

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Civil



ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL PERUANO, AREQUIPA, 2017.

Tesis presentada por la Bachiller:
Tejada Tejada, Janellyn Myra
Para optar por el grado académico
de: **Maestro en Derecho Civil**
Asesor:
Mg. Teran Bejar, Carlos

Arequipa-Perú
2019

Arequipa, 20 de Diciembre de 2018

Señor Doctor:

JOSE A. VILLANUEVA SALAS

Director de la Escuela de Post – Grado

De la Universidad Católica de Santa María

Ciudad.-

De nuestra mayor consideración:

En cumplimiento a lo dispuesto por su despacho, procedemos a emitir el correspondiente **DICTAMEN CONJUNTO** sobre el Borrado de Tesis de Investigación para la obtención del grado de Maestro en Derecho Civil denominado: “ *Análisis Jurídico de la Maternidad Subrogada dentro de Nuestro Ordenamiento Legal Peruano, Arequipa, 2017*” presentado por el Bachiller **Tejada Tejada, Janellyn Myra.**

El **BORRADOR DE TESIS** formulado por la maestrista es de relevancia jurídica y cumple con el tema de forma y de fondo, por lo que **DAMOS CONJUNTAMENTE** el **VISTO BUENO** y somos de la opinión de que la Maestrista proceda a la sustentación oral de la tesis formulada, conforme a la normatividad interna de la Unidad de Post Grado de la UCSM.

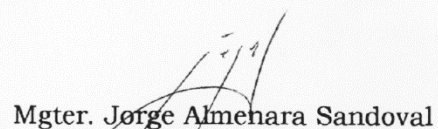
Estando a lo expuesto en los párrafos precedentes, el **BORRADOR DE TESIS** formulado por la maestrista se encuentra **APROBADO** y deberá proceder con el trámite académico respectivo que corresponda.

Atentamente,



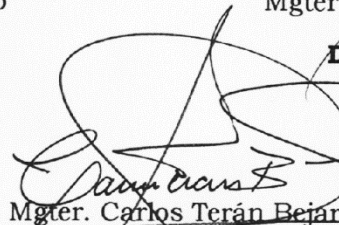
Dr. Marco Falconi Picardo

Docente Dictaminador



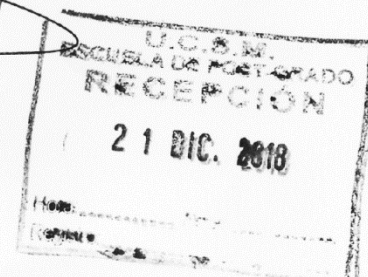
Mgter. Jorge Almenara Sandoval

Docente Dictaminador



Mgter. Carlos Terán Bejar

Docente Dictaminador





A mis padres por su gran ejemplo, a mi esposo Jorge Luis por su amor y apoyo constante, y a mis hijos Matías y Santiago que son mi razón y mi inspiración en todo lo que hago.



El que no vive para servir, no sirve para vivir.

Madre Teresa de Calcuta

ÍNDICE

DEDICATORIA	
EPÍGRAFE	
ÍNDICE	
RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN	01

CAPÍTULO I REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y MATERNIDAD SUBROGADA

1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO GENÉTICO.....	3
1.2. TEORÍAS SOBRE EL INICIO DE LA VIDA HUMANA.....	4
1.3. EL TRATAMIENTO DE LA INFERTILIDAD	6
1.4. ESTERILIDAD Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA	7
1.5. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA	8
1.6. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	8
1.7. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	11
1.8. LAS DIVERSAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	13
1.8.1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA).....	13
1.8.2. LA FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA (FEC).....	15
1.8.3. LA PRESERVACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES	15
1.9. LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	16
1.10. CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA	17
1.11. CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	20

1.12. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	21
1.13. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	21
1.14. DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD.....	22
1.15. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	24

CAPÍTULO II

LEGISLACION COMPARADA Y NACIONAL

2.1. NORMATIVIDAD LEGAL.....	27
2.1.1. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.....	27
2.1.2. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	28
2.1.3. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	28
2.1.4. PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.	29
2.1.5. CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	30
2.1.6. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA UNESCO	32
2.2. NORMATIVIDAD NACIONAL	33
2.2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.....	33
2.2.2. CÓDIGO CIVIL	34
2.2.3. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES	35
2.2.4. LEY GENERAL DE SALUD	35
2.3. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	36
2.3.1. ESPAÑA	36
2.3.2. ALEMANIA	37
2.3.3. FRANCIA	38
2.3.4. ITALIA	40
2.3.5. INGLATERRA	41
2.3.6. ARGENTINA	42

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE SENTENCIAS

3.1.	CASACIÓN N° 563-2011, LIMA.....	44
3.2.	EXPEDIENTE N° 183515-2006-00113, LIMA.....	47
3.3.	EXPEDIENTE N° 06374-2016-0-1801-JR-C1-05, LIMA.....	49

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS DE LA CIUDAD DE AREQUIPA.....	51
------	--	----

CONCLUSIONES.....	72
SUGERENCIAS.....	73
PROPUESTA DE LEY.....	74
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	80
BIBLIOGRAFÍA.....	85
ANEXOS.....	89

RESUMEN

La presente tesis tiene como tema central el empleo de técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, en nuestro país existe ausencia de legislación sobre la maternidad subrogada y sólo la Ley General de Salud en su artículo 7 se refiere a ella de modo general y superficial. Se debe tener en cuenta que el Código Civil no establece con claridad aspectos legales sobre la maternidad subrogada. Ante ello es necesario cubrir el vacío legal sobre la maternidad subrogada en nuestro país con la finalidad de evitar conflictos jurídicos sociales.

Ante esta situación se plantea un Proyecto de Ley con el fin de contribuir a la normatividad legal sobre la maternidad subrogada, donde pueda existir una regulación jurídica clara y precisa que conlleve a la seguridad jurídica sobre esta materia.

Palabras claves: Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada, vacío legal y propuesta de ley.

ABSTRACT

This thesis is about the use of assisted human reproduction techniques. Peru does not have legislation of surrogate motherhood and only the article 7 of the General Health Act refers to assisted human reproduction techniques in superficial way. Neither Peruvian Civil Code establish legal aspects of this topic.

Because of the absence of legislation, it is necessary to cover the legal vacuum in our country in order to avoid legal social conflicts.

Accordingly, this thesis proposes some ideas to regulate surrogate motherhood with clear regulation that leads to legal security.

Key words: Assisted human reproduction techniques, subrogated maternity, legal vacuum and law proposal.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo ha sido motivado con el propósito de conocer y profundizar los aspectos relevantes sobre la maternidad subrogada y el vacío legal que existe en nuestro país sobre esta figura jurídica.

La presente investigación es importante porque nos posibilita apreciar la problemática de la maternidad subrogada, en vista que en la actualidad existen distintos centros de salud privados que vienen efectuando la reproducción humana asistida a distintas personas que tienen la aspiración de ser progenitores y que no pueden realizarlo por la vía natural debido a problemas de infertilidad o esterilidad.

Es indudable que existen avances y descubrimientos científicos y tecnológicos en el ámbito de la biotecnología que permiten el empleo de técnicas de reproducción humana asistida con el propósito de solucionar en alguna medida la esterilidad o infertilidad.

En el Perú existen distintos centros de salud privados que vienen efectuando la reproducción humana. Sin embargo existe ausencia de legislación sobre la maternidad subrogada y solo el artículo 7 de la Ley General de Salud se refiere a esta temática de manera general y superficial.

Ante la inexistencia de la normatividad legal sobre la maternidad subrogada es necesario proponer un Proyecto de Ley sobre este tema a fin de evitar futuros conflictos sociales y jurídicos entre los sujetos parte de la filiación, determinación de la maternidad, el matrimonio, la familia, entre otros.

En este trabajo precisamente se plantea un Proyecto de Ley sobre la maternidad subrogada para que sea presentado al Congreso Peruano y sea debatido para su respectivo mejoramiento.

A través de este Proyecto de Ley buscamos cubrir el vacío legal sobre maternidad subrogada y por ende existan reglas claras y precisas que nos procure seguridad jurídica.



CAPÍTULO I

REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y MATERNIDAD SUBROGADA

1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO GENÉTICO

El avance acelerado de las ciencias biomédicas nos otorga a la humanidad opciones nunca antes pensadas con la finalidad de elevar nuestra calidad de vida pero también pueden darse circunstancias en las que la misma ciencia puede poner en peligro nuestra integridad, por ello resulta necesario la intervención del Derecho a fin de establecer un marco legal que brinde protección al ser humano, así como los parámetros necesarios para estar acorde con los avances científicos.

Es por ello que surge el Derecho Genético como una rama del Derecho cuya finalidad es regular el desarrollo de la ciencia genética y su implicancia sobre el ser humano.

Según Varsi E. (2014), “el Derecho Genético nace de la relación *ius –gen* fijando las pautas para la aplicación de las técnicas biogenéticas” 1.

El Derecho Genético es una rama técnica del Derecho debido a que se encarga de estudiar los efectos de los avances biocientíficos sobre el ser humano con la finalidad de predeterminar la relación jurídica biotecnológica y establecer su normatividad tanto sustantiva como adjetiva y punitiva.

“La importancia del Derecho Genético radica en la medida en que sus normas estructuran un marco de regulación acorde con la protección del

ser humano, fijando pautas para la aplicación y estableciendo sanciones contra aquéllos procedimientos contrarios a la dignidad humana” 2.

Respecto a la autonomía de dicha rama, Varsi E. (2014) afirma que: “tanto pedagógica como académicamente, el estudio, análisis y aplicación del derecho genético escapa de otras ramas del Derecho tradicional requiriendo, por tanto, de la formación de especialistas con el objeto de lograr el máximo servicio al ser humano” 3.

A nuestro parecer, en el Perú aún falta mucho camino por recorrer para considerar al Derecho Genético como una disciplina autónoma.

1.2. TEORÍAS SOBRE EL INICIO DE LA VIDA HUMANA.

a) Teoría de la fecundación.

Esta teoría se basa en que el inicio del proceso vital, se origina con la fecundación “proceso que se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, concluyendo con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pro núcleos masculino y femenino” 4.

Para algunos autores, el embrión es un ser humano con potencialidades, y merece la protección de la ley, protección que va en donde quiera que se encuentre, así sea en la placa de un laboratorio.

El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4º, inciso 1) indica que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Como vemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que el inicio de la vida se da desde el momento de la concepción.

De igual forma, el Código Civil Peruano se adhiere a esta postura en su artículo 1º, el cual señala que “la vida humana empieza desde la concepción” en este sentido, desde el momento de la concepción se necesita de una plena protección jurídica por parte del Estado.

Estamos de acuerdo con lo manifestado en esta teoría porque tanto un óvulo recién fecundado como un feto que ha alcanzado la madurez, poseen dignidad humana, y por tal son personas que deben tener la misma protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

b) Teoría de la anidación.

Esta teoría es de la postura que desde el momento en que el embrión se fija en el útero de la mujer puede ser considerado vida humana, es decir en el momento de la anidación, la cual ocurre aproximadamente al séptimo día de la fecundación.

Esta teoría es la más extendida a nivel internacional sobre todo en los países Europeos.

Para los penalistas: “a partir de la implantación del embrión en el útero materno, éste recibe del organismo de la madre los impulsos necesarios para su desarrollo, por lo que consideran a la anidación como el principio de protección de la vida ya que, de no haber anidación no hay desarrollo del embrión, y como consecuencia no habría vida humana” 5.

De acuerdo a esta teoría, los óvulos fecundados in vitro estarían plenamente desprotegidos ya que los mismos se desarrollan en un laboratorio y posteriormente son implantados en el útero de la mujer.

c) Teoría de la formación del sistema nervioso central.

Para esta teoría la vida comienza con la primera actividad cerebral, la cual se da en el embrión humano aproximadamente a los 48 días siguientes a la fecundación.

Los defensores de esta teoría se basan en que “si la muerte es el cese completo de las funciones encefálicas o cerebrales, entonces al ser la vida el opuesto a la muerte, esta se inicia con la primera actividad encefálica o cerebral” (Sánchez, 2009). Pero la interrogante sería ¿qué sucede con las personas que

se encuentran en estado vegetativo?, ya que si nos basamos en esta teoría no serían considerados seres humanos por no tener ya actividad cerebral.

De lo manifestado podemos apreciar que la teoría de la anidación así como la teoría de la formación del sistema nervioso central se encuentran alejadas de nuestra realidad, por lo que estamos de acuerdo con la teoría de la fecundación, la cual manifiesta que la vida se inicia desde el momento de la fecundación.

1.3. EL TRATAMIENTO DE LA INFERTILIDAD

La Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad definida como el funcionamiento anormal del sistema reproductivo, que priva a personas de todas las razas y de todos los niveles socioeconómicos de crear una familia, y como parámetro de diagnóstico fija como presupuesto de diagnóstico un año de coito sin protección anticonceptiva y sin que ocurra el embarazo.

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud se estima que la infertilidad afecta a una de cada seis parejas, y ha expresado que es una tragedia que conlleva consecuencias sociales, económicas y psicológicas.

La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo que impide una de las funciones más básicas del cuerpo humano: la concepción de un embarazo y la reproducción, según definida por la Asociación Médica Americana y la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva. Esta enfermedad afecta al 7% de la población y la tasa aumenta de acuerdo a la edad de la fémina. La medicina reproductiva avanza a un paso acelerado, pero más aún, logrando éxitos sin precedentes.

“La concepción natural in vivo, por ciclo mensual en parejas que mantienen relaciones sexuales de manera regular sin usar anticonceptivos, es de 60% aproximadamente. De esas concepciones, 50% abortan espontáneamente, antes del reconocimiento clínico del embarazo o entre las 6 y 20 semanas de gestación. La otra mitad prosiguen como embarazos

viables después de las 20 semanas, es decir, que de cada 100 óvulos expuestos a fertilización en parejas fértiles solo 30 tienen éxito” 6.

1.4. ESTERILIDAD Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Se considera esterilidad cuando después de un año de mantener relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas no se logra el embarazo.

La esterilidad se enmarca como un fenómeno de la pareja a pesar de que la dificultad para procrear se encuentre sólo en uno de los integrantes de la misma.

“La esterilidad es la incapacidad para lograr gestación tras un año de relaciones sexuales con frecuencia normal y sin uso de ningún método anticonceptivo” 7.

La vivencia de la esterilidad impacta en distintas áreas: social, familiar y de pareja ya que para la mayoría de las mujeres y los hombres formar una familia y tener hijos son metas vitales llegado cierto momento de la evolución personal.

Los impactos emocionales producidos por la dificultad de tener hijos se traducen en diversos trastornos en el estado de ánimo como depresión, desasosiego, enojo, hipersensibilidad entre otros. Esta situación muchas veces pone a prueba la capacidad de la pareja para comunicarse abierta y sinceramente, la capacidad de empatía, de dar apoyo emocional y de tolerar las diferencias.

Actualmente la esterilidad es considerada como un problema de salud común, como una enfermedad endocrina o genital que perjudica el adecuado funcionamiento del sistema reproductivo.

Hoy es posible realizar un abordaje integral de la esterilidad atendiendo de manera conjunta y coordinada tanto la problemática física como los sentimientos y vivencias que se relacionan con la misma.

Una de las respuestas ante la imposibilidad de tener hijos son las diversas técnicas de fertilización asistida. La aplicación de las mismas posibilitan la concreción del embarazo pero también implica un camino a ser transitado por la pareja, muchas

veces este recorrido es vivenciado con angustia y desconcierto ya que estos tratamientos implican una gran carga emocional, hay alteraciones físicas, condicionamientos en la sexualidad lo que suele provocar incertidumbre, expectativas y ansiedad entre otros.

Es por esto importante que la pareja que comienza un tratamiento de fertilización asistida pueda contar con un espacio psicoterapéutico en donde se logre elaborar y trabajar sobre los sentimientos que surgen relacionados tanto con la esterilidad como en relación al tratamiento.

1.5. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA

La propia naturaleza del régimen democrático que es, por esencia, el régimen de la libertad, nos permite interpretar la libertad como un derecho comprensivo de ámbitos de autonomía física del individuo distintas de las esferas de autonomía propias de otros derechos de libertad (libertad de expresión, libertad religiosa, libertad de circulación, libertad de residencia, de asociación, de reunión...), superando así el restrictivo concepto de derecho a la libertad personal como libertad ambulatoria. Así el derecho a la libertad personal protege al sujeto de intromisiones ilegítimas en las decisiones sobre su reproducción. El derecho a la reproducción humana encuentra, pues, cobijo en esta interpretación de la libertad como derecho-autonomía y muestra tanto una vertiente positiva que permite al sujeto decidir libremente sobre su propia reproducción como una vertiente negativa, que protege igualmente su decisión de no reproducirse.

1.6. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La aparición y el progresivo desarrollo de las técnicas de reproducción asistida han planteado a lo largo de los últimos años problemas jurídicos de interés tanto teóricos como prácticos. En buena medida la legislación sobre la reproducción humana asistida debe fundamentarse en el reconocimiento de un derecho específico que encuentra apoyo en la dignidad de la persona, en el libre desarrollo de la personalidad, en la intimidad personal y, especialmente, en la libertad personal entendida ésta como autonomía.

“Se debe tener en cuenta que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) surgieron con el objetivo principal de conseguir un embarazo viable. Son tecnologías que están en constante cambio y no existe acuerdo sobre los criterios o diagnósticos terapéuticos disponibles” 8.

“Las técnicas de reproducción asistida son procedimientos artificiales desarrollados con la finalidad de ayudar a las parejas a tener descendencia, las mismas que han significado la intromisión del ser humano en un proceso natural, para convertirlo en uno artificial” 9.

Las técnicas de reproducción asistida forman parte de los recursos de tratamiento de los trastornos de la fertilidad.

“Las técnicas de reproducción humana asistida: son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina” 10.

Desde el momento de la concepción del ser humano, éste cuenta con un código genético; heredado de sus padres biológicos, que distingue a las personas y constituye su identidad genética.

Con el avance de la ciencia y la tecnología actualmente la reproducción humana puede ser producto de técnicas de reproducción asistida en sus dos modalidades: homólogas (que se practican entre los miembros de una pareja estable) y heterólogas (en donde si bien es cierto, existe una pareja estable; es decir un hombre y una mujer, se requiere la intervención de un tercero en calidad de donante de gametos).

En las técnicas de reproducción homólogas, queda determinada la paternidad o maternidad biológicas y la filiación del hijo, sin embargo, en las técnicas de reproducción heterólogas, dado que se requiere la intervención de un tercero en calidad de donante de gametos, se necesita una regulación legal para determinar la filiación, porque puede existir una paternidad o maternidad legal y otra

biológica, siendo importante dicha regulación para la atribución de derechos y obligaciones entre padres e hijos.

En el caso de técnicas de reproducción heteróloga, existe el riesgo de ocultamiento al hijo procreado, de la identidad de su padre o madre biológica, vulnerándose el derecho a conocer su identidad genética.

El derecho a conocer el origen biológico forma parte del derecho a la identidad genética que constituye aquella situación jurídica, en donde se protege la determinación del código genético de una persona, con la finalidad de conocer su filiación biológica mediante la investigación científica.

“Se toma conciencia paulatinamente de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana, y de que el ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola. No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso por ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, conscientes ambas, ciencia y sociedad de que en estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer” 11.

Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el Derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de Reproducción Asistida han sido generadoras de tales vacíos,

por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal. Se hace precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de Reproducción Asistida, y la adaptación del Derecho allí donde proceda, con respecto a: el material embriológico utilizado, los donantes de dichos materiales, las receptoras de las técnicas, y en su caso a los varones a ellas vinculados, los hijos, la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar (estimulación ovárica, crio conservación de gametos y pre embriones, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación básica o experimental, ingeniería genética, etc.).

Teniendo en cuenta que la fecundación in vitro y la crio conservación facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, y no sólo para realizar las técnicas de Reproducción Asistida en las personas que los aportan o en otra, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico), de investigación o experimentación, es evidente que los materiales embriológicos no pueden ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada, y que su disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los Centros o Servicios que los manipulen o en los que se depositen.

La colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el Derecho de Familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos.

1.7. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La técnica de reproducción humana asistida empezó con animales. El alemán Ludwiy Jascobi en 1965 las utilizó en salmones y posteriormente a fines del siglo XIX se realizó en un mamífero, en una perra que trajo al mundo tres crías.

Con referencia a las personas en el siglo XV se intentó la inseminación artificial a Juana de Portugal con semen de Enrique IV de Castilla. Además, el escocés Jhon Hunter es considerado el primero en efectuar una inseminación artificial sobre una pareja estéril.

En 1808 se efectúa la primera inseminación artificial en la facultad de medicina.

En Filadelfia en 1884, se consiguió el primer embarazo a través de la inseminación artificial a una mujer con semen diferente al de su cónyuge. El médico Pancoast observó que el problema de infertilidad no era de la mujer sino de su esposo quien no producía semen.

En 1944, los biólogos Rock y Menken lograron obtener cuatro embriones en base a ovocitos humanos extraídos de ovarios y expuestos a espermatozoides. No obstante, no se alcanzó resultado óptimo y en corto tiempo los embriones perecieron.

Posteriormente en 1953 una persona de Estados Unidos, Sherman, logró con éxito embarazos con semen congelado.

El primer ser humano se generó en 1979, nació Louise Brown (inglesa) fue fruto de fecundación artificial in vitro y empezó la era denominada “bebes de probeta”. El primer nacimiento por fertilización in vitro en España fue el 12 de julio de 1984 nació Victoria Anna.

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad.

Posteriormente en 1984 nació Zoe Leyland a través de un embrión previamente congelado, de este modo se implementó una nueva técnica denominada crioconservación de embriones.

En 1985 nació Baby M a través del matrimonio Stern quienes contrataron a Mary Whitehead, y se gestó un niño a través de la inseminación artificial a través del semen del señor Stern. Esta gestación se dio a través de un contrato por la suma de US\$ 10.000.

Posteriormente en Gran Bretaña, en 1985 la señora Kim Cotton se convirtió en madre portadora a través de la técnica de inseminación artificial empleando semen del esposo de la pareja comitente. Dicho acuerdo tuvo la participación de la empresa intermediaria Surrogate Parenting Association dicha agencia lo realizó por 14.000 libras.

“En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido in vitro producto del óvulo de una donante y del esperma del marido contratante. Cabe acotar que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el esperma debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares”¹².

1.8. LAS DIVERSAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Las técnicas de Reproducción Humana Asistida engloban diversos procedimientos y tecnologías, entre los que destacan la inseminación artificial (IA), la fecundación extracorpórea (FEC) que comprende a la fertilización in Vitro y la transferencia de embriones, la cesión de vientre y finalmente la preservación de gametos y embriones.

1.8.1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA)

“La inseminación artificial consiste en depositar esperma en la vagina en el cuello del útero o en el propio útero” ¹³.

De acuerdo a Moro, R. (1998), la inseminación artificial “es una técnica que consiste en introducir el semen del varón, previamente recolectado, en el tracto reproductor de su pareja o cónyuge, sin que medie una relación sexual”. Este procedimiento no da la posibilidad de realizar experimentación alguna, es por eso que es un proceso de baja tecnología médica” 14.

Podemos decir que la inseminación artificial es el acto médico consistente en la introducción del espermatozoides al órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de la fecundación.

“Se puede definir como el acto médico consistente en la introducción del espermatozoides al órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de la fecundación. En otras palabras, consiste en intentar la fecundación de la mujer por vías distintas de la relación sexual, al introducir el semen obtenido de manera previa mediante masturbación, en el interior del aparato reproductor de la mujer” 15.

“Consiste en la introducción del espermatozoides en el interior de los órganos genitales femeninos mediante un procedimiento distinto del contacto sexual normal” 16.

En la inseminación artificial hay ausencia del acto copulatorio o relación sexual; sin embargo, en el momento en que los espermatozoides son introducidos en el canal vaginal, el útero o las trompas de falopio –según el caso- realizarán el resto del proceso de forma natural. Lo artificial en este proceso es solo la forma de introducción del semen al cuerpo de la mujer, más no la fecundación misma.

“La inseminación artificial es la más sencilla de las técnicas de reproducción asistida, y básicamente consiste en depositar los espermatozoides en el aparato genital de la mujer, por medio del instrumental adecuado” 17.

1.8.2. LA FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA (FEC)

La fecundación extracorpórea busca la unión del espermatozoide y el óvulo en un probeta y tiene entre uno de sus objetivos la investigación humana científica. Esta técnica implica procesos de alta tecnología médica, sobre todo considerando sus innumerables derivaciones.

Los avances biotecnológicos permiten que estas técnicas puedan realizarse estando en vida la pareja o el cedente, o después de producida la muerte pues la crio conservación de gametos y del embrión permiten la transferencia en cualquier momento.

“La fecundación in vitro consiste en poner en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y los femeninos (ovocitos) para lograr la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer” 18.

1.8.3. LA PRESERVACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES

La técnica de preservación de gametos y embriones consiste en congelar los embriones para emplearlos en el futuro. Puede darse el caso que si una pareja de esposos ha realizado la fecundación in vitro y existe un número de óvulos que son fertilizados con éxito. Mientras que los embriones que no son transferidos pueden ser congelados. Dichos embriones congelados pueden ser transferidos al útero de la mujer para un posterior embarazo.

En suma, la preservación de gametos y embriones es un procedimiento a través del cual los embriones o los espermatozoides se congelan para que en el futuro se pueda efectuar intentos de embarazo. Básicamente los médicos congelan más óvulos de lo que requiere una mujer teniendo en cuenta la posibilidad que los primeros embarazos no tienen éxito o en caso que la mujer aspire a contar con más hijos en el futuro.

1.9. LA MATERNIDAD SUBROGADA

Se le suele denominar “madre sustituta”, o “cesión o alquiler de vientre”. No es propiamente una forma de concepción artificial sino la gestación de un embrión en el vientre de otra persona. La madre sustituta gesta a la criatura desde la concepción hasta el alumbramiento. Podríamos decir que funge en última instancia a manera de incubadora.

Martínez, J. (1994) expresa: “En los pocos países donde esta figura se encuentra permitida, se compromete a la mujer fértil mediante un contrato a que geste el embrión ajeno (que puede o no pertenecer genéticamente a los contratantes) hasta el momento en que deba entregarlo a la pareja portadora del material genético, mejor dicho a la pareja contratante, renunciando, a través del contrato, a aquel derecho que podría implicar su calidad de gestante” 19.

Se trata del caso en el cual una mujer lleva en su vientre un ser humano, con el compromiso de entregárselo a otra mujer inmediatamente después de ocurrido el nacimiento; es decir existe un acuerdo previo de hacer una delegación o sustitución de la maternidad en otra mujer, para compensar una deficiencia reproductora en la mujer que se le entregará el hijo.

Según Peralta, R. (2004) “la maternidad subrogada como el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto. Ello implica una serie de deberes y derechos que debieran reglamentarse” 20.

Se aprecia que la maternidad sustituta se da cuando una mujer acepta gestar al niño, sin embargo, no es la madre legal debido a que será otra mujer la que tenga dicho reconocimiento.

De otro lado, Espinoza, J. (2004) afirma que: “la madre sustituta como aquella mujer que ofrece su útero para que se desarrolle en éste el embrión

concebido extracorpóreamente, para después entregar al niño a sus verdaderos padres” 21.

El jurista Castillo, M. (2007) señala que: “Mal denominada vientre de alquiler, consiste en la conducta mediante la cual una mujer gesta en su vientre un niño para otra, con la intención de entregar al concebido una vez se produzca el nacimiento, autorizada doctrina señala: la maternidad subrogada es la sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer de quien procede el óvulo o mujer gestante” 22.

Se considera una de las más controvertidas técnicas de fecundación asistida esta la que se ha dado en denominar maternidad subrogada o arriendo de útero.

Por su parte Rubio, M. (1996) afirma: “que la maternidad subrogada se da cuando la mujer que acepta gestar al niño pero no será la madre legal, porque otra será la que tenga este reconocimiento” 23.

La llamada maternidad subrogada o gestación de sustitución es un aspecto surgido como consecuencia de las nuevas técnicas de reproducción asistida, especialmente por la posibilidad de la fecundación in vitro, ya que esta práctica combinada con la gestación por sustitución permite a una mujer que no pueda llevar a término un embarazo tener un hijo genéticamente suyo por la fecundación de su propio ovocito y semen de su compañero o donado en laboratorio.

La principal característica de esta modalidad de reproducción artificial es que la madre que va criar al hijo no es la misma que lo lleva en su vientre, de tal manera que en el momento que se produce el nacimiento del bebe, éste es entregado al padre o la madre genéticos, o a una pareja diferente, según el caso.

La causa más común por la cual las parejas acuden a este tipo de reproducción, es la imposibilidad física de procrear por parte de la mujer.

1.10. CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA

A. MATERNIDAD TRADICIONAL

En el caso de la subrogación tradicional, una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y ésta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz a una criatura. Por ende, se puede decir que en estos casos la concepción y alumbramiento de la criatura se convierten en el objeto del contrato. Lo particular de estos casos de inseminación artificial es que la criatura que se ha de concebir, no solamente se aloja en el vientre de la subrogada, sino que el óvulo del que proviene es de la subrogada.

“Se presentan cuando una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y ésta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz una criatura. Por lo tanto, es posible afirmar que en estos casos la concepción y alumbramiento de la criatura se convierten en el objeto del contrato. Lo particular de estos casos de inseminación artificial es que la criatura que se ha de concebir, no solamente se aloja en el vientre de la subrogada, sino que el óvulo del que proviene es de la subrogada” 24.

En otras palabras, la criatura que se ha de concebir en una subrogación tradicional es producto del material genético de la subrogada y la pareja del sexo masculino. O sea, la persona o personas interesadas en recurrir a una subrogada han de remunerar a la misma por su óvulo y por el alojamiento del feto durante los meses de embarazo. Convirtiéndose así en lo que se podría conceptualizar como dos mercados y dos gestiones independientes, por las cuales se ha de pagar a la subrogada.

B. MATERNIDAD GESTACIONAL

Este tipo de maternidad se presenta a través de la transferencia de un embrión fertilizado al útero de la madre subrogada.

“En la adopción el consentimiento a la renuncia de las relaciones filiales se manifiesta luego del alumbramiento. Mientras que en la maternidad

subrogada, el niño se concibe con la intención y el propósito específico de regalarlo, el propósito de la concepción, por ende no es el retenerlo para sí. El consentimiento en la maternidad subrogada claramente se manifiesta antes de la concepción. Este hecho ha estado sujeto a críticas, específicamente se ha argumentado que el consentimiento a la entrega de custodia antes de haber tenido la experiencia de llevar en el vientre a un niño por nueve meses, es uno no informado y por lo tanto no es válido”²⁵.

La subrogación gestacional, conlleva la transferencia de un embrión fertilizado al útero de la madre subrogada. Este tipo de subrogación también es conocido como alquiler de útero. En estos casos la madre genética de unos embriones, no los puede anidar en su vientre por algún motivo. Bajo esta premisa la misma le pide o contrata a otra mujer para que esta gaste el feto y al nacer le entregue el niño. A diferencia de la subrogación tradicional, la madre subrogada no comparte material genético con la criatura que está gestando. En este caso el embrión fertilizado puede provenir de la pareja contratante o por donación.

C. OVODONACIÓN

Es el caso inverso a la subrogación gestacional ya que la mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulo, la donante no se encargará de la gestación, ni tampoco del alumbramiento. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana (espermatozoide del marido, óvulo de una mujer cedente y gestación de la mujer).

La ovodonación es la utilización de óvulos de una donante anónima para la realización de técnicas de alta complejidad. Tratamiento diseñado para mujeres que no producen óvulos o los producen de mala calidad, así como para aquellas que padecen enfermedades genéticas que pueden transmitir a sus hijos. No es un procedimiento sencillo: las donantes de óvulos requieren el mismo tratamiento medicamentoso que las mujeres que se someten a

Fertilización In Vitro y la receptora debe preparar al útero (endometrio) para la implantación del huevo fertilizado.

D. EMBRIODONACIÓN

La pareja padece de infertilidad absoluta. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de espermatozoides y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana (el espermatozoides de un cedente, el marido y mujer infértiles, e inseminación a una mujer).

1.11. CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

En relación a la maternidad por sustitución, no existe acuerdo entre juristas. Algunos opinan que debiera permitirse la maternidad por sustitución o arrendamiento de útero, siempre y cuando se acredite la imposibilidad de la mujer de llevar a cabo el proceso de gestación, y se convenga un contrato de prestación de servicios con la madre sustituta, donde se estipule claramente los derechos y deberes de las partes, y ésta renuncie expresamente a la maternidad del hijo. Para esto sería necesario hacer una enmienda a la legislación que reconozca la maternidad sin gestación.

Los juristas que defienden la maternidad subrogada señalan que ésta sería lícita y que si se podría aceptar en nuestro ordenamiento jurídico ya que allí si se estaría cumpliendo con una finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar a ese bebe.

De otro lado otros juristas, no están de acuerdo, porque no sería materia que pudiera regularse mediante un contrato de prestación de servicios. Además, el arrendamiento de útero se escaparía de la reproducción asistida en sí misma, ya que se involucra una tercera persona, e incluso una cuarta (cuando se trata de reproducción heteróloga). Se trataría de otro tema, y que aunque puedan ir juntos,

más bien su eventual regulación debiera ser objeto de otra ley, y no incorporarla como un capítulo en la Ley de Reproducción Asistida.

Para autores como Lledo, F. (1987) y un sector de la doctrina hispana “considera que estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad” 26.

1.12. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

La intervención de una tercera persona en esta técnica de reproducción es mucho mayor que en otras. La gestante aporta íntegramente su ser físico y espiritual durante toda la gestación, dejando de ser una colaboración puntual en el tiempo.

La maternidad es un proceso natural y añadir modalidades nuevas en torno a ella no es aceptable. La madre contratada acepta la fabricación del bebé, pero no su educación y crianza, que sin lugar a dudas deben de ser la clave de la maternidad. Los lazos entre la madre y el hijo se transforman y pervierten con la subrogación, destacándose el poco valor que la sociedad actual da al hecho de criar a un hijo.

Usar el útero de una mujer como medio para tener un hijo es inmoral; es una manera de control de explotación integral de la mujer como persona y como madre. No es compatible con la dignidad humana que utilice su cuerpo con fines lucrativos para gestar a un niño que va a ser entregado en cuanto nazca.

1.13. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

La subrogación minimiza la carga que conlleva la esterilidad y ayuda en los casos en los que la mujer tiene, por ejemplo, una enfermedad pélvica o no tiene útero. Es una técnica en la que personas adultas ejercen libremente sus derechos sin lastimar los derechos de otras personas, por lo cual las críticas a quienes lo ejercen e incluso a la práctica propiamente dicha no pueden considerarse.

Al ser un acuerdo voluntario y libre, no se puede hablar de explotación. Todos los participantes se benefician de la subrogación: el niño nacido existe gracias a la práctica de dicho fenómeno y se cría en un entorno de cariño rodeado de personas

que lo desearon intensamente; los padres consiguen la paternidad deseada ofreciendo los cuidados a un hijo muy querido y la embarazada puede satisfacer la inquietud de ayudar a terceros y obtener un beneficio extra, normalmente económico.

Consideramos que no es posible la contratación de la gestación y entrega de un recién nacido ya que el niño ni es una cosa ni es objeto de comercio. Más aún, ni siquiera podría considerarse al embrión como una cosa en sentido técnico, por lo que consideramos que no debería reconocerse una suerte de derecho de propiedad sobre el embrión. El embrión no puede ser algo susceptible de apropiación ni de libre circulación. En ningún caso el embrión o el recién nacido podrían ser objeto válido de un contrato que implicara su entrega, y, especialmente, su generación para llevar a cabo tal entrega. Difícilmente podríamos argumentar de modo favorable a la posibilidad de transferir un recién nacido o pactar su gestación previo encargo.

1.14. DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD

Al respecto Fernández, C. (1992) expresa: “La identidad, es el conjunto de datos biológicos, de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permiten distinguir indudablemente a una persona de todas las demás. Es decir, la identidad es “ser el que soy y no otro” o dicho en otros términos, “ser uno mismo y no otro” 27.

Es importante señalar que la identidad tiene dos tipos de componentes que conforman una unidad, siendo una de ellas la identidad estática que es el resultado de una información genética, la misma que es singular y única, que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro; y el otro es la identidad dinámica que identifica al sujeto como es el nombre, la fecha y el lugar de nacimiento, la filiación y los caracteres somáticos en general.

El primer componente es invariable en vista que se hereda por medio de los genes y cromosomas, y el segundo se adquiere por ser sujeto de derecho y puede ser

variable en especial el nombre, el mismo que puede alterarse mediante una resolución judicial que declare fundada la demanda.

Los menores de edad que comprende las categorías jurídicas de niños y adolescentes previsto en el artículo primero del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes Ley 27337, tienen derecho a la identidad establecido en el artículo 6 del Código en mención, que incluye el derecho de conocer su origen biológico, de saber quiénes son sus padres y de llevar sus apellidos.

De igual modo, el derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad, siendo obligación del Estado el preservar la identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de la alteración, sustitución o privación legal de la identidad.

“El derecho a la identidad personal comprende una faz estática y una faz dinámica. La faz estática comprende aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la filiación, la imagen, etc.; mientras que la faz dinámica engloba aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual, político, social, cultural, profesional, etc” 28.

“Según la doctrina, ambos aspectos son inseparables, y no es posible la proyección histórico-existencial del hombre (aspecto dinámico), sin que encuentren debido resguardo los iniciales elementos de la primera identidad (aspecto estático)” 29.

El derecho a la identidad, especialmente para niños, ha sido tradicionalmente interpretado como un derecho de la personalidad que se vincula con otros derechos derivados de la filiación, tales como el derecho a tener una nacionalidad, los derechos alimentarios, el derecho a mantener un vínculo con los padres.

Consideramos que el derecho a conocer el origen biológico forma parte del derecho a la identidad genética que constituye aquella situación jurídica, en donde se protege la determinación del código genético de una persona, con la finalidad de conocer su filiación biológica mediante la investigación científica.

El derecho a la identidad mediante la determinación genética puede ser vital para preservar la salud del niño. Es un derecho que se desprende del principio de dignidad de las personas y del cual depende el libre desarrollo de la personalidad. En la actualidad, el derecho a la identidad del niño se concreta con el derecho a la verdad biológica mediante la prueba genética (ADN), por medio de la cual es posible establecer la filiación cierta.

Las técnicas de reproducción asistida tienen como consecuencia que en ciertos casos se afecta el derecho a la identidad de los niños así nacidos. En efecto, cuando la reproducción asistida se realiza con semen de donante, existe una confrontación entre dos intereses: el del donante de preservar su identidad en anonimato y el del niño a conocer sus orígenes biológicos. Se trata de dos derechos de orden constitucional: el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad.

En relación al daño a la identidad personal es una lesión que afecta a uno de los más importantes aspectos del ser humano. Es por consiguiente un daño subjetivo, que puede tener consecuencias tanto primordiales como extramatrimoniales, o ambas simultáneamente.

Consideramos que se daña la identidad personal de modo genérico cuando se desnaturaliza, falsea, desvirtúa, altera, distorsiona o se oculta la verdad. Es decir, cuando se imputa al menor de edad atributos, características, conductas o ideas que no le pertenecen, que no integran su verdad personal, por lo que, este agravio debe ser materia de rectificación por parte del lesionante, en este caso el reconocimiento del padre a favor de menor hijo extramatrimonial.

Se lesiona la identidad personal de un menor cuando se altera, esconde o niega la filiación, o se altera la fecha de nacimiento, el sexo o la nacionalidad.

1.15. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño tiene como propósito garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención, sobre los derechos del niño y el desarrollo integral del niño, que está referido al desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño.

Cabe señalar que el niño implica obligaciones adicionales para el Estado, debe tomarse en cuenta la necesidad de cuidar así como también medidas especiales que se sustentan en la situación concreta en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia todo ello genera la obligación de ponderar, no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se encuentra el niño; debe tenerse en cuenta la decisión estatal, social o familiar que este referido a alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho.

En lo concerniente a la determinación de los “mejores intereses” del niño que debe efectuarse en cada caso concreto, teniendo el Estado un cierto margen de apreciar para evaluarlos. Se considera que las autoridades deben establecer un justo balance entre los intereses del niño y el de los progenitores y en este contexto se debe dar importancia al interés superior del niño, el que debido a su naturaleza y seriedad puede anular al de los progenitores.

De acuerdo a Zermatten, J. (2003) afirma que: “El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia” 30.

El interés superior del niño debe ser entendido como principio y como garantía, es decir como vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a los derechos subjetivos. Por esa razón, se le denomina principio garantista.

Se considera que el interés superior del niño es el principio jurídico que permite la satisfacción de los derechos específicos del niño, otorgándole efectividad y exigibilidad.

El interés superior del niño descansa sobre dos bases sólidas, por un lado es una garantía del cumplimiento y consecución de los derechos del niño, y por otro lado es un principio y como tal es obligatorio para toda clase de autoridad, constituyéndose en una auténtica limitación al poder de discrecionalidad de la misma.

En este contexto la maternidad subrogada, sustituta, maternidad biológica, renta de útero o cualquiera que sea la denominación que se adopte, supone una cuestión aparte, ya que implica utilizar medios de reproducción asistida, con una fecundación extracorpórea, es decir fuera del cuerpo de la madre, sin embargo, hay una diferencia, ya que se necesita la intervención de una mujer, denominada portadora, necesaria para llevar a buen término un embarazo, es decir que hará posible el nacimiento de un nuevo ser; lo anterior, que en la medicina implica un gran logro, en la disciplina jurídica suscita diversas situaciones que deben ser reguladas, como la protección del menor que será concebido; recordemos que en la mayoría de los países se establece ya el principio del “interés superior del menor”.

CAPÍTULO II

LEGISLACIÓN COMPARADA Y NACIONAL

2.1. NORMATIVIDAD LEGAL

2.1.1. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

En 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre continúa manteniendo como fin principal de las instituciones jurídicas la protección de los derechos esenciales del hombre, así como la creación de las circunstancias que lo permitan. En ella, se sostiene que la promoción internacional de estos derechos, debe constituirse en guía principal de la normativa regional en evolución. Establece, por vez primera, y de manera explícita, lo que se denomina el sistema inicial de protección internacional de los derechos humanos. Sistema que asienta sus raíces, en la consagración internacional de los derechos esenciales del hombre y, en las garantías que ofrece el régimen interno de los Estados. De esta manera, el sistema de promoción y protección internacional de los derechos fundamentales, inicia de manera formal, con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

2.1.2. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el preámbulo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la comunidad internacional de naciones, establece la necesidad de un régimen jurídico exclusivo para protección de los derechos humanos. Proteger, promover, aplicar y hacer efectivos tales derechos, así como las libertades fundamentales, se instituye en ideal común para todos los pueblos, tanto a nivel nacional como internacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que lo hace la Declaración Americana, enumera una serie de derechos y libertades fundamentales a favor de toda persona y establece obligaciones a cargo de los Estados, para promover el respeto y garantía de estos derechos y libertades, al interior de su territorio.

2.1.3. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia a lo escrito, en su preámbulo señala que sólo puede realizarse el ideal del ser humano si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

En él la protección internacional se justifica, debido a que los “derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado”, sino de los atributos de la persona humana. Por tanto, la protección internacional es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos. En otras palabras, la esencial defensa de los derechos humanos, ha de llevarse a cabo al interior de cada Estado. Esto se evidencia en el artículo 25 de la Convención Americana. En él, se reconoce el derecho de toda persona a tener acceso a la protección judicial, como recurso efectivo que le ampare frente aquellos actos que violenten sus derechos.

Esta señala como propósito principal consolidar un régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. A la vez que, establece deberes para los Estados y los derechos y libertades a proteger; por último, instituye los medios de protección u órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención.

“Es importante mencionar que desde la doctrina, autores como García, S. (2005), aseveran que la adopción de medidas, en tanto obligación a cargo de los Estados, está ya de por sí, contemplada por el Derecho de Gentes, de acuerdo con el cual “un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas” 31.

La garantía de los Derechos Humanos, se constituye para los Estados en una obligación de amplio contenido y de exigibilidad inmediata. Según la doctrina, el respeto exigido y el deber impuesto a los Estados, para adoptar medidas en torno a los derechos humanos, adquieren contenido real a través de la obligación de garantía. Ella asegura la protección, efectividad y disfrute de los derechos reconocidos. De manera invariable, la obligación de garantía suele aparecer atada al deber de respeto.

2.1.4. PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, en el artículo 24 establece que: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna..., a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la convención del menor que requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

2.1.5. CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño proclama de forma completa los derechos del niño y es la primera en conceder fuerza legal dentro del Derecho Internacional. El concepto de interés superior del niño hace referencia a la protección integral y simultánea del desarrollo integral de la calidad o nivel de vida adecuado (Art. 2.1 de la Convención). Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se pueden afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino que también su importancia relativa.

“Ahora bien, la aplicación de este principio tiene unos límites a la facultad discrecional del juez tales como la racionalidad en la valoración de los hechos, evitar todo perjuicio al bienestar espiritual de los hijos y la protección de los derechos del niño consagrados a nivel internacional” 32.

En consecuencia este principio está vinculado con la maternidad subrogada en la medida que es obligación del Estado proteger al niño de toda violencia que pueda ir contra la dignidad, libertad, igualdad, el cual debe garantizar la vida del concebido, protegiéndolo de manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico mental (Art. 1 del Código de Niños y Adolescentes), esta protección normativa se hace extensiva a las formas de manipulación genética tales como la fecundación de embriones por mezcla de componentes genéticos, clonación, procesos de hibridación, cesión de útero, ovodonación, etc. Así también es contrapeso del principio de verdad biológica ya que exige que al momento de resolver el juez para determinar la filiación del niño engendrado mediante esta técnica (a pesar de ser un acto ilícito) deberá tener en cuenta las circunstancias personales que establezcan determinadas condiciones de

protección de vida que implique una mejor protección a los derechos fundamentales, teniendo en cuenta además la necesidad de mantener una relación familiar estable.

“En los últimos tiempos se aprecia un avance en la consagración y tutela de los derechos fundamentales de las personas, también los niños han reportado los beneficios de ser considerados sujetos plenos de tales derechos, con ciertas peculiaridades atendida su condición de sujeto con potencialidad de desarrollo futuro. El avance de los derechos ha posibilitado sentar las bases para la formulación de la denominada “doctrina de protección integral” de los niños, en que protección integral es sinónimo de protección de derechos” 33.

“En otras palabras, los mecanismos complementarios de protección de los derechos del niño no son autónomos sino fundados en los dispositivos generales de amparo de los Derechos Humanos” 34.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño es el instrumento normativo más representativo de la doctrina de la protección integral. En esta Convención se plasmó el convencimiento mundial de que los niños son titulares de los derechos humanos que se les reconocen también a los adultos y además de otros propios de su condición de tales.

En esta Convención existen dos principios vinculados con las técnicas de reproducción asistida:

- a) El profundo respeto de sus normas hacia la relación niño-familia, limitando la intervención del estado a una de carácter subsidiaria.
- b) El concepto del interés superior del niño consagrado en el art. 3.

“Consideramos que la vinculación entre el primer y el segundo principio es estrecha, que los progenitores, primeros responsables de la educación y crianza de los niños, deben ejercer sus

atribuciones bajo el criterio general del interés superior, la determinación del contenido del mismo no ha sido una cuestión pacífica. Por ello consideramos acertada la visión del mismo como un principio jurídico garantista, en el sentido de que asegura la efectividad de los derechos subjetivos” 35.

Se debe tener en cuenta que en los eventuales conflictos de intereses que suscitan las técnicas de reproducción asistida entre sus diferentes participantes consideramos que es el interés del hijo el que debe primar, con el propósito de hacer efectiva la tutela de sus derechos fundamentales, teniendo presente que ello no puede llevarnos a considerar como absolutos los derechos de los hijos frente a los demás involucrados.

El artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño expresa: “Los estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”

2.1.6. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA UNESCO

El 11 de setiembre de 1999 en la ciudad de París y en su vigésima novena reunión se aprobó la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, siendo un documento valioso en lo referente a la bioética y aunque no tenga un carácter vinculante, es la base jurídica internacional donde se deberán apoyar los estados miembros en lo concerniente a la legislación en aspectos de Derecho genético.

El objetivo central es establecer el marco ético de las actividades vinculadas al genoma humano con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos humanos así como no se limiten las investigaciones biocientíficas. Dicha Declaración es un Código de Bioética Universal y surge como efecto que los estados registraron el peligro que se presentaba ante la ausencia de normatividad internacional en lo relativo a la bioética.

Esta Declaración se basa en el respeto a la dignidad del ser humano frente a las investigaciones biotecnológicas sobre el genoma. De esta manera los principios de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos coinciden con la Declaración Universal de los Derechos Humanos porque se prohíbe la discriminación genética así como el rechazo al determinismo genético.

El objetivo de la Declaración Universal sobre bioética es proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética.

Dicha declaración es necesaria y vital porque existen prácticas en distintos países de experimentos y proyectos de investigación.

La Declaración Universal sobre Bioética contiene principios y procedimientos que sirven de guía a los países en lo que respecta a políticas, códigos éticos y normatividad legal. Este texto contribuye a universalizar la ética frente al campo biomédico.

2.2. NORMATIVIDAD NACIONAL

2.2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política reconoce una protección especial al niño y al adolescente en el artículo 4. Además, establece en el artículo 6, como objetivo de la política nacional de población, la promoción de la paternidad y maternidad responsable; el deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como la igualdad de los hijos sin considerar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación.

En el Perú, el derecho a procrear se encuentra establecido en el artículo 6° de la Constitución Política señalando que: “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover paternidad y

maternidad responsable”. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir, haciendo mención indirectamente al derecho a la procreación como un presupuesto para poder hablar de paternidad y maternidad responsable. Este derecho también aparece en varios tratados internacionales como la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, donde reconoce que “toda persona tiene derecho a constituir una familia”, refiriéndose al derecho a la procreación.

“Las técnicas de reproducción humana asistida no están reguladas en el Perú, puesto que, incluso no se aprobó un proyecto de ley que pretendía regularlas ratificando así la protección que nuestro ordenamiento jurídico brinda al ser humano desde el momento de la concepción” ¹36.

“El Estado debe proteger al concebido en todo en cuanto le favorece, actuando acorde al principio *in dubio pro nasciturus*” ²37.

Nuestra Constitución Política también protege la vida humana desde la concepción, la cual se da al unirse el espermatozoide y óvulo. Esta protección no diferencia la etapa de desarrollo en la que se encuentre la vida humana, ya sea embrión o niño recién nacido.

2.2.2. CÓDIGO CIVIL

En los actuales momentos la doctrina nacional considera que el inicio de la vida humana comienza con la concepción y así se encuentra establecido en el Art. 1 del Código Civil; es decir, con la fecundación del óvulo femenino con el espermatozoide masculino, ya sea dentro del cuerpo humano o no; pues científicamente (en base a la embriología) se ha demostrado que es el momento en que verdaderamente se inicia la vida humana, pues el óvulo fecundado (gracias al acto de fecundación) ya contiene 46 cromosomas, que es la suma de los 23 cromosomas que aporta

¹ PROYECTO DE LEY N° 00685, presentado el 13 de Setiembre del 2001, por el congresista Iván Calderón Castillo.

cada uno de los padres. Por ello consideramos que nos encontramos frente a una nueva vida que requiere la protección del Derecho.

El Art. 6 del Código Civil establece: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o las buenas costumbres".

Sin embargo el mismo artículo acotado in fine establece "Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico, quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios".

2.2.3. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

El Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que: "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos".

2.2.4. LEY GENERAL DE SALUD

La Ley General de Salud (Ley 26842) norma de orden público conforme al artículo IX de su título preliminar en su artículo 7 señala: "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de la 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 de la procreación, así como la clonación de seres humanos".

2.3. LEGISLACIÓN COMPARADA

2.3.1. ESPAÑA

La Ley 14/2006, de 26 de mayo del 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Dicha ley es más permisiva en comparación con otros países de Europa posibilitando que cualquier mujer cuente con oportunidades de ser madre.

La legislación española establece sanciones penales a las personas que celebren contratos de maternidad subrogada y a los centros que presten estos servicios.

La gestación por sustitución es nula de pleno derecho, y ello genera una especie de turismo al extranjero, a países donde sí está autorizada para que las parejas puedan tener hijos mediante esta sofisticada técnica. En la actualidad, el verdadero problema es realizar esta práctica en el extranjero y traer esos niños a España, es decir, el reconocimiento de esos niños a efectos legales.

El título que habilita la inscripción de un niño nacido mediante gestación por sustitución es el documento oficial que expida la administración del país donde el niño nace, es decir, el país de origen del mismo. En la actualidad, se encuentra la expedición de dos tipos de documentos, dependiendo del país en el que se produzca el nacimiento pueden ser:

a. Por un lado, está una sentencia judicial que reconoce la filiación del hijo a favor de los dos padres. Esta sentencia, luego tendrá que ser reconocida en España, mediante el conocido procedimiento en Derecho Internacional Privado del exequátur.

Se puede decir en este caso que los niños van como extranjeros a España y una vez ahí se reconoce la sentencia.

b. Por otro lado, está el certificado o partida de nacimiento con la Apostilla de la Haya, a nombre de ambos padres. Hay que decir que, aunque este

certificado recoja el nombre de los dos padres, es decir, el de los comitentes, España solo va a reconocer al padre biológico, quedando la madre subrogada inscrita en la partida española, dado que a efectos legales en España la madre se determina por el parto. Una vez que se tiene el libro de familia, el hijo vendría a España y se iniciaría un procedimiento de adopción urgente a favor de la madre comitente.

2.3.2. ALEMANIA

La Ley de protección del embrión N° 745/90 del 13 de diciembre de 1990, en su artículo 3° prohíbe la donación de óvulos.

El artículo 1° establece: “que ningún médico puede realizar una inseminación artificial o transferencia de embrión en una mujer que esté dispuesta a entregar al niño, después del nacimiento, a otra pareja en conformidad con un acuerdo de subrogación. El incumplimiento de este artículo es un delito penal, con sanciones de multa administrativa y/o pena de prisión.”

Además, existe una regulación sobre la intermediación en contratos de subrogación en la Ley Relativa a la Intermediación de las Adopciones promulgada en 1989. El artículo 13b prohíbe los comerciales o anuncios que tengan como objetivo promocionar esta práctica.

En Alemania, se ha visto la maternidad subrogada como un comercio humano ilegal y por tanto no es posible aceptar esta figura dentro de su ordenamiento jurídico.

“En Alemania, el Congreso Médico, junto con el Ministerio Federal de Justicia, han recomendado la prohibición de prácticas tendientes a fomentar el alquiler de vientre, por considerar que ello es una especie de comercio humano ilegal” 38.

2.3.3. FRANCIA

En Francia la Ley 94-563 de 29 de julio de 1994, la ley relativa al respecto del cuerpo humano modifica el artículo 16 del Código Civil, señalando que la ley asegura la primacía de la persona, prohibiendo todo atentado a la dignidad de ella misma y garantiza el respecto del ser humano desde el comienzo de su vida. Adiciona los artículos 16-1 a 16-9 y establece que cada uno tiene derecho al respeto de su cuerpo; que el cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial; que el juez puede prescribir todas las medidas propias o impedir o hacer cesar un atentado ilícito contra el cuerpo humano o cualquier maniobra ilícita sobre sus elementos o sus productos y no puede atentarse contra la integridad del cuerpo humano, sólo en caso de necesidad terapéutica para la persona, exigiendo que el consentimiento del interesado debe recibirse, excepto en aquellos casos, que por su estado, pueda necesitar una intervención terapéutica en la cual, no pueda consentir él mismo.

Consigna que nadie pueda atentar contra la integridad de la especie humana y toda práctica eugenésica tendiente a la organización de la selección de la persona humana está prohibida. Sin perjuicio de las investigaciones tendientes a la prevención y tratamiento de enfermedades genéricas no se pueden modificar los caracteres genéticos de la descendencia de la persona.

Establece que son nulos los convenios que tengan por efecto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o productos y está prohibida cualquier remuneración a quien se preste a una experiencia sobre su persona o muestra de los elementos de su cuerpo o la colecta de productos del mismo. Declara nulo igualmente todo convenio sobre la procreación o la gestación por cuenta de otros.

Desde 1994 todos los acuerdos de maternidad subrogada se consideran ilegales y son sancionados por el artículo 16-7 del Código Civil Francés. El Comité Nacional de Ética de Francia rechazó esta práctica debido a que

vulnera el interés superior del niño. En enero del 2006, la Asamblea Nacional de Francia constituyó una Comisión para que investigara los efectos de este tipo de prácticas sobre las familias y los derechos de los niños. El documento final es el Reporte sobre la Familia y los Derechos de los Niños. El Reporte concluye que la maternidad subrogada debe de ser completamente prohibida debido a que: contribuye a la explotación económica del cuerpo, a la explotación de las mujeres que se prestan a estas prácticas. Además, conlleva una gran cantidad de riesgos psicológicos y físicos para el niño y para la madre sustituta, etc.

El capítulo primero del título VII del libro primero del Código Civil, sección 4, titulado “De la procreación asistida” establece en sus artículos 311-19 a 311-21 que en caso de procreación asistida con donador, no se establece ningún lazo de filiación entre el donado y el niño nacido de la procreación, lo cual implica que no puede ejercitarse ningún tipo de acción para la identificación del donador. Se establece, también que la pareja que desee procrear por estos medios deberá previamente dar su consentimiento ante un juez o notario, que les informe de las consecuencias de sus actos respecto a la filiación. Dicho consentimiento prohíbe toda acción de reclamación del estado de hijo o desconocimiento de la filiación a menos que se sostenga que el niño no es nacido del procedimiento médico para el cual se otorgó el consentimiento, o que estuvo viciado o no tuvo efectos.

La ley maneja sanciones penales para la utilización ilícita de las técnicas de procreación asistida. Es el caso de la obtención de gametos de una persona viva sin su consentimiento escrito, la obtención de gametos mediante pago, la entrega a terceros a título oneroso de gametos donados, la divulgación de información a fin de identificar a una persona o una pareja donadora o receptora de gametos, la recepción de gametos sin que se hayan hecho los exámenes de enfermedades hereditarias, la realización de inseminaciones con espermatozoides frescos, la realización de actividades de recepción, tratamiento, conservación y cesión de gametos sin autorización, la utilización de embriones con fines industriales y comerciales, la

realización de un diagnóstico prenatal sin autorización, la interrupción de un embarazo antes de un diagnóstico prenatal, entre otras.

El artículo L. 2141-2 del Código francés de salud pública, en la redacción dada por la Ley número 2004-8000, de 6 de agosto de 2004, afirma tajantemente, en su párrafo primero, que la asistencia médica a la procreación está destinada a responder a la demanda parental de una pareja (se entiende que heterosexual). En su párrafo segundo, añade que dicha asistencia tiene por objeto remediar la infertilidad, cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja de una enfermedad de particular gravedad. Y, en su párrafo tercero, concluye que el hombre y la mujer, que formen parte de la pareja, deben estar casados o en condiciones de poder aportar la prueba de una vida en común de al menos dos años. El artículo L. 2141-3 del referido Código (también en la redacción dada por la Ley número 2004-800, de 6 de agosto de 2004) determina, además, que un embrión sólo puede ser concebido “in vitro”, con gametos provenientes de al menos uno de los miembros de la pareja.

2.3.4. ITALIA

El Parlamento Italiano publicó la Ley 19 Febrero 2004 N. 40, titulada “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” o como bien se entiende “Normas en materia de reproducción asistida médicamente” 39.

En Italia se ha establecido que todos los acuerdos de maternidad subrogada se consideran ilegales y son sancionados por el artículo 12° fracción 6 de la Ley 40/2004, Normas en Materia de Procreación Médicamente Asistida (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita).

El Art. 12 fracción 6 establece: quien quiera, que de cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de gametos o de

embriones o de maternidad subrogada, será sancionado con reclusión de 2 a 3 años de prisión y una multa de 600,000 a un millón de euros.

La norma italiana, también exige el consentimiento informado, como requisito imprescindible para hacer uso de las técnicas de procreación asistida. Tal consentimiento puede ser revocado antes de llevarse a cabo la fecundación (art. 4. inciso 2b y art. 6.3).

El acceso a las técnicas de procreación asistida, en Italia, de acuerdo con la Ley 40/2004, estará reservado a parejas heterosexuales, mayores, que se encuentren casadas o en unión de hecho (art. 5), vedando su uso a parejas del mismo sexo y mujeres solas.

Esto queda más claro aún, cuando la ley prohíbe la práctica de las técnicas de reproducción de naturaleza heteróloga, técnicas usualmente aplicables a mujeres solas con problemas de fertilidad. De igual manera la Ley imposibilita llevar a cabo las técnicas heterólogas de reproducción, a parejas casadas o en unión de hecho, en las que uno o ambos componentes padecen alguna anomalía fisiológica que da como resultado la esterilidad definitiva, ya que, en dichos casos por lo usual se debe recurrir a la donación de gametos o embriones, según sea el caso.

También estipula la Ley en su artículo 5, que quienes pretendan acceder a las TRHA, deben encontrarse en edad fértil (aspecto que la Ley no define).

2.3.5. INGLATERRA

Ley de Embriología y Fertilidad Humana del 19 de mayo del 2008, que autoriza a los científicos a continuar su controvertida investigación de células madre usando embriones "híbridos" de ADN humano y animal.

El 1º de noviembre de 1990 se expidió la Human fertilisation and embryology act, la cual, no contiene disposiciones sobre las condiciones requeridas a los usuarios de las técnicas, pero parece claro que se permite

su práctica a las mujeres solas, a condición de haber manifestado una intención sería de cumplir las obligaciones inherentes a la educación de los niños y haber exagerado su consentimiento por escrito.

La donación de gametos es anónima, sin que se le permita el niño el derecho de conocer sus padres biológicos, sólo sus características genéticas. Se admite la inseminación post mortem, sin que la paternidad del padre fallecido sea reconocida.

Admite la validez del contrato de subrogación, cuando es gratuita (art. 30, al 7). En este caso, la pareja comitente puede demandar que el niño les sea legalmente reconocido. Sin embargo, la madre sustituta tiene derecho a visitar al niño, no estando el contrato ejecutado. La Surrogacy arrangement act de 1995 había prohibido el recurso a las intermediarias cuando había de por medio un pago.

Esta acta acepta la congelación y la donación de embrión, las investigaciones sobre el embrión hasta los 14 días, la producción de embriones para la investigación, la importación y la exportación de embriones.

Es importante señalar que el derecho británico permite la utilización de las técnicas a las mujeres solas, por ende su finalidad tampoco es terapéutica; el anonimato es relativo, ya que se puede revelar las características genéticas del donador, la inseminación artificial post mortem está permitida pero el hijo no tiene derechos de filiación, y por último, se permite la subrogación de la maternidad, siempre que sea gratuita.

2.3.6. ARGENTINA

La Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida también conocida como ‘Ley de Reproducción Humana Asistida’ o ‘Ley Nacional de Fertilización Asistida’, fue sancionada por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso el 5 de junio de 2013, y promulgada el 25 de junio del mismo año.

La ley sobre reproducción humana asistida establece el derecho a la privacidad genética, se prohíbe los estudios genéticos para ingresos a una actividad laboral, cobertura médica social o de seguro así como también el acceso a la educación. Se dispone la prohibición de cualquier forma de discriminación en cuanto a los aspectos genéticos de los seres humanos, admite la terapia génica, aunque solo en células somáticas. Establece la prohibición de la clonación y la inviolabilidad del patrimonio genético.

En la realización de actos médicos es esencial el derecho al consentimiento informado. Todo paciente será instruido sobre la intervención médica que se le aplicará con el propósito de obtener su autorización.

La normatividad legal en lo referente a la salud establece que ninguna persona puede ser objeto de experimentos en cuanto a tratamiento, exhibición o exploración y aplicación de medicamentos sin tener información, sobre la condición experimental de estos, de los posibles riesgos y sin que existe de modo previo su consentimiento escrito.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE SENTENCIAS

3.1. CASACIÓN N° 563-2011, LIMA

La presente casación N° 563-2011-Lima de fecha 6 de diciembre del 2011 expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, es el primer caso en nuestro país sobre la maternidad subrogada.

Pese a no existir amparo legal la gestación subrogada en nuestro país es una realidad. La Corte Suprema resolvió el primer caso referido a un matrimonio conformado por el Señor Giovanni Sansone y la Señora Dina F. Palomino Quicaño, ambos dieron el encargo a la señorita Isabel Z. Castro Muñoz que gestará un futuro hijo. A través del pago de 18,900 dólares americanos a la gestante, esta entregaría al niño, luego del nacimiento a dicho matrimonio.

En la presente sentencia se aprecia que para los efectos de la fecundación, se utilizaron los espermatozoides del señor Giovanni Sansone y después del nacimiento del niño, de acuerdo a lo establecido por la ley la filiación materna, se dispuso a favor de la gestante y, la paterna, a favor del esposo de este. De esta manera el progenitor biológico no figuraba como progenitor legal. El señor Giovanni Sansone no solo sería el progenitor de sangre de la niño, sino que, por su vinculación al parentesco con Isabel Z. Castro Muñoz resultaba ser el tío abuelo por afinidad de la menor.

De este modo, el niño fue entregado a los progenitores de intención, quienes empezaron un proceso de adopción por excepción (artículo 248 del Código del Niño y Adolescente) con la finalidad de que manera legal se puede constituir la filiación a su favor.

En ese contexto la gestante subrogada a su pareja logra arrepentirse de culminar el proceso y más bien se desisten de seguir con la adopción e interponer un recurso de casación y se sustentan en una diversidad de causales que fueron carentes de sustentación de acuerdo a la Corte Suprema.

La Corte Suprema señaló que se presentaba un conflicto entre el derecho de los progenitores a ejercer la potestad y el interés superior del niño a contar con una familia. Además, se basaron en el comportamiento de la gestante y su pareja, quienes estaban dispuestos en un inicio a renunciar a su hija a cambio de una suma de dinero cada mes y aceptaron una “ayuda económica” apreciándose que existe un interés económico. Por ello la Corte Suprema resolvió que en este conflicto debería primar el interés superior de la niña y que, en consecuencia, debería seguir viviendo con los progenitores intencionales es decir con los demandantes que le brindaban un ambiente adecuado. Por ello se declaró infundado el recurso de casación.

La maternidad subrogada no está permitida, ni aprobada en nuestro país. Sin embargo no existe ninguna ley concreta, a través de la cual se regula dicha maternidad subrogada. Esto supone que no existe ningún respaldo legal y en consecuencia, existiría riesgos para todos los que intervienen. Esta situación refleja falta de seguridad jurídica en nuestro país con respecto a la maternidad subrogada.

En relación a la adopción por excepción, se aprecia que sin requerimiento adicional es que el adoptante cuenta con vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño posible de adopción, esto de acuerdo a lo establecido en el Código de Niños y Adolescentes en el inciso b) del artículo 128, no obstante en este caso no se cumple debido a que Giovanni Sansone es progenitor biológico de la niña (están probados a través de la prueba

de ADN) y la adopción entre el progenitor e hijo no es factible, en consecuencia no debería proceder la adopción por excepción, sin embargo se señala en el considerando noveno: “El caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad;(…) En consecuencia la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño”.

A nuestro criterio este argumento cuenta con valor debido a que la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil establece en el art. 58: “Las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente la nulidad de dicho documento”. Por ende, sobre el pronunciamiento dado estamos de acuerdo debido a que no se ha dado la nulidad del acta de nacimiento de la niña donde figura como progenitor de la niña a Paúl Frank Palomino Cordero y no se consigna como progenitor a Giovanni Sansone, de modo legal este último no figura como progenitor de la niña, en consecuencia procedería la adopción por excepción.

En lo concerniente a la maternidad subrogada se aprecia que en esta sentencia, no se precisa, es decir no se refieren, con respecto a que si es lícito o es ilícito la maternidad subrogada. En esta sentencia se centra en el principio del interés superior del niño. Además se observa que se involucra a terceros y se vulneran derechos establecidos en la Constitución Política en cuanto a la determinación de la filiación y también el derecho de identidad de la niña, así como las circunstancias en que se efectuó la maternidad subrogada teniendo en cuenta el interés superior del niño.

En esta sentencia no existe un pronunciamiento claro y preciso sobre la maternidad subrogada, no obstante se tuvo en cuenta el material genético, porque los progenitores genéticos son Giovanni Sansone e Isabel Z. Castro Muñoz, lo que según la filiación biológica lo adecuado sería que la niña se encuentre bajo la potestad de su madre genética, no obstante además se toma en cuenta la de los demandandos Paul F. Palomino e Isabel Z. Castro Muñoz, ambos tenían el propósito de lucro, es decir beneficiarse desde el punto económico a cambio de la niña, es decir a la niña la consideraban como un objeto de valor, esta situación que vulnera la dignidad de la niña. De otra parte en cuanto a la conducta se aprecia que los demandantes Giovanni Sansone y Dina F. Palomino Quicaño han brindado un adecuado ambiente familiar. Por ello en la sentencia se indica que en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último. Ante ello de acuerdo a los hechos estamos de acuerdo con el fallo emitido.

En suma, se evidencia en esta sentencia la aplicación del principio del interés superior del niño, de esta manera el derecho de la niña que nació a través de la fecundación asistida a contar con una familia prevalece sobre el derecho de la madre biológica y esposo de ejercer la patria potestad debido a que ambos de modo premeditado decidieron procrear un bebe con la finalidad de entregarlo en adopción a cambio de beneficios económicos, lo que evidencia un afán de lucro vulnerándose el derecho de dignidad de la niña.

3.2. EXPEDIENTE N° 183515-2006-00113

El Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima expide Sentencia a través de la Resolución Nro. Treinta y uno de fecha 6 de enero del 2009.

En el presente caso interpone demanda de impugnación de maternidad doña Carla Manrique See Aurish contra Luis Eduardo Mendoza Barber y Jenny Lucero Aurish de la Oliva, se señala que la demandante contrajo matrimonio con el demandado en junio del 2013, y que el 18 de julio del 2007 a la demandante se le

detecta que cuenta con insuficiencia renal neuropatía por analgésicos e hipertensión arterial, ello implica que su cuerpo no puede resistir el embarazo y esto pone en riesgo su vida.

Ante esta situación problemática acuerdan recurrir a la maternidad subrogada para ello la madre de la demandante ofrece su vientre para portar al futuro bebe. De esta manera el 6 de mayo del 2005 nace la niña Jenny Lucero Aurish, generándose una diversidad de problemas jurídicos como la identidad de la niña, la tutela y derechos sucesorios. Ante ello la madre genética de la niña, es decir Carla Manrique See Aurish interpone demanda. Ante ello el juzgado señala que la demandante no cuenta con legitimidad para obrar, debido a que la impugnación de maternidad solo procede en caso de suplantación del hijo o simulación del parto, sin embargo se toma en cuenta las circunstancias donde existe una fecundación in vitro y se indica que existe un concepto tradicional de maternidad que está quedando obsoleto, enfatizando que el avance tecnológico genera nuevos conflictos y conceptos, por todo ello no legislar dichos actos implica que ello no es ninguna justificación del Estado para no ejercer justicia, por ello se admite la demanda.

Con el propósito de determinar quién es la persona que es madre genética de la niña le efectúan una prueba de ADN y se establece que la demandante tiene el mismo ADN de la niña, señalándose que es la madre genética -y de acuerdo a la Constitución Política en el artículo 2 inciso 24 literal a)- se dispone que no existe prohibición para este acto, por ello es un acto lícito, y teniendo en cuenta que el acto es gratuito así como por amor a su hija, ello confirmado con la declaración de las partes y en aplicación del concepto de maternidad tradicional, la misma que se determina por la filiación biológica, en base a este fundamento se declara fundada la demanda.

En cuanto a esta sentencia nos encontramos de acuerdo con el fallo con referencia a la maternidad subrogada debido en primer lugar, respecto a la legitimidad de obrar, si bien es cierto la impugnación de la maternidad sólo es posible su admisión en los casos de suplantación del hijo o parte supuesto, esto de acuerdo al Código Civil en el artículo 371, y en este caso no existen dichos dos supuestos,

pero se tiene en cuenta el derecho de tutela jurisdiccional efectiva, derecho que se encuentra establecido en la Constitución Política y tomando en cuenta el principio del interés superior del niño, se admite a trámite la demanda. Con ello estamos de acuerdo debido a que no existe ninguna norma legal establecida para determinar situaciones donde los seres humanos se queden sin protección legal, debido a que se estaría limitando el uso de sus legítimos derechos.

En lo concerniente a la maternidad subrogada se señala que no existe ninguna prohibición en relación a la maternidad subrogada, siendo un acto lícito.

En esta sentencia se debe tomar en cuenta las circunstancias que se efectuó la maternidad subrogada, donde se aprecia que Jenny Lucero Aurish aceptó efectuar dicha técnica sin fines de lucro y sólo por el deseo de ayudar a su hija. Esta situación implica altruismo.

3.3. EXPEDIENTE N° 06374-2016-0-1801-JR-C1-05

El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima expide Sentencia a través de la Resolución Nro. Cinco de fecha 21 de febrero del 2017.

En el presente caso se aprecia que existen dos sociedades conyugales, la primera se encuentra conformada por Francisco David Neves Reyes y doña Aurora Nancy Ballesteros Verau y la segunda por Fausto Cesar Lázaro Salecio y doña Evelin Betzabé Rojas V, los cuales interponen a su favor y en el de los niños LNNF y CDNR una demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil (RENIEC) siendo declarada fundada, y por lo tanto se indica que se inscriban como progenitores, al padre biológico y a su esposa, siendo que ésta no aportó ningún material genético, por ello se reconoce como madre de ambos niños a la persona que contrató el vientre de alquiler, en base al aporte de un donante anónima de óvulos para el proceso de gestación.

El 21 de Enero del 2005, los esposos Francisco David Neves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau se casaron y como la esposa no podía quedar embarazada; ambos deciden emplear la fecundación in vitro, y de modo concreto la técnica de maternidad subrogada. A través del consentimiento de los esposos

Fausto Cesar Lázaro Salecio y Evelin Betzabé Rojas V se usó el semen de Francisco David Neves Reyes, a ello se agregó el óvulo de una donante anónima, se transfirieron los embriones que fueron fecundados en el útero de doña Evelin Betzabé Rojas V realizando un acuerdo privado de útero subrogado. En la práctica no se dice nada que existe un pago en dinero a la gestante a cambio de los niños, de esto se infiere que existe fines altruistas. Se aprecia que no se conoce el perfil de la persona que donó los óvulos y tampoco se sabe si recibió alguna suma de dinero por parte de los comitentes. No se puede conocerlo porque se ha dado el anonimato en las donaciones.

Los niños INNR y CDNR nacieron en noviembre del 2015 y el médico señaló como madre a Evelin Betzabé Rojas V la madre subrogada y como progenitor a don Francisco David Neves Reyes es decir la persona que aportó el esperma, esta situación se debió a que se aceptó la declaración de este, de que su marido Fausto Cesar Lázaro Salecio no era el progenitor de los niños.

Se comenzó dos procedimientos, de rectificación de actas de nacimiento en donde don Francisco David Neves Reyes pide que se le declare como progenitor de los niños, por lo que se procede a reconocimiento respectivo. Por su parte doña Aurora Nancy Ballesteros Verau es decir su esposa pide que se declare que es la madre de los niños, y se proceda a la rectificación. Después de ello el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil declara improcedente ambas solicitudes por medio de las resoluciones registrales impugnadas a través del proceso de amparo.

Por un lado los demandantes argumentan su fundamento de demanda en el principio del interés superior al niño y el derecho a la identidad de los niños.

De otro lado en la contestación a la demanda, el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil indica que doña Aurora Nancy Ballesteros Verau, no acredita a través de alguna prueba vínculos de filiación ni biológica con los niños, por ello al ser una filiación de hechos no biológicos, se debería utilizar la figura jurídica de la adopción. Del mismo modo alega que la parte demandante no habría interpuesto recursos de impugnación en sede administrativa y afirma que la parte demandante no se encuentra solicitando el reconocimiento de un derecho ya adquirido o

reconocido o el cumplimiento de un mandato administrativo y legal, sino que se le reconozcan un derecho a su criterio que le corresponde siendo imposible de ejecutarlo.

En lo concerniente al considerando tercero de la sentencia se aprecia la excepción presentada por el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil de la falta de representación de la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau con referencia a los niños, esto debido de acuerdo a la ley vigente no cuenta con representación legal establecido en el artículo 419 y el inciso 6) del artículo 423 del Código Procesal Civil, no cuenta con la patria potestad por ello carece de toda forma legal de representación. Del mismo modo el demandante Francisco David Neves Reyes no ha reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales según lo dispuesto por el artículo 388 del Código Civil, razón que demuestra que tampoco será representante legal de los niños. En el mismo sentido, el demandante Fausto Cesar Lázaro Salecio que si bien cuenta con la presunta paternidad establecido en el artículo 361 del Código Civil tampoco ha actuado de acuerdo con el artículo 388 del Código Civil, siendo una persona carente también de la potestad de representarlo. Aunque los demandantes no contarían con la representación legal para demandar los derechos de los niños, señalan lo que reclaman es la actuación del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil ha generado todo el conflicto. En este contexto el juez considera que la demandante Evelin Betzabé Rojas V; en base al amparo de la ley civil, contaría con representación suficiente para acudir a la figura jurídica del amparo por haber alumbrado a los niños.

La excepción es rechazada por el juez, debido a que si lo acepta supondría que el Estado deje sin ningún tipo de tutela a los niños por el hecho de haber nacido en dichas circunstancias.

Con referencia a la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, el juez constitucional expresa que existen motivos de excepción para no exigir a los actores agotar la vía administrativa. Siendo uno de ellos, el agravio irreparable que se generaría si se agota la vía administrativa, debido a que se estaría vulnerando los derechos a la vida privada y familiar al libre desarrollo de la personalidad a los derechos sexuales y reproductivos, así como al interés superior

del niño y el derecho a la identidad debido a que los señores se encuentran a cargo de Francisco David Neves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau y no existe una conexión o vínculo formal entre ellos, no podrían ejercer el derecho al libre tránsito, ni viajar incluso Aurora Nancy Ballesteros Verau al no vivir con los niños, podría tener conflictos penales. El juez considera como otro motivo en que los demandantes Fausto Cesar Lázaro Salecio y doña Evelin Betzabé Rojas V (madre de alquiler) se ven de modo permanente vulnerados en sus derechos fundamentales, básicamente ésta última suspende sus actividades para asistir de modo formal a los demandantes Francisco David Neves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, en especial a esta última cuando se necesite de la presencia de la madre de los niños, y esto indudablemente vulnera su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la vida privada y familiar. Asimismo el demandante Fausto Cesar Lázaro Salecio se ven afectados sus derechos a la vida privada y familiar, así como al libre desarrollo de su personalidad, esto debido a que el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil, su esposa Evelin Betzabé Rojas V registra dos hijos fuera del matrimonio, y por ello se les obliga a seguir la vía administrativa se avalaría la continuidad irreparable en el aparente agravio de sus derechos a la vida privada y familiar, así como al libre desarrollo de la personalidad.

Finalmente, el juez señala que la normatividad legal es exigua o casi no existe en cuanto a las aparentes formas válidas de reproducción humana asistida. En consecuencia, al no existir la vía administrativa que regula una situación de controversia y por lo tanto no se puede exigir a los administrados que terminen una vía administrativa inexistente. En base a estos fundamentos, las excepciones deducidas deben ser no fundadas.

La decisión final del juzgado fue declarar fundada la demanda de amparo y por ello se anuló las actas de nacimiento de los niños, imponiendo el pago de los costos y ordenando al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil que inscriba en el plazo de dos días como madre a Evelin Betzabé Rojas V y como progenitor a Francisco David Neves Reyes.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS DE LA CIUDAD DE AREQUIPA

A continuación, presentamos el análisis e interpretación de la encuesta que se aplicó a una muestra de 355 abogados de la ciudad de Arequipa.

En este trabajo se presentan los cuadros estadísticos con su respectiva explicación cuantitativa y porcentajes. Así también para obtener una mayor visualización se presentan gráfico de barras.

Cuadro N° 1

1. ¿De acuerdo a usted, la maternidad subrogada puede ser considerada como un derecho de reproducción humana?

Alternativas	F	%
Si	108	30
Posiblemente	160	45
No	87	25
Total	355	100

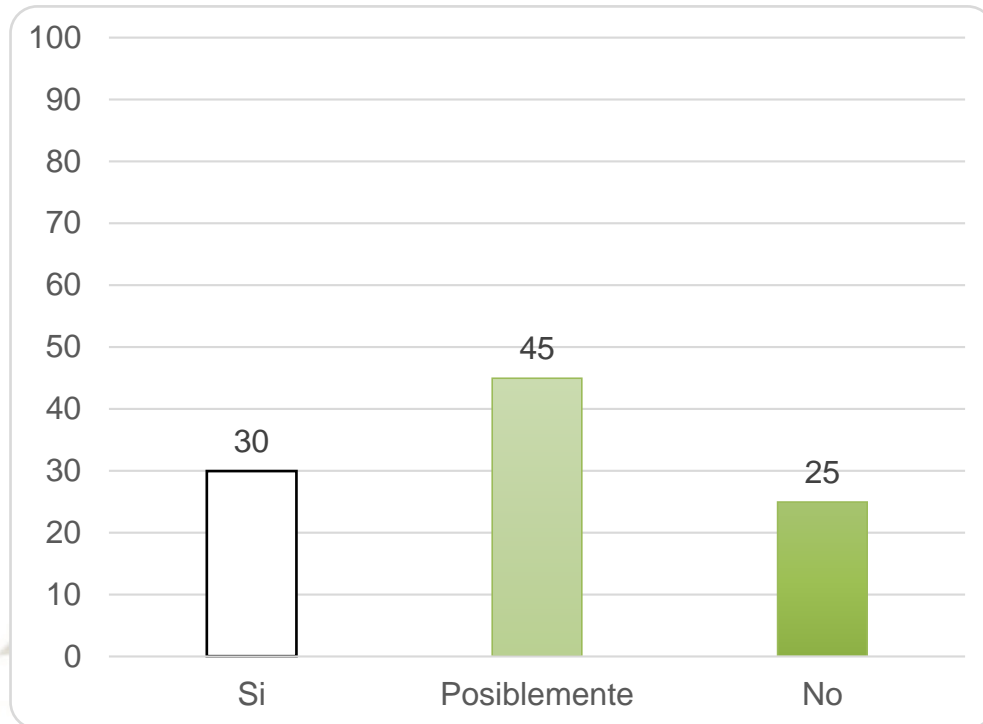
Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Un 45% de abogados expresa que posiblemente la maternidad subrogada debería ser considerada como un derecho de reproducción humana; después un 30% de abogados señala que si podría ser considerado como derecho de reproducción humana y finalmente un 25% manifiesta que no podría ser posible.

En este cuadro se infiere que casi la mitad de abogados manifiesta sus dudas sobre si la maternidad subrogada debería ser considerada como un derecho de reproducción humana. Esta situación refleja en cierta medida que no existe conocimiento sobre esta figura jurídica al haber un vacío legal con respecto a la maternidad subrogada en nuestra legislación.

GRÁFICO N° 1



Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia

Cuadro N° 2

2. ¿Según usted se encuentra de acuerdo con la maternidad tradicional o con la maternidad gestacional?

Alternativas	F	%
Maternidad tradicional	240	68
Maternidad tradicional y maternidad gestacional	39	11
Maternidad gestacional	76	21
Total	355	100

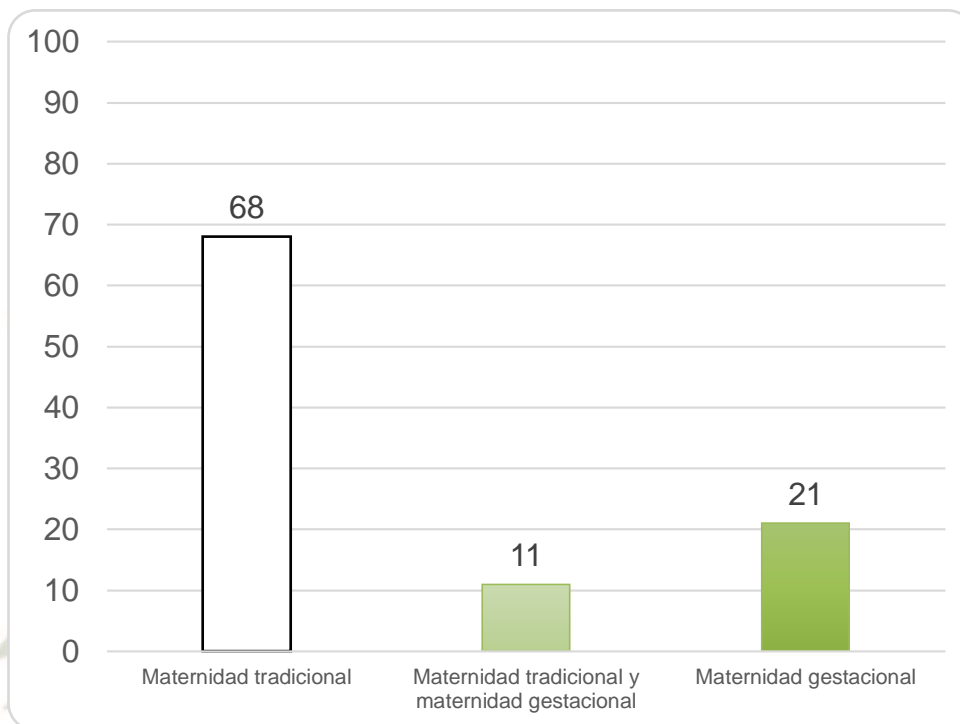
Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Un 68% de abogados se encuentra de acuerdo con la maternidad tradicional; después un 21% expresa su acuerdo con la maternidad gestacional y finalmente un 11% señala que están de acuerdo con la maternidad tradicional y maternidad gestacional.

De este cuadro se deduce que un porcentaje significativo de abogados manifiesta estar de acuerdo con la maternidad tradicional. Esta situación refleja que el porcentaje restante tiene dudas, no tiene conocimiento o está en desacuerdo con la maternidad gestacional.

GRÁFICO N° 2



Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Cuadro N° 3

3. ¿Según usted está de acuerdo o no en la ovodonación en el caso de la maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
Si	89	25
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	140	39
No	126	36
Total	355	100

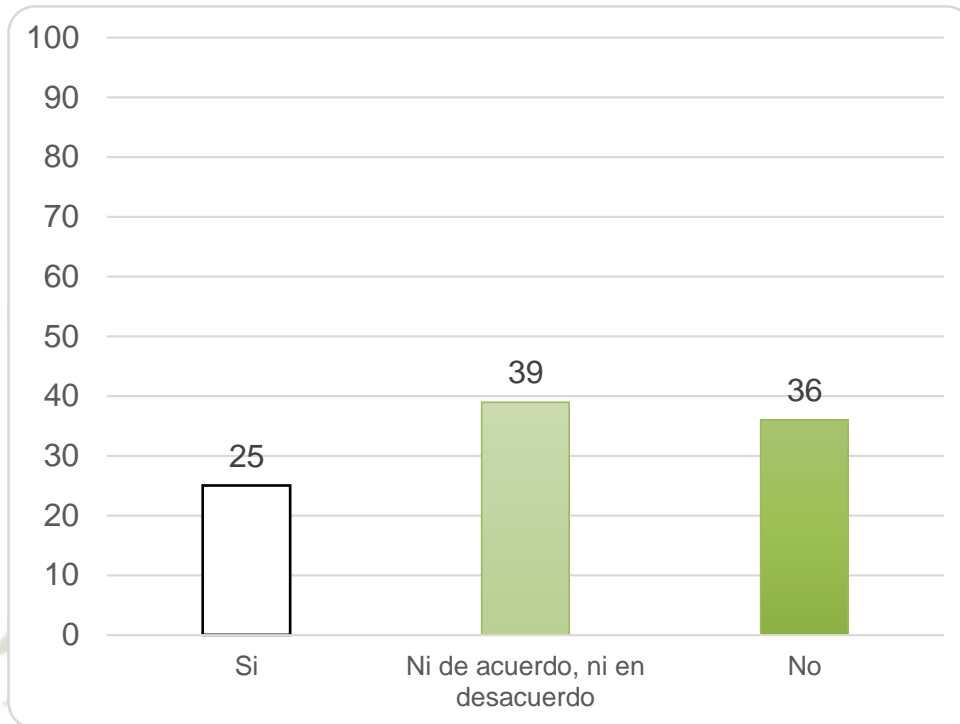
Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Un 36% de abogados expresa que no está de acuerdo con la ovodonación; luego un 39% señala que no está ni de acuerdo ni en desacuerdo y finalmente un 25% manifiesta que si está de acuerdo.

Se infiere de este cuadro que la mayoría de abogados se encuentra en desconocimiento o en duda sobre la ovodonación y por ello no están ni de acuerdo ni en desacuerdo. Esta situación refleja falta de conocimiento o precisión sobre este aspecto alternativo debido a que en nuestro país existe un vacío legal sobre la maternidad subrogada.

GRÁFICO N° 3



Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia

Cuadro N° 4

4. ¿Está de acuerdo o en desacuerdo sobre la embriodonación en el caso de la maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
Si	93	26
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	143	40
No	119	34
Total	355	100

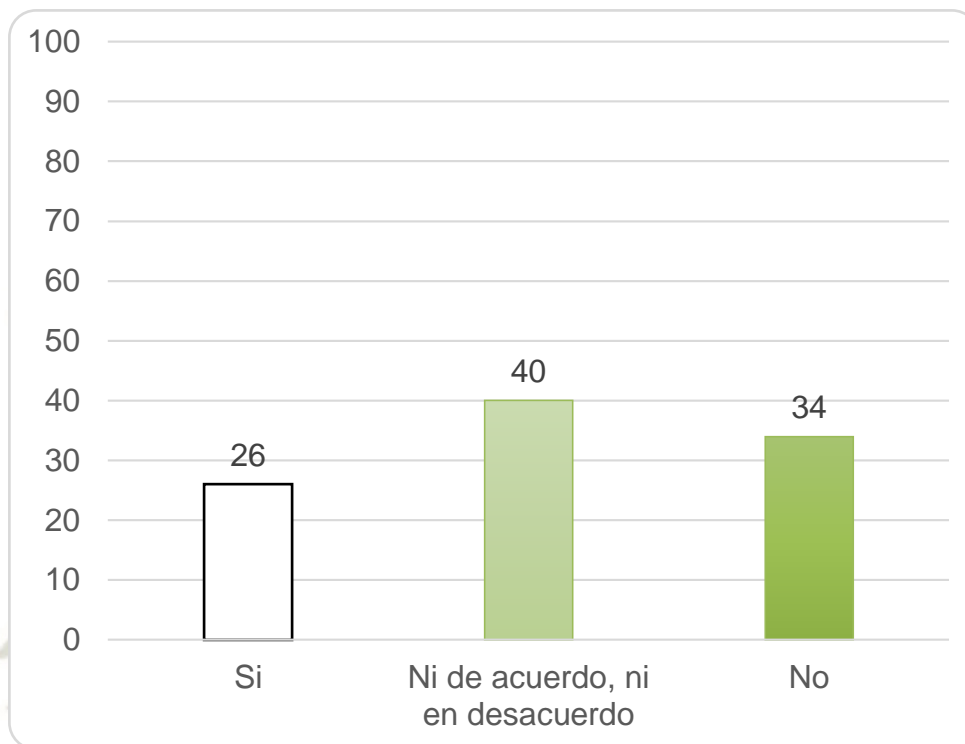
Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Un 40% de abogados expresa que no está ni de acuerdo ni en desacuerdo sobre la embriodonación; después un 34% considera que no está de acuerdo y finalmente un 26% si está de acuerdo.

De este cuadro se deduce que la mayoría de abogados manifiesta sus dudas al no pronunciarse sobre si está de acuerdo o en desacuerdo sobre la embriodonación. Dicha situación refleja escasa información debido a que en nuestro país existe un vacío legal con referencia a la maternidad subrogada.

GRÁFICO N° 4



Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Cuadro N° 5

5. ¿Usted considera válido o no el contrato sobre maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
Si	41	11
En parte	90	26
No	224	63
Total	355	100

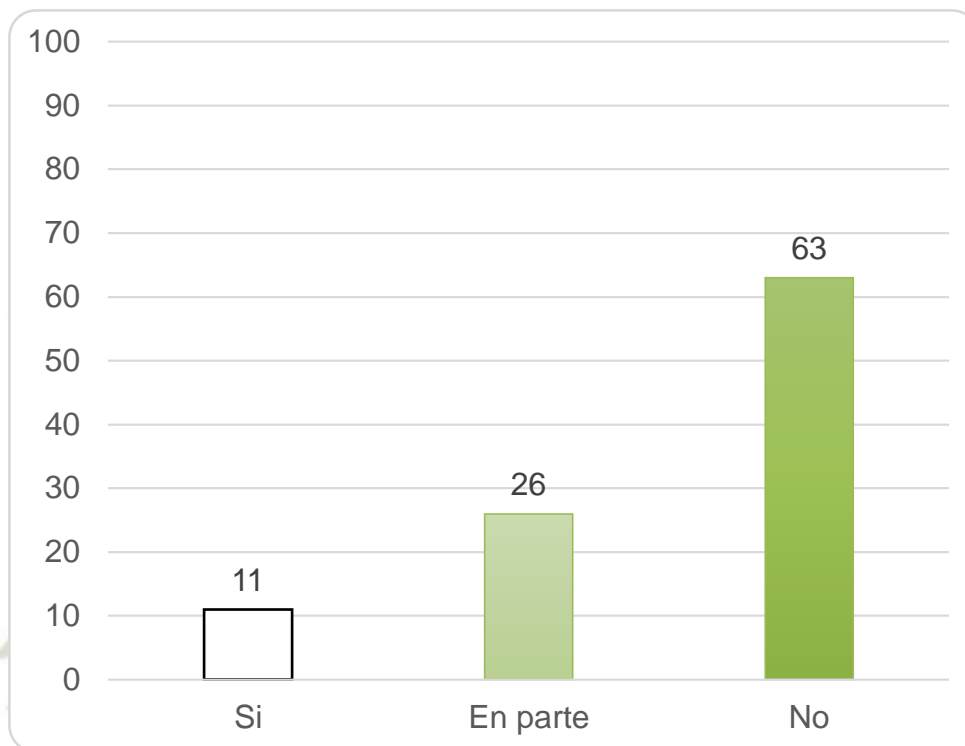
Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Un 63% de abogados expresa que no es válido el contrato de maternidad subrogada; después un 26% manifiesta que es válido el contrato en parte y finalmente un escaso 11% señala que si está de acuerdo.

Se infiere de este cuadro que la gran mayoría de abogados considera que no es válido el contrato de maternidad subrogada manifestando en su mayoría a que es contrario a la ley y a las buenas costumbres. Esta situación implica que es necesaria una norma legal sobre maternidad subrogada.

GRÁFICO N° 5



Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Cuadro N° 6

6. Si tuviera un caso de reproducción humana asistida ¿Cómo determinaría la legalidad de la maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
A favor de la madre que concibe	197	56
Me abstengo de responder	104	29
A favor de la madre que dona los gametos	54	15
Total	355	100

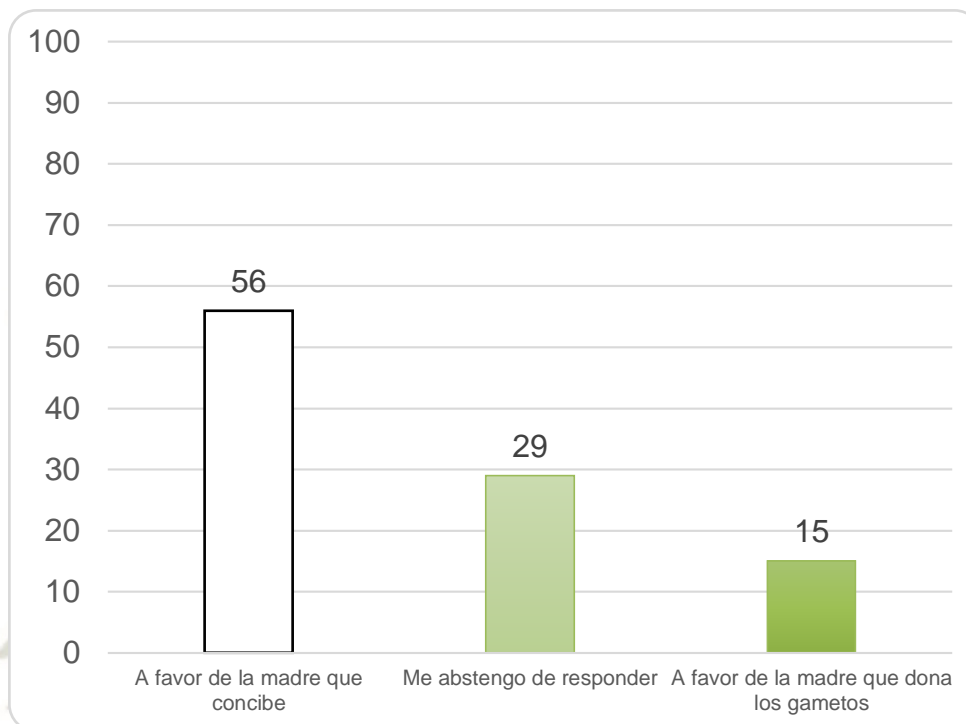
Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Un 56% de abogados afirma que estaría a favor de la madre que concibe; después un 29% expresa que se abstiene de responder y finalmente un escaso 15% señala que estaría a favor de la madre que dona los gametos.

Se deduce de este cuadro que más de la mitad de abogados expresa que la legalidad o mejor derecho se encontraría en la madre que concibe. En cambio otros sostienen que ante el conflicto de derechos tendría que ser resultado en la vía judicial. Esta situación refleja que en nuestro país existe un vacío legal sobre la maternidad subrogada y por lo tanto es necesaria la promulgación de una ley sobre este tema.

GRÁFICO N° 6



Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Cuadro N° 7

7. De acuerdo a usted ¿las mujeres solas como solteras, divorciadas y viudas podrían acceder a la maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
Si	81	23
No	274	77
Total	355	100

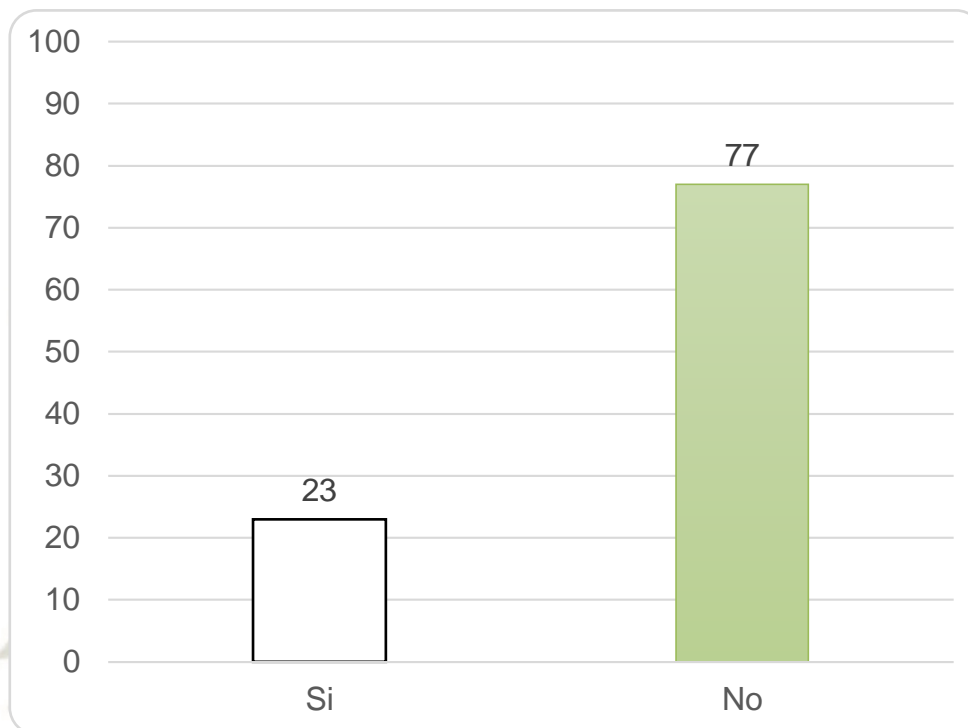
Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Un 77% de abogados expresa que no estaría de acuerdo que las mujeres solas como solteras, divorciadas y viudas puedan acceder a la maternidad subrogada y finalmente un 23% expresa que si está de acuerdo.

De este cuadro se infiere que la mayoría de abogados no estaría de acuerdo que las mujeres solas accedan a la maternidad subrogada por los probables conflictos sociales y jurídicos que se podría presentar. Ante esta situación es urgente que el congreso promulgue una ley referida a la maternidad subrogada.

GRÁFICO N° 7



Fuente: Encuesta
Elaboración: Propia

Cuadro N° 8

8. ¿Según usted es necesario que el Congreso elabore y promulgue una ley sobre maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
Si	334	94
No	21	6
Total	355	100

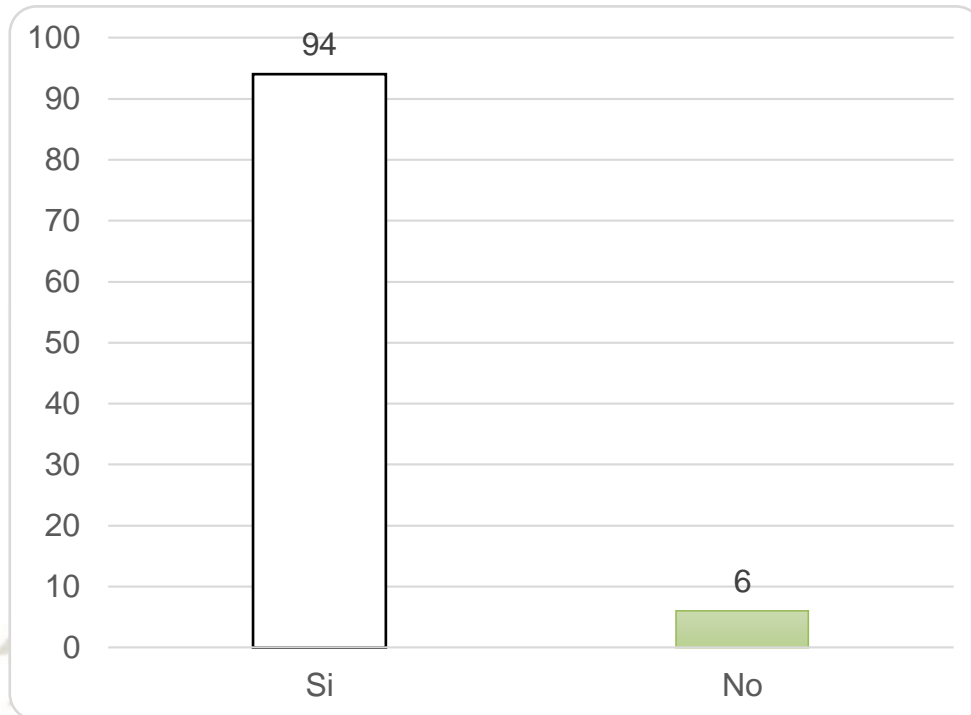
Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Un 94% de abogados manifiesta que el congreso debería elaborar y promulgar una norma legal sobre maternidad subrogada y finalmente un escaso 6% expresa que no debería promulgarse ninguna ley.

A través de este cuadro es posible inferir que la gran mayoría de abogados considera vital que el congreso elabore y promulgue una ley referida a la maternidad subrogada y de esta manera pueda existir seguridad jurídica en esta materia.

GRÁFICO N° 8



Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Cuadro N° 9

9. ¿Según usted cual es la razón para que deba existir una regulación jurídica sobre maternidad subrogada?

Alternativas	F	%
Existencia de vacío legal	224	63
Para que exista mayor seguridad jurídica	67	19
Evitar conflictos jurídicos	43	12
No debería legislarse	21	6
Total	355	100

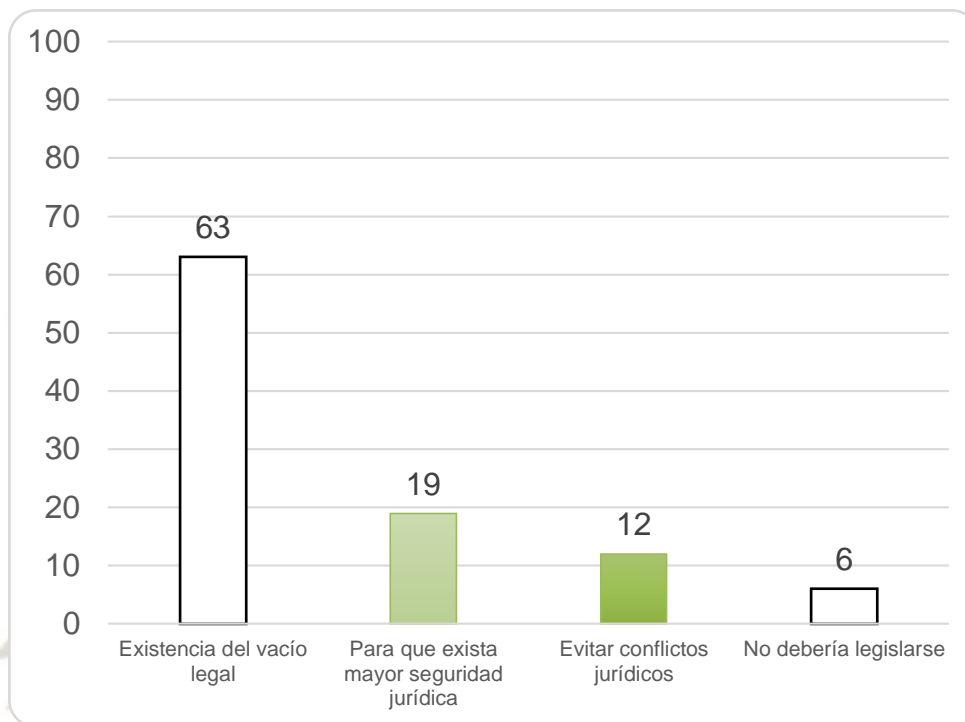
Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

Un 63% de abogados manifiesta que debe existir una regulación legal porque en la actualidad existe un vacío en nuestra legislación; luego un 19% expresa que debería darse una ley para que exista mayor seguridad jurídica; después un 12% expresa que sería para evitar conflictos jurídicos y finalmente un escaso 6% señala que no debería legislarse.

De este cuadro se deduce que la gran mayoría de abogados expresa la necesidad de promulgar una ley debido a que en los actuales momentos se presenta un vacío legal sobre la maternidad subrogada.

GRÁFICO N° 9



Fuente: Encuesta

Elaboración: Propia

CONCLUSIONES

- PRIMERA:** En nuestro país existe un vacío legal sobre la maternidad subrogada y solo el artículo 7 de la Ley General de Salud hace referencia a este tema de manera general y superficial, del mismo modo ni la Constitución Política, ni el Código Civil señalan aspectos referidos a la maternidad subrogada.
- SEGUNDA:** Se aprecia que en el Perú existe un vacío legal sobre la maternidad subrogada que puede generar futuros conflictos sociales y jurídicos en distintas figuras jurídicas como familia, matrimonio, maternidad, filiación y otros. Del mismo modo se presenta la problemática de la atribución de la maternidad de un hijo obtenido a través de la maternidad subrogada.
- TERCERA:** Ante la situación de la existencia de un vacío legal sobre a maternidad subrogada en nuestro país es de vital necesidad la regulación jurídica sobre esta figura jurídica, que nos permita alcanzar seguridad jurídica.
- CUARTA:** De acuerdo a la encuesta aplicada se aprecia que un 63% de abogados expresa que no es válido el contrato de maternidad subrogada. De ello se infiere que la gran mayoría de abogados considera que no es válido el contrato de maternidad subrogada debido a que es contrario a la ley y a las buenas costumbres. Todo ello implica que es vital la existencia futura de una norma legal referida a la maternidad subrogada.
- QUINTA:** Se aprecia que un 63% de abogados manifiesta que debe existir una regulación legal sobre maternidad subrogada porque en la actualidad existe un vacío en nuestra legislación. De ello se deduce que la gran mayoría de abogados expresa la necesidad que se promulgue una ley sobre este tema para que exista seguridad jurídica.

SUGERENCIAS

- PRIMERA:** Es vital que en el Perú se legisle sobre la técnica de reproducción humana asistida debido a que en la actualidad existe un vacío legal, siendo que sobre esta materia deben existir normas claras y precisas. Por ende, se sugiere que exista un registro y control de clínicas y centros de salud dedicados a dichas prácticas con la finalidad de tener un control estricto por parte del Ministerio de Salud.
- SEGUNDA:** Es necesario la prohibición legal de la fecundación post mortem, aun cuando el esposo hubiese dado su consentimiento en vida para la respectiva fecundación después de su fallecimiento.
- TERCERA:** Se debe prohibir la crioconservación de embriones, limitándose a tres el número de embriones factibles de fecundación, todos los cuales deben ser implantados necesariamente en el útero de la madre.
- CUARTA:** Es necesario establecer en el ámbito legal que la inseminación artificial practicada por la esposa sin el consentimiento del esposo debe ser considerada como causal de separación de cuerpos o de divorcio.
- QUINTA:** Resulta necesario que el Estado peruano cuente con una política en salud donde se promueva la adopción de niños huérfanos o abandonados, dando así la posibilidad alternativa para los cónyuges que no pueden tener hijos.

PROPUESTA DE LEY

Dentro del ámbito jurídico se presentan una diversidad de problemas, siendo uno de ellos el referido al vacío legal sobre la maternidad subrogada que existe en nuestro país, lo cual acarrea una diversidad de situaciones jurídicas no reguladas referente a la filiación y a la protección del niño.

Proyecto de ley N° _____

De acuerdo a la Constitución Política del Perú referente a su artículo 107 que entre otros aspectos establece que los ciudadanos tienen el ejercicio de iniciativa conforme a ley.

PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MATERNIDAD SUBROGADA

FUNDAMENTACIÓN

Que en concordancia con la Constitución Política del Perú se dispone que la persona es el fin supremo de la sociedad, con derecho a la vida, a ser sujetos de derecho desde su concepción, ante la igualdad ante la ley sin establecer ningún tipo de discriminaciones, a proteger al matrimonio, a la familia.

Que la Constitución Política en el artículo 1 establece "que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". De este modo se aprecia que nuestra Carta Magna señala los parámetros axiológicos y jurídicos de los dispositivos legales, así como de las actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, del mismo modo se dispone los

principios y al mismo tiempo los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece el principio del interés superior del niño, esto significa que ellos deben tener prioridad sobre las demás personas. Además en dicha Convención se establece el principio de la no discriminación y esto significa que ningún niño o niña puede ser marginado, despreciado, desatendido, desprotegido, maltratado, ignorado u ofendido por tales razones.

Que en concordancia con la ley 26842, Ley General de Salud dispone en el artículo 7 que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona.

Que en la actualidad existe avances científicos y tecnológicos en la sociedad generando consigo una evolución de las personas en lo concerniente a la familia y las formas de concebir niños a través de técnicas de reproducción humana asistida y ante dicha situación y evidencia es necesario que existan cambios en las normas legales.

Que teniendo en cuenta que la infertilidad es una condición médica donde la mujer no puede gestar a pesar de los esfuerzos efectuados y que su aspiración es contar con un hijo.

Que en el Perú existe un vacío legal acerca de las técnicas de reproducción humana asistida referida a las condiciones, requisitos y demás aspectos sobre esta temática. Si no se regula dicha situación jurídica puede generarse distintos perjuicios a las futuras personas que aspiran convertirse en progenitores por medio de las técnicas de reproducción humana asistida, así como a las personas que contribuyan con la paternidad y en todo caso peor aún al propio niño. Ante esta situación es indispensable la normatividad legal sobre esta materia.

ANÁLISIS COSTO –BENEFICIO

A través del presente proyecto de ley se pretende salvaguardar los derechos propios de la filiación y del niño. De esta forma existirá mayor transparencia y seguridad jurídica en las técnicas de reproducción humana asistida.

Este Proyecto de Ley tiene como propósito establecer la normatividad legal sobre la maternidad subrogada, así como de las vinculaciones que de ello se derive.

A través de esta propuesta de ley se busca la regulación jurídica de la maternidad subrogada por medio de la protección de los derechos de las mujeres que realizan la función de gestar. Así también sobre los progenitores intencionales y se orienta a velar por los derechos de los niños teniendo en cuenta el interés superior del niño establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

POR CUANTO:

Que de acuerdo a nuestra Constitución Política señala que la persona es el fin supremo de la Sociedad y el Estado.

Se propone la presente ley:

CAPÍTULO I

FINALIDAD, NOCIÓN Y APLICACIÓN

Artículo 1. El presente dispositivo legal tiene como propósito regular las denominadas técnicas de reproducción humana asistida siendo estas que deban ser acreditadas desde la perspectiva científica y clínica. La presente ley y normas complementarias en ningún caso podrán atentar contra la dignidad de la persona, así como no puede discriminar o vulnerar el derecho a la privacidad de los seres humanos.

Artículo 2. Se denomina embrión al ser humano desde el momento de la fecundación hasta su nacimiento.

Artículo 3. La técnica de reproducción humana asistida es aquella intervención médica que tiene por propósito lograr de modo directo la fecundación de un ovulo por un espermatozoide, fuera del cuerpo de la mujer con el propósito de lograr el nacimiento de un hijo.

Artículo 4. La maternidad subrogada es aquella intervención médica por la cual una mujer gesta un niño para otro con la finalidad de entregárselo después del nacimiento a otra persona, de modo altruista y desinteresado.

Artículo 5. La madre gestante es aquella que alberga en su vientre al concebido. Mientras que la madre genética es la mujer que entrega el material genético a su hijo.

Artículo 6. La maternidad subrogada se efectuará a las mujeres que de modo comprobado se aprecie clínicamente que no pueden gestar y/o ovular. La intervención médica se efectuará con el aporte genético tanto masculino y femenino de los progenitores empleando la técnica de la fecundación in vitro para la concepción, siendo que el embrión producto será implantado en el vientre de la persona que gestará y que posteriormente está obligada a entregar al niño una vez que nazca a los progenitores genéticos.

CAPÍTULO II

RESTRICCIONES

Artículo 7. Se establece la prohibición de conductas o acciones que atenten contra la ética y con el derecho como son el comercio de embriones vivos, criopreservación, destrucción de embriones y la experimentación sobre embriones.

Artículo 8. Se encuentran prohibidos la inseminación post-mortem en caso que un niño nazca sin padre, aun cuando el esposo hubiera dado el consentimiento en vida para la inseminación después de su fallecimiento.

Artículo 9. Se prohíbe el pago en dinero, en especie u otra modalidad para contratar una madre sustituta. Se encuentra prohibido cualquier pago por utilizar el cuerpo de una mujer o de gametos con fines comerciales.

Artículo 10. Los contratos sobre retribución o pago de precio en lo referente a la maternidad subrogada serán nulos de pleno derecho por ser contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

CAPÍTULO III

ROL DEL ESTADO

Artículo 11. El Estado se encarga a través del Ministerio de Salud y otras instituciones vinculadas a la salud sobre el acceso libre, informado igualitario y seguro sobre la técnica de reproducción humana asistida, cuando se requiera desde el punto de vista médico.

Artículo 12. Las personas pueden recurrir de manera libre a técnicas de reproducción asistida en caso que una mujer o un varón presenten problemas de infertilidad y que desde el punto de vista médico sea aconsejable el empleo con el propósito de procrear.

Artículo 13. La filiación de los hijos nacidos como resultado de la maternidad subrogada siempre será determinada a través del parto.

Artículo 14. Los progenitores intencionales cuentan con el derecho a que se reconozcan de modo legal sus vinculaciones paterno-filiales con el niño recién nacido, siendo necesario que recurran al juez competente en vía de adopción.

CAPÍTULO IV

CREACIÓN DE BANCOS DE MATERIAL GENÉTICO Y CENTRO DE SALUD AUTORIZADOS

Artículo 15. Es factible la creación de bancos de material genético humano en donación y que serán formales bajo autorización del Ministerio de Salud. Para ello se efectuará exámenes médicos a las personas para acreditar su adecuada salud. También es necesario contar con mayoría de edad y gozar de pleno ejercicio de capacidad.

Artículo 16. El médico de un determinado centro de salud autorizado por el Ministerio de Salud previamente informará a los donantes así como a los receptores sobre los aspectos fundamentales de la reproducción humana asistida en cuanto a finalidad, métodos, ventajas y desventajas entre otros.

Artículo 17. Es obligatorio que la reproducción humana asistida solo se efectúe en Centros de Salud públicos o privados creados para tal propósito y con la autorización del Ministerio de Salud. Dicha autorización solo se otorgará a centros médicos que cuenten con médicos especialistas en reproducción humana asistida y que tengan materiales quirúrgicos adecuados y que empleen procedimientos que no sean contrarios a la ley, ni al orden público.

Artículo 18. El Ministerio de Salud fiscalizará el cumplimiento de las normas establecidas en la presente ley. Además se encarga de la autorización de Centros de Salud así como de su revocación en caso de cualquier infracción. Y también dicho Ministerio apreciará las condiciones del equipo multidisciplinario de salud y controlará el equipamiento, medios y demás aspectos requeridos para la reproducción humana asistida.

Artículo 19. Los centros médicos de salud debidamente autorizados en que se realicen las técnicas de reproducción humana asistida tienen la obligación de guardar la historia clínica de cada caso, dicho resguardo mantendrá el secreto de la esterilidad de los pacientes así como la individualización y demás aspectos del hijo nacido.

Artículo 20. Se encuentra prohibido que por algún medio de comunicación se pueda individualizar, señalar o sugerir a una persona o varias como concebidos a través de la técnica de reproducción humana asistida, sin la debida autorización previa y escrita de manera notarial.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 21. Se establece la vulneración de las normas del presente dispositivo legal así como la violación por parte de los prestadores en cuanto a las condiciones establecidas en los consentimientos informados.

Artículo 22. Las infracciones referentes a la reproducción humana asistida serán sancionadas en la vía administrativa, sin el perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro tipo que puedan concurrir.

Artículo 23. Las infracciones referidas a la reproducción humana asistida serán responsabilidad del autor o autores, ya sean personas particulares o profesionales de la

medicina y responderán de modo solidario sobre las infracciones y de las sanciones que se impongan.

Artículo 24. La presente ley entrara en vigencia a los 15 días de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La presente propuesta legislativa busca dotar a la normatividad legal de un instrumento eficiente y eficaz para la regulación de los contratos de maternidad subrogada.

DISPOSICIÓN FINAL

Deróguese todos las ampliatorias y demás disposiciones en cuanto se oponga a la presente ley.

En Lima a losdías del mes de del dos mil diecisiete.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

1. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2014). *Derecho Genético*. Lima. Editorial Grijley. Pág. 69.
2. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2014). *Derecho Genético*. Lima. Editorial Grijley. Pág. 73.
3. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2014). *Derecho Genético*. Lima. Editorial Grijley. Pág. 81.
4. SOSA, Eduardo (2001). *Fundamentos de la Reproducción Humana Asistida*. Buenos Aires. Editorial Universitaria. Pág. 91.
5. CASTILLO, José (2008). *Derecho penal: parte especial I*. Lima. Editorial Grijley. Pág. 942.
6. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2014). *Derecho Genético*. Lima. Editorial Grijley. Pág. 94
7. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD (2012). *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. Madrid. Editorial Sociedad Española de Infertilidad. Pág. 18.
8. JAUSORO, Ana (2000). *Reproducción Humana Asistida: Descripción de las opciones terapéuticas disponibles*, Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, Departamento de Sanidad, Informe No. Osteba E-00-05, Pág. 5.
9. MORO ALMARAZ, Rocío (1998). *Aspectos jurídicos de la Inseminación Artificial*. Barcelona. Editorial Librería Bosch. Pág. 82
10. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD. (2011) *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. Madrid. MSH. Impresores. Pág. 34.
11. JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael (2010). *Normas Básicas de Bioderecho*. Editorial DYKINSOWSI. Pág. 134.
12. MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana (1663). *Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?* Editorial Lancaster. Tomo 182-1663. Pág. 96
13. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana (1995). *Procreación Humana artificial: Un desafío bioético*. Buenos Aires. Editorial De Palma. Pág. 108.
14. MORO ALMARAZ, Rocío (1988). *Aspectos Jurídicos de la Inseminación artificial*. Barcelona. Editorial Librería Bosch. Pág. 96.

15. PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA (2001). *Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia*. Facultad de Ciencias Jurídicas en Colombia. Pág. 6.
16. RAMBAUR, Raymond; CORDON BONET, Baldomero (1953). *El drama humano de la inseminación artificial*. México. Impresiones modernas. Pág. 107.
17. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD (2011). *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. Madrid. MSH. Impresores. Pág. 35.
18. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD (2011). *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. Madrid. MSH. Impresores. Pág. 43.
19. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Madrid. Editorial Dykinson. Pág. 20.
20. PERALTA ANDIA, Rolando (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil 2004*. Lima. Editorial Jurídica. Pág. 372.
21. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004). *Derecho de Personas*. Lima. Gaceta Jurídica. Pág. 121.
22. CASTILLO FREYRE, Mario (2007). *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Lima. Editorial Palestra. Pág. 17.
23. RUBIO CORREA, Marcial (1996). *Las Reglas de Amor en Probetas de Laboratorio*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 124.
24. VERA RAMÍREZ, Eduardo (1994). *El contrato de maternidad subrogada: argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica*. Puerto Rico. Revista Jurídica. U.P.R. Pág. 513.
25. VERA RAMÍREZ, Eduardo (1994). *El contrato de maternidad subrogada: argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica*. Puerto Rico. Revista Jurídica. U.P.R. Pág. 515.

26. LLEGO YAGUE, Francisco (1987). *La genética actual y el derecho de familia*. Revista Tapia. Madrid. Editorial Tecnos. Pág. 47

27. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires, Editorial Astrea. Pág. 91

28. LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. (2009) *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires. Editorial Universidad. Pág. 143.

29. LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. (2009) *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires. Editorial Universidad. Pág. 141.

30. ZERMATTEN, Jean (2003). *El interés superior del niño: del análisis al alcance filosófico*. Madrid. Informe de Trabajo del Institut International des droits de l'enfant. Pág. 93

31. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2005). *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones*. San José, Costa Rica. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pág. 69.

32. MORÁN, Claudia, GONZALES, Maricela (2013). *Los acuerdos de maternidad subrogada. A propósito del primer caso sobre el tema resuelto por la corte suprema*. Madrid. En Revista Jurídica Thomson Reuters. N° 7. Pág. 62

33. BELOFF, Mary (1999). *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar, Justicia y Derechos del Niño*, Número 1, Santiago UNICEF y Ministerio de Justicia, Pág. 17.

34. CILLERO BRUÑOL, Miguel (2001). *El interés superior del niño en el marco de la situación Internacional sobre los derechos del niño*. Costa Rica. En Derechos de la Niñez y la Adolescencia Antología. CONAMAJ, Escuela Judicial, UNICEF. Pág. 45 y 46.

35. CILLERO BRUÑOL, Miguel (2001). *El interés superior del niño en el marco de la situación Internacional sobre los derechos del niño*. Costa Rica. En *Derechos de la Niñez y la Adolescencia Antología*. CONAMAJ, Escuela Judicial, UNICEF. Pág. 54.
36. PROYECTO DE LEY N° 00685, presentado el 13 de Setiembre del 2001, por el congresista Iván Calderón Castillo.
37. AVARRO, Hermes (2001). *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro*. San José de Costa Rica. Ediciones Promesa. Pág. 169.
38. MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo (2005). *El arrendamiento de vientre en Colombia*. Medellín. Editorial Universidad de Medellín. Pág. 202.
39. Repubblica Italiana. Legge 19 febbraio 2004). *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* [Norms concerning medically- assisted reproduction]. In: *Gazeta Ufficiale della Repubblica Italiana. Serie generale*. Pág. 12

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

1. BELOFF, Mary. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar, Justicia y Derechos del Niño. Número 1, UNICEF y Ministerio de Justicia. Santiago. 1999.
2. CARCABA FERNÁNDEZ, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. Editorial José María Bosch. Barcelona. 1995
3. CASTILLO FREYRE, Mario. Por qué no se debe reformar el Código Civil. Editorial Palestra. Lima. 2007
4. CASTILLO, José. Derecho penal: parte especial I. Editorial Grijley. Lima. 2008
5. CHIAPERO Silvana María. La Maternidad Subrogada. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2012
6. CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la situación Internacional sobre los derechos del niño. En Derechos de la Niñez y la Adolescencia Antología. CONAMAJ, Escuela Judicial, UNICEF. Costa Rica. 2001
7. DÁVALOS, Luis Kushner. La fertilización in vitro: beneficios, riesgos y futuro. Revista Científica en Medicina. Madrid. 2010
8. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Gaceta Jurídica. Lima. 2004
9. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la identidad personal. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992

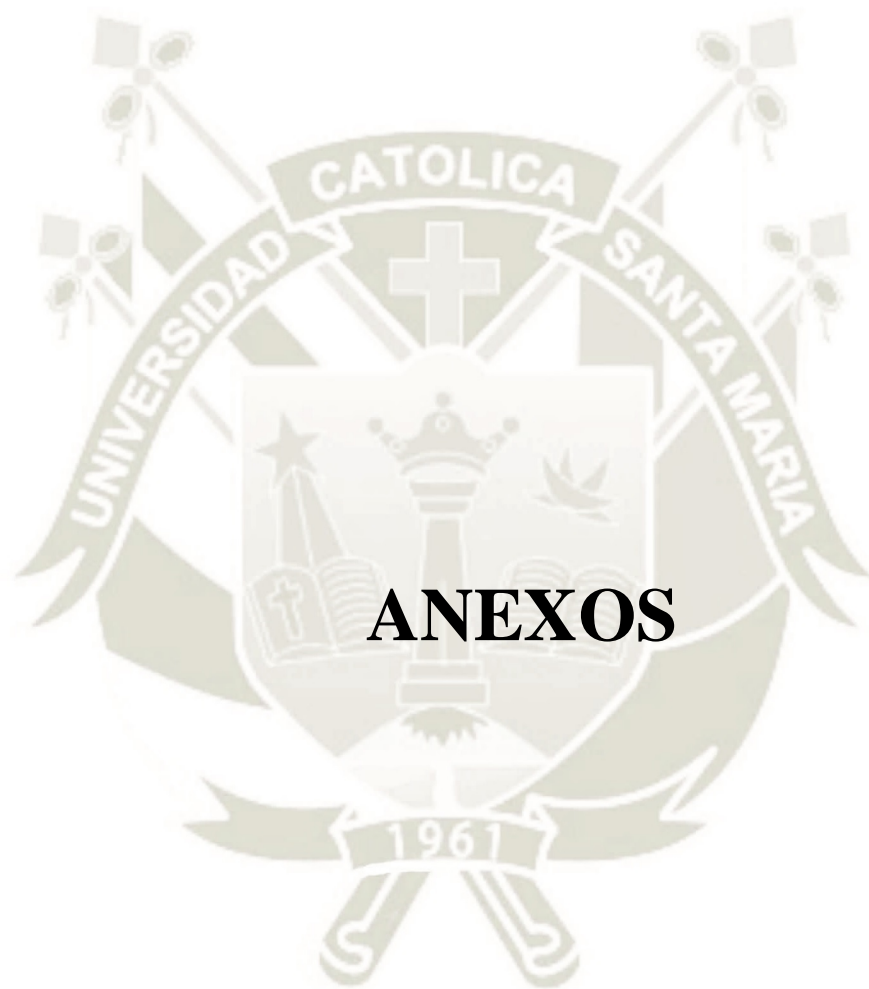
10. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 2005
11. GARCÍA RUBIO, Mari Paz. La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español. Revista Tapia. N 36. Madrid. 1987
12. JAUSORO, Ana. Reproducción Humana Asistida: Descripción de las opciones terapéuticas disponibles, Vitoria-Gasteiz, Departamento de Sanidad, Informe No. Osteba E-00-05, Gobierno Vasco. 2000
13. LLEGO YAGUE, Francisco. La genética actual y el derecho de familia. Revista Tapia. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.
14. LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2009.
15. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana. Procreación Humana artificial: Un desafío bioético. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1995
16. MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. El arrendamiento de vientre en Colombia. Editorial Universidad de Medellín. Medellín. 2005.
17. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español. Editorial Dykinson. Madrid. 1994.
18. MORÁN, Claudia, GONZALES, Maricela. Los acuerdos de maternidad subrogada. A propósito del primer caso sobre el tema resuelto por la corte suprema. En Revista Jurídica Thomson Reuters. N° 7. Febrero. Madrid. 2013
19. MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro. Editorial Librería Bosch. Barcelona. 1988.
20. NAVARRO, Hermes. El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro. Ediciones Promesa. San José de Costa Rica. 2001

21. PERALTA ANDIA, Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil 2004. Editorial Jurídica. Lima. 2002
22. PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia. Facultad de Ciencias Jurídicas en Colombia. Colombia. 2001
23. PROYECTO DE LEY N° 00685. (13 de Setiembre del 2001) presentado por el congresista Iván Calderón Castillo.
24. RAMBAUR, Raymond; CORDON BONET, Baldomero. El drama humano de la inseminación artificial. Impresiones modernas. México. 1953
25. RUBIO CORREA, Marcial. Las Reglas de Amor en Probetas de Laboratorio. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1996
26. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD. Saber más sobre fertilidad reproducción asistida. MSH. Impresores. Madrid. 2011.
27. SOSA, Eduardo. (2001) Fundamentos de la Reproducción Humana Asistida. Editorial Universitaria. Buenos Aires.
28. TARASCO Michel, Martha y BACH, Javier Marco. Reproducción Asistida. Ediciones Internacionales Universitaria. Buenos Aires. 2002
29. VARSIROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético. Editorial Grijley. Lima. 2014
30. VERA RAMÍREZ, Eduardo. El contrato de maternidad subrogada: argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica. Revista Jurídica. U.P.R. Puerto Rico. 1994
31. ZERMATTEN, Jean. El interés superior del niño: del análisis al alcance filosófico. Informe de Trabajo del Institut International des droits de l'enfant. Madrid. 2003

INFORMATOGRAFÍA

1. MENDOZA Héctor. El derecho frente a los nuevos paradigmas biotecnológicos. 2008. http://bioderecho.org.mx/wp/page_id=243
2. SANTAMARÍA SOLÍS, Luis. cuadernos de bioética. 2000. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>,





ANEXOS

ANEXO N° 1

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

PREÁMBULO

Dentro del ámbito jurídico se presentan una diversidad de problemas, siendo uno de ellos el referido al vacío legal sobre la maternidad subrogada que existe en nuestro país.

Se observa que en el Perú no existe una legislación sobre la maternidad subrogada y que sólo se cuenta con la Ley General de Salud que se refiere a esta situación de manera superficial.

En la actualidad se aprecia que en la práctica sobre la maternidad subrogada existe una insuficiente información a los usuarios por parte de los profesionales de salud que las realizan. Esta información es muy importante y necesaria para que las parejas que recurran a las técnicas de reproducción humana asistida y, de modo concreto, sobre la maternidad subrogada, se enteren que se están comprometiendo en una decisión seria y con serias implicancias sociales y jurídicas.

Debido a la práctica de la maternidad subrogada se puede presentar conflictos donde se ven inmersos los derechos del niño, teniendo como principales aspectos la filiación, el derecho de identidad, el interés superior del niño, entre otros aspectos.

Ante esta situación es necesario cubrir el vacío legal que existe sobre la maternidad subrogada de nuestro país con la finalidad de evitar futuros problemas de conflictos sociales y jurídicos.

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA
DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL PERUANO,
AREQUIPA 2017.

1.2. Descripción del problema

En la actualidad se está generando avances y descubrimientos científicos y tecnológicos en el campo de la biotecnología, que posibilitan entre otros aspectos, el empleo de técnicas de reproducción humana asistida con la finalidad de solucionar en alguna medida la infertilidad y esterilidad.

Se aprecia que en nuestro país existen diferentes centros de salud privados que vienen realizando la reproducción humana asistida a diversas personas que tienen la aspiración de ser padres y que no pueden efectuarlo por la vía natural debido a problemas de esterilidad o infertilidad.

En el Perú se observa la ausencia de una legislación sobre la maternidad subrogada y que sólo existe la Ley General de Salud que se refiere a esta situación de manera general y superficial.

Se observa que el Código Civil no establece con claridad aspectos legales sobre la maternidad subrogada. Se aprecia que la Ley General de Salud en el artículo 7 establece que las personas pueden recurrir al tratamiento de infertilidad y al uso de técnicas de reproducción asistida cuando la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona y se requiere consentimiento escrito de los padres biológicos.

Ante esta situación es vital cubrir el vacío legal que existe sobre la maternidad subrogada en nuestro país con la finalidad de evitar futuros conflictos sociales y jurídicos en diferentes figuras del derecho, llámese la familia, matrimonio, maternidad, filiación y otros. Es así como también se presenta la problemática de la atribución de la maternidad de un hijo obtenida a través de la maternidad subrogada

La presente investigación se realiza por el interés de contribuir en alguna medida a profundizar sobre la maternidad subrogada así como proponer una ley sobre esta materia con la finalidad de que exista una regulación jurídica clara y precisa y por ende exista seguridad jurídica.

1.2.1. Área del conocimiento

El problema de investigación se encuentra ubicado en:

- a) **Campo** : Derecho
- b) **Área** : Derecho Público
- c) **Línea** : Derecho Civil

1.2.2. Análisis de las variables

VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES
Independiente Análisis Jurídico de la maternidad subrogada	• Maternidad	▪ Maternidad gestacional
	• Tipo de maternidad subrogada	▪ Ovodonación • Embriodonación
Dependiente Dentro de nuestro ordenamiento legal Peruano	• Legalidad del contrato de maternidad subrogada	▪ Contrato de maternidad subrogada
	• Legalidad de la maternidad subrogada	• Determinación de la legalidad de la maternidad subrogada

1.2.3. Interrogantes básicas

- a) ¿En la actualidad existe un vacío legal sobre la maternidad subrogada?
- b) ¿Cuáles son las razones de la regulación jurídica de la maternidad subrogada?

- c) ¿Por qué ante el vacío legal sobre la maternidad subrogada se hace necesario su regulación jurídica?

1.2.4. Tipo y nivel de Investigación

La investigación será:

Tipo de Investigación: De campo

Nivel de Investigación: Explicativo

1.3. Justificación

El presente trabajo tiene relevancia humana, debido a que involucra a un sector de la sociedad como son las personas que consienten la maternidad subrogada, que genera implicancias jurídicas, es vital distinguir los intereses fundamentales de las personas que intervienen en ella como son el interés de la mujer de ser madre y del varón de ser progenitor. Si participa un tercero ajeno a la pareja, como en el caso de la maternidad subrogada, existirá un nuevo interés en juego que podría ser concordante con lo planteado por la pareja o por lo contrario puede existir oposición.

Cuenta con validez metodológica porque se recorre un camino con el propósito de ordenar la información y los datos sobre la maternidad subrogada y sus implicancias jurídicas en nuestro país.

La presente investigación es pertinente porque la maternidad subrogada implica aspectos referidos a la maternidad biológica y al vientre de alquiler así como a la filiación entre otros aspectos.

Este trabajo es un tema de actualidad ya que se viene produciendo el alquiler del vientre a través de un beneficio económico y no como un acto altruista. Por lo tanto es necesario profundizar sobre esta temática para apreciar esta realidad jurídica.

Es trascendente este trabajo debido a que no existe una legislación sobre la temática de la maternidad subrogada y esto puede generar problemas sociales y jurídicos. Ante ello es necesario conocer y analizar una realidad que viene ocurriendo en la actualidad, siendo necesaria su profundización en el ámbito jurídico.

Es de utilidad este trabajo porque se planteará una propuesta de ley ante el vacío legal sobre la maternidad subrogada y de esta manera se podrá contar con seguridad jurídica.

Con esta investigación esperamos contribuir en alguna medida en todo lo relativo a la maternidad subrogada desde la perspectiva jurídica y servirá de base para futuras investigaciones de mayor envergadura.

2. MARCO CONCEPTUAL.

Los conceptos básicos que han de emplearse en la investigación a efectuar son los siguientes:

2.1. REPRODUCCIÓN HUMANA

La reproducción es el proceso biológico que permite la formación de nuevos seres, para que tal función se cumpla es necesario la unión de la pareja para aportar las células sexuales denominadas gametos sexuales, tanto masculino como femenino.

La reproducción es un derecho inalienable de la pareja. Las consecuencias finales del ejercicio de ese derecho y la responsabilidad del bienestar del niño nacido de esa unión son de la exclusiva incumbencia de la pareja. La sociedad tiene medios legales para obligar a los padres a cumplir con esa responsabilidad.

Según Varsi Rospigliosi, E. (2014), “El derecho de procreación no es un derecho absoluto sino relativo. Es decir, la capacidad de procrear de la persona no es ilimitada sino que debe ser realizada dentro de ciertos parámetros esenciales. Uno de ellos es la

*defensa, respeto y consideración que se debe tener con la vida a generarse”.*²

2.2. TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

*Al respecto Varsi Rospigliosi, E. expresa que: “Son métodos de colaboración que permiten a las personas infértiles la posibilidad de tener descendencia. Estas técnicas, que son el producto del avance de la ciencia, son de dos clases. La inseminación artificial y la fecundación extrauterina”.*³

Las Técnicas de Reproducción Asistida son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia.

2.3. MATERNIDAD SUBROGADA

En el Derecho Romano existe la máxima: “Mater semper certa est”, estableciendo de esta manera, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, ha sido conmovida cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo de parto.

*En su acepción común, subrogar es sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. La maternidad subrogada, delegada, sustituta o por encargo consiste en el hecho de que una mujer dé a luz y no asuma los efectos jurídicos propios de la maternidad porque aquella los ha delegado a otra mujer.*⁴

² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2014) *Derecho Genético*. Lima. Editorial Grijley. Pág. 253.

³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2014) *Derecho Genético*. Lima. Editorial Grijley. Pág. 32.

⁴ NAVARRO RAMÍREZ, Gisela. (1994) *La maternidad sustituta, delegada por encargo*. Medellín. Tesis presentada en la Universidad Pontificia Bolivariana. Pág. 22.

La maternidad subrogada es un procedimiento médico por medio del cual, “se anida el embrión en el vientre de una mujer distinta a la que quiere la maternidad, esto es, la que presta su vientre para llevar al hijo de otra”.⁵ De ello podemos afirmar que maternidad subrogada es la sustitución del estado o la calidad de madre, dándosele, en el Perú, a madre la connotación de mujer de quien procede el óvulo o mujer gestante.

Peralta Andía, R. expresa que “la maternidad subrogada como el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto. Ello implica una serie de deberes y derechos que debieran reglamentarse”⁶.

La maternidad subrogada se presenta cuando una mujer acepta gestar al niño, sin embargo no es la madre legal debido a que será otra mujer la que tenga dicho reconocimiento.

Mosquera Vásquez, C. afirma “se presenta cuando la mujer acepta ser inseminada artificialmente con el espermatozoides del marido de la mujer estéril, y entrega el niño al nacer éste; por tanto es madre biológica, gestadora y generadora”⁷.

La maternidad sustituta se presenta cuando a la mujer se le insemina de modo artificial con el espermatozoides del marido de la mujer estéril.

“El acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual

⁵ SANZ ÁLVAREZ, Jaime. (2002) *Fecundación asistida ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Bogotá. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Pág. 141

⁶ PERALTA ANDIA, Rolando. (2002) *Derecho de Familia en el Código Civil 2004*. Lima. Editorial Jurídica. Pág. 372

⁷ MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. (1997) *Derecho y Genoma Humano*. Lima. Editorial San Marcos. Pág. 47.

*debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que fungirá como madre de éste”.*⁸

La Maternidad de sustitución, es una técnica por la cual la madre que gesta el niño lo hace por cuenta de otra mujer que espera asumir la maternidad; la madre gestante puede ser también biológica (si es suyo el óvulo fecundado) o no (si el óvulo proviene de la madre sustituta o de una tercera “donante”).

La maternidad subrogada se encuentra prohibida en la mayoría de los países y cuenta con el problema esencial de la filiación, ya que se presenta una disociación entre maternidad genética, maternidad biológica y maternidad legal

2.4. CLASES DE MATERNIDAD

- i. Maternidad genética. Es la de quien se convierte en donante de óvulos.
- ii. Maternidad gestativa. Cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado; y,
- iii. Maternidad legal. La de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que exista entre ellos vinculo biológico”.⁹

2.5. PATERNIDAD Y REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La paternidad consiste en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre. Es un hecho biológico en el cual, el padre es el hombre que con su acción viril embarazó a la madre.

⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina. (mayo-agosto de 2005) *Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato*. México. Revista de derecho Privado. Nueva Época, año IV, N° 11. Pág. 109.

⁹ MORAN DE VICENZI, Claudia. (2005) *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Universidad de Piura. Piura. Editorial Ara Editores, Colección jurídica. Pág. 191.

Igualmente se señaló que el hijo nacido dentro del matrimonio se presume del marido

De manera general consideramos que desde la perspectiva jurídica, el medio utilizado para lograr la concepción del hijo es irrelevante, y lo que se debe tener en cuenta es que sí en esa concepción intervinieron exclusivamente los componentes genéticos del padre y la madre, y si el nacimiento acaece dentro o por fuera del matrimonio de éstos.

En el caso de las técnicas de reproducción asistida, si los gametos pertenecen a ambos miembros de la pareja, no habrá discrepancias entre los padres biológicos y los jurídicos. Se presenta mayor complejidad cuando la nueva vida se forma con asistencia de donante de esperma. En este caso no existe la identidad que se observa en el primer caso. La paternidad es simplemente formal por lo que el vínculo asumido, de lege lata, es susceptible de impugnación.

2.6. CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

Sobre el contrato de maternidad subrogada se aprecia que existen dos corrientes una que la defiende y otra que es opuesta

Los juristas que defienden la maternidad subrogada señalan que ésta sería lícita y que si se podría aceptar en nuestro ordenamiento jurídico ya que allí si se estaría cumpliendo con una finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar a ese bebe, no convirtiendo.

Por el contrario otros juristas no se encuentran de acuerdo, porque no sería materia que pudiera regularse mediante un contrato de prestación de servicios. Además, el arrendamiento de útero se escaparía de la reproducción asistida en sí misma, ya que se involucra una tercera persona, e incluso una cuarta (cuando se trata de reproducción heteróloga). Se trataría de otro tema, y que aunque pueda ir juntos, más bien su eventual

regulación debiera ser objeto de otra ley, y no incorporarla como un capítulo en la Ley de Reproducción Asistida.

Lledo Yague, F.,¹⁰ y un sector de la doctrina hispana¹¹ considera que estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público, el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.

2.7. FILIACIÓN

Al respecto Cornejo Chávez, H. expresa: “(...) Es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos. Desde este punto de vista, que es el que particularmente nos interesa, la relación parental la que se denomina más propiamente paterno filial, pues si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se llama paternidad o maternidad (...)”.¹²

“El fundamento de toda filiación es el vínculo de sangre existente entre el padre y el hijo, proveniente de las relaciones sexuales, lícitas o ilícitas, de los padres. Hace excepción a esta regla la llamada filiación adoptiva.”¹³

En suma la filiación implica una vinculación de descendencia existente entre dos personas, entre las cuales existe un vínculo biológico, social, afectivo y cultural. Esta inicial realidad biológica, no obstante, es -a

¹⁰ LLEGO YAGUE. Francisco. (1987) *La genética actual y el derecho de familia*. Revista Tapia. Madrid. Editorial Tecnos. Pág. 47

¹¹ GARCÍA RUBIO, Mari Paz. (1987) *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida*. Consideraciones respecto del derecho civil español. Madrid. Revista Tapia. N 36. Pág. 68

¹² CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. (1985) *Derecho familiar peruano*. Tomo I. Lima. Editorial Cultural Cusco. Pág. 357.

¹³ RAMOS, René. (2002) *Derecho de Familia*. Tomo II. México. Editorial Trillas. Pág. 389

posteriori- abordada y regulada por el ordenamiento jurídico, debido a la trascendencia para la organización de la familia, la sociedad y el Estado.

2.8. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

“El derecho a la identidad consiste en que todo niño tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”¹⁴

“El Estado tiene la obligación, cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, de prestar la asistencia y protección apropiada para permitir restablecer rápidamente reconocer a su hijo o hija en el momento de su nacimiento.”¹⁵

En suma la identidad es lo que hace a alguien tener una referencia como ser pleno frente a los otros que forman la sociedad. No existe posibilidad humana de cambiar, suplantar o suprimir la identidad sin provocar un menoscabo en la personalidad de este nuevo ser.

2.9. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño tiene como principio inspirador el “Interés Superior del Niño” y es el principio sobre el que se articula el régimen de protección a favor de la infancia. En consecuencia, el fundamento de la doctrina del Interés Superior del Niño es la protección especial.

La Convención ha elevado el interés Superior del Niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas.

¹⁴ MERINO MARTÍNEZ, Catalina. (2001) *El derecho a conocer el propio origen biológico*. México. Editorial Cultura. Pág. 46

¹⁵ SANTOS CIFUENTES, Carlos. (2002) *El derecho a la identidad y la influencia en Argentina*. Buenos Aires. Editorial Universitaria. Pág. 115.

El contenido del principio del Interés Superior del Niño son los propios derechos e intereses. Una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños, no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del Interés Superior del Niño.

En el esquema paternalista / autoritario, el juez, el legislador o la autoridad administrativa realizaba el Interés Superior del Niño como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los niños y adolescentes.

Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el Interés Superior del Niño deja de ser un objetivo social deseable- realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

El reconocimiento jurídico del Interés Superior del Niño permite que éste actúe como principio que facilite resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva.

Esta afirmación puede interpretarse que ante un caso determinado, en donde los menores de edad sean sujetos activos o pasivos de una relación jurídica, deberá aplicarse la Convención sobre los Derechos del niño sobre cualquier otra norma y en caso de contradicción primaria la Convención en lo que le sea más favorable al niño.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Se efectuó la búsqueda en la biblioteca de la Universidad Católica de Santa María encontrándose la tesis: LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ: ¿PROBLEMA O SOLUCIÓN?, presentada por, Carlos Jorge Manuel Villamarin Zuniga en el año 2014, dicha investigación tuvo por finalidad determinar si los contratos de maternidad subrogada cuenta con amparo constitucional. Al respecto,

se puede afirmar que la práctica de esta técnica de reproducción involucra el ejercicio y la defensa de distintos derechos fundamentales.

En ese contexto, los padres intencionales manifiestan su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en el ámbito de su vida privada al decidir recurrir a las TRA para tratar su infertilidad; de igual manera, la gestante ejerce su derecho a la autodeterminación reproductiva cuando accede llevar al embrión, creado por los gametos sexuales de otras personas, para entregarlo a aquellas después del alumbramiento. Por lo tanto, debe procurarse en todo momento la defensa de la dignidad de la persona, así como del interés superior del niño, principio cuyo cumplimiento no sólo le es exigible al Estado, sino a la sociedad y también a su familia.

Finalmente, la regulación de la maternidad subrogada en nuestro país debe estar orientada a permitir su realización, en la medida que reúna las características de gratuidad y no exigibilidad, pues de esta forma se logra el equilibrio entre el ejercicio de los derechos de los intervinientes, los padres y la gestante, y los del recién nacido; en ese sentido, deberá tomarse en cuenta que la formulación de una norma en sentido contrario conllevaría al desarrollo de mayores conflictos y representaría la negación del ejercicio de derechos fundamentales.

4. OBJETIVOS

- a) Determinar el vacío legal sobre la maternidad subrogada.
- b) Establecer las razones de la regulación jurídica de la maternidad subrogada en el Perú.
- c) Determinar la necesidad de una regulación jurídica sobre maternidad subrogada debido al vacío legal en esta materia.

5. HIPÓTESIS

Principio: Dado que en nuestro ordenamiento jurídico peruano no existe normativa específica que regule el tema de la maternidad subrogada, lo cual puede generar conflictos jurídicos en la sociedad peruana.

Hipótesis: Es probable que sea necesario la regulación normativa del tema de la maternidad subrogada, ante este vacío legal, para que de esa manera muchas parejas peruanas puedan conformar una familia consolidada, protegidos legítimamente por un marco jurídico plenamente legal.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
a) Independiente	V.I. Análisis Jurídico de la maternidad subrogada	• Maternidad	▪ Maternidad gestacional	Observación documental	Ficha bibliográfica
		• Tipo de maternidad subrogada	▪ Ovodonación • Embriodonación	Encuesta	Cuestionario
b) Dependiente	V.D. Dentro de nuestro ordenamiento legal Peruano	• Legalidad del contrato de maternidad subrogada	▪ Contrato de maternidad subrogada	Observación documental	Ficha bibliográfica
		• Legalidad de la maternidad subrogada	• Determinación de la legalidad de la maternidad subrogada	Encuesta	Cuestionario

2. TÉCNICA E INSTRUMENTOS

Este trabajo se realizará por medio de la observación y análisis de sentencias promulgadas en nuestro país sobre maternidad subrogada.

En esta investigación se tendrá en cuenta la técnica de la encuesta para conocer la opinión de los abogados especialista en lo civil de la ciudad de Arequipa.

3. CAMPO DE VERIFICACIÓN

3.1. UBICACIÓN ESPACIAL

Este trabajo de investigación se efectuará en la ciudad de Arequipa.

3.2. UBICACIÓN TEMPORAL

La presente investigación se realizara en el año 2017

3.3. UNIDADES DE ESTUDIO

Para la presente investigación se tendrá en cuenta el análisis jurídico sobre las principales sentencias de nuestro país.

En relación a los abogados civilistas de la ciudad de Arequipa existe una población de 3164 abogados. Por ello se tendrá en cuenta una muestra intencionada al azar de 355 abogados

$$M = \frac{U \times 400}{U + 399}$$

$$M = \frac{3164 \times 400}{3164 + 399}$$

$$M = \frac{1265600}{3563}$$

$$M = 355$$

4. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La estrategia de recolección de datos para la presente investigación será en primer lugar realizar un trabajo documentado en base a libros, revistas y legislación de diferentes bibliotecas así como también de internet.

Luego efectuaremos un análisis jurídico de la sentencias sobre maternidad subrogada.

Finalmente, se procesarán los datos de la encuesta en cuadros estadísticos con su respectiva explicación cuantitativa y cualitativa. Para una mayor visualización se elaborará gráfico de barras.

5. CRONOGRAMA

Tiempo Actividades	Agosto				Septiembre				Octubre			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Revisión bibliográfica	X	X										
2. Elaboración de fichas de estudio		X	X									
3. Formulación del planteamiento teórico			X	X	X							
4. Formulación del planteamiento operacional					X	X						
5. Recolección de datos							X	X				
6. Estructuración de resultados									X	X		
7. Redacción informe final											X	X

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. ANGARITA GÓMEZ, Jorge. (1994) *Lecciones de Derecho Civil*. Bogotá. Editorial Temis. Cuarta Edición.
2. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. (2002) *Derecho de familia*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.
3. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. (1993) *La Constitución de 1993*. Análisis Comparado. Lima. Editorial RAO. Quinta Edición.
4. BERNALES, Enrique y otros. (1989) *La Constitución diez años después*. Lima. Fundación Friedrich.
5. CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. (1995) *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. España. J.M. Bosch Editor.
6. CHÁVEZ CHÁVEZ, Eliseo. (2005) *Historia y sociología de la familia*. Arequipa. Escuela de Postgrado. Universidad Católica de Santa María.
7. COFRE SIRVENT, Jorge. (2001) *Reproducción Asistida y Constitución*. Universidad de Alicante.
8. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. (1985) *Derecho familiar peruano. Tomo I*. Lima. Editorial Cultural Cusco.
9. CORNEJO FAVA, María Teresa. (2000) *Matrimonio y Familia. Su tratamiento en el Derecho*. Lima. Ediciones Tercer Milenio S.A.
10. CORRAL TALCIANI, Hernán. (1994) *Familia y Derecho: Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Santiago. Universidad de Los Andes.
11. CORRAL, Hernán. (2005) *Derecho de familia*. Lima. Editorial Grijley.
12. DÍAZ VALDIVIA, Héctor. (1994) *Derecho de Familia*. Arequipa. Editorial Edijsur.

13. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2004) *Derecho de las personas*. Lima. Gaceta Jurídica.
14. FRANKEL, Edward. (1984) *D.N.A. El Proceso de la Vida*. México. Siglo XXI Ediciones, 13ª edición.
15. GAFO, Javier. (1986) *Nuevas técnicas de reproducción humana, Biomedicina, Ética y Derecho*. Madrid. Universidad Pontificia.
16. GARCÍA RUBIO, Mari Paz. (1987) *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español*. Madrid. Revista Tapia. N 36.
17. GONZÁLES MANTILLA, Gorka. (1996) *La consideración jurídica del Embrión in Vitro*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
18. HURTADO OLIVER. Xavier. (1999) *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*. México. Editorial Porrúa.
19. LLEGO YAGUE. Francisco. (1987) *La genética actual y el derecho de familia*. Revista Tapia. Madrid. Editorial Tecnos.
20. LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. (2009) *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires. Editorial Universidad.
21. MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. (2001) *Derecho de Familia*. Lima. Editorial San Marcos.
22. MERINO MARTÍNEZ, Catalina. (2001) *El derecho a conocer el propio origen biológico*. México. Editorial Cultura.
23. MIRANDA CANALES, Manuel. (1998) *Derecho de Familia y Derecho Genético*. Lima-Perú. Ediciones Jurídicas.

24. MORAN DE VICENZI, Claudia. (2005) *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Universidad de Piura. Piura. Editorial Ara Editores, Colección jurídica.
25. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. (1997) *Derecho y Genoma Humano*. Lima. Editorial San Marcos.
26. MUNCIO AGUADO, Ángel Martín. (1999) *Biología, Progreso y Ley, Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*. Madrid. Edición de Marino Barbero Santos.
27. NAVARRO RAMÍREZ, Gisela Patricia. (1994) *La maternidad sustituta, delegada por encargo*. Tesis presentada en la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín.
28. PERALTA ANDIA, Rolando. (2002) *Derecho de Familia en el Código Civil 2004*. Lima. Editorial Jurídica.
29. PLACIDO, Alex. (2001) *Derecho de familia*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.
30. RAMOS, René. (2002) *Derecho de Familia. Tomo II*. México. Editorial Trillas.
31. RODRÍGUEZ CADILLA PONCE, María del Rosario. (1997) *Derecho Genético, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú*. Lima. Editorial San Marcos.
32. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina. (mayo-agosto de 2005) *Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato*. México. Revista de derecho Privado. Nueva Época, año IV, N° 11.
33. RUBIO CORREA, Marcial. (1996) *Las Reglas de Amor en Probetas de Laboratorio*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú.

34. SANTOS CIFUENTES, Carlos. (2002) *El derecho a la identidad y la influencia en Argentina*. Buenos Aires. Editorial Universitaria.
35. SANZ ÁLVAREZ, Jaime. (2002) *Fecundación asistida ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Bogotá. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
36. VALVERDE, Emilio. (1971) *Derecho familiar*. Cusco. Editorial Cultura.
37. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2001) *Derecho Genético. Principios Generales*. 4ta. Edición. Lima. Editorial Grijley.
38. VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. (1998) *Derecho de Familia*. Lima. Editorial Huallaga.

INFORMATOGRAFÍA

www.geocities.com

www.arrakis.es

www.paternidad.com

FICHA BIBLIOGRÁFICA

NOMBRE DE AUTOR:

TITULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

Código:



ANEXO 02

FICHA DOCUMENTAL

NOMBRE DE AUTOR:

INDICADOR:

TÍTULO:

IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:

FECHA:

COMENTARIO O CITA:

LOCALIZACIÓN:



ANEXO 02

ENCUESTA

INSTRUCCIONES.- Nos encontramos efectuando una investigación sobre las implicancias de la maternidad subrogada. Le rogamos contestar con sinceridad. No coloque su nombre ni apellido. Marque con una (X). Muchas gracias

1. **¿De acuerdo a usted, la maternidad subrogada puede ser considerada como un derecho de reproducción humana?**
 - a) Si
 - b) Posiblemente
 - c) No

2. **¿Según usted se encuentra de acuerdo con la maternidad tradicional o con la maternidad gestacional?**
 - a) Maternidad tradicional
 - b) Maternidad tradicional y maternidad gestacional
 - c) Maternidad gestacional

3. **¿Según usted está de acuerdo o no en la ovodonación en el caso de la maternidad subrogada?**
 - a) Si
 - b) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
 - c) No

4. **¿Está de acuerdo o en desacuerdo sobre la embriodonación en el caso de la maternidad subrogada?**
 - a) Si
 - b) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
 - c) No

5. **¿Usted considera válido o no el contrato sobre maternidad subrogada?**
 - a) Si

- b) En parte
- c) No
- 6. Si tuviera un caso de reproducción humana asistida ¿Cómo determinaría la legalidad de la maternidad subrogada?**
- a) A favor de la madre que concibe
- b) Me abstengo de responder
- c) A favor de la madre que dona los gametos
- d) Otro (especifique) _____
- 7. De acuerdo a usted ¿las mujeres solas como solteras, divorciadas y viudas podrían acceder a la maternidad subrogada**
- a) Si
- b) No
- 8. ¿Según usted es necesario que el Congreso elabore y promulgue una ley sobre maternidad subrogada?**
- a) Si
- b) No
- 9. ¿Según usted cual es la razón para que deba existir una regulación jurídica sobre maternidad subrogada?**
- a) Existencia de vacío legal
- b) Para que exista mayor seguridad jurídica
- c) Evitar conflictos jurídicos
- d) No debería legislarse
- e) Otro (especifique) _____