010, págs. 55-56).

Algunos autores consideran a la Dignidad Humana como una referencia axiológica, la cual es elemento básico de los derechos, conteniendo condigo una dimensión moral, la que dará sentido a este derecho (ANSUÁTEGUI, 2011, pág. 3). También se podría decir que la dignidad humana aparece como como una señal de identidad del mismo ser humano, el cual ha sido dotado de inteligencia y posee libertad en su actuar, además que es un ser moral (MARÍN CASTÁN, 2007, pág. 1).

En una definición contemporánea se considera a la dignidad humana como un valor inherente al ser humano justificando su consolidación y desarrollo dentro de los derechos fundamentales, los cuales tienen connotación nacional e internacional (PELE, 2015, pág. 8). Completando a esa definición, también se puede decir que la dignidad no se puede considerar solo un atributo más del ser humano, sino que también debe agregársele la igualdad (PFEIFFER, 2010, pág. 23). Finalmente, principio de la dignidad dotará de calidad de ser humano, atribuyéndole el carácter de persona no solo de individuo (APARISI MIRALLES, 2013, pág. 207).

Desde un punto de la bioética y el Derecho, puede concebirse a la dignidad de la persona como un límite infranqueable frente a los constantes avances tecnológicos, es decir, una barrera que no se puede ser traspasada en contra de la voluntad de la persona (MARÍN CASTÁN, 2007, pág. 1).

Por lo tanto, se concibe como a la <dignidad humana> como el valor más relevante perteneciente al ser humano, que se encuentra relacionada con el aspecto axiológico encaminado a constituir y reforzarla, además que el respeto y la igualdad son parte de ella por la misma naturaleza del ser humano, no pudiéndosele otorgar ningún precio ni ser objeto de transacción, ya que embiste la misma finalidad del ser humano como tal.

2.3.3.2. La Dignidad como Derecho Humano y Derecho Fundamental

La dignidad humana vendrá a ser causa fundamental de que mediante ella se reconozcan demás derechos, siendo ésta su justificación, puesto que se considerará como fundador de otros derechos, por ejemplo, la libertad, integridad, salud, etc., otorgándoles un valor importe a cada uno de ellos (MARÍN CASTÁN, 2007, pág. 3).

Tanto la dignidad humana, así como también los derechos humanos traen consigo conceptos de universalidad, los cuales son capaces de traspasar cualquier sistema político y social, siendo que los valores que se encuentran inmersos dentro de ella son idénticos y comunes a toda la familia, siendo deber de los Estados reconocerla y garantizarla (GUALDE, 2010, pág. 68).

Existe una distinción de concebir a la dignidad como un Derecho Humano y también como un Derecho Fundamental, en el primero se considera como valor inherente y absoluto de todos los seres humanos por su calidad de tal; y segundo, su justificación va en razón que cada Estado deberá protegerla por considerarse un derecho humano (PELE, 2015, pág. 8). Es decir, desde el punto de vista de un derecho humano, implicará que es propio de él, inherente al mismo, en cambio desde un punto de vista de derecho fundamental, implicará su reconocimiento dentro de los ordenamientos jurídicos internos (constitución, leyes, reglamentos, decretos, etc.) y en la normativa internacional (Pactos, tratados, convenios, etc.).

Dentro del sistema jurídico internacional encontramos a la dignidad humana prescrita en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos

Humanos de fecha 10 de diciembre de 1948, en su preámbulo y artículo 1. Constituyendo un gran avance para los derechos del ser humano, los cuales a partir de ellas fueron difundidos y aplicándose en los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados, generando un abanico abierto para la formación de diversos derechos en protección del ser humano.

Es por ello, que todo estado tiene el deber de garantizar los derechos de sus ciudadanos, debiendo incluir dentro de su legislación los mecanismos pertinentes que efectivicen el cumplimiento de la normativa, debiendo colocar sanciones en caso de infracción.

2.3.4. Obligación de garantía del Estado en relación al Derecho a la Salud y la Integridad Persona.

a. Obligación de respetar

En su recomendación general No. 24 sobre la mujer y la salud, el Comité de la CEDAW señala que, existe obligación de respetar los derechos de las medidas que pueda tomar una mujer para lograr sus objetivos en materia de salud, evitando colocar trabas o exigencias que impidan la calidad de vida de la persona en salud. Los Estados tienen la función de informar sobre la modalidad de prestación de servicios de las entidad públicas y privadas para el cumplimiento de los derechos de la mujer a acceder a una atención médica.

Ahora bien, respetar un derecho significará que el Estado no debe violarlo directamente o indirectamente, debiendo reconocer en este caso el derecho a la salud reproductiva como derecho humano, ya que existe diversos Estados que aún se niegan a reconocer este derecho como derecho humano, el mantenerse en tal posición significara que el Estado está violando su obligación de respetar (FACIO, 2008, pág. 68).

Cabe agregar que si el Estado no cumple con su <obligación de respetar>, existe un ente internacional, que si bien es cierto no tiene la función de castigar y sancionar a un Estado, sino que ésta brindará pautas para poder guiar al cumplimiento y protección de los derechos humanos de sus ciudadanos, existen diferentes formas de denominar al control que realiza el ente internacional, por ejemplo, “*accountable*” o “*accountability*”, pero la

autora ALDA FACIO, considera que a nuestro idioma debe denominarse <rendición de cuentas> (2008, pág. 69).

b. Obligación de proteger

Todo Estado tiene la obligación de proteger los derechos de sus ciudadanos a través de la regulación de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, que su alcance no se limite a un solo sector de la población, sino que su extensión sea en todo el territorio de un país.

Esta obligación exige que los Estados que regulen también las entidades privadas, para evitar que ellas amenacen el derecho de otras personas, además el gobierno debe establecer órganos para investigar y fiscalizar, para que se evidencie las arbitrariedades o violaciones existentes, también proporcionar recursos eficaces, en específico aquellos recursos que permita a las personas ejercer una defensa en busca de justicia ante la violación cualquiera de estos derechos (FACIO, 2008, pág. 76).

Por ejemplo, un Estado ante la deficiencia normativa, vacío legal, laguna o la no regulación de las técnicas de reproducción asistida conforme a los avances tecnológicos y científicos de nuestra era, las cuales permiten a las personas que adolecen de una incapacidad física como la infertilidad o esterilidad, puedan optar por este tipo de medios con libertad, para ello es necesario la regulación y protección de estos derechos que permitan al ser humano desarrollarse a plenitud en base a formar un familia.

c. Obligación de garantizar

Esta obligación tiene especial relevancia en la Observación N°14 de la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la obligación de cumplir “requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”, también en la misma Observación se hace hincapié que los Estados partes deberán incluir en sus sistemas y ordenamientos jurídicos la protección al derecho a la salud, ello mediante la aplicación de leyes encaminadas a garantizar los derechos de sus ciudadanos en esta materia.

Además, la forma de distribución de recursos va a variar conforme a los medios económicos de un país, ya que si éste dispone de altos recursos su aplicación debe ser

inmediata y mayor distribución de recursos; en cambio, si es un país con menos medios económicos, también debe garantizar los derechos, pero conforme a sus recursos (FACIO, 2008, pág. 81).

Cabe rescatar que, el Estado también tiene la obligación de destinar recursos o iniciar programas para difundir los métodos acceso anticonceptivos, ya que forma parte del disfrute del derecho a la salud, además de permitir el acceso a la información. En caso de incumplimiento el Estado se encontraría violando los PIDESC (VILLANUEVA FLORES, 2008, pág. 132).

En la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 1.1. establece la obligación de respetar y cumplir lo contenido en la misma por los Estados Partes, garantizando los derechos de las personas sin distinción alguna.

CAPÍTULO IV: GESTACIÓN SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El antecedente más antiquísimo lo encontramos en la biblia en el Antiguo Testamento cuando Sarah quién no podía tener hijos le pide a su esposo que fuera con su esclava Hagar para evitar que se quede sin descendencia, y Sarah tenga la posibilidad de criar y amar a un hijo de su esposo, es en esa situación donde nace Ishmael, el cual fue bendecido por Dios.

El primer acuerdo de maternidad subrogada se dio en el año 1976, el cual fue realizado por el abogado Noel Keane, quien creó en Michigan la *Surrogate Family Service Inc.*, cabe resaltar que en esta época la gestante tenía la calidad de madre biológica, puesto que aportaba también sus óvulos. El cambio surgió cuando en 1978 se dio el primer caso de <gestación subrogada> puesto que la mujer sustituta no aportó material genético, siendo el proceso mediante la aplicación de las TERAS, donde finalmente alumbró a un niño con el cual no compartía material genético.

Se dio a conocer al mundo la aplicación de la gestación por sustitución mediante el caso de *Baby M*, donde el señor Stern, quien ante la imposibilidad procreacional de su esposa Elizabeth, realizó un acuerdo con el señor y la señora Mary Beth Whitehead, en el cual

se celebró un contrato de gestación por sustitución, el que establecía que a la señora Whitehead, gestante, se le pagarían 10.000 dólares agregando adicionalmente los gastos médicos, además que se iba a realizar mediante fecundación in vitro donde el señor Stern será quién otorgue su espermatozoide para el proceso, también se convino que los señores Whitehead iban a renunciar a todo derecho de filiación y el niño deberá llevar el apellido Stern en su acta de nacimiento. Sin embargo, en 1986 cuando finalmente la niña nació los señores Whitehead se negaron a entregar a la menor, es por esa razón que los señores Stern acuden al Tribunal Supremo de Nueva Jersey para solucionar el conflicto que se había suscitado. Este Tribunal no se basó en la ilicitud o ineficacia contractual, sino que priorizó el <interés superior del niño> por encima de lo establecido en el contrato, siendo que la sentencia se dicta a favor de los señores Stern, otorgándole un régimen de visitas a los señores Whitehead (1988).

2.5. Definición y controversia conceptual entre “maternidad” y “gestación” subrogada

Se comprende por <gestación por sustitución> una forma de aplicar las técnicas de reproducción asistida, por medio de la cual una persona (gestante), acuerda con otra persona, o con una pareja (comitente o solicitante), gestar un embrión con la finalidad que bebé nacido parte de ese proceso tenga vínculos jurídicos de filiación con las personas solicitantes de este proceso (LAMM, 2013, pág. 24). Es decir, se denomina gestación cuando el óvulo y el espermatozoide son aportados por la persona o pareja que decide someterse a la gestación subrogada (GONZÁLEZ PINEDA, 2015, pág. 9).

En el caso de gestación subrogada, no existe vínculo filiatorio con la gestante, aquí en este caso uno de los gametos puede ser aportado por la pareja solicitante, por un donador, un familiar, los que brindarán material genético para realizar la gestación subrogada, pero no hay que dejar de lado el posible problema que puede existir con la donación de un familiar, quién debe estar dispuesto a renunciar a la filiación y no reclame la tenencia del menor en un futuro, por ello, los solicitantes deberán tomar los cuidados necesarios para evitar los conflictos posteriores, ya que en el caso de donación de gameto de una persona anónima no existirá tal problemática, solo en el caso de la identidad del menor quién en el transcurso del tiempo quiera conocer el nombre de quién proviene su material genético.

Los derechos reproductivos en la gestación subrogada se hacen efectivo cuando la pareja o la persona aporta sus gametos, puede ser óvulo o espermatozoide, y la gestante será

quién lleve a cabo el proceso de embarazo (BRENA SESMA, 2012, pág. 141), ello implicará que la pareja hará pleno ejercicio de sus derechos reproductivos y sexuales a la aplicación de esta técnica como medio para permitirles llevar a cabo el anhelo de tener y formar una familia. Sin embargo, el hecho que en un país no se encuentre regulado la gestación subrogada será un impedimento para la efectivizar este derecho a plenitud.

Ahora bien, hablamos de <maternidad subrogada> cuando una mujer es inseminada con el semen del esposo o conviviente de la mujer subrogante y que a la vez contribuye con sus propios óvulos para generar un embarazo, convirtiéndose en madre genética y madre gestacional al mismo tiempo (ESTRADA MORA, 2018, pág. 7).

Es decir, aquí puede haber 2 casos para considerarse <maternidad subrogada>, el primero cuando la pareja de la gestante aporta su espermatozoide, y la segunda, cuando la gestante aporta su óvulo, en ambos se abre la posibilidad de conflictos por filiación, ya que se pueden negar a la entrega del menor por 2 situaciones, una porque quieren que les paguen más dinero para renunciar a sus derechos, y el segundo, cuando surge un apego durante el proceso de gestación, lo cual impulsa la negativa de entregar al recién nacido, agregando a ello si se evidencia un grado de parentesco físico que refleja sus genes en el bebé, por lo que se les hace imposible la entrega a una pareja que ellos pueden considerar externos y meros observadores del proceso.

Es por ello, que en ambos casos, ya que algunos países permiten maternidad y otros solo gestación, es idóneo se acompañe al proceso de embarazo un profesional, de preferencia un psicólogo, que les permita comprender la situación de la pareja solicitante, ya que a partir del nacimiento del menor de edad constituirán una familia, guiando las emociones de la gestante hacia la entrega del recién nacido a su nuevo hogar, quienes lo cuidarán y protegerán con amor durante todas sus etapas de la vida.

2.6.Modalidades de gestación por sustitución

Sobre este aspecto podemos abarcar 2 modalidades: a) Gestación tradicional o clásica y b) Gestación por sustitución gestacional.

- a. Gestación tradicional:** En este tipo de gestación existe aporte de material genético de quien gestará al bebé, y la pareja o persona solicitante no realizará ningún aporte de gametos. Es por ello que en este caso las parejas comitentes no tendrán vínculo biológico con el menor nacido, solo compartiendo la

intencionalidad de poder tenerlo a su lado en la postura de padres. Este tipo de procesos de gestación suele hacerse uso de las técnicas de reproducción asistida, que puede ser por inseminación artificial o por fecundación in vitro (FIV). En este tipo de casos la gestante sí tendrá un vínculo biológico, el cual puede ser materia de controversias ante la posibilidad de negarse a entregar al menor.

- b. Gestación por sustitución gestacional:** En este caso nos encontramos ante la figura en *stricto sensu* de <gestación>, puesto que la mujer gestante no aportará material genético, solamente se hará uso de su útero para llevar a cabo el embarazo. En esta situación el o los gametos podrá ser aportado por: i) Un donante desconocido que puede aportar el óvulo o solo el espermatozoide; ii) Un donante conocido; iii) Solo uno de los solicitantes; iv) Ambos solicitantes. Donde finalmente por la técnica que es la más usada, fecundación in vitro (FIV), se gestará al bebé, quién nacido no compartirá vínculo consanguíneo con la mujer gestante, sin embargo, ello no significa que no existe problemas posteriores al alumbramiento del o la menor, ya que puede evidenciarse un aferramiento a causa de los 9 meses que la gestante tuvo al bebé en su vientre, es por ello que, es necesario un acompañamiento de un especialista en todo el proceso de gestación.

2.7. Teorías de la determinación de la maternidad

2.7.1. Teoría de la contribución genética

Esta teoría considera que en el caso de la gestante que “sólo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto”, esta teoría tiene su base en la demostración científica, afirmando que dicha conexión genética entre los padres y el bebé será la prueba de sus lazos, siendo que la aplicación de las técnicas de reproducción asistida llevaron a la pareja a optar este medio, sin embargo, esta teoría no admite que ambos padres no aporten material genético, ya que en ese caso de infertilidad o esterilidad de ambos, ellos podrían haber adoptado por la adopción. Es por ello que, esta teoría en primer lugar determinará el vínculo genético para la determinación de la paternidad o maternidad, y, en segundo lugar, el vínculo legal que será finalmente consecuencia del primero (LAMM, 2013, págs. 33-35). Teniendo diversas críticas respecto a esta teoría, puesto como hemos visto en el caso de *Baby M*, no se priorizó el

material genético sino el interés superior del niño, es por ello, que se considera incompleta.

2.7.2. Teoría de preferencia de la gestante

Esta teoría define la maternidad “por la gestación y se determina por el parto. Madre es aquella mujer que ha gestado y ha parido, siguiendo la regla del derecho romano” (LAMM, 2013, pág. 38).

Esta postura tiene su principal aporte en la Comisión Palacios en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (aprobado en el pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986) en España, donde los parlamentarios profundizaron sobre 2 aspectos entre la maternidad y la gestación, llegando a concluir ambas que las razones biológicas y las humanas tienen la misma connotación o valor siendo el más importante el aporte de la gestación que el vínculo genético que pueda unir al bebé y la pareja solicitante de este proceso, ya que la gestante será quien lleve en su vientre al bebé durante 9 meses, otorgándole salud física y psicológica durante el proceso de embarazo, y es ese apego y amor maternal que entrega la gestante durante ese tiempo que deberá brindarse especial protección en contra de la pareja solicitante que reclame la paternidad o maternidad del menor. Es por eso que bajo esta teoría se recomienda fijar la maternidad legal en favor de la madre gestante quién dio a luz al bebé, a pesar que el mismo comparta vínculos biológicos con los solicitantes o terceros (caso de donación de gametos) (LAMM, 2013, pág. 38).

2.7.3. Teoría de la intención

Bajo esta teoría se señala que “madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético y/o biológico” (LAMM, 2013, pág. 42).

Esta teoría fue desarrollada en el estado California en Estados Unidos mediante el caso de *Johnson v. Calvert* de 1993, el cual Mark y Crispina Calvert era una pareja casada, y la señora Crispina se vio obligada a hacerse una histerectomía en 1984, pero aún los ovarios de la señora podían producir óvulos y ambos tenían la intención de tener un hijo (2013, pág. 42).

En 1989, Anna Johnson, quien se enteró de la situación del señor Mark y la señora Crispina Calvert decidió apoyarlos para ser la gestante de su hijo, es por eso que se inicia el proceso de gestación en el cual previamente se había firmado un contrato en el cual se establecía que el señor Mark sería quien preste el espermatozoide y la señora Crispina Calvert prestará el ovulo para que mediante técnicas de reproducción asistida se implante dentro del útero de la gestante. Además, en dicho contrato se estableció a pagar un monto de 10, 000 mil dólares a favor de la gestante y un seguro de por vida de 200, 000 mil dólares, otorgándosele el primer monto en partes siendo la última cuota 6 semanas después de entregar al bebé. La implantación fue en enero de 1990, pero el julio del mismo año la gestante, Anna Johnson, envía una carta a la pareja exigiendo la totalidad del pago, en caso contrario se opondría a la entrega del menor. Es aquí donde surge la problemática puesto que la señora Crispina Calvert interponen una acción legal en contra de Anna Johnson solicitando a la Corte se les declare padres legales del bebé que aún no nacía pero que compartía material genético de la pareja casada.

En el Tribunal, el juez de primera instancia sentenció que Mark y Crispina Calvert eran el padre y la madre por el vínculo genético que se compartía, además que el contrato de gestación por sustitución era totalmente válido y exigible, fundando su decisión en contra de Anna Johnson, la gestante. La Cámara de Apelaciones confirmó tal decisión, sin embargo, en Suprema Corte establece que tanto la madre genética como la madre gestante tenían válidas sus posturas para ser consideradas como madres legales del bebé. Pero este Tribunal fue más allá debido al derecho que podía asistirles a ambas personas, por eso realizó una revisión del acuerdo (contrato) celebrado entre ambas partes, donde verificó que existía <intención de ser padres> por parte de la pareja casada, estableciendo que “Crispina Calvert, la madre genética, era también la madre legal porque ella había tenido siempre la intención de criar al niño como propio, y sin esa intención el niño jamás habría nacido. Para el razonamiento del tribunal, la gestante fue sólo una facilitadora de la intención de Crispina” (LAMM, 2013, págs. 42-43).

2.8.La “Maternidad Subrogada” y la colisión con la filiación

La filiación constituye el vínculo paterno-materno filial con un hijo, es decir la relación de padre o madre, pero este lazo puede determinarse en 2 aspectos, uno el jurídico y el segundo, el biológico, siendo que a partir de la vinculación legal se otorgará los derechos a los progenitores y la calidad de hijo.

La filiación jurídica puede generarse cuando exista una relación biológica entre el padre o madre y un hijo, siendo una institución ineludible y puede ser confirmada con una prueba de ADN, sin embargo, también puede crearse una filiación legal cuando no se mantenga un vínculo de consanguinidad como en el caso de la adopción, donde la ley determina el parentesco, es aquí donde surgen los derechos y deberes de los padres, a través de la patria potestad (MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2013, pág. 84), la cual tiene el carácter de irrenunciable.

Ahora bien, habiendo conceptualizado y comprendido la filiación, es importante para la temática ya que generará una colisión y conflicto legal cuando nos enmarcamos dentro de una <maternidad subrogada> puesto que en este tipo de casos la mujer subrogante aportará su óvulo para realizar el proceso de embarazo, de continuar satisfactoriamente la concepción, la gestante tiene un vínculo genético con el feto, es aquí cuando se establece un vínculo de filiación, lo cual colisiona con los derechos de la pareja solicitante de la maternidad subrogada, puesto que, ellos buscarán que se constituya la filiación legal para obtener los derechos y deberes que trae consigo dicha institución, porque a la negativa de la entrega del recién nacido en base al vínculo genético que une a la gestante con el bebé, el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales y en procura de la tutela de los derechos dirimirá tal conflicto, donde prevalecerá el principio del interés superior del niño.

Agregando a lo anteriormente mencionado, es de rescatar que en el caso de aplicación de una técnica de reproducción asistida, es necesaria la voluntad de la persona o la pareja de someterse a esos medios (en relación a la gestante), además que, en el caso de gestación subrogada es importante la existencia de una <voluntad procreacional> de la pareja solicitante, es decir que se tenga la intención de querer tener y criar a un hijo, es por ello que acuden a la implantación de un embrión en el vientre de una tercera persona que será la mujer gestante para que pueda alumbrar a un hijo de la pareja, con el cual ésta no compartirá vínculo biológico (LAMM, 2013, pág. 55).

Finalmente, para dirimir y evitar esta colisión entre la filiación de la gestante con el bebé, es necesario no hacer uso del material genético de la gestante como <maternidad subrogada>, debiéndose solamente legalizarse la <gestación subrogada>, donde los gametos son aportados por la pareja solicitante, un donador anónimo o un familiar de ellos.

2.9. Problemática del interés público y los contratos privados

Existen diversos países en los cuales se encuentra permitida la realización de la gestación subrogada, entre ellos tenemos a Ucrania, la India, algunos estados de USA, etc., los cuales permiten la realización de esta técnica a través de un contrato privado entre las partes, es aquí donde existen muchas deficiencias, al convertir a la gestación en un negocio para sí misma, y ¿cuál sería el objeto del contrato? ¿la procreación de un bebé? ¿cuál es el fin? ¿es posible renunciar a la patria potestad y filiación?, en este sentido los países que admiten ese tipo de procesos deforman la figura de gestación subrogada, la cual solo existe ante la necesidad de una pareja o persona ante la imposibilidad de llevar a cabo un proceso de embarazado de forma natural.

Podemos iniciar definiendo al <contrato de madre subrogada>, es un acuerdo por el cual una mujer por voluntad propia acepta llevar a cabo un proceso de embarazo mediante un procedimiento de inseminación artificial u otra técnica de reproducción asistida, con la finalidad que se produzca el nacimiento del bebé, debiendo renunciar a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, es por ello que en contraprestación sobre el proceso de embarazo y alumbramiento del menor se le entregará a la mujer gestante un pago, el cual por lo general es suma de dinero (RODRÍGUEZ YONG & MARTÍNEZ MUÑOZ, 2012, pág. 63).

Es por ello que, la celebración de un contrato puede basarse en que la gestante realice el proceso de embarazo a condición de recibir una contraprestación o pago a cambio de prestar sus servicios, pudiendo ser en dinero, acciones, inmueble, especies, etc., considerando esta postura como una forma de incentivar el tráfico de mujeres, donde se les obliga a realizar este tipo de procesos como un objeto reproductor, es por ello, que este tipo de contratos con carácter económico deben ser prohibidos y sancionados en caso de realización.

Una segunda forma de celebrar un contrato puede ser con finalidad altruista, en la cual no se le retribuirá económicamente a la gestante por llevar a cabo el proceso de gestación, pero si se cubrirán los gastos realizados en toda la etapa del embarazo como medicamentos, alimentación, consultas médicas, etc., para salvaguardar la vida de la gestante y del bebé en su vientre. Esta es la finalidad que solo algunos países lo prescriben de esa forma, y este proceso solo comprenderá la voluntad y disposición de la mujer

gestante para procrear una vida en favor de una pareja que adolezca incapacidad física reproductiva.

La jurisprudencia norteamericana ha considerado 3 aspectos relevantes que los contratos de maternidad subrogada pueden atentar contra el orden público: a) Se utiliza como instrumento para la explotación de las mujeres, específicamente en los casos de quienes posean bajos recursos económicos; b) su propósito es la venta recién nacidos, es decir, convertir en un mercado negro el comercio de personas a través de esta técnica, y c) el atentado contra la unidad familiar, ya que el hecho de otorgar a cambio dinero para la entrega de un bebé significará forzar la institución familiar utilizando medios económicos a cambio de un ser humano (RODRÍGUEZ YONG & MARTÍNEZ MUÑOZ, 2012, pág. 70).

Es por ello que, todo Estado prescribe al interés público como un limitativo de los contratos privados, los cuales no pueden atentar o contradecirlo, en este sentido, la jurista BRENA SESMA afirma que, el contenido de las cláusulas contractuales y su finalidad no deben quebrantar el orden público y paz social (2012, pág. 147).

2.10. Finalidad altruista y sus alcances

Como habíamos hecho mención en líneas anteriores, un contrato de gestación subrogada puede tener 2 fines: i) altruista y; ii) comercial.

En ambos casos deberá tener en cuenta 2 aspectos: a) la autonomía de la mujer y; b) el consentimiento informado, ya sea el caso de personas con vínculos afectivos o una persona desconocida. Siendo muy difícil encontrar una persona que esté dispuesta por fines altruista a prestar su vientre con la finalidad de ayudar a una pareja a tener una familia, en el caso de Gran Bretaña se controla esta situación a través de un juez para evitar que exista algún tipo de donación a favor de la gestante (GARCÍA CAPILLA & CAYUELA SÁNCHEZ, 2020, págs. 30-31).

Es el mismo sentido de lo mencionado en líneas arriba, la finalidad altruista se concretará cuando la gestante en pleno uso de sus facultades y con voluntad acepta llevar a cabo el proceso de gestación o maternidad subrogada de manera gratuita, es decir, no recibirá retribución económica por realizar tal proceso, siendo su fuente motivadora los lazos de amistad, parentesco, amistad, u otro, en apoyo de una pareja solicitante (MARTÍNEZMARTÍNEZ, 2015, pág. 361).

Como es considerada una finalidad muy poco suscrita por las personas que utilizan la gestación subrogada, ya que el hecho de llevar 9 meses a un bebé en el vientre con las complicaciones y cambios en la vida de la gestante a favor de terceras personas es difícil concebir por una persona que no tenga la intención de apoyar desinteresadamente, pero si existen casos sobre todo cuando la gestante tiene un vínculo afectivo o es familiar con la pareja solicitante, es este tipo de vínculos que algunas legislaciones protegen para evitar el tráfico comercial y convertir en un negocio la gestación, lo cual solo denigraría la dignidad de la mujer subrogante.

2.11. Causas de la Gestación Subrogada

La practicidad de la gestación o maternidad subrogada tienen diferentes motivos por los cuales se puede acudir a esta técnica, ellas pueden ser:

- 1) Por incapacidad física como esterilidad o infertilidad, donde es imposible o difícil tener a un bebé de manera natural;
- 2) Riesgos para la madre de poder llevar a cabo un embarazo hasta su etapa final, ello significa que existe una dificultad para continuar el embarazo pudiendo poner en riesgo la vida de la madre o del bebé, por ejemplo, en el caso de abortos espontáneos continuos, la debilidad del útero, quistes, enfermedades venéreas, discapacidad física, enfermedades terminales, etc., los cuales ponen en peligro la vida y salud;
- 3) Por estética, esto se debe a que muchas mujeres cuidan su cuerpo a plenitud por lo que un embarazo significará un cambio en su musculatura, por lo que prefieren que una tercera persona puede gestar a su bebé; 4) Cumplir el anhelo de ser padre o madre cuando uno de los miembros de la pareja ha fallecido, puede suceder que el esposo, esposa o conviviente pueden morir con antelación pero han dejado su gameto en congelación, entonces ello puede permitir que a posterioridad se pueda aplicar la gestación subrogada en aspiración a tener un hijo con genes de la pareja para criarlo y cuidarlo.

Es importante resaltar que para la aplicación de maternidad o gestación subrogada debe tenerse en cuenta que estamos hablando de la vida de un niño, por lo que debe delimitarse su forma de aplicación en beneficio del menor (GONZÁLEZ PINEDA, 2015, pág. 8).

2.12. El principio del interés superior del niño respecto a los padres solicitantes

2.12.1. Antecedentes

En año 1774 (siglo XVIII) se dictaminó la sentencia *Blissets*, la cual constituye un hito importante para el derecho de familia, puesto que mediante ella se afirma que “*if the parties are disagreed, the Court will do what shall appear best for the child*” (TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, 2016, pág. 2), ello quiere decir “Si las partes están en desacuerdo, la Corte hará lo que deba parecer mejor para el niño”, en este sentido, la Corte será quién evalúe a ambos progenitores para decidir quién es el más adecuado para cuidar y proteger a un menor de edad en beneficio de su salud física y psíquica.

Posteriormente tenemos la Convención de los Derechos del Niño, la cual data de fecha 29 de noviembre de 1989 en su preámbulo enuncia que al niño debe otorgársele una <especial protección>, de la misma manera en otros instrumentos internacionales como la Declaración de Ginebra del año 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño establecida por la Asamblea General del 20 de noviembre de 1959, y también es reconocida por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y otros instrumentos de la misma índole enfatizados en la protección de los derechos del niño, quién por su edad se encuentra en especial situación de vulnerabilidad.

2.12.2. Definición

La autora BAEZA considera que el principio del interés superior del niño es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar” (BAEZA CONCHA, 2001, pág. 356).

La Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 3 que “los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”. Es decir, que aquellos Estados que hayan suscrito esta Convención están obligados a introducir dentro de sus legislaciones políticas y normativas en favor de la

protección <especial> del niño, ya que como hemos mencionado se encuentra en situación de vulnerabilidad.

El jurista ZERMATTEN considera a este principio como un <instrumento jurídico> que tiende a asegurar y brindar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social del menor, la cual tiende a obligar tanto a entes privados como públicos a fundar su decisión con la finalidad de garantía para el niño la protección de su interés a largo plazo. Además, deberá servir como unidad de medida o límite ante la existencia de varios intereses que se encuentren en convergencia (ZERMATTEN, 2003, pág. 15).

El interés superior del niño implicará un deber de <proteger y privilegiar> los derechos de los niños, es por ello que se afirma que tal concepción no se puede agotar en el favorecimiento del menor de edad como tal sino estrictamente cuando nos referimos a este principio significará decidir sobre los otros derechos del niño, que deben prevalecer por encima de otros derechos relativos (AGUILAR CAVALLO, 2008, págs. 229-230).

Es por esta razón que muchos autores consideran <absoluto> el principio del interés superior del niño, ya que no hay otra normativa que pueda quebrantarlo.

En sí este principio exige que se deberá tener en cuenta la calidad del mismo como ser humano, persona, “como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado” (AGUILAR CAVALLO, 2008, pág. 230). Es por ello que, por el hecho de ser menor de edad no podrá ser tratado de forma diferente o discriminatoria, al contrario, deberá tenerse en cuenta su opinión en cuanto a la solución de conflictos.

Es por ello, que en el caso de gestación subrogada, el juez en caso de controversia sobre la tutela del menor, deberá tomar en cuenta como criterio prioritario el interés superior del niño, para determinar el hogar que le brindará amor, afecto y cuidados especiales, y no solo basarse en el vínculo genético o la gestación de la mujer subrogante, ya que bajo la teoría de la intención quienes tienen interés en criar a un hijo para formar una familia es la pareja solicitante o la persona que inicia esta técnica de gestación subrogada ante la frustración e imposibilidad física como esterilidad o infertilidad que aqueja su situación e impide llevar a cabo un embarazo natural. Por ello, la importancia de permitir un acompañamiento continuo de un profesional que cuide la salud psíquica de la gestante para que pueda crecer el niño sano y ella tenga en cuenta que después de su nacimiento

tendrá que ser otorgado a sus padres solicitantes, quienes antes de iniciar este proceso se encuentran comprometidos a su crianza y cuidado.

Es por ello que sobre este principio partimos de la idea que la gestación subrogada mantiene la dignidad del nacido, puesto que es concebido por quienes tienen la intención de criarlo y protegerlo para ser sus padres, si bien va a ser criado por quién no lo alumbró, pero será criado por quienes quieren darle su amor como progenitores (LAMM, 2013, pág. 227).

2.12.3. Interpretación del Principio del Interés Superior del Niño

a. Características o perfiles:

Es importante conocer bajo qué criterios se basará este principio, es considerado como “un derecho subjetivo de los niños y un principio inspirador y fundamental de los derechos de los que son titulares” (TORRECUADRADA GARCÍALOZANO, 2016, pág. 5). Este principio se caracteriza por ser inspiradora de políticas y de legislación, agregando que por la obligación de un Estado parte en relación a una Convención, Tratado, Protocolo, Declaración, etc., debe cumplir con regular normas dentro de su sistema jurídico a favor de la protección de un menor de edad. Es por ello que se considera a este principio como <concepto jurídicamente indeterminado> (2016, pág. 6).

Además, dentro de sus características podemos agregar que será base fundamental para que el juez en las máximas de la experiencia en aplicación de este principio pueda motivar su fallo en favor del bienestar y seguridad del niño, es por ello que se afirma la indestructibilidad de este principio a nivel nacional e internacional de carácter ilimitado en su forma de aplicación.

b. Órganos encargados de la aplicación del principio del ISN:

Sobre este punto debemos partir de las normas matrices que deben regular su aplicación, aquí tenemos a las normas nacionales y las internacionales, en cuanto a las primeras, el legislador será quién introduzca dentro de nuestro sistema jurídico las normativas en razón al principio del interés superior del niño, es aquí donde también se encontrará las funciones del poder judicial como órgano

encargado de aplicar las normas establecidas tanto en la Constitución como en las leyes especiales, y el segundo, enmarcado dentro de la protección internacional en razón a los menores de edad, siendo la obligación de un Estado Parte aplicar lo establecido en las Convenciones, Tratados, etc., a fin de introducir en el ordenamiento jurídico de cada Estado.

Sin embargo, como bien menciona la autora TORRECUADRADA, los principales aplicadores de este principio en favor de un niño son los padres (2016, pág. 9). Son ellos quienes deberán aportar una salud física, psicológica, educación, alimentación, etc., en favor de sus hijos, siendo la base fundamental de la sociedad, la familia.

2.12.4. El interés superior del niño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la Observación Consultiva OC-17/02 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, en su fundamento 56, establece que el principio del interés superior del niño tiene su fundamento en la “dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, (...) bajo la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (2002).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, establece que en fundamento 184 que la prevalencia del interés superior del niño debe ser comprendida como “la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad” (2009). Es decir, se precisa 2 aspectos fundamentales en esta sentencia, el primero en razón a satisfacer las necesidades del menor, y la segunda, en referencia a la obligación del Estado para aplicar e interpretar los derechos en base a la Convención.

Es importante señalar que el objetivo de este principio radica es “en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso” (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012), es decir, se debe tener prevalencia por los derechos del

niño por encima de otros derechos, con la finalidad de protegerlos como seres humanos ante su grado de vulnerabilidad.

2.12.5. Alcances

Para la debida protección de los Derechos del Niño en base al principio del Interés Superior del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que es necesario tener en cuenta 4 principios fundamentales: i) la no discriminación; ii) el interés superior del niño; iii) el derecho a ser oído y participar, y iv) el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Es decir, cualquier decisión que emita un Estado Parte que implique alguna limitación sobre el ejercicio de algún derecho del niño, debiendo tomar como criterio principal el interés superior del niño, ajustándose a las normas que regulen dicha materia. En este sentido la Corte reitera que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, añadiendo en ellas las características propias de los niños, y también la necesidad de incentivar el desarrollo y crecimiento de ellos, con pleno ejercicios de sus potencialidades (Fundamento 152) (Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, 2018). Consideramos importante que la Corte Interamericana incluya también como principio fundamental el <derecho a ser oído y participar>, ello significará que los jueces no solo se basarán en pruebas materiales presentadas por los progenitores, sino que con la ayuda de un profesional pueden escuchar la opinión de los menores y a la vez saber la percepción que tienen sobre la realidad que viven.

La Corte IDH ha señalado que la aplicación del interés superior del niño, en casos de cuidado, custodia o tenencia, deberá realizarse a partir de una evaluación de los comportamientos de sus progenitores de manera específica, además de análisis el impacto negativo que afectaría su y desarrollo, los posibles daños o riesgos reales, o la consumación de los mismos, los cuales deben ser probados y no ser considerados si provienen de una especulación, es por ello que la Corte concluye que no deberán ser declarados admisibles las especulaciones, estereotipos, presunciones, o consideraciones de carácter general sobre los padres, sus formas de vivir, concepciones culturales, tradiciones sobre la familia (Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012) (párr. 50).

2.12.6. Protección por parte Tribunal Constitucional peruano

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el principio del interés superior del niño, en este sentido en el EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC, en su fundamento 13 establece que la “necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos” (2010). En referencia a ello podemos decir que nuestro Estado otorga especial protección a los derechos del niño en razón a que éste por su condición de tal no se encuentra en capacidad plena para ejercer sus derechos a plenitud como si lo podría hacer una persona adulta, es por ello, que mediante las normas y la aplicación de las mismas se debería proteger al menor ante sus necesidades cuando se violan sus derechos.

Además, este principio también involucra la tramitación especial en los que se encuentren inmersos menores de edad, es así que mediante Expediente N.º 03744-2007-PHC/TC, se establece que conforme a nuestra Carta Magna en los procesos judiciales en el se evidencie la afectación de los derechos fundamentales de los niños, es necesario que los órganos jurisdiccionales procuren en debe procurar una atención especial y prioritaria en cuanto a la tramitación de un proceso judicial, todo ello conforme al artículo 4º de nuestra Constitución en razón a la especial protección de un niño por parte del Estado conforme al interés superior del niño. Por lo tanto, constituye una obligación ineludible de toda la comunidad, nación y principalmente por el Estado peruano. Cabe agregar que también dicho contenido se encuentra dentro del Código de los Niños y Adolescentes en el artículo IX. Finalmente, esa protección <especial> que se otorga a los niños o menores de edad no se constituye una parte del proceso, sino una viene constituyendo características singulares y particulares, procurándose un escrupuloso tratamiento durante el proceso en razón a la protección de los derechos violados o afectados (2008).

Mediante EXP. N.º 02132-2008-PA/TC, declara que el principio del interés superior del niño y del adolescente tiene un especial valor y se constituye con un carácter superior atribuyéndole fuerza normativa superior, es decir, producción normativa, además también tiene carácter interpretativo sobre las normas, constituyéndose como un principio de

ineludible materialización para el Estado, la sociedad y la familia, quienes son responsables de velar con la salvaguarda de los derechos del menor de edad (2011).

Es por ello que, de lo establecido por nuestro Tribunal Constitución, el cual es el máximo órgano interpretativo de nuestra Carta Magna, se concluye sobre el principio del interés superior del niño lo siguiente: 1) Es superior sobre otras normas, 2) Se busca privilegiar al menor por su condición de tal, 3) La tramitación rápida y eficaz en un proceso judicial también constituye una protección a los derechos del menor; 4) Tiene la calidad de fundamental; 5) Tiene carácter normativo e interpretativo y; 6) Constituye una defensa ante quienes pueden ejercer sus derechos por sí mismos.

2.13. Análisis del art. 7 de la Ley General de Salud

En nuestro país tenemos la Ley 26842, Ley General de Salud, la cual en su artículo 7 establece:

“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 (...).”

Nuestro Código Civil de 1984 establece la misma concepción romana sobre la filiación señalando el latinazgo, *“Mater semper certa est”*, es decir, será madre quién alumbró, por lo que se reputa conocida a la misma por el hecho del parto, es por ello que, en los casos tanto de gestación subrogada a pesar que no comparta el vínculo biológico entre la mujer subrogante y el bebé, nuestra legislación considera madre a quién nazca de su vientre.

Sobre la referida norma hay que tener en cuenta 3 aspectos importantes sobre la interpretación de esta ley: primero, abre la posibilidad a que cualquier ciudadano pueda tener acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS); en segundo lugar, se permite la fecundación homóloga como heteróloga, colocando a condición que debe ser la madre biológica la misma que la madre gestante, sobre este punto, algunos autores consideran discriminatorio que solo se permita esta condición a la mujer, pudiendo ser el gameto masculino de la pareja o de un donante; en tercer lugar, no prohíbe la norma taxativamente la <maternidad subrogada> por lo que abre la posibilidad de realizarse a cumplimiento de la restricción establecida (SAAVEDRA-DÍAZ, 2018, pág. 85).

Como se evidencia en el artículo citado de nuestra regulación peruana, se le apertura la posibilidad a las personas que tienen discapacidad pro-creacional para que puedan acceder a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, la referida norma coloca un límite a estas medidas, prescribiendo que solo podrá ser de aplicación cuando la madre gestante tenga la condición de madre biológica, es decir, apertura una posibilidad muy abstracta que limita a no realizar la gestación subrogada, sin embargo, ello no ha sido absoluto porque en nuestro país se ya se han venido dado este tipo de casos.

2.14. Jurisprudencia peruana ante la no regulación de la Gestación Subrogada

En la CASACIÓN N° 563-2011- LIMA, de fecha 06 de diciembre de 2011 se presentó un caso de <maternidad subrogada> investida como fecundación in vitro, que trajo sorpresas a nuestro país donde no se encuentra regulada este proceso, pero los jueces resolvieron no en base al acuerdo sino al interés superior del niño (2011).

El proceso inicia con la demanda de adopción por excepción de Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone (los pre-adoptantes) a favor de la niña Vittoria Palomino Castro, quién había nacido el 26 de diciembre del 2006, habiendo nacido de un proceso de fecundación in vitro, donde Isabel Zenaida Castro Muñoz fue quién aportó su óvulo para iniciar el proceso y don Giovanni Sansone quién aportó el gameto masculino, en este caso la señora Isabel (se le denominará la gestante) mantiene una relación conyugal con Paúl Frank Palomino Cordero, donde ambos tienen 2 hijas, teniendo la calidad de hermanas entre la señora Isabel y la señora Diana.

Ambas parejas acordaron llevar a cabo el proceso de gestación in vitro con la finalidad de procrear un bebé que iba a ser entregado a de Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, es por ello que, la niña Vittoria Palomino Castro, fue entregada a los días de nacida a los padres pre-adoptantes, quienes iniciaron un proceso de adopción para regularizar los documentos y vivir en familia con la bebé.

Una vez presentado el proceso, la gestante y su pareja inscribieron a la menor como hija en el Registro Civil, donde se expidió una partida de nacimiento declarando como padres a Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero, a pesar que ya había existido acuerdo previo para regularizar la documentación a favor de su hermana y su

esposo. En el proceso, se determinó mediante prueba de ADN que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor sino el señor Giovanni Sansone (pre-adoptante), es aquí donde la gestante Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción por excepción, quedando también acreditada su calidad de madre biológica, negándose a prestar su consentimiento para la procedencia de la adopción por parte de su hermana y su esposo, a pesar que había quedado acreditado la solvencia moral y salud física de la pareja adoptante.

En ese sentido, la Corte declara fundada la demanda a favor de los pre-adoptantes ya que habían demostrado la intención de tener un hogar con la menor, lo cual lo venían ejecutando a través de los cuidados que se le viene prestando, además que se demostró a través de los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, ya que ha vivido en ese hogar desde los días de nacida, además el señor Giovanni Sansone tiene la calidad de padre biológico, por lo que por cualquier vía será resuelto a su favor por la situación jurídica que ostenta.

Agregando a ello, la Sala Superior señala que, mediando un acuerdo entre las partes, y aceptando la gestante este proceso y su resultado final, que era la entrega del bebé, se evidenció una clara intención de asentir al proceso en razón de mejorar su situación económica y poder viajar a Italia con su familia, incluyendo en este término <familia> a su pareja y 2 hijas, sin tomando en cuenta a la recién nacida con la que guarda vínculo biológico, siendo sus fines diferentes a asumir una paternidad o maternidad responsable. En apelación la Corte Suprema en casación interpuesta por Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero (la gestante y su pareja), en contra de los pre-adoptantes el señor Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quicaño, la Corte declara lo siguiente: 1) No procede la adopción por parte del Giovanni Sansone, ya que goza de la calidad de padre biológico, por lo que nadie puede adoptar a un hijo que por ley le corresponde; 2) la menor desde días de nacida se encuentra viviendo con los preadoptantes, por lo tanto, con los informes psicológicos realizados se demuestra que la niña vive en un ambiente con amor y protección, debiendo primar el interés superior del niño en el proceso, estableciéndose que sería perjudicial para la menor ser arrancada del seno familiar que concibe como su hogar; 3) Se demostró que la gestante con su pareja no tuvieron la intención de criar y educar a la menor, ya que requirieron dinero de los preadoptantes a través de amenazas de abortar en caso de incumplimiento y también en

su finalidad de recibir un monto para viajar a Italia con su familia, donde en ella no se consideraba a la menor.

Por lo que, la Corte Suprema declara INFUNDADA la Casación interpuesta por la gestante y su pareja, en razón a que no existía intención de cuidar a la niña y solamente se sometieron al proceso de fecundación in vitro para recibir una compensación económica, tornando la decisión de esta Corte a favor de los pre-adoptantes en beneficio de los derechos de la menor de edad.

Mediante EXPEDIENTE 06374-2016, se presenta ante la Corte Superior de Justicia de Lima del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional un caso de <gestación subrogada> donde la gestante estuvo dispuesta a entregar a los menores para ser criados y protegidos por los cónyuges solicitantes mediante fecundación in vitro.

En cuanto a los hechos del caso, estos datan el 21 de enero de 2005, cuando los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, en vista a la imposibilidad de poder quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, para aplicar la gestación subrogada a través de la fecundación in vitro, en donde el óvulo sería proveniente de una donante anónima, contando con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se procedió a transferir 2 embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para realizar tal procedimiento se había celebrado un acuerdo de útero subrogado, donde ambas partes declararon su voluntad.

El 19 de noviembre de 2015 se produjo el nacimiento de los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R, donde Evelyn Betzabe Rojas Urco (la gestante) al momento de alumbrar a los menores le indicó al médico que tenía calidad solamente de vientre de alquiler, para que en el Acta de Nacido Vivo indique como madre a la señora Ballesteros, sin embargo, inscribió como madre a la señora Evelyn Betzabe Rojas Urco y como padre a Francisco David Nieves Reyes.

Después de nacidos los menores fueron inscritos en RENIEC donde se consignó a la gestante y al señor Nieves como padres de los menores, posteriormente a tal hecho los Señores Nieves-Ballesteros y la sociedad conyugal el señor Fausto César Lázaro Salecio y la Evelyn Betzabé Rojas Urco solicitaron la rectificación de la partida de nacimiento ya quién debe encontrarse como madre en el acta es la señora Ballesteros, sin embargo, RENIEC declaró improcedentes sus solicitudes, es por ello que se acude a vía judicial

mediante proceso de amparo el 4 de mayo de 2016 con la finalidad de declarar nulas las resoluciones emitidas por la entidad.

La Corte Superior de Justicia de Lima del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, en su sentencia estable sobre el presente caso que: 1) La Corte señala que RENIEC no puede ni debe cuestionar u obstruir la forma de constitución de una familia, por lo contrario, facilitar los medios necesarios que permitan viabilizar la conformación de un hogar sin colocar impedimentos; 2) Los derechos sexuales y productivos son una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada por lo que RENIEC a la negativa de inscribir a los menores L.N.N.R y C.D.N.R. atenta contra estos derechos, frustrando de esa manera el proyecto de vida familiar; 3) Se debe priorizar el interés superior del niño, en razón a ello se debe declarar padres a los señores Nieves-Ballesteros, quienes tuvieron la voluntad pro-creacional para tener hijos, situación diferente a la gestante quién en ningún momento tuvo esa voluntad y entregó a los menores, quienes son criados en un hogar donde conciben como madre a la señora Ballesteros.

Es por ello que, la Corte declara FUNDADA la demanda y nulas las resoluciones de RENIEC que declararon improcedentes las solicitudes de los Señores Nieves-Ballesteros respecto del cambio de los apellidos de los menores.

Como hemos detallado anteriormente a través de ambas sentencias emitidas por la judicatura de nuestro país, a pesar de no encontrarse regulado la maternidad o gestación subrogada, se evidencia en el primer un caso (Casación N° 563-2011- LIMA) la forma de <maternidad subrogada>, donde existe una colisión sobre quién debe asumir la maternidad respecto con la filiación, puesto que, el hecho de aportar un gameto por parte de la gestante adquiere la filiación biológica que mediante prueba de ADN queda totalmente acreditada, sin embargo, ello no es impedimento para que mediante el principio de interés superior del niño se pueda priorizar los derechos de un niño y el juzgador establezca una sentencia que priorice la salud y vida de un menor a favor de la pareja solicitante.

Ello se debe a la falta de regulación legal o vacíos existentes en nuestra normativa, en la Casación N° 563-2011- LIMA si se aplica el artículo 7 de la Ley General de Salud, ya que, la gestante tiene la condición de madre biológica, pero en forma de <maternidad subrogada> lo que aún no se regula de forma específica dentro de nuestro ordenamiento

jurídico, y cabe agregar que, en la referida Casación se evidencia una forma de <maternidad subrogada> con finalidad comercial y no por fines altruistas, ya que se le entregó a la gestante una contraprestación por llevar a cabo este proceso, lo que debería encontrarse prohibido porque la mujer no es objeto ni el menor un producto. En cambio, en el EXPEDIENTE 06374-2016, mediante proceso de amparo, las partes conforme común acuerdo celebran la gestación subrogada, concretándose en la entrega de los menores a favor de la pareja de esposos solicitantes y no existiendo negativa del cumplimiento del acuerdo ni colisión con la filiación, puesto que el óvulo fue de un donante anónimo, estableciendo la Corte en este sentido el cambio de partida de nacimiento de los menores a favor de los cónyuges solicitantes.

2.15. Turismo Reproductivo: En busca de formar una familia en legislación extranjera

La introducción de algunas legislaciones extranjeras sobre la aplicación de la gestación subrogada genera que muchas personas que en su país se encuentra restringida esta posibilidad acudan a otro país a fin de poder realizar tal procedimiento.

En otras palabras, el <turismo reproductivo> puede definirse como el desplazamiento de una persona o pareja (casada o conviviente) desde su país de origen a otro país para acceder a las Técnicas de Reproducción Asistida (LAMM, 2013, pág. 193).

La razón principal será que en el país de origen de la pareja se encuentra prohibida la gestación subrogada o se encuentra excluido a cierto sector de personas, por ejemplo, parejas homosexuales (GONZÁLEZ PINEDA, 2015, pág. 24), es ahí donde este grupo de personas que busca tener una familia convierte su anhelo en un <turismo reproductivo> buscando como en una agencia de viajes, el lugar a donde puedan acudir.

El llamado <turismo reproductivo> representa un riesgo en su aplicación por los siguientes puntos: 1) Solo es accesible para las personas económicamente estables, quienes pueden invertir en aplicar una TERA en cualquier país que se encuentre legislado; 2) Se convierte en mercado industrial, ya que ante la acogida de los países de aplicar la gestación sin limitación de las personas solicitantes incentiva su concurrencia que muchas veces puede tornarse en un negocio internacional; 3) Se convierte en un negocio, es decir, muchas mujeres solo aceptan la gestación por la contraprestación monetaria que significa;

4) Permite explotación de mujeres de países menos desarrollados en favor de las personas con alta adquisición económica que compran sus servicios o pagan a empresas para que les consigan una mujer para gestar; 5) La imposibilidad de traslado del menor a su país de origen, es decir, no siempre en los países que se encuentra regulada la gestación subrogada otorga la nacionalidad a los nacidos mediante esa TERA, ese es el caso de Urania, trayendo consigo conflictos en cuanto al traslado del menor.

De todo lo mencionado, es negativo que los países extranjeros permitan este tipo de prácticas, debiendo colocar límites en su forma de aplicación, caso contrario, se degrada la naturaleza del ser humano como tal.

2.16. Proyectos de Ley en la legislación peruana sobre maternidad o gestación subrogada

Nuestro país no es ajeno a las propuestas legislativas debido a la no regulación y vacío legal en la Ley N° 26842, Ley General de Salud, la cual solo abre una puerta para la realización de las Técnicas de Reproducción Asistida pero aún no regula la <gestación subrogada>, sin embargo, ello no significa que nuestro poder judicial haya tenido este tipo de casos.

Con el Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR, recibido en el Congreso de la República el 03 de octubre de 2013, presentado por el partido político Solidaridad Nacional por parte del congresista Vicente Antonio Zeballos Salinas sobre la modificación del artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud.

Dentro de la exposición de motivos del referido Proyecto de Ley, se hace hincapié que ante la necesidad de permitir a las parejas o personas con incapacidad física como la esterilidad o infertilidad, consideradas como enfermedad, y la libre capacidad de decisión de la mujer que apoye de manera altruista la situación de la mujer imposibilitada de gestar, denominándose tal proceso como “maternidad sustituta parcial y altruista” es importante legislar en esta materia, protegiendo los derechos reproductivos de las personas, en aplicación del interés superior del niño, que por medio de la teoría de la intención (analizada en líneas anteriores) su nacimiento brindará un hogar familiar ante la situación que vive una pareja por la imposibilidad de gestar.

En dicho proyecto de modificación de la Ley General de salud se propone agregar lo siguiente:

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

En nuestra consideración, es necesario que para evitar problemas de colisión con la filiación se debe optar por <gestación> y no por <maternidad>, siendo reducido su forma de redacción no otorgando un mayor alcance del proceso y protección a las mujeres que serán parte del proceso.

Ahora bien, en el año 2018 se presentaron 2 proyectos de ley en referencia a la regulación de esta materia, el primero, el Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR recibido el 18 de setiembre y, el segundo, Proyecto de Ley N° 3542/2018-CR recibido el 12 de octubre del mismo año.

En referencia a ello, el Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR, denominado “Proyecto que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de Técnicas de Reproducción Asistida como Derecho Humano a ser madre”, en dicho proyecto se pretende modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud y agregar un artículo adicional que sería el 7-A, específicamente a la <maternidad asistida y/o subrogada>, en la modificación del referente artículo se agregará la aplicación de esta técnica mediante la gestación de una tercera persona cuando exista acreditación médica sobre la imposibilidad de llevar a cabo el proceso de embarazo, debiendo cumplir los protocolos de salud el Centro Médico que realice este procedimiento, caso contrario caerá en responsabilidad por negligencia si se presenta riesgos.

En este proyecto, también se hace alusión a la terminología <maternidad> con la posibilidad de aporte de material genético, y también a su finalidad altruista con respecto al tercero que decida por voluntad y con capacidad llevar a cabo el proceso de embarazo. Además, se agrega los requisitos de los <padres> que van realizar el proceso, considerándose que: i) Ser nacido, tener nacionalidad o residir legalmente; ii) Ser mayor a 24 y menor a 47; iii) Certificado médico que acredite la incapacidad; iv) Ser casado o conviviente; v) Uno de los padres debe aportar material genético, en caso de ser ambos infértiles deberán optar por la donación voluntaria. En este último requisito no se

distingue si la gestante puede o no aportar un gameto, lo que acarrearía problemas posteriores al nacimiento del bebé, sin embargo, el referido proyecto hace mención respecto a la filiación que éste se obtendrá a partir de la transferencia del embrión al útero, señalando que demandas sobre este aspecto no serán admisibles, ya que primará el acuerdo de las partes. Sobre este aspecto, la autonomía de la voluntad no es absoluta por lo que, el interés público será el límite y el principio del interés superior del niño primará ante cualquier acuerdo celebrado.

En el Proyecto de Ley N° 3542/2018-CR, denominado “Ley que regula el uso y acceso a los tratamientos de Reproducción Humana Asistida” siendo presentado por la congresista Luciana León Romero, integrante de la Cédula Parlamentaria Aprista, señalando en su exposición de motivos hace mención a la esterilidad o infertilidad no solamente como una enfermedad física, sino que también perturba de manera integral afectando el bienestar físico, psíquico y social. Además, a través una relación de los derechos reproductivos y sexuales con el derecho a la salud para permitir el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida privada y familiar.

En el presente proyecto se evidencia una aplicación más amplia de las TERAS, en razón que comprenderá el uso integral por parte la población, el cumplimiento de requisitos mínimos por parte de los Centros de Salud, protegiendo la dignidad humana y el interés superior del niño conforme a nuestra Carta Magna. Señalando en su artículo 3.4. la aplicación <excepcional> de la <gestación subrogada>, la cual deberá contar con un diagnóstico médico y la autorización de una Comisión Humana de Reproducción Asistida constituida por el Ministerio de Salud. En este caso se ha de aplicar solamente con fines altruistas y solidarios en beneficio de la pareja o individuo que necesite aplicar este medio.

2.17. Legislación Comparada

A. México

En el país de México la <gestación subrogada> no se encuentra legalizado en todos sus estados federales. Tabasco es uno de Estados de este país que, si lo regula dentro de su

Código Civil, específicamente en el artículo 92, sobre los deberes los deberes de reconocer al hijo, señalando:

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

Este Código para evitar los conflictos entre la mujer subrogante y la mujer solicitante del proceso de gestación subrogada respecto al vínculo filiatorio, enuncia que se presumirá a la <madre contratante> (solicitante) la maternidad, ya que anterior a la aplicación de la técnica de reproducción asistida ha tenido que existir un conceso entre ambas partes, siendo la finalidad de llevar a cabo el proceso, el nacimiento de un bebé.

Cabe señalar que el mismo artículo 97 del Código de Tabasco, define a la <madre gestante sustituta>, <madre subrogada>, <madre contratante>, por la primera se comprende que es aquella que solo lleva a cabo el proceso de gestación; por la segunda, existirá un aporte genético y gestará al bebé; por la tercera, será quién solicite utilizar los servicios de la <madre gestante sustituta> o la <madre subrogada>; sin embargo, este mismo artículo al que hacemos mención prescribe que en caso de tratarse de éstas dos últimas (madre sustituta y subrogada) si se encontraran casadas al momento de alumbrar al menor, el Oficial del Registro Civil tendrá que inscribir como <padre> al esposo de la gestante, agregando como excepción cuando el marido haya desconocido al recién nacido o exista sentencia firme que demuestre lo contrario.

Como se evidencia, en la normativa de México del Estado de Tabasco podemos rescatar algunos aspectos: i) Es permisible tanto la maternidad (entendido como el aporte genético) como la gestación; ii) La filiación será de la <madre contratante>; iii) En caso de estar casada la gestante se repuntará como padre al marido de ella, mediando solo 2 excepciones, la primera es la negación de ser progenitor; y la segunda, por sentencia firme que demuestre lo contrario.

B. Portugal

En este país se encuentra legislado desde el año 2006 mediante la Ley N° 25/2016 que regula el acceso a la gestación por sustitución, procediendo de la tercera modificación de la Ley 32/2006, de 26 de julio (procreación médicamente asistida).

En esta legislación se encuentran aportes importantes en su artículo 8 donde prescribe específicamente a la <gestación subrogada>, su forma de celebración, y requisitos para llevar a cabo este proceso, podemos resumir y señalar:

1. Se define a la <gestación subrogada> la situación donde la gestante está dispuesta a gestar en nombre de otra persona, entregar al recién nacido y renunciar a sus derechos y deberes para con el menor como madre.
2. Es posible el proceso de la <gestación subrogada> siempre y cuando tenga naturaleza gratuita a través de un negocio jurídico, teniendo como condición que la mujer solicitante o contratante de este proceso demuestre su lesión o enfermedad para no gestar.
3. No es posible que la gestante del proceso de la técnica de reproducción asistida done óvulos en favor de la mujer contratante.
4. Solo es factible este proceso cuando exista aprobación del Consejo Nacional para la Procreación con Asistencia Médica, quién deberá verificar si la mujer contratante no puede gestar a través de certificación médica y si se cumplen los requisitos anteriormente enunciados.
5. Se encuentra prohibido todo tipo de pago o donación a la gestante, pudiendo solo remunerarle el gasto por salud y transporte, lo cual debe estar acreditado en un documento específico. Tampoco será sometida la gestante a una relación de subordinación, prestación de servicios u otro, no pudiéndose poner ninguna restricción a los derechos, dignidad y libertad de la gestante.
6. La crianza será a favor de los beneficiarios.

Como se evidencia en el resumen elaborado sobre la regulación en Portugal, en este país a diferencia de México, encontramos un órgano regulador que verifica el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley, denominado “Consejo Nacional para la Procreación con Asistencia Médica”, debiendo revisar la validez, nulidad, ineficacia o invalidez de los acuerdos celebrados por las partes. Además, no es permisivo la <maternidad subrogada>, es decir con aporte de gametos de la gestante, debiendo acreditar la mujer contratante su

estado de infertilidad, riesgos, u otro, para poder acceder a la celebración de un negocio jurídico de <gestación subrogada> con fines altruistas y no remunerativos.

Ahora bien, en caso de incumplimiento de los requisitos previsto de lo anteriormente enunciado, el artículo 39 de la Ley N° 25/2016, prescribe las sanciones en este tipo de casos, señalando:

1. Para el beneficiario: a) Cuando realice negocios jurídicos a título oneroso tendrá 2 años como pena privativa de libertad o multa hasta 240 días; b) Contravención a los párrafos 2 a 6 del artículo 8 de la citada ley son sancionados con una pena de prisión de hasta 1 año o una multa de hasta 120 días, el cual señala que la gestación tendrá uso excepcional por afectación absoluta del útero, al menos uno de los beneficiarios debería aportar un gameto, la gestante no puede ser donante, tiene que existir autorización del Consejo Nacional, se realiza a título gratuito, no debe existir subordinación económica o prestación de servicios.
2. Para la gestante subrogante: a) Por concretizar contratos a título oneroso tendrá hasta 240 días de multa; b) Contravención a los párrafos 2 a 6 del artículo 8 de la citada ley son sancionados con una pena de prisión de hasta 1 año o una multa de hasta 120 días.

Como se evidencia, en Portugal no solo se regula la gestación subrogada como tal, sino que, esta legislación adhiere el control de un ente nacional para autorizar este tipo de procedimientos, Consejo Nacional, y también una serie de sanciones penales en contra de la transgresión o violación de lo regulado en dicha ley.

C. España

En España tenemos la Ley N° 14/2006, de fecha 26 de mayo de 2006, “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en la cual en su artículo 10 legisla sobre la “Gestación Subrogada”, señalando:

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

2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.*

Esta normativa prohíbe la posibilidad de realizar la gestación subrogada bajo ninguna de sus modalidades (comercial o altruista) y determina que en caso de darse la efectivización de esta técnica la filiación se determinará por la mujer de a luz; sin embargo, apertura una posibilidad de llevar a cabo un proceso judicial para la determinación de paternidad con vínculos biológicos, puesto que, en un proceso de gestación por sustitución se puede implantar gametos de la pareja contratante.

Esta legislación compatibiliza con la de Francia, Perú, Italia, y otros países en los cuales se sigue prohibiendo la realización de la gestación subrogada, puesto que, mediante sus normas constitucionales sobre la dignidad humana protegen a la mujer para que no sea tratada como un objeto ni vulnerar los derechos del menor de edad. Es por ello que, en la Constitución Española en sus artículos 10.1 y 15, enuncia que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, es decir que el niño no puede ser objeto de transacción, requiriendo el debido respeto a la dignidad de la persona y a su integridad, también en concordancia con su Código Civil en su artículo 1271 señalando que “podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”, completando tal criterio con el artículo 1275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos de los contratos con causa ilícita, lo cual impide de manera irrestricta que se puedan celebrar contratos con cuya causa sea la procreación humana y renuncia de derechos filiatorios.

Sin embargo, el hecho que no se encuentre prohibido la celebración de contratos respecto de la gestación subrogada, ello no ha sido impedimento para aumentar los casos de “turismo reproductivo”, “turismo de salud”, “turismo procreativo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*” (CBRC), donde muchos ciudadanos españoles viajan a países como Estados Unidos para llevar a cabo este proceso, pero realizan un proceso judicial para el reconocimiento de la filiación en favor de los menores provenientes de un proceso de gestación por sustitución para ser reconocidos como ciudadanos españoles.

Este viaje al “turismo de fertilidad” se debe a 2 aspectos importantes: Por un lado, la prohibición expresa en su país de origen; también porque otro Estado proporciona mayores garantías y menos costo; y finalmente, porque a pesar de su regulación un Estado puede limitar su ámbito de aplicación (edad, estado civil y/u orientación sexual) (HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2014, pág. 148).

Mediante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009, España da un paso al reconocimiento y permisión de la gestación subrogada, el caso se suscita en California cuando una pareja homosexual de españoles había suscrito un contrato de gestación por sustitución, habiendo nacido 2 menores de edad de dicho proceso, la problemática radicará cuando los padres del menor quiere inscribirlos ante la consulado de España como ciudadanos, pero es aquí donde la Oficina de Registro Civil niega en un primer momento argumentando la no prohibición de la regulación en el país natal.

En la mencionada Resolución se determina la aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, y no las normas de conflicto españolas como la Ley 14/2006 o las normas sustantivas españolas que determinan la filiación, además que el Código Civil Español en su artículo 17.1 a) se establece que son españoles los hijos “nacidos” de padre o madre españoles, sin embargo, en esta resolución indica que solo bastará para la acreditación del mismo “el hecho físico de la generación”.

Finalmente, en la parte resolutive se ordena la procedencia de la inscripción, en el Registro Civil Consular de ambos menores como ciudadanos españoles. Siendo que, mediante esta forma de resolver ha generado el incremento del turismo reproductivo internacional para realizar el proceso de gestación subrogada en países que si se encontraran regulados.

D. Gran Bretaña

La regulación de gestación subrogada de Gran Bretaña se encuentra dentro de la Ley de arreglos de subrogación de 1985, “Chapter 49, 16 julio 1985. “Surrogacy Arrangements Act 1985”, la cual establece en su CAPÍTULO 49 lo referente a esta temática, partiendo de la dispersión terminológica a denominarla como <madre sustituta> o <arreglo de gestación subrogada>, definiendo ambos conceptos como “mujer que tiene un hijo en

cumplimiento de un acuerdo”, esta Ley será aplicable a Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.

Sobre la norma, podemos resumirla en los siguientes aspectos:

- **Sobre la gestante**, ella tendrá el encargo de llevar a cabo el proceso de embarazo, con la finalidad de entregar al niño a terceras personas que cumplirán con cuidarlo y criarlo, además deberá considerarse como tal desde el momento de la inseminación. También la <madre sustituta> podrá recibir un pago en favor de ella o del bebé que lleva en su vientre.
- **Organismo sin fines de lucro**, son aquellas instituciones que viabilizan el proceso de gestación subrogada sin mediar finalidad comercial sobre este proceso, es decir, negociar acuerdos meramente económicos para llevar a cabo el proceso. Existiendo la posibilidad que los contratantes otorguen un pago en favor de la gestante o por el niño, pero ello no debe exceder lo razonable, de ser el caso que la institución percibe algún monto dinerario será sancionada por la comisión de un delito al igual que la persona que ofreció tal subvención.
- **Anuncio de gestación subrogada**, queda prohibido en Reino Unido realizar anuncios sobre el ofrecimiento y disposición de una persona a participar del proceso de gestación subrogada y de los contratantes a solicitar por algún medio una gestante, siendo sancionado como delito en caso que el periódico u otro medio permitan la realización de este tipo de publicaciones.

Esta normatividad prescribe que es posible realizar la gestación subrogada otorgando la posibilidad a la gestante de percibir un monto dinerario, debiendo encontrarse dentro de lo razonable para no ser considerado como delito, además prohíbe la realización de este proceso que tenga una finalidad comercial, y finalmente prescribe como delito todos aquellos anuncios que publiciten la realización de gestación subrogada.

III. METODOLOGÍA

3.1.Métodos

- **Inductivo:** Este modelo permitirá, a partir de los datos específicos obtenidos de la información recolectada, obtener las conclusiones generales de la investigación con el fin de llegar a elaborar un proyecto de ley y establecer el proceso judicial que permita regular la maternidad subrogada y la consecuente protección de los derechos de la gestante colaboradora.
- **Exegético:** Toda vez que la información jurídica recolectada va a ser estudiada e interpretada de forma objetiva con la finalidad de poder llegar a contrastar la hipótesis planteada.

3.2.Técnicas

- **Observación:** Esta técnica se utilizará con la finalidad de observar si en el Perú existe desprotección de derechos de la gestante colaboradora en las decisiones jurisdiccionales emitidas en el marco de los casos resueltos sobre maternidad subrogada.
- **Recopilación y Revisión Documental Informativa:** Por medio del cual se va a compendiar información pertinente respecto de la materia a investigar ya sea de libros, revistas, páginas web, jurisprudencias entre otras fuentes informativas.

3.3.Instrumentos

- **Guía de observación:** El cual va a permitir orientar el trabajo de investigación, el registro de hechos, así como para organizar la información recopilada logrando un mejor análisis de datos.
- **Ficha resumen:** A través del cual se va a proceder al almacenamiento de datos; información que será utilizada al momento de elaborar el informe final.

IV. RESULTADOS

RESULTADO N°1: Protección de los derechos de la gestante colaboradora con la regulación de la maternidad subrogada.

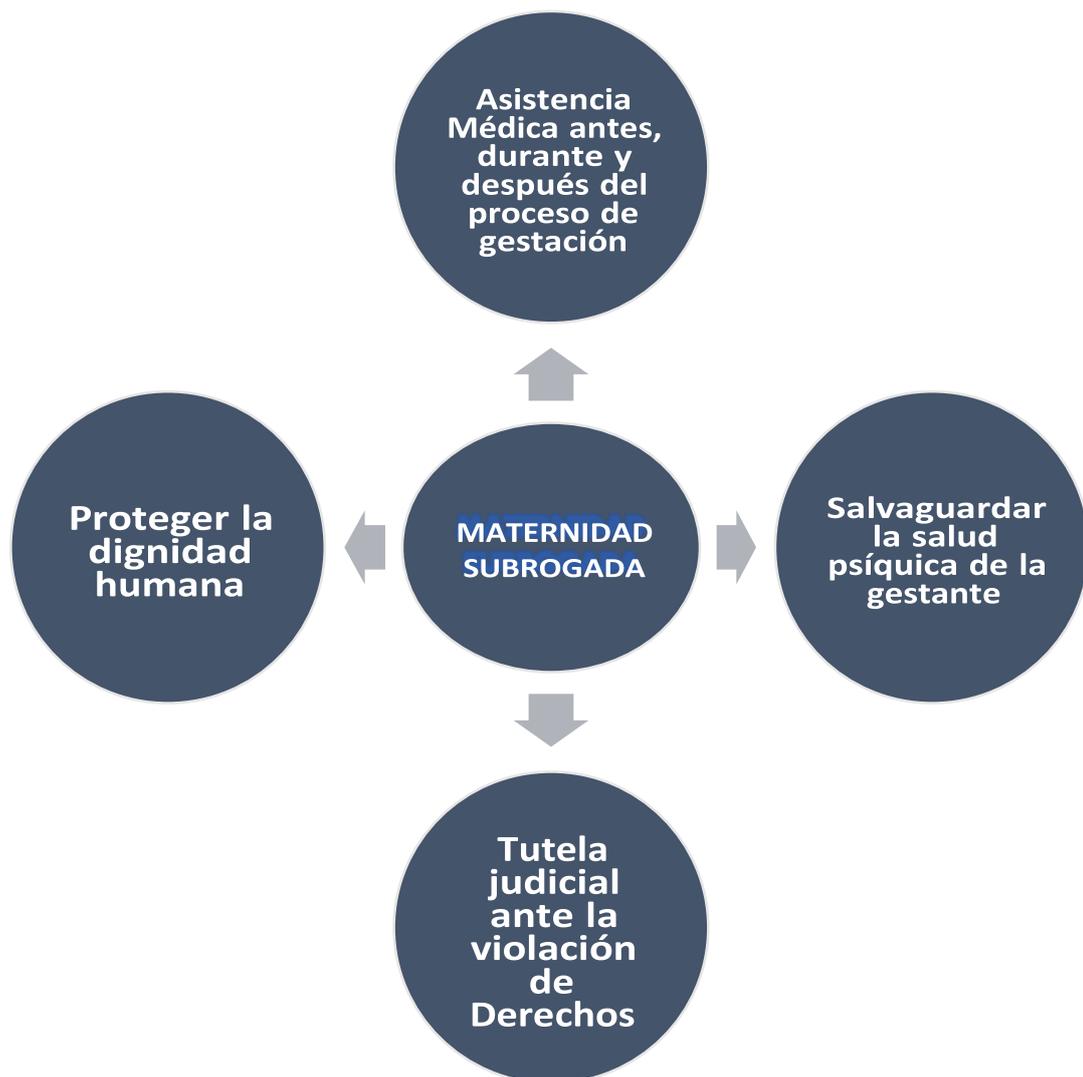


Gráfico 1: Elaboración propia

RESULTADO N°2: Postura de la doctrina respecto a la aplicación de la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada y sus distintas modalidades.

MATERNIDAD SUBROGADA		
DENOMINACIÓN	AUTOR	POSTURA
Maternidad Subrogada	ESTRADA MORA	La maternidad subrogada es cuando una mujer es inseminada con el semen del esposo o conviviente de la mujer subrogante y que a la vez contribuye con sus propios óvulos para generar un embarazo, convirtiéndose en madre genética y madre gestacional al mismo tiempo (ESTRADA MORA, 2018, pág. 7).
	PERALTA ANDÍA	Es aquel convenio o acuerdo realizado entre una mujer con el compromiso de llevar a cabo el proceso de gestación de un embrión que será implantado con la finalidad de entregar al bebé después del nacimiento (PERALTA ANDÍA, 2004, pág. 372).
	VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ-MARTÍNEZ	La mujer gestante o subrogante es inseminada con sus propios gametos, con la finalidad de entregar después del parto al menor a la pareja contratante (MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, 2015, pág. 361).

Tabla 1: Elaboración propia

MATERNIDAD SUBROGADA		
DENOMINACIÓN	AUTOR	POSTURA
Gestación Subrogada	GONZÁLEZ PINEDA	Se denomina gestación cuando el óvulo y el espermatozoide son aportados por la persona o pareja que decide someterse a la gestación subrogada (GONZÁLEZ PINEDA, 2015, pág. 9).
	BRENA SESMA	la gestación subrogada se hace efectivo cuando la pareja o la persona aporta sus gametos, puede ser óvulo o espermatozoide, y la gestante será quién lleve a cabo el proceso de embarazo (BRENA SESMA, 2012, pág. 141).
	VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ-MARTÍNEZ	Consiste en la implantación de gametos en la gestante mediante fertilización in vitro, pudiendo pertenecer el óvulo a la madre contratante o un donante, más no de la gestante; de la misma manera con el gameto masculino, el cual puede ser el padre solicitante o de un donador (MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, 2015, pág. 361).

Tabla 2: Elaboración propia

MATERNIDAD SUBROGADA		
DENOMINACIÓN	AUTOR	POSTURA
ALTRUISTA	HERNÁNDEZ RAMÍREZ ADRIANA Y SANTIAGO FIGUEROA, JOSÉ LUIS	Se presenta cuando la gestante acepta de manera voluntaria llevar un proceso de embarazo a través de maternidad subrogada de forma gratuita, por parentesco, amistad o afecto que se le tenga a los padres contratantes (HERNÁNDEZ RAMÍREZ & SANTIAGO FIGUEROA, 2011).
	GARCÍA CAPILLA, DIEGO y CAYUELA SÁNCHEZ, SALVADOR	Se entiende por finalidad altruista aquella donde la gestante acepta prestar su vientre con la finalidad de ayudar a una pareja a tener una familia, de forma gratuita. (GARCÍA CAPILLA & CAYUELA SÁNCHEZ, 2020, págs. 30-31).
ONEROSA O LUCRATIVA	VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ-MARTÍNEZ	Es aquel acuerdo realizado entre la gestante y la pareja contratante en el cual se otorga una contraprestación por el proceso de embarazo y entregar al bebé después del parto (MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, 2015, pág. 361).
	BORJA GONZALEZ PINEDA	La gestante se ofrece a llevar a cabo el proceso de embarazo a cambio de dinero. En este caso, las gestantes suelen trabajar en agencias para prestar sus servicios de maternidad subrogada (GONZÁLEZ PINEDA, 2015, pág. 10)

Tabla 3: Elaboración propia

RESULTADO N°3: Regulación en la legislación comparada en el ámbito de la maternidad subrogada.

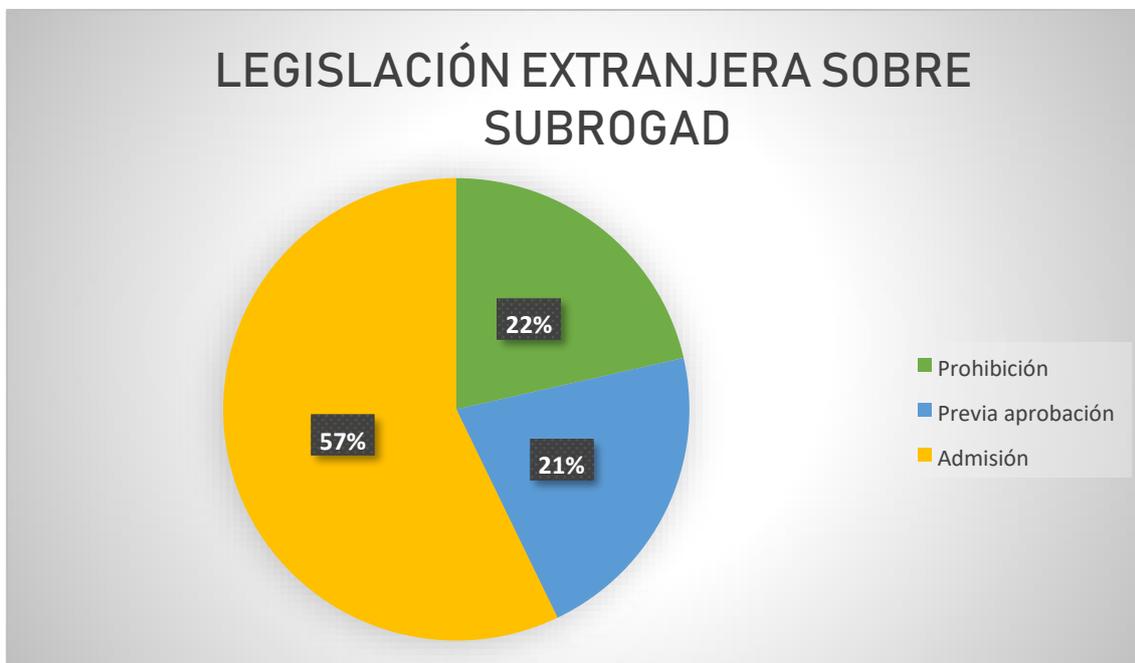


Gráfico 2: Elaboración propia

Acerca del presente gráfico se ha tomado en cuenta 14 países que regulan la maternidad subrogada de manera taxativa, donde se evidencia que en un 22% se encuentra prohibido. En un 78% se encuentra permitida la maternidad subrogada, donde en un 21% se necesita la aprobación por un ente estatal para la continuación de la técnica de reproducción asistida, y un 57% donde es permisible la maternidad subrogada en su modalidad altruista y onerosa.

CONTENIDO	PAÍSES
PROHÍBE LA MATERNIDAD SUBROGADA	Alemania
	España
	Suiza
APRUEBA LA MATERNIDAD SUBROGADA CON PREVIA APROBACIÓN	Israel
	Reino Unido
	Grecia
SE ADMITE LA MATERNIDAD SUBROGADA	Portugal
	México
	Rusia
	Estados Unidos
	Grecia
	Australia
	Canadá
	Ucrania

Tabla 4: Elaboración propia

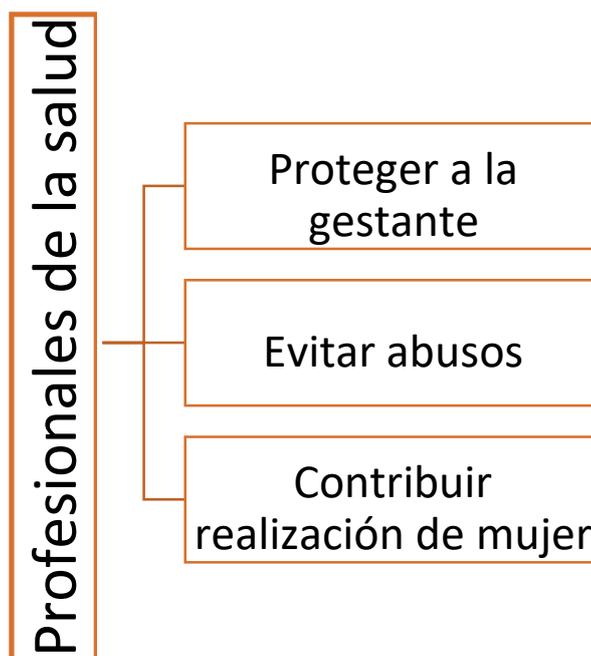
RESULTADO N°5

Postura de jueces especialistas sobre regulación de la maternidad subrogada en el Perú.



RESULTADO N°6

Postura de profesionales de la salud respecto a la regulación de la maternidad subrogada en el Perú



RESULTADO N°6: Propuesta legislativa de maternidad subrogada en protección de los derechos de la gestante y de los niños nacidos de esta técnica

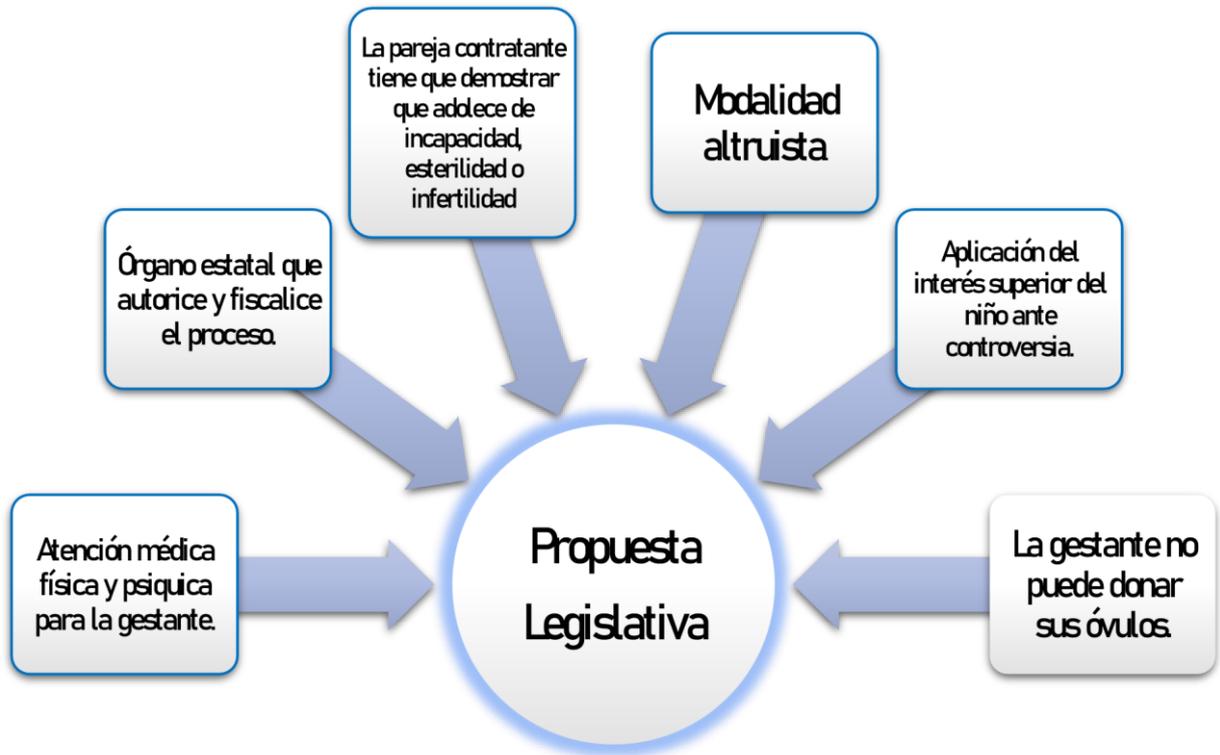


Gráfico 3: Elaboración propia

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

DISCUSIÓN DE RESULTADOS N°1: Protección de los derechos de la gestante colaboradora con la regulación de la maternidad subrogada.

En nuestro país aún no se encuentra legislado la maternidad subrogada, sin embargo, no debemos ser ajenos a la realidad existente que ante la discapacidad o enfermedad reproductiva se sigue negando el derecho de formar una familia a parejas que naturalmente no pueden procrear.

El derecho a la salud sexual y reproductiva se encuentra internacionalmente reconocida, para todo tipo de seres humanos, haciéndose mención por primera vez en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD), la cual fue realizada en la ciudad de El Cairo en 1994, donde se establecen políticas comunes en cada país participe, en razón a la <salud reproductiva>, comprendida como aquel estado general de bienestar físico, mental y social relacionados con el aspecto reproductivo y su proceso. Considerando en este sentido el autor RAMOS PADILLA que el Estado debe establecer en sus políticas públicas sobre la salud sexual y reproductiva, en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos (2006, pág. 212).

Ahora bien, puede definirse como <salud reproductiva> el conjunto de técnicas, servicios y métodos, que tiene por finalidad contribuir a la salud reproductiva y su bienestar físico, debiendo prevenir y también resolver los problemas de salud reproductiva, incluyendo que ésta tendrá el propósito de mejorar la vida y las relaciones personales (COOK, DICKENS, & FATHALLA, 2003, pág. 37). Este derecho a la salud reproductiva comprenderá también la decisión de tener o no hijos, el número de hijos, así como la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en caso de esterilidad o infertilidad (2017, pág. 14).

El ejercicio pleno del derecho a la salud sexual y reproductiva permitirá desarrollar libremente la personalidad de los seres humanos, construir un proyecto de vida, formar una familia, etc. Siendo la maternidad subrogada una solución ante la infertilidad, esterilidad, o discapacidad reproductiva (pérdida de útero, cáncer, enfermedades

degenerativas u otros) que impidan a una pareja tener un hogar acompañado de un hijo con la intención de brindarle amor y los cuidados necesarios.

En muchos países como EE.UU., Canadá, Portugal, México, por citar algunos, se encuentra legislada la maternidad subrogada con sus peculiaridades respecto a su normativa, por ejemplo, en algunas solo es permisible de forma altruista, en cambio, en otras de forma onerosa. Pero ante ello que, surge la necesidad de preguntarnos ¿la gestante tiene derechos? ¿Cómo se la puede proteger? Ante lo mencionado anteriormente queda claro que la pareja gestante tiene derechos, y hemos reiterado que deben ser respetados, sin embargo, la gestante, quién lleva a cabo el proceso de embarazo no debe ser considerada un instrumento con la finalidad de procrear a un niño, sino que, a nuestro criterio es una importante persona, quién llevará a cabo el proceso de maternidad subrogada.

Es por ello, que a la gestante en razón a proteger sus derechos consideramos que ante debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- **Brindar asistencia médica integral antes, durante y después del proceso de gestación:**

Ello consiste en que la gestante colaboradora deberá en primer lugar pasar por una revisión médica para evaluar su estado de salud, porque en caso de riesgo a su vida y salud no se puede permitir la continuidad del proceso. Ahora bien, una vez realizada la inseminación artificial es necesario que la pareja solicitante cuide de la salud física (alimentación, revisión médica y todo lo necesario para mantener el bienestar de la gestante) y también psicológica, puesto que en el proceso de embarazo está cubierto de diferentes cambios emocionales y estados de ánimo de la gestante, además de prepararla paulatinamente con un profesional para la entrega del menor después del parto para evitar un alterar su salud mental posteriormente, siendo estos cambios propios del proceso de embarazo, pudiendo en extremos negarse a la entrega del bebé o en otros casos atentar contra la vida del concebido o la suya. Y finalmente, después del parto es necesario que la pareja solicitante cuide de la salud de la gestante colaboradora, puesto que aún no es ajena a sufrir un riesgo físico y mental.

- Respetar la dignidad de la gestante:

Se comprende por dignidad humana como aquel valor inherente al ser humano justificando su consolidación y desarrollo dentro de los derechos fundamentales (PELE, 2015, pág. 8), donde la dignidad nos dotará de calidad de ser humano, atribuyéndonos en razón a ella el carácter de persona y no solo de individuo (APARISI MIRALLES, 2013, pág. 207). Desde un punto de la bioética y el Derecho, puede concebirse a la dignidad de la persona como un límite infranqueable frente a los constantes avances tecnológicos, es decir, una barrera que no se puede ser traspasada en contra de la voluntad de la persona (MARÍN CASTÁN, 2007, pág. 1).

Es importante que no se piense en la gestante como un instrumento para llevar a cabo un proceso de embarazo, ya que aquella mujer también es una persona, ser humano, que debe ser respetada como tal, es por ello que, en algunos países solo se permite la este proceso de manera altruista para no tratar a las mujeres como objetos. Es por esa razón que la pareja solicitante debe ofrecer los cuidados, no solo económicos al cubrir los gastos del proceso de embarazo sino también de otorgarle su apoyo incondicional y hacerla sentir importante por la gran labor humana que les permitirá a ellos formar una familia.

- Proteger la salud psíquica:

Como hemos hecho mención anteriormente, la gestante a través del proceso del embarazo presenta no solo cambios físicos sino también psíquicos, por lo que, puede presentar cuadros de depresión que podrían traer consigo un peligro inminente no solo para la gestante sino también para el concebido. En vista de ello, la gestante debe contar en primer lugar con un apoyo de su pareja (en caso de tenerla) para que pueda sentirse protegida y querida por él; en segundo lugar, su familia, quienes deben brindarle un acogimiento frente al proceso de embarazo; en tercer lugar, la pareja solicitante, quienes deben brindarle un apoyo incondicional para que la mujer gestante pueda mantener un equilibrio emocional; y finalmente, el apoyo de un profesional de la psicología, quien debe mantener estable su salud mental durante y después del proceso de embarazo para que pueda comprender la gestante que el recién nacido será entregado a otras personas. Con ello, se puede proteger la salud mental de la gestante, teniendo en cuenta que el apoyo emocional

debe continuar incluso después del parto ante el desapego del bebé, para que pueda volver a la cotidianidad de su vida.

- **Tutela judicial ante la violación de derechos:**

La gestante debe tener una protección del Estado ante cualquier incumplimiento o violación de sus derechos, que le permita contar con una tutela jurisdiccional de un órgano judicial que sus derechos en aplicación de las normas.

Ello en el sentido que, puede atentarse contra la dignidad humana de la mujer gestante o no prestarle los servicios de salud adecuados para llevar el proceso de maternidad subrogada, lo que puede traer como consecuencias un riesgo contra su vida y salud, por ello, un Estado no puede ser ajeno a este tipo de situaciones, los cuales en caso de generarse un daño a la gestante deberá resarcirse y otorgarse una sanción a la pareja solicitante ante tal perjuicio generado. Esta situación permitirá ejercer una fiscalización ante la violación de derechos.

Por las razones expuestas, es necesario que se proteja los derechos de la gestante quién con fines altruista, por amistad, parentesco, afecto, puede acceder a ayudar a una pareja que no puede procrear de forma natural con la intención de formar una familia. Y con el apoyo del Estado se puede fiscalizar y proteger los derechos en caso que cualquiera de las partes genere algún perjuicio.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS N° 2: Postura de la doctrina respecto a la aplicación de la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada y sus distintas modalidades.

Sobre la maternidad subrogada y gestación subrogada existe una clara diferenciación a través de la doctrina, en este sentido, es necesario establecer una distinción en razón a su forma de aplicación dentro de un sistema jurídico en referencia al tema abordado.

Hay que tener en cuenta que la variedad de terminológica puede existir dentro de las legislaciones, pero ello no significa que se encuentre el mismo contenido que desarrolla la doctrina, es decir, en algunas normas se introduce el término <maternidad subrogada> con el contenido de gestación parcial y otros viceversa, es por ello que se debe delimitar el contenido a fin de hacer un buen uso de la normatividad.

Es entendida por <maternidad subrogada> cuando una mujer es inseminada con el semen del esposo o conviviente de la mujer subrogante y que a la vez contribuye con sus propios óvulos para generar un embarazo, convirtiéndose en madre genética y madre gestacional al mismo tiempo (ESTRADA MORA, 2018, pág. 7). De la misma manera también se puede concebir como aquel convenio o acuerdo realizado entre una mujer con el compromiso de llevar a cabo el proceso de gestación de un embrión de la gestante que será implantado con la finalidad de entregar al bebé después del nacimiento (PERALTA ANDÍA, 2004, pág. 372).

Ahora bien, en cuanto a <gestación subrogada> se realiza cuando el óvulo y el espermatozoide son aportados por la persona o pareja que decide someterse a la gestación subrogada (GONZÁLEZ PINEDA, 2015, pág. 9). En el mismo sentido, la autora MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, afirma que consiste en la implantación de gametos en la gestante mediante fertilización in vitro, pudiendo pertenecer el óvulo a la madre

contratante o un donante, más no de la gestante; de la misma manera con el gameto masculino, el cual puede ser el padre solicitante o de un donador (2015, pág. 361).

En conclusión, se entiende por maternidad subrogada cuando se implanta el embrión de la gestante para el proceso de fecundación, en cambio, en la gestación subrogada en su estricto sentido, los gametos serán de la pareja o de un donante. Sin embargo, como hemos hecho mención algunas legislaciones suelen cambiar la terminología, pero el contenido es el mismo en referencia a los conceptos analizados, es por ello, que se debe tener en cuenta lo establecido por la norma y no el título de la misma.

Ahora bien, en la maternidad subrogada tenemos 2 modalidades, que serán distintas en cuanto a su finalidad, la primera denominada <altruista o gratuita>, y la segunda <onerosa o comercial>.

La modalidad altruista se presenta cuando la gestante acepta de manera voluntaria llevar un proceso de embarazo a través de maternidad subrogada de forma gratuita, por parentesco, amistad o afecto que se le tenga a pareja solicitante (HERNÁNDEZ RAMÍREZ & SANTIAGO FIGUEROA, 2011). También es comprendida como aquella donde la gestante acepta prestar su vientre con la finalidad de ayudar a una pareja a tener una familia, de forma gratuita. (GARCÍA CAPILLA & CAYUELA SÁNCHEZ, 2020, págs. 30-31).

Se entiende por la modalidad onerosa o comercial como aquel acuerdo realizado entre la gestante y la pareja contratante en el cual se otorga una contraprestación por el proceso de embarazo y entregar al bebé después del parto (MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, 2015, pág. 361). En el mismo sentido, también se puede definir como aquella compensación económica realizada a la gestante para llevar a cabo el proceso de embarazo. En este caso, en algunos países las gestantes suelen trabajar en agencias para prestar sus servicios de maternidad subrogada (GONZÁLEZ PINEDA, 2015, pág. 10).

Después de haber definido <maternidad subrogada>, <gestación subrogada>, finalidad <altruista> y <onerosa>, es necesario considerar que en referencia a la distinción realizada por los primeros conceptos, consideramos que es idóneo la utilización del término

<maternidad subrogada> por el hecho que madre es quién cuida y protege al concebido y niño, en este caso la gestante durante el proceso de embarazo cuidará del bebé que se encuentra en su vientre, de la misma manera la mujer de la pareja solicitante quién estará a cargo del menor para darle amor y cariño después del parto, por esa razón consideramos que al proceso realizado por esta técnica de reproducción asistida debe considerarse <maternidad subrogada>.

Ahora bien, en cuanto a la modalidad, para este proceso debe ser considerada solamente su forma <altruista> para no desnaturalizar la figura, puesto que mediante esta TERA se traerá al mundo a un nuevo ser, y debe existir voluntad de la gestante de ayudar a una pareja que adolece de esterilidad, infertilidad u otro que les impide la procreación natural, este tipo de casos se presenta mayormente cuando existe afecto o parentesco por parte de la gestante colaboradora hacia una pareja solicitante, ello con la finalidad de evitar convertir en un negocio y utilizar a la mujer como instrumento, en respeto a su dignidad humana.

En cuanto, a la modalidad comercial, en algunos países como por ejemplo EE.UU, se permite realizar un contrato oneroso donde la gestante recibirá una contraprestación por realizar el proceso de gestación, en este caso estaríamos hablando de una prestación de servicios, ello nos lleva a preguntarnos ¿cuál es el objeto del contrato? ¿acaso un recién nacido puede ser considerado como objeto contractual?, es por ello que, concebir un proceso de maternidad subrogada en su modalidad onerosa traería consigo la desnaturalización de esta técnica de reproducción asistida. Y, además, incentivaría el turismo reproductivo, es decir, que solo los que tienen una economía alta puedan viajar a otros países a llevar a cabo el proceso de maternidad subrogada para posteriormente regresar a su país de origen. Es por ello que a esta modalidad se puede denominar como <negocio de maternidad subrogada>, ya que pedir una contraprestación afectaría la dignidad de la mujer, puesto que solo será un instrumento para traer al mundo un nuevo ser y por parte de la pareja sería pagar por tener un hijo, convirtiéndose en una finalidad comercial como la doctrina lo denomina.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS N°3: Regulación en la legislación comparada en el ámbito de la maternidad subrogada.

Para el gráfico que se enmarca dentro de los resultados se ha tomado como base a 14 países que regulan la maternidad subrogada de manera taxativa, donde se evidencia que en un 22% se encuentra prohibido, como en Alemania, España y Suiza. En un 78% se encuentra permitida la maternidad subrogada, donde en un 21% se necesita la aprobación por un ente estatal para la continuación de la técnica de reproducción asistida, como en Israel, Reino Unido y Grecia, siendo legal la práctica de este proceso. Y de ese porcentaje también se encuentra un 57% donde es permisible la maternidad subrogada en su modalidad altruista y onerosa, entre ellos se encuentra Portugal, México, Rusia, EE.UU, Grecia, Australia, Canadá y Ucrania.

En el país de México la <maternidad subrogada> no se encuentra legalizado en todos sus estados federales. Siendo Tabasco uno de Estados de este país que, si lo regula dentro de su Código Civil, específicamente en el artículo 92, señalando que los hijos nacidos del proceso se presumirá la maternidad de la madre contratante, debiendo haber obtenido un acuerdo con la gestante con previa aceptación, para posteriormente proceder a la adopción del recién nacido.

Este Código para evitar los conflictos entre la mujer subrogante y la mujer solicitante del proceso de gestación subrogada respecto al vínculo filiatorio, enuncia que se presumirá a la <madre contratante> (solicitante) la maternidad, ya que anterior a la aplicación de la técnica de reproducción asistida ha tenido que existir un conceso entre ambas partes, siendo la finalidad de llevar a cabo el proceso, el nacimiento de un bebé.

Como se evidencia, en la normativa de México del Estado de Tabasco podemos rescatar algunos aspectos: i) Es permisible tanto la maternidad (entendido como el aporte genético) como la gestación; ii) La filiación será de la <madre contratante>; iii) En caso de estar casada la gestante se repuntará como padre al marido de ella, mediando solo 2 excepciones, la primera es la negación de ser progenitor; y la segunda, por sentencia firme que demuestre lo contrario.

En Portugal se encuentra legislado desde el año 2006 mediante la Ley N° 25/2016 que regula el acceso a la gestación por sustitución, procediendo de la tercera modificación de la Ley 32/2006, de 26 de julio (procreación médicamente asistida).

En esta legislación se señala que es posible el proceso de la <gestación subrogada> siempre y cuando tenga naturaleza gratuita a través de un negocio jurídico, teniendo como condición que la mujer solicitante o contratante de este proceso demuestre su lesión o enfermedad para no gestar.

La regulación de gestación subrogada de Gran Bretaña se encuentra dentro de la Ley de arreglos de subrogación de 1985, “*Chapter 49, 16 julio 1985. “Surrogacy Arrangements Act 1985”*”, la cual establece en su capítulo 49, parte de la dispersión terminológica a denominarla como <madre sustituta> o <arreglo de gestación subrogada>, definiendo ambos conceptos como “mujer que tiene un hijo en cumplimiento de un acuerdo”, esta Ley será aplicable a Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.

Esta normatividad prescribe que es posible realizar la gestación subrogada otorgando la posibilidad a la gestante de percibir un monto dinerario, debiendo encontrarse dentro de lo razonable para no ser considerado como delito, además prohíbe la realización de este proceso que tenga una modalidad comercial, y finalmente prescribe como delito todos aquellos anuncios que publiciten la realización de gestación subrogada.

En Gran Bretaña se controla esta situación (modalidad comercial u onerosa) a través de un juez para evitar que exista algún tipo de donación a favor de la gestante (GARCÍA CAPILLA & CAYUELA SÁNCHEZ, 2020, págs. 30-31).

En Israel, de la misma manera que Gran Bretaña, necesita la aprobación de un Comité gubernamental para dictar la procedencia de la maternidad subrogada. En este país se encuentra regulado por la Ley 5746 de 1996 sobre Acuerdos de Gestación por Sustitución, en el cual solo permite la figura de “gestación subrogada”, es decir, la mujer subrogante no podrá donar ni otorgar sus óvulos para el proceso, además solo es permisible en este país si la pareja solicitante está conformada por mujer y varón, debiendo compartir la misma religión.

En este país queda prohibido toda contraprestación que se realice a la gestante por llevar a cabo el proceso de embarazo, pudiendo sí firmar un contrato, pero solo el Tribunal será quién tenga la potestad de rescindirlo, por circunstancias justificantes y tomando como pilar el principio del interés superior del niño.

Como se ha evidenciado, la diversidad terminológica sobre el proceso de esta técnica de reproducción asistida no cambia la sustancia de lo que finalmente concibe la doctrina por maternidad subrogada y gestación subrogada, por lo que, a nuestro criterio como se ha evidenciado, existe una multiplicidad de países que vienen regulando este proceso ya que no es ajeno a la realidad de cada ciudadano, en nuestro país han existido 2 procesos llevados a cabo en la judicatura, a pesar que no se encuentra permitido, pero tampoco se expresamente prohibido, siendo una necesidad para permitir formar un hogar a las parejas que adolezcan de incapacidad, esterilidad o infertilidad que les impida tener hijos de manera natural.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS N°4: Postura de jueces especialistas sobre regulación de la maternidad subrogada en el Perú

Este hallazgo se determinó a partir de la realización de una encuesta a jueces civiles y especialistas en Derecho de Familia

A los magistrados se les realizó siete (7) preguntas, con alternativas y en algunos casos de ser positiva la respuesta se preguntó el desarrollo de la respuesta (el porqué) Concretamente las preguntas realizadas fueron:

- i.- Si considera o no la existencia de un vacío legal la falta de regulación de la maternidad subrogada.
- ii.- En el caso de que si existiese para el encuestado un vacío legal en la regulación de la maternidad subrogada explique si se deberían regular tanto la maternidad subrogada onerosa y altruista o alguna de ellas
- iii.- Si considera que casos ventilados como la Casación N°563-2011, Lima y Exp 063742016, podrían evitarse si se regulase normativamente la maternidad subrogada en el Perú
- iv.- Si en caso se regulase la maternidad subrogada altruista debería protegerse a la gestante colaboradora.
- v.- En caso de que se responda que de regularse se debe proteger a la gestante colaboradora que derechos de los mencionados debería protegerse: derecho a la asistencia médica integral en el proceso de gestación, derecho a la dignidad, proteger su salud psíquica
- vi.- En caso de no protegerse los derechos de la gestante colaboradora si vía proceso judicial se debe prever su protección y
- vii.- Si considera que la maternidad subrogada de regularse debería hacerse en la Ley General de Salud.

Concretamente fueron seis (6) los jueces especialistas encuestados, en la que podemos divisar dos posturas bien marcadas, quienes están a favor que son la mayoría (4 magistrados) y quienes están en contra (2 magistrados)

Quienes están en contra, consideran que no debe ser regulada normativamente la maternidad subrogada debido a que existen otras opciones legales de que la madre pueda tener un hijo, como es la adopción, y con ello se limita el mercantilismo de servicios. Lo curioso es que estos magistrados aun cuando consideran que no debe regularse la maternidad subrogada, si están de acuerdo que existe un vacío legal, asimismo creen que los casos ventilados como la Casación N°563-2011, Lima y Exp 06374-2016, podrían evitarse si se regulase normativamente la maternidad subrogada en la Ley General de Salud, y que deberían protegerse los derechos de la gestante colaboradora, y todos los derechos que se les indicó en la encuesta.

Sin embargo, disienten en que, ante su no regulación, se prevea una vía judicial de reclamo y que la maternidad subrogada altruista se regula en la Ley General de Salud.

A su turno los magistrados especialistas que si están de acuerdo con que se regula la maternidad subrogada altruista, lo están a partir de que el legislador no puede reconocer una realidad que existe en el país y en cuanto esta regulación favorecería la realización como mujer (madre) de las gestantes, siempre y cuando, solo se de en casos de maternidad subrogada altruista, toda vez que al igual de los especialistas que no se encuentran de acuerdo, consideran que se debe evitar que esta institución se convierta en un mercado de servicios.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS N°5: Postura de los profesionales de la salud respecto a la regulación de la maternidad subrogada en el Perú

Este hallazgo se determinó a partir de la realización de una encuesta a profesionales de la salud, entre las que se contó con Ginecólogos y Obstetras

A los magistrados se les realizó siete (7) preguntas, con alternativas y en algunos casos de ser positiva la respuesta se preguntó el desarrollo de la respuesta (el porqué) Concretamente las preguntas realizadas fueron:

i.- Si considera o no la existencia de un vacío legal la falta de regulación de la maternidad subrogada.

ii.- En el caso de que si existiese para el encuestado un vacío legal en la regulación de la maternidad subrogada explique si se deberían regular tanto la maternidad subrogada onerosa y altruista o alguna de ellas iii. Si considera que casos ventilados como la Casación N°563-2011, Lima y Exp 063742016, podrían evitarse si se regulase normativamente la maternidad subrogada en el Perú iv.- Si en caso se regulase la maternidad subrogada altruista debería protegerse a la gestante colaboradora.

v.- En caso de que se responda que de regularse se debe proteger a la gestante colaboradora que derechos de los mencionados debería protegerse: derecho a la asistencia médica integral en el proceso de gestación, derecho a la dignidad, proteger su salud psíquica

vi.- En caso de no protegerse los derechos de la gestante colaboradora si vía proceso judicial se debe prever su protección y

vii.- Si considera que la maternidad subrogada de regularse debería hacerse en la Ley General de Salud.

Concretamente fueron seis (7) los profesionales de la salud encuestados, siendo cuatro (4) obstetras y dos (2) ginecólogos en la que podemos encontrar que, si están de acuerdo con la regulación de la maternidad subrogada en el Perú, y solo la modalidad altruista.

Sin embargo, estos profesionales de la salud aportan nuevos argumentos que entendemos de su profesión pueden referir

Así los obstetras parten de la idea de que se debe regular para evitar abusos a la gestora colaboradora, para respetarle todos sus derechos, así mismo, de que debe tenerse en cuenta la carga efectiva de la portadora del embrión y todo lo que implica el proceso de embarazo, alumbramiento y post embarazo.

En cambio, los ginecólogos tienen una idea más pragmática que se aboca en todo caso a evitar problemas entre la gestante colaboradora y la madre solicitante, y por ello sería ideal que se regule considerando los beneficios y derechos en juego.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS N° 6: Propuesta legislativa de maternidad subrogada en protección de los derechos de la gestante y de los niños nacidos de esta técnica.

Mediante una propuesta legislativa se busca que el Estado peruano no sea ajeno a la realidad existente para regular el proceso de gestación subrogada, y a la vez modificar el artículo 7 de la Ley General de salud, la cual no prohíbe ni permite realizar esta técnica de reproducción asistida, creando un vacío que viene generando incertidumbre jurídica, sobre la aplicación de la maternidad subrogada.

En atención a esta propuesta legislativa se debe tener en cuenta una **atención médica física y psíquica para la gestante**, con la intención de proteger los derechos de la gestante, a sus derechos, a su vida y salud, el Estado debe protegerla a través de una ley con la finalidad de poder acudir ante un órgano judicial en caso de daño o incumplimiento. En este caso, la pareja solicitante deberá acudir con asistencia médica, antes, durante y después del parto para con la gestante colaboradora para proteger su salud física y mental.

El Estado peruano dispondrá de un **órgano gubernamental que autorice y fiscalice el proceso**, el cual deberá velar por el cumplimiento de los requisitos de la pareja solicitante y la gestante, ello con el ánimo de fiscalizar que no se desnaturalice la modalidad altruista, evitar algún daño que pueda sufrir la gestante, evaluar el consentimiento, etc., con la finalidad de llevar un correcto proceso de maternidad subrogada donde ninguna de las partes pueda salir perjudicada.

En aras de evitar que se desnaturalice la figura de maternidad subrogada **la pareja solicitante deberá demostrar que adolece de incapacidad, esterilidad o infertilidad**, definiéndose como aquellas personas quienes necesitan llevar a cabo el proceso de maternidad subrogada con la finalidad de formar un hogar, este requisito será básico para evitar que acudan a realizar este proceso por estética, es decir, para evitar la modificación del cuerpo de la mujer por el embarazo utilizando en el proceso a una tercera persona que solo sirva de instrumento donde se insertará en ella los gametos de ambas partes de la pareja. En vista de evitar este tipo de situaciones se dispone como requisito la incapacidad de gestar con el motivo de ayudar a una pareja a formar una familia.

Será requisito indispensable aplicar el proceso de maternidad subrogada bajo la **modalidad altruista**, la cual permitirá que la aplicación de técnica realice de forma

gratuita y solamente con la intención de permitir a la pareja solicitante formar una familia, otorgando su apoyo la gestante por el grado de parentesco, amistad, o afecto, abriendo las puertas a ser empáticos con aquellos que sufren alguna incapacidad reproductiva.

En caso de conflicto entre la gestante y la pareja subrogante será necesaria la intervención de un juez, quién deberá resolver en virtud del principio del interés del niño para evaluar quién de los sujetos otorgará mayor protección al menor.

Mediante este proceso la gestante no podrá donar sus óvulos en favor de la pareja solicitante, pudiendo la pareja aportar uno de los gametos y recurrir a un donante, con ello se evitaría la colisión con la filiación.

Con la presente ley, se buscará proteger no solo los derechos de la pareja solicitante, sino también de la gestante y el recién nacido.

V. CONCLUSIONES

- La técnica de maternidad subrogada no es ajena a nuestro país ya que se han venido realizando casos ante el vacío legal contenido en el artículo 7 de la Ley General de Salud, siendo su regulación necesaria ante una realidad existente, en vista de la incertidumbre jurídica genera una desprotección a las mujeres subrogantes y la práctica ilegal de este proceso. Ante ello, mediante una

regulación debe protegerse los derechos de la gestante colaboradora como el derecho a la dignidad, otorgarle asistencia médica integrar a su salud física y psíquica, antes, durante y después del embarazo con la intención de proteger la vida y salud de la gestante colaboradora. Es por ello que, para proteger derechos a la gestante es necesario que nuestra normativa introduzca dentro del ordenamiento jurídico la figura de maternidad subrogada.

- La doctrina mayoritaria considera que la aplicación de la maternidad subrogada debe realizarse como modalidad altruista para proteger la dignidad de la gestante colaboradora quien por razones de parentesco o amistad ayuda de manera gratuita a una pareja que uno de ellos o ambos adolescentes de incapacidad reproductiva, esterilidad o infertilidad que les impide procrear de manera natural, pero tienen la intención de formar una familia.
- En la legislación comparada no existe uniformidad sobre la forma de regulación de maternidad o gestación subrogada, y en sus modalidades altruistas u onerosas, encontrándose regulado este proceso en los países como Israel, Reino Unido, Grecia, Portugal, México, Rusia, EE. UU, Grecia, Australia, Canadá y Ucrania. Donde se evidencia que la práctica regulatoria de maternidad subrogada sigue avanzando en la introducción de diversos países, que hacen frente a su realidad existente.
- Existen dos posturas en los jueces especialistas en cuanto a la necesidad de regular la maternidad subrogada para proteger los derechos de la madre gestante, los que se encuentran a favor que en mayoría consideran que es necesaria la regulación normativa de la maternidad subrogada porque es un fenómeno real y existente en nuestro país y es necesaria para tutelar los derechos de la colaboradora, por otro lado los especialistas que se encuentran en contra alegan que debe optarse por opciones como la adopción para evitar el mercantilismo de los vientres de alquiler, aunque aceptan la necesidad de regular la maternidad subrogada altruista.
- La postura de los profesionales de salud en su mayoría (obstetras y ginecólogos) en cuanto a la necesidad de regular la maternidad subrogada se encuentran de

forma unánime a favor, para evitar abusos e injusticias contra la gestante colaboradora, para evitar controversias, y proteger sus derechos a la par que la madre se autorrealiza como mujer.

- En el Perú actualmente no existe regulación sobre la maternidad subrogada, donde no se prohíbe expresamente ni se admite la aplicación de esta técnica. Sin embargo, nuestro país no es ajeno a la práctica ilegal que se viene realizando y la vulneración de derechos de las gestantes, por lo que este vacío legal debe ser eliminado a través de un texto normativo que viabilice el control y fiscalización del proceso de maternidad subrogada, debiendo tomar como requisitos la modalidad altruista, atención médica física y psíquica para la gestante, debe existir un órgano estatal que autorice y fiscalice el proceso, la pareja solicitante debe demostrar que adolece de incapacidad, esterilidad o infertilidad, aplicación del interés superior del niño en caso de controversia, la gestante no podría donar sus óvulos, para evitar la colisión con la filiación.

VI. RECOMENDACIONES

- Se recomienda la modificación del artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, y el artículo 361° del Código Civil en el siguiente sentido:

Artículo 7°.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento mediante el uso de técnicas de reproducción asistida ante incapacidad reproductiva, infertilidad o esterilidad. Se puede acceder al proceso de maternidad subrogada, siempre y cuando la gestante colaboradora no aporte material genético (óvulos), pudiendo la pareja solicitante usar uno de sus gametos o de un donante, debiendo

contar para el uso de la presente técnica de la aprobación y autorización de un Comité Gubernamental competente, a cargo del Ministerio de Salud, que se encargará de fiscalizar que no se desnaturalice la modalidad altruista, evitar algún daño físico y/o mental que pueda sufrir la gestante antes, durante y después del parto, evaluar el consentimiento, con la finalidad de llevar un correcto proceso de maternidad subrogada, debiendo ser de forma altruista y con consentimiento expreso de la gestante colaboradora.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos o cualquier experimento contraria a la naturaleza humana.

Sección tercera: Sociedad paterno-filial

Título I: Filiación matrimonial

Capítulo primero: Hijos matrimoniales

Artículo 361.- Presunción de paternidad

El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio mediante el uso de técnicas de reproducción asistida o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.

Lo atinente a las técnicas de reproducción asistida se regirán conforme al artículo 7° de la Ley General de Salud.

- Se recomienda la creación de un Órgano gubernamental que pertenezca al Ministerio de Salud, como un Comité, que se encargue de evaluar si las partes cumplen con los requisitos de ley, y a la vez fiscalice el proceso de maternidad subrogada antes, durante y después con la finalidad de evitar la violación de derechos de la gestante colaboradora.

- Es necesario la creación de una ley específica que regule la maternidad subrogada, como su objeto, sujetos, requisitos, conceptos, sanciones, etc. Con la finalidad de regular el proceso para evitar que vulnere derechos de la gestante colaboradora, la pareja solicitante y el recién nacido.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 242 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Abril de 2012).
- CAS. N° 563-2011-LIMA (SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA 06 de Diciembre de 2011).
- AGUILAR CAVALLO, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, VI(1), 223-247.
- Albarracín, Flor & Barajas, Dylan & Palacios, Jenny. (2017). *La maternidad subrogada como alternativa de procreación para parejas infértiles en Colombia*. Bogotá D.C.: Universidad La Gran Colombia.
- ALFARO ALBARRACÍN, F., BARAJAS, D., & PALACIOS, J. (2017). *La maternidad subrogada como alternativa de procreación para parejas infértiles en Colombia*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia.

- ANSUÁTEGUI, J. (2011). Derechos fundamentales y dignidad humana. *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*(10), 3-17.
- APARISI MIRALLES, Á. (2013). El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. *Cuadernos de Bioética XXIV*, 201-221.
- Asociación Médica Mundial. (Octubre de 2006). RESOLUCIÓN DE LA AMM SOBRE LAS TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Pilanesberg, Sudáfrica. Obtenido de RESOLUCIÓN DE LA AMM SOBRE LAS TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: <https://www.wma.net/es/policies-post/resolucion-de-la-amm-sobre-lastechnologias-de-reproduccion-asistida/>
- ATIENZA, M., & MANERO, R. (1996). La Regla de Reconocimiento y el valor normativo de la constitución: Una aproximación desde la teoría del Derecho. *Revista española de Derecho Constitucional* , 29-53.
- BAEZA CONCHA, G. (2001). El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, XXVIII(2), 355-362.
- BASCUÑANA GARDE, M. (2018). Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos en la mujer gestante. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*(28), 41-49.
- BASTERRA G., F. (18 de Enero de 1987). El dilema de 'Baby M': Dos mujeres se disputan ante los tribunales la maternidad de un bebé gestado bajo contrato. *EL PAÍS*. Obtenido de https://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html
- BONORIO, P. R., & PENA AYACO, J. I. (2002). En C. S. JUDICATURA, *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- BRENA SESMA, I. (2012). *Reproducción Asistida*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).
- Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Noviembre de 2009).

- Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Noviembre de 1997).
- Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 351 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 9 de marzo de 2018).
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 28 de Agosto de 2002).
- Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo – CIPD/El Cairo (5 al 13 de Septiembre de 1994).
- COOK, R., DICKENS, B., & FATHALLA, M. (2003). *Salud Reproductiva y Derechos Humanos: Integración de la medicina, la ética y el derecho* (Primera ed.). (A. DE LA ESPRIELLA, Trad.) Bogotá: PROFAMILIA.
- CUBILLOS, J. M. (2013). *Técnicas de Reproducción Asistida: Status Jurídico del Embrión Humano*. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo.
- Cué, B. (2016). *Maternidad Subrogada. Tesis para obtener el título de licenciado en derecho*. Ciudad de México: Universidad Panamericana.
- DÍAZ PÉREZ MA, N.-V. P. (Octubre de 2015). Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrogada. *Reproducción*, 101-129.
- DIGILIO, P. (2010). Interferencias entre biopolítica, bioética y dignidad humana. En S. d. Justicia, *Dignidad humana. Filosofía, bioética y derechos humanos* (págs. 5056). Buenos Aires: Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad .
- Docket # FD-09-1838-07 (Superior Court of New Jersey Hudson Vicinage 23 de December de 2009). Obtenido de http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/national/20091231_SURROGATE.pdf
- ESTRADA MORA, H. (2018). *Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo*. Lima: Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria.
- FACIO, A. (2008). *Los Derechos reproductivos son Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Gamarra, J. (2018). *Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia*. Arequipa: Unidad de Pos Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.

- GARCÍA CAPILLA, D., & CAYUELA SÁNCHEZ, S. (2020). Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía. *Revista de filosofía de Ediciones Complutense* , 27- 46.
- GARCÍA HIGUERA, R. (2010). La Regla de Reconocimiento de H.L.A. Hart. *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas - Universidad Carlos III de Madrid* (8), 1-27.
- GONZÁLEZ PINEDA, B. (2015). Maternidad subrogada: Realidad actual, problemas y posibles soluciones . *Universitas Miguel Hernández* , 1-52.
- GUALDE, A. (2010). Dignidad, derechos humanos y bioética. En S. y. Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, *Dignidad humana. Filosofía, bioética y derechos humanos* (págs. 68-72). Buenos Aires: Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad.
- Guía sobre salud sexual y reproductiva y diseño de proyectos para organizaciones sociales.* (2017). Buenos Aires: Fundación HUÉSPED.
- HART, H. L. (S/F). Obligación jurídica y obligación moral. (J. E. ESPINOZA, & L. A. ORTIZ, Edits.) *Universidad San Martín de Porres*.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, A., & SANTIAGO FIGUEROA, J. L. (2011). Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLIV(132), 1335-1348.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014). Determinación de la Filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución ¿Hacia una nueva regulación legal en España? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, VI(2), 147-174.
- JAUSORO, A. (2000). *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Iruña: Gobierno Vasco.
- JIMÉNEZ CANO, R. M. (julio de 2009). Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*(10).
- La niña 'Baby M' se quedará definitivamente con sus padres legales. (4 de Febrero de 1988). *EL PAÍS*. Obtenido de https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008_850215.html
- LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (1994). La Maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo . *Boletín de la Facultad de Dereho de UNED*, 317-338.

- LUNA, F. (2008). *Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- MARÍN CASTÁN, M. L. (2007). La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*(9), 1-8.
- MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). LA FILIACIÓN, ENTRE BIOLOGÍA Y DERECHO. *Prudentia Iuris*(76), 117-133.
- MARTÍNEZ IDÁRRAGA, J. A. (2013). Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de H.L.A. Hart - Ensayo Doctoral. *Universidad Libre Seccional Pereira*, 139-152.
- MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, V. (Diciembre de 2015). Maternidad Subrogada: Una mirada a su regulación en México. *DIKAION*, XXIV(2), 353-382.
- PARASSO, V. (7 de Diciembre de 2018). Las mujeres que se ofrecen como madres subrogantes (sin cobrar). *BBC NEWS MUNDO*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-46477668>
- PELE, A. (Julio de 2015). La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales. *Revista Brasileira de Direito*, 7-17.
- PERALTA ANDÍA, J. (2004). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Moreno.
- PFEIFFER, M. L. (2010). Dignidad. En S. y. Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, *Dignidad humana. Filosofía, bioética y derechos humanos* (Primera ed., págs. 19-24). Buenos Aires, Argentina: Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad.
- Ramírez, E. (2018). *La maternidad subrogada como un nuevo escenario de la elección de un plan de vida desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Tesis para optar el grado de maestro en ciencias políticas*. Huancavelica: Universidad Nacional de Huancavelica.
- RAMIREZ, J. (2004). La regla de reconocimiento. Una somera visión de las tesis de Hart y Lipkin. *Repositorio Universidad de Buenos Aires*(79), 163-185.
- RAMOS PADILLA, M. (2006). La Salud Sexual y la Salud Reproductiva desde la perspectiva de género. *Peru Med Exp Salud Publica* , 201-220.
- RODRÍGUEZ YONG, C. A., & MARTÍNEZ MUÑOZ, K. X. (Diciembre de 2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXV(2), 59-81.

- Rosas, Marina & Tunqui, Lizett. (2018). *La gestación subrogada en Salas Superiores de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. Tesis para optar el título de abogado*. Lima: Universidad San Ignacio de Loyola.
- SAAVEDRA-DÍAZ, A. (2018). *El uso de las TERAS y el Derecho a la Reproducción*. Piura: Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. N.O 03744-2007-PHC/TC (Sala Primera del Tribunal Constitucional 12 de Noviembre de 2008).
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC-LIMA (Sala Primera del Tribunal Constitucional 9 de setiembre de 2010).
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. N.º 02132-2008-PA/TC (Pleno del Tribunal Constitucional 9 de Mayo de 2011).
- SIVERINO-BAVIO, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 213-219.
- Sociedad Española de Fertilidad. (2013). *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. Madrid.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XVI, 1-24.
- VALLS, R. (2015). El concepto de dignidad humana. *El concepto de dignidad humana*, 278-285.
- Vilar, S. (2017). *Gestación por sustitución en España. Perspectiva en derecho comparado con especial referencia a california (EEUU) y Portugal*. . Castellón de la Plana: Universidad Jaume I Castellón de la Plana.
- VILLANUEVA FLORES, R. (2008). *La anticoncepción oral de emergencia : el debate legal en América Latina* . San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- ZERMATTEN, J. (2003). *El interés Superior del Niño: Del Análisis literal al Alcance Filosófico*. 1-30.

VIII. ANEXOS

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N° 26842, LEY GENERAL DE SALUD y ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Los avances científicos atraen nuevas formas de pensar influyendo en las ideologías de tipo lineal, debiendo considerar modificaciones en el aspecto socio - jurídico. Los avances en torno a las técnicas de reproducción asistida, han repercutido especialmente en la vida del hombre trayendo consigo diversos tipos de relaciones humanas trascendiendo el ámbito jurídico. Sumado a ello, se advierte también que la aspiración de lograr la paternidad y/o maternidad, no solo depende de la variedad científica que se pone a disposición de las personas con problemas de fertilidad, sino también de la posibilidad de acceder a ellas.

En América Latina se advierte que las parejas, aprovechando los vacíos legales y falta de regulación (Guatemala, Costa Rica, Bolivia, Paraguay y Colombia), recurren a esta práctica; sin embargo, con el fin de lograr el reconocimiento del nacido por parte de los padres de intención, estas parejas llegan a incurrir en delitos penales pues los niños son registrados sin autorización legal a nombre de aquellos.

En el Perú, la maternidad subrogada no está regulada, permitiendo que las parejas recurran a ésta técnica de fertilización; sin embargo, con el fin de poder inscribir al menor nacido como hijo de los padres de intención, indistintamente han recurrido al órgano jurisdiccional con la finalidad de interponer procesos judiciales de impugnación de reconocimiento de maternidad, de nulidad de acto jurídico, adopción excepcional y proceso de amparo, en cuyos procesos los magistrados (independientemente de la materia en el que se han tramitado y resuelto los procesos judiciales) se han pronunciado a favor de los padres de intención disponiendo la inscripción de los menores nacidos como hijos de aquellos en todos los casos, esto en aras de proteger el Interés Superior del Niño sin emitir mayor pronunciamiento respecto de los derechos que se afectan a la gestante colaboradora.

Cabe destacar que este proceso gestacional se viene practicando indistintamente, ya sea mediante la inseminación del esperma y óvulo de los padres de intención o de la inseminación del espermatozoide del padre de intención con el óvulo de la gestante colaboradora. En este último caso, se ha aceptado la adopción de la pareja del padre biológico para que se le reconozca como madre del niño. Es decir, en el Perú la práctica de la maternidad subrogada es una realidad y ante la falta de regulación se está utilizando distintas vías del proceso judicial con el fin de regularizarla y obtener el reconocimiento de los menores, dejando de lado la protección de derechos que dada la ausencia legislativa se ven afectados, como es el caso de la gestante colaboradora.

Es por estas razones que se requiere que nuestro ordenamiento jurídico regule la figura de la maternidad subrogada, especialmente en el rubro de derechos que debe tener la gestante colaboradora, toda vez que, al legislar a favor de la maternidad subrogada se va a poder proteger legalmente, dentro del marco del ejercicio de su derecho a decidir, a la autonomía reproductiva y del goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, los derechos de la gestante relacionados con su salud física y psicológica garantizando su estado de bienestar general, atendiendo a que es quien llevará en su vientre al niño y que una vez nacido tendrá que entregarlo a los padres de intención, por lo que es menester garantizar que tanto en el proceso de embarazo, como el post parto (el mismo que trae como consecuencia cambios físicos y emocionales en la salud de la gestante), la gestante se encuentre protegida por nuestro ordenamiento jurídico evitando todo tipo de abusos y afectaciones en su integridad más aún si es ella quien tiene que afrontar el proceso de desapego del recién nacido con los cambios físicos y emocionales que ello conlleva.

Mediante una propuesta legislativa se busca que el Estado peruano no sea ajeno a la realidad existente para regular el proceso de gestación subrogada, y a la vez modificar el artículo 7 de la Ley General de salud, la cual no prohíbe ni permite realizar esta técnica de reproducción asistida, creando un vacío que viene generando incertidumbre jurídica, sobre la aplicación de la maternidad subrogada.

En atención a esta propuesta legislativa se debe tener en cuenta una **atención médica física y psíquica para la gestante**, con la intención de proteger los derechos de la gestante, a sus derechos, a su vida y salud, el Estado debe protegerla a través de una ley con la finalidad de poder acudir ante un órgano judicial en caso de daño o incumplimiento. En este caso, la pareja solicitante deberá acudir con asistencia médica, antes, durante y después del parto para con la gestante colaboradora para proteger su salud física y mental.

El Estado peruano dispondrá de un **órgano gubernamental que pertenezca al Ministerio de Salud para que autorice y fiscalice el proceso**, el cual deberá velar por el cumplimiento de los requisitos de la pareja solicitante y la gestante, ello con el ánimo de fiscalizar que no se desnaturalice la modalidad altruista, evitar algún daño que pueda sufrir la gestante, evaluar el consentimiento, etc., con la finalidad de llevar un correcto proceso de maternidad subrogada donde ninguna de las partes pueda salir perjudicada.

En aras de evitar que se desnaturalice la figura de maternidad subrogada **la pareja solicitante deberá demostrar que adolece de incapacidad, esterilidad o infertilidad**, definiéndose como aquellas personas quienes necesitan llevar a cabo el proceso de maternidad subrogada con la finalidad de formar un hogar, este requisito será básico para evitar que acudan a realizar este proceso por estética, es decir, para evitar la modificación del cuerpo de la mujer por el embarazo utilizando en el proceso a una tercera persona que solo sirva de instrumento donde se insertará en ella los gametos de ambas partes de la pareja. En vista de evitar este tipo de situaciones se dispone como requisito la incapacidad de gestar con el motivo de ayudar a una pareja a formar una familia.

Será requisito indispensable aplicar el proceso de maternidad subrogada bajo la **modalidad altruista**, la cual permitirá que la aplicación de técnica realice de forma gratuita y solamente con la intención de permitir a la pareja solicitante formar una familia, otorgando su apoyo la gestante por el grado de parentesco, amistad, o afecto, abriendo las puertas a ser empáticos con aquellos que sufren alguna incapacidad reproductiva.

En caso de conflicto entre la gestante y la pareja subrogante será necesaria la intervención de un juez, quién deberá resolver en virtud del principio del interés del niño para evaluar quién de los sujetos otorgará mayor protección al menor.

Mediante este proceso la gestante no podrá donar sus óvulos en favor de la pareja solicitante, pudiendo la pareja aportar uno de los gametos y recurrir a un donante, con ello se evitaría la colisión con la filiación.

Con la presente ley, se buscará proteger no solo los derechos de la pareja solicitante, sino también de la gestante y el recién nacido.

II. PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N° 26842, LEY GENERAL DE SALUD Y ARTÍCULO 361° DEL CÓDIGO CIVIL

REGULACIÓN ACTUAL ARTÍCULO 7

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

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

PROPUESTA LEGISLATIVA ARTÍCULO 7

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento mediante el uso de técnicas de reproducción asistida ante incapacidad reproductiva, infertilidad o esterilidad. Se puede acceder al proceso de maternidad subrogada, siempre y cuando la gestante colaboradora no aporte material genético (óvulos), pudiendo la pareja solicitante usar uno de sus gametos o de un donante, debiendo contar para el uso de la presente técnica de la aprobación y autorización de un Comité Gubernamental competente, a cargo del Ministerio de Salud, que se encargará de fiscalizar que no se desnaturalice la modalidad altruista, evitar algún daño físico y/o mental que pueda sufrir la gestante antes, durante y después del parto, evaluar el consentimiento, con la finalidad de llevar un correcto proceso de maternidad subrogada, debiendo ser de forma altruista y con consentimiento expreso de la gestante colaboradora.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos o cualquier experimento contraria a la naturaleza humana.

REGULACIÓN ACTUAL

Sección tercera: Sociedad paterno-filial

Título I: Filiación matrimonial

Capítulo primero: Hijos matrimoniales

Artículo 361.- Presunción de paternidad

El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.

PROPUESTA LEGISLATIVA

Sección tercera: Sociedad paterno-filial

Título I: Filiación matrimonial

Capítulo primero: Hijos matrimoniales

Artículo 361.- Presunción de paternidad

El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio mediante el uso de técnicas de reproducción asistida o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.

Lo atinente a las técnicas de reproducción asistida se regirán conforme al artículo 7° de la Ley General de Salud.

ENCUESTA INSTRUCCIONES:

A efectos de complementar la investigación referente a determinar de qué manera la emisión de una ley que regule la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico civil, protegería los derechos de la gestante colaboradora. Dicha respuesta, será estrictamente confidencial.

Maternidad subrogada/ Gestación subrogada:

Es entendida por <maternidad subrogada> cuando una mujer es inseminada con el semen del esposo o conviviente de la mujer subrogante y que a la vez contribuye con sus propios óvulos para generar un embarazo, convirtiéndose en madre genética y madre gestacional al mismo tiempo.

Ley General de Salud

Artículo 7: Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

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

1. ¿Considera Ud., que existe un vacío legal en la regulación de la maternidad subrogada en el Perú?
 - a. Si b. No

2. De ser positiva su respuesta anterior ¿Considera Ud., que debería regularse normativamente las dos modalidades de maternidad subrogada (onerosa y altruista)?
- a. Si b. No ¿Por qué?

Según la Cas. N° 563-2011 - Lima emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Republica – Sala Civil Permanente sobre adopción civil por excepción de la menor de iniciales V.P.C. nacida a través de un proceso de fecundación usando el espermatozoide del padre de intención y el material genético (ovulo) de la gestante colaboradora; ante el desistimiento posterior de la gestante colaboradora y de su conviviente; el órgano Jurisdiccional privilegió el derecho fundamental de la menor a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorando la condición humana de la niña.

Así mismo se debe indicar que del fundamento octavo de la sentencia se hace referencia a la existencia de un informe psicológico N.º 1567-2008-MCF-PSI practicado a la gestante colaboradora en el que se indica “(...) se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada por la situación crítica e que estaba atravesando (...) en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebé en adopción. Así mismo se aprecia que la relación afectiva que le une a la menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore (...)”

Según la sentencia recaída en el Exp. 6374-2016 sobre Proceso de Amparo emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional mediante el cual se invocó la protección a los derechos a la identidad de los menores de iniciales L.N.R. y C.D.N.R. (nacidos bajo la modalidad de útero subrogado) y al Principio Superior del Niño; el Órgano Jurisdiccional reconoce **EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA** así como **la potestad fundamental de las mujeres para – de manera informada – se asistan de las técnicas para acceder a la condición de madres pudiendo recurrir a la cooperación adicional y necesaria de terceros (maternidad subrogada).**

1. ¿Considera que casos de maternidad subrogada en el Perú como en la Casación N.º 563- 2011- LIMA, y al Expediente 06374-2016, donde se falló a favor de los padres se hubieran evitado si se regularía esta institución en la Ley General de Salud? a. Si b. No
2. ¿Considera Ud., que de regularse la maternidad subrogada altruista debería protegerse los derechos de la gestante colaboradora?
- a. Si b. No
3. De ser positiva su respuesta anterior ¿Qué derechos considera que deberían protegerse a la gestante colaboradora?
- a. Derecho a asistencia médica integral en el proceso de gestación
b. Derecho a la dignidad de la gestante.
c. Proteger la salud psíquica.
d. Todas

4. ¿De no protegerse los derechos de la gestante colaboradora, Considera Ud., ¿que debe preverse una vía judicial para reclamar ante la violación de estos derechos? a.

Si b. No

5. ¿Considera Ud., que de regularse la maternidad subrogada altruista debería modificarse el artículo 7 de la Ley General de Salud?

a. Si b. No