



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

XVIII Curso de Actualización Profesional para Obtener el Título de Abogado

MONOGRAFÍA

La positivización de la Gestación subrogada en el Perú

PRESENTADA POR:

Mejía Vílchez Liss Keny

Cajamarca, Perú, Septiembre de 2019

Este trabajo va dedicado en primer lugar a Dios por bendecirme cada día, a mis padres Rogelio y Delker por apoyarme en mi formación profesional y por ser el pilar fundamental en todo lo que soy; a mis hermanos Henri, Lennan, Axel por su cariño y apoyo, a mi abuelito que desde el cielo cuida de mí, y como no mencionarle a mi mejor amiga Danisse que siempre me apoyó con sus palabras y a mis docentes por impulsarme en el desarrollo de mi formación profesional.

Infinitamente gracias a todos los que me apoyaron en esta etapa de mi formación profesional.

ABREVIATURAS

Art.	: Artículo
Arts.	: Artículos
CC	: Código Civil
CPP	: Constitución Política del Perú
DC	: Derecho Civil
pág.	: Página
págs.	: Páginas
US	: Dólares americanos

ÍNDICE

Portada.....	i
Dedicatoria	ii
Abreviaturas	iii
Índice.....	iv
INTRODUCCIÓN	07
CAPÍTULO I. ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	09
1.1. Descripción del tema.....	09
1.2. Justificación.....	10
1.3. Objetivos	11
1.3.1. Objetivo general.....	11
1.3.2. Objetivos específicos	11
1.4. Metodología	11
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.....	12
2.1. Antecedentes del problema.....	12
2.1.1. Antecedentes históricos.....	12
2.1.2. Antecedentes normativos	13
A. La legislación comparada	13
B. La jurisprudencia internacional	16
2.2. Bases teóricas.....	19
2.2.1. Derecho genético.....	19
2.2.2. Derechos reproductivos	20
2.2.3. Derecho a la procreación.....	20
2.2.4. Principio del interés superior del niño	21
2.2.5. Teoría de la maternidad subrogada.....	21
2.2.6. Posturas respecto a la maternidad subrogada	23
A. Posturas a favor.....	23
B. Postura en contra.....	25
2.3. Definición de términos básicos.....	25

2.3.1. Genética	25
2.3.2. Gestación subrogada	26
2.3.3. Infertilidad	26
2.3.4. Madre gestacional.....	26
2.3.6. Padres subrogados.....	27
2.3.7. Técnicas de reproducción asistida.....	27
CAPÍTULO III. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS	28
3.1. Problemas de la falta de regulación de la gestación subrogada	28
3.2. Argumentos para la positivización de la gestación subrogada.....	30
3.3. Propuesta legislativa	33
CONCLUSIONES.....	45
RECOMENDACIONES	46
LISTA DE REFERENCIAS.....	47

LA POSITIVIZACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL PERÚ

INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada o llamado también maternidad subrogada, es un tema que está en boga a nivel nacional, puesto que existen personas que por motivos de infertilidad no pueden tener sus propios hijos ni alcanzar la efectiva vigencia de sus derechos fundamentales.

Según la Organización Mundial de Salud, refiere que al menos 80 millones de mujeres en el mundo tienen problemas de fertilidad esto debido a que la infertilidad es una enfermedad del aparato reproductor definida por la imposibilidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales sin protección.

Por ello, debido a su infertilidad las parejas se ven obligadas a recurrir a las técnicas de reproducción asistida, tal es el caso de la pareja chilena, en donde en el 2013 acuden a la clínica concebir en Lima, para realizarse procedimientos de fertilidad lo cual no tuvo éxito; y la única posibilidad que tenían era recurrir a las técnicas de reproducción asistida; para poder tener sus hijos que tanto anhelaban.

En la actualidad, la práctica de gestación subrogada es una situación muy notoria (Acosta González, 2014, págs. 1-3), esto nos motivó para abordar el tema que es materia de la presente investigación, con el objetivo de proponer las bases teóricas y doctrinarias adecuadas para que se logre su positivización en nuestro ordenamiento jurídico nacional, con la finalidad de eliminar el vacío normativo que genera la falta de legislación, respecto a esta figura; y así proteger el derecho de filiación y conexos, que tienen los niños al momento de nacer mediante este tipo de práctica.

La investigación nos conduce a realizar un análisis jurídico respecto de la práctica que se da en la gestación subrogada, en donde se transgreden derechos fundamentales de las personas, es decir, cuando la mujer que va a gestar el nacimiento del niño o niña se niega a entregarlo a sus padres genéticos, quedándose con el hijo y muchas veces requiriéndoles una suma de dinero a

éstos para entregarles al niño; sin que los padres genéticos puedan accionar jurídicamente en su contra, por el vacío legal existente respecto a esta práctica. (Paz Campuzano, 2018, págs. 1-2).

Además, debemos tener en cuenta que el derecho es una rama del saber, cuya evolución es constante; sumado a eso los avances tecnológicos y médicos cada día se incrementan. Lo que muchas veces genera el surgimiento y adopción de nuevas prácticas, las cuales, al no tener una norma positiva que los rijan, al momento de exigir el cumplimiento por parte de uno de los involucrados hacia el otro, surgen las controversias y dificultades; puesto que no se tiene ninguna norma jurídica a la cual acudir.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. DESCRIPCIÓN DEL TEMA

Actualmente podemos observar que a nivel mundial está en boga la práctica de la gestación subrogada o maternidad subrogada, en la cual se está permitiendo la legalización en algunos países como son Estados Unidos, México, Canadá, Inglaterra, la India, entre otros; lo que se busca en esta investigación es que, la gestación subrogada sea positivizada, esto con el fin de proteger los derechos de los padres genéticos, de la madre subrogada y de los niños que nacen mediante esta modalidad.

La problemática que se viene dando están generando conflictos en la determinación de la filiación de los niños que nacen mediante esta práctica de gestación subrogada, pues en el Código Civil peruano vigente y en la Ley General de Salud, que está sustentado bajo el principio *Mater Semper certa est*, consideran como madre a la mujer que gesta y alumbró a la criatura, dejando desprotegidos a los padres genéticos y a los niños.

Se debe entender a la gestación subrogada o maternidad subrogada, como el proceso por el cual una mujer gesta un bebé cuyos padres genéticos son otras personas y cuando nazca dicho niño(a), la madre gestacional deberá entregarlo a sus padres genéticos.

Para Peralta Andia (como se citó en Nuria Gonzales, 2018), la maternidad subrogada es el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, para luego entregar la criatura después del parto (pág. 45).

Así también Kadagand Lovaton (como se citó en Nuria Gonzales, 2018), considera la maternidad subrogada cuando dicha mujer que acepta ser inseminada en general o artificialmente con el espermatozoides del marido de la mujer

estéril, lleva el niño durante el embarazo y lo entrega al nacimiento. Se tratará, por tanto, de una madre biológica tanto como gestadora y el arriendo de útero, se da en el caso de que el matrimonio requirente ponga los gametos y el embrión resultante es implantado en una mujer extraña quien gestará y dará a luz un niño con el compromiso de entregarlo al nacer (pág. 49).

En consecuencia, lo que se busca en nuestro sistema peruano es que las personas que son infértiles puedan tener sus hijos y así formar una familia; además que se positivice la gestación subrogada para que de esa manera se dé solución a los problemas relacionados con la práctica de esta figura.

1.2. JUSTIFICACIÓN

Actualmente, una cierta cantidad de mujeres son las que recurren en el Perú a la gestación subrogada, ello debido a que, producto de su infertilidad no pueden tener hijos y se ven en la necesidad de acudir a las técnicas de reproducción asistida y buscar una mujer para que realice la gestación subrogada y así poder convertirse en padres. (Acosta González, 2014, págs. 1-3).

Con el presente trabajo monográfico lo que se persigue es determinar las bases teóricas doctrinarias adecuadas para positivar la figura de la gestación subrogada en el Perú, puesto que; actualmente en nuestro sistema peruano existe el incremento de la práctica de dicha figura, debido a que no se encuentra regulado normativamente. (Acosta González, 2014, págs. 1-3). Entonces lo que se busca es que se legisle y se pueda dar solución a la serie de problemas que se vienen suscitando, evitando de tal manera caer en acciones delictivas.

Por tanto, al regularse este vacío legal de la práctica de gestación subrogada se logrará brindar protección tanto física y psicológica a la mujer del vientre subrogante; así también se protegerá el derecho de los padres genéticos y de los niños que nacerán mediante esta modalidad. Puesto que, en un Estado

Constitucional de Derecho como en el que vivimos, el cumplimiento y observancia de los Derechos Fundamentales es de obligatorio cumplimiento.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Proponer las bases teóricas y doctrinarias para positivizar a la figura jurídica de la gestación subrogada en nuestro país.

1.3.2. Objetivos Específicos

- A. Analizar la doctrina, legislación comparada y jurisprudencia internacional de la figura jurídica de la gestación subrogada.
- B. Estudiar la viabilidad del uso de la figura jurídica de la gestación subrogada en nuestro sistema jurídico.
- C. Identificar los inconvenientes que genera a nuestro sistema la falta de regulación de la gestación subrogada.

1.4. METODOLOGÍA

El presente trabajo monográfico se usará el método inductivo-deductivo; porque se estudiará y analizará en qué consiste, y como se materializa la figura jurídica de la gestación subrogada, para así poder deducir cuales son las consecuencias que está originando específicamente la no existencia de normatividad positiva al respecto.

Así mismo, se utilizará el método dogmático. Puesto que se busca contribuir a la doctrina nacional, al desarrollar las consecuencias negativas que genera que no exista positivización de la figura jurídica materia de este análisis. Y así mismo, se pretende desarrollar los lineamientos que permitan la correcta utilización de la figura jurídica en mención.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Como punto de partida para la realización de este trabajo monográfico, es necesario revisar los antecedentes académicos y normativos que existen respecto a la problemática que abordaremos en esta investigación.

2.1.1. Antecedentes históricos

La historia de las madres subrogadas comenzó en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el cual se solicitaba a una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja infértil.

Esto dio pie, a que algunas organizaciones, utilizaran dicha práctica de gestación subrogada, es decir, que se dedicaran a contactar parejas interesadas con mujeres que estaban dispuestas a ser inseminadas artificialmente. Pero como era de esperarse, por la naturaleza emocional del uso de la gestación subrogada, surgieron conflictos que dieron origen a arduos debates, para intentar solucionarlos.

Por otro lado, en 1982, el doctor Sacha Geller fundó el Centro de investigaciones de técnicas de reproducción francés. El cual tenía por finalidad vincular a parejas estériles con madres subrogadas. En donde, estas últimas, se dedicaban a gestar al bebé y luego lo entregaban a la pareja estéril, cuando naciera (Gonzales Pineda, 2015, pág. 36).

Entre ellos, uno de los casos más conocidos, fue el ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, para que se inseminara artificialmente y gestara para ellos un niño. Dicho contrato

plasmaba peculiarmente el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materna filial con él bebé, y la obligación de abortar si el feto presentaba anomalías. Así mismo, la obligación del matrimonio Stern, de entregar diez mil dólares a la madre, para asumir los gastos de gestación. Pero los problemas surgieron cuando nació el niño y la madre que lo gestó no quiso entregarle al bebé al matrimonio Stern. Dando este hecho, origen a un interminable debate en los tribunales de justicia (Gonzales Pineda, 2015, págs. 32-34).

En nuestro sistema peruano, en donde también se puso en boga este tipo de gestación subrogada, tal es el caso de la pareja chilena, en donde inicialmente se les impuso a 12 meses de prisión preventiva mientras se les investigaba por el delito de trata de menores y falsedad ideológica. Este hecho ocurrió el 25 de agosto del 2018 en donde fueron detenidos, pero luego de ello, la Primera Sala de Apelaciones del Callao dispuso que se revoque la decisión del ad quo, debido a que no existieron graves y fundado elementos de convicción.

Por el contrario, se demostró que la pareja anhelaba tener hijos y por eso se sometió a diversos métodos de fertilización debido a que un médico les recomendó que concurren a la ciudad de Lima a efectos de intentar nuevos tratamientos de fertilidad como la gestación subrogada (Lalupu Sernaque, 2014, pág.19).

2.1.2. Antecedentes normativos

A. La legislación comparada

Para continuar con el estudio, del tema materia del presente trabajo, es importante también revisar la normatividad contemplada en los ordenamientos jurídicos.

Encontrando, que en Francia no está permitida esta práctica. Pues la legislación, lo ha prohibido explícitamente en función a los derechos del niño, y que este último no es objeto de comercio (El Boletín, 2017, pág. 11).

Por el contrario, para el ordenamiento jurídico de Canadá, la práctica de la gestación subrogada está permitido. Pero la regulación es tan estricta, que es muy complicado encontrar una madre que geste el hijo de otras personas; así como, también está establecido que esta práctica debe ser netamente altruista (El Boletín, 2017, pág. 12).

También tenemos a Japón, donde todavía no existe regulación alguna respecto de la práctica de la gestación subrogada. Además, debemos tener en cuenta que en dicha legislación se considera madre a la mujer que alumbró al bebé. Es decir, que, en dicha legislación, si se usa la figura de la gestación subrogada, legamente la madre será la mujer que gesta y alumbró al niño (Chiapero, 2012, pág. 103).

Por otro lado, así como en Francia, en China la práctica de la maternidad subrogada está prohibida. Lo cual ha llevado, a que dicha práctica en ese país se realice de manera clandestina, y se estima que las cifras de personas que han recurrido a ella, es realmente considerable (Chiapero, 2012, pág. 103).

En República Checa, tampoco hay regulación expresa sobre la figura en mención. Si bien es cierto, existió la propuesta para incorporar esta figura a la Ley de Servicios Médicos; pero lamentablemente fue descartada, en atención a la complejidad del tema. Puesto que se puede dar el caso, en donde los bebés nazcan con anomalías y los padres ya no los quieran tener, o cuando se divorcian en el proceso o cuando la madre gestante no lo quiere entregar. Sucesos que generarán controversias y arduos debates,

que al final terminarán afectando y vulnerando los derechos del recién nacido (Chiapero, 2012, pág. 104).

Para los españoles, al igual que los japoneses, el uso de la gestación subrogada no es legal. Puesto que también, en dicha legislación, la madre legal será la que dará a luz. Por lo que, las personas que quieran utilizar dicha figura, deberán ir a otro país donde la legislación permita su práctica, para evitar complejos conflictos legales (Sastre Orosco, 2017, pág. 45).

En Rusia está totalmente permitida la maternidad subrogada; razón por la cual, este lugar se ha ido convirtiendo en destino para muchas personas que quieren tener hijos mediante la utilización de esta figura (Chiapero, 2012, pág. 104).

También, en la India, es legal esta práctica, tanto para nacionales como extranjeros. Dicha práctica, fue aceptada en esa legislación desde el 2015, donde hubo cambio en las leyes. Estableciéndose que, en el caso de los extranjeros, sólo las parejas heterosexuales puedan acceder a esta posibilidad y, actualmente, hay una ley que propone sólo usar esa figura para los matrimonios indios con problemas de fertilidad, pero la madre subrogada deberá hacerlo solo con fines altruistas, más no por una compensación económica (Chiapero, 2012, pág. 106).

En Argentina, así como en muchas legislaciones del mundo, no existe todavía regulación normativa alguna respecto a la práctica de la gestación subrogada. A pesar que su utilización cada día es más inminente (Sastre Orosco, 2017, pág. 51).

Para los chilenos, su normatividad ha establecido que la maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en

la partida. La partida de nacimiento es aquel documento legal que el equipo médico completa luego del parto, con el cual, los papás chilenos hacen la inscripción (Sastre Orosco, 2017, pág. 52).

En consecuencia, podemos ver que existen muchas legislaciones extranjeras que ya han positivizado y regulado a la figura de la maternidad subrogada. Pero la mayoría de ellas exige que la motivación de la madre subrogada sea únicamente altruista. Puesto que, por la naturaleza *sui generis* de la figura, darle connotación pecuniaria, generaría la sensación que se está comercializando con el cuerpo de una mujer y con la vida de un niño.

B. La jurisprudencia internacional

Partamos teniendo en cuenta un caso emblemático, es decir, el caso Paradiso y Campanelli contra Italia. En este supuesto, el matrimonio formado por Donatina Paradiso y Gio-vanni Campanelli, ambos residentes en Colletorto (Italia), tras los ineficaces intentos de la esposa para quedarse embarazada mediante técnicas de reproducción asistida y al no poder adoptar conforme a la legislación italiana debido a la edad del matrimonio, optaron por suscribir un acuerdo de gestación subrogada con una clínica situada en Moscú - Rusia, a la que abonaron la suma de 49.000 euros por los servicios contratados (Vilar Gonzales, 2017, pág. 17).

Tras implantarse un embrión a la gestante subrogada el día 19 de junio de 2010, nació un bebé en el mes de febrero del año 2011. El niño, conforme a la legislación rusa y tras haber renunciado la gestante a los derechos derivados de la filiación materna, fue inscrito como hijo de los padres intencionales, sin hacer ninguna mención al acuerdo de gestación subrogada en la inscripción.

El Consulado de Italia en Moscú, entregó los documentos que

permitían al niño viajar a Italia, pero a su llegada al municipio de residencia, el señor Campanelli intentó sin éxito inscribir niño ante la autoridad competente, ya que la mencionada oficina consular había informado al Tribunal de Menores correspondiente, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Colletorto, de que existía información falsa en el expediente sobre el nacimiento del niño (Vilar Gonzales, 2017, pág. 19).

Por todo ello, el 5 de mayo de 2011, el matrimonio Paradiso y Campanelli fue acusado por las autoridades italianas de tergiversación del estado civil y de violación de la legislación italiana en materia de adopción.

Al mismo tiempo, la Fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso solicitó la apertura de un procedimiento para dar al niño en adopción, puesto que, conforme a la legislación italiana, se encontraba en estado de abandono (Vilar Gonzales, 2017, pág. 19).

Tras llevarse a cabo una prueba de ADN, en donde el niño carecía de vinculación genética. Sin embargo, este extremo es controvertido, ya que los padres intencionales aseguraban que los gametos masculinos empleados para la fecundación procedían del señor Campanelli y que, a dichos efectos, se trasladaron las muestras de gametos del mismo desde Italia hasta Rusia.

No obstante, las pruebas de ADN que se practicaron a los efectos de comprobar dichas manifestaciones arrojaron un resultado negativo, por lo que el matrimonio formado por los señores Paradiso y Campanelli pidió explicaciones a la clínica moscovita donde se llevó a cabo el proceso de subrogación, cuyos responsables quedaron sorprendidos y alegaron que debía tratarse de un error.

La falta de vinculación genética, unida al comportamiento contrario a

la legislación italiana, llevó a que en agosto de 2011 el Tribunal de Menores sometiera al menor a tutela, no permitiendo a los padres intencionales mantener contacto con él, ni informándoseles de en qué hogar de acogida se encontraba (Vilar Gonzales, 2017, pág. 19).

Unos meses más tarde, en enero de 2013, se entregó al niño a unos padres de adopción, inscribiéndose la filiación a favor de los mismos en el mes de abril del mismo año, y figurando en el nuevo certificado de nacimiento del menor que había nacido de padres desconocidos.

En el mismo mes de abril de 2013, pese a alegar los padres intencionales que habían actuado de buena fe, se confirmó la negativa de la inscripción del acta de nacimiento rusa por ser contraria al orden público italiano y por la inexactitud del contenido de la certificación, al no existir relación genética entre el niño y los comitentes, declarándose en junio de 2013 por el Tribunal de Menores que los solicitantes carecían de capacidad para actuar en el procedimiento de adopción que habían iniciado, al no tener consideración de padres, ni tampoco de familiares del niño (Vilar Gonzales, 2017, pág. 20).

Ante la mencionada situación, los señores Paradiso y Campanelli interpusieron un recurso ante el TEDH, en su propio nombre y en representación del niño, contra el rechazo de las autoridades italianas con respecto a la inscripción del certificado de nacimiento del menor, contra las medidas adoptadas por dichas autoridades por considerarlas incompatibles con el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como consecuencia del recurso, el TEDH dictó sentencia, el día 27 de enero de 2015, en la que no entró a valorar sobre la legitimidad del rechazo de inscripción del certificado de nacimiento del menor,

consideró que los recurrentes no habían agotado los recursos jurisdiccionales italianos internos, al no haber interpuesto recurso de apelación ante la Corte de Casación de dicho país, ni tampoco aceptó que los comitentes representaran al menor en el proceso, al carecer de vinculación genética por el mismo (Vilar Gonzales, 2017, pág. 22).

No obstante, el alto Tribunal sí abordó expresamente el modo en que el niño fue arrebatado de sus padres intencionales y su colocación bajo tutela, y si se podía haber cometido una vulneración del derecho a la vida privada y familiar contemplado en el artículo 8 del CEDH.

A dicho respecto, el alto Tribunal, por cinco votos contra dos, daba la razón a los comitentes frente al Gobierno italiano y estimaba que las autoridades de dicho país no habían prestado el suficiente peso al interés superior del niño cuando lo ponderaron con el orden público internacional italiano, puesto que no concurrían las condiciones que justifican la remoción del niño (Vilar Gonzales, 2017, pág. 23).

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. Derecho genético

Debemos entenderlo como la rama del derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normar las actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre. Ha surgido para brindar protección al hombre, debido a los notorios avances de la ciencia en las últimas décadas.

Se sostiene también que el derecho genético es entendido como aquel saber que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia

sobre el ser humano. Pues tengamos en cuenta que actualmente con el uso de la ciencia se ha logrado reestructurar algunas figuras y concepciones clásicas que el hombre del siglo pasado no hubiera creído posible (Chávez Miranda, 2009, pág. 28).

En consecuencia, esta rama del derecho tiene por objetivo difundir los conceptos teóricos y doctrinarios acerca de la biotecnología y su influencia sobre el ser humano. Así mismo buscar la regulación de diferentes figuras y/o práctica que cada día gracias a la ciencia es posible. (Chávez Miranda, 2009, pág. 30).

2.2.2. Derechos reproductivos

En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer; se define a éstos derechos como: “aquellos derechos humanos que todo ciudadano varón o mujer, tienen al ejercicio pleno, libre y responsable de su sexualidad centrada en la procreación (Lagos Correa, 2017, pág. 82).

Varsi Rospligiosi (como se citó en Lagos Correa, 2017) nos refiere que: “los derechos reproductivos permiten a las personas amplias facultades para lo siguiente: Disfrutar del más alto nivel posible de su salud física y mental, al acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a los servicios que incluyan la planificación familiar y la salud reproductiva, a ser atendidos en salud reproductiva sin ningún tipo de coacción, decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, educación y medios necesarios para poder hacerlo, que las instituciones de salud velen porque se cumplan estos principios en todas las fases de la atención (pág. 82-83).

2.2.3. Derecho a la procreación

Messina de Estrella Gutiérrez (como se citó en Lagos Correa, 2017), señala que el derecho a la procreación es entendido como aquella facultad individual que tiene la persona de procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera (pág. 83).

Este derecho de procreación ha cobrado mayor importancia con la utilización de las técnicas de reproducción asistida, ya sea en casos como fecundación en parejas infértiles, maternidad subrogada, entre otros. Es así que la procreación es un derecho que se deriva del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona (Lagos Correa, 2017, pág. 83).

2.2.4. Principio del interés superior del niño

El Tribunal Constitucional interpreta la relevancia del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como también el supuesto de apreciación constitucional; donde se establece la obligación del deber primordial de protección sobre los Derechos del Niño vinculado a entidades estatales y públicas, así como también a las entidades privadas, de igual modo, a la comunidad, con la finalidad de que, en cualquier medida que adopten o acto que los involucre velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés.

Por lo tanto, se establece como deber el salvaguardar la vigencia de los derechos del niño y la prioridad de sus intereses, concluyendo que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, evidentemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. En conclusión, ante la posible contingencia de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, predomina el de este último; lo dicho hasta aquí supone, la necesidad

de protección de los derechos de quien no puede ejercerlos a totalidad por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede contraponer resistencia o rebatir ante la vulneración de sus derechos (Saavedra Pérez, 2017, pág. 25).

2.2.5. Teoría de la maternidad subrogada

Un sector de la doctrina considera que en el caso de que la gestante sólo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto. Así, Pantaleón pone el acento en el elemento genético porque, a su juicio, es el que define la identidad de la persona, aunque reconoce la intensa relación existente entre la madre gestante y el feto durante el embarazo (Lamm, 2018, pág.33).

Entre los argumentos a favor de esta postura se manifiesta la certeza que provee a las partes, dado que todo niño puede tener sólo un padre y sólo una madre genética. De esta manera, los padres legales son científicamente verificables. Otros autores valoran esta teoría por ser un criterio neutro de parentesco. Se entiende que esta teoría es más neutra que aquella que se basa en la gestación (la cual sólo puede ser utilizada en mujeres), porque da igual valor a la contribución masculina y femenina (Lamm, 2018, pág.34).

También se destaca que es precisamente la conexión genética entre los padres y el niño lo que los lleva a optar por las técnicas de reproducción asistida en lugar de la adopción. Se sostiene que, para aquellos que son infértiles, la adopción puede llenar sus deseos de ser padres, pero no puede satisfacer el anhelo de crear un hijo y de ver una versión de sí mismos. Siguiendo con esta idea, se afirma que la importancia de este deseo de conexión genética también se pone de manifiesto con la búsqueda de sus donantes o hermanos genéticos por parte de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida (Lamm, 2018, pág.34).

Esta postura, no obstante, es objeto de numerosas objeciones. Por un lado, una parte de la doctrina critica la teoría genética como base para determinar la paternidad legal porque enfatiza el modelo masculino de la paternidad en lugar de la contribución del parto por parte de la mujer. Los que sostienen esta opinión consideran que la prueba genética trivializa la función de la gestación y devalúa la especial contribución de la mujer en la procreación (Lamm, 2018, pág.35).

Por otro lado, y principalmente, esta teoría presenta problemas cuando una tercera mujer dona el óvulo. En este caso, el niño no tiene relación genética ni con la mujer gestante ni con la que tiene la intención de criar al niño, como ocurrió en el caso Buzzanca, que se analizará luego. Para esta teoría, la mujer que dona el óvulo tendría derecho a reclamar la maternidad. Es decir, si se ha recurrido a la donación de óvulo y de semen, conforme esta solución, la maternidad y la paternidad se deberían atribuir a quienes simplemente han aportado el material genético, sin ninguna intención de tener un hijo (Lamm, 2018, pág.36).

2.2.6. Posturas respecto a la maternidad subrogada

Al ser un tema delicado y controversial, es consecuente que tenga posturas tanto a favor como en contra.

A. Posturas a favor

David González, presidente de la Asociación de Padres por la Gestación Subrogada (como se citó en ABC, 2018), explica que se trata de una técnica de reproducción asistida que se lleva desarrollando en varios países desde hace más de 30 años, sin que ello haya generado una problemática específica (pág. 8).

Asegura que permite a las parejas que desean tener hijos, y que por

múltiples razones no pueden hacerlo por sus propios medios, tener hijos biológicos. Al igual que donamos órganos, e incluso se donan óvulos, lo cual hoy en día nos parece absolutamente normal, se puede ayudar a otra persona a gestar su hijo, con el que la gestante no mantiene vínculo genético alguno.

Recuerda que al igual que sucedió con la inseminación artificial y la fecundación in vitro (recordemos el término bebé probeta, que se utilizó entonces) esta técnica está siendo reconocida cada vez en más países, y en nuestro entorno más cercano lleva desarrollándose aparentemente, sin mayores problemas ni rechazo por parte de la población (ABC, 2018, pág. 9).

Piña Sempertegui, (2018) menciona que en los tiempos actuales, deviene en imprescindible regular la subrogación gestacional altruista, mediante una fórmula legal que permita la armonización de los derechos legítimos en juego; es decir, que contribuya a evitar abusos y vulneración de derechos. La clave reside en garantizar los derechos de todos y, sobre todo, que no medie precio ni recompensa, para que no pueda producirse ningún caso de explotación o de abuso en situaciones vulnerables (pág. 85).

En los últimos años, han sucedido casos de padres que utilizan esta técnica en países extranjeros, muchas veces sin las debidas garantías y a costos muy elevados. En este sentido, el hecho de que la subrogación gestacional solo pueda ser gratuita, es decir, altruista, constituye el elemento nuclear que promueve y respeta la libertad y la plena autonomía de la mujer sobre lo que puede hacer o no con su propio cuerpo; siendo necesaria por tanto una regulación rigurosa, garantista, con vigilancia y control (Piña Sempertegui, 2018, pág. 85).

Es menester precisar, que estamos ante un debate lleno de aspectos éticos y morales. Sin embargo, la mayoría de las objeciones o, mejor dicho, de las argumentaciones negativas que se ponen sobre la mesa para no regular la materia señalada supra, son de carácter meramente político moral (Piña Sempertegui, 2018, pág. 85).

Espinoza (como se citó en García y Torres, 2018) considera que el elemento terminante para ser papá es el animus, es la común intención de hombre y la mujer que expresamente declaran tal deseo. No lo es aquel que cede una determinada cantidad de espermatozoides, o aquella que cede su óvulo o que ofrece su útero durante nueve meses, puesto que su intención es otra, la cual es permitir, a través de un gesto altruista, la consumación de hecho tan importante para aquellos que pretenden ser padres (pág. 88).

B. Postura en contra

Para Mariano Calabuig, presidente del Foro de la Familia (como se citó en ABC, 2018), la maternidad subrogada consiste en que una pareja, no importa su composición o una sola persona, o el número que sea, contratan a una mujer para que gaste durante nueve meses una criatura. Es decir, que se le implante y sobreviva un embrión proveniente de un óvulo fecundado por un espermatozoide cuyos orígenes pueden ser diversos. En el camino, suelen morir varios embriones hasta conseguir que uno sobreviva (pág. 10).

Esta práctica, es un desprecio a la dignidad de la mujer al producirse un mercadeo con ella. Por eso se llama a este sistema de reproducción como gestación subrogada o maternidad subrogada.

Además, argumenta que en este proceso se pierden muchas vidas humanas, ya que se implantan varios óvulos fecundados para probar

cuál de ellos llega a la implantación en el útero de la mujer y a su posterior desarrollo (ABC, 2018, pág. 12).

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

2.3.1. Genética

La genética es una rama de la biología que estudia la variación y la herencia biológica en todos sus aspectos; el término genética fue utilizado por primera vez en 1906 el biólogo de origen británico W. Bateson. (Chávez Miranda, 2009, pág. 3).

Es decir la genética es el estudio de la herencia, en donde un padre les transmite ciertos genes a sus hijos, los que determinaran la apariencia de una persona, la estatura, color del cabello, de piel y de los ojos.

2.3.2. Gestación subrogada

También conocida como maternidad subrogada, es cuando una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. Para alcanzar el embarazo de la madre portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso (Romero Coloma, 2016, pág. 12).

Tengamos en cuenta que no hay mayor acto de amor que una pareja haga hasta lo imposible para tener hijos y así poder formar una familia. Por ende la gestación subrogada es el proceso por el cual una pareja busca hacerse padres a través de una madre sustituta, por tanto, esta práctica debe ser permitida de manera altruista, puesto que cuyo único fin es la procreación de la familia.

2.3.3. Infertilidad

La Organización Mundial de Salud describe la infertilidad como un padecimiento de los órganos del sistema reproductor, referida al

impedimento de alcanzar la concepción después de doce meses o más de haber mantenido relaciones coitales sin éxito.

Entonces se entiende como infertilidad a la imposibilidad de procreación a través del coito, por lo cual las parejas recurren a las técnicas de reproducción asistida.

2.3.4. Madre gestacional

Es la mujer que luego de someterse a un procedimiento de reproducción asistida, lleva a cabo el proceso de gestación durante el periodo de nueve meses, pero no tiene ningún vínculo genético con el menor o el bebé.

2.3.6. Padres subrogados

Es la pareja de varón y mujer que quieren convertirse en padres, y mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, estos brindan sus gametos para que sean fecundados e implantados en la madre gestacional.

2.3.7. Técnicas de reproducción asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida son aquellos métodos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándoles la posibilidad de tener descendencia. De esta manera, se dice que las técnicas de reproducción asistida son métodos supletorios no alternativos y son llamados supletorios porque éstos métodos buscan vencer una deficiencia, ya sea, biológica u síquica que puede impedir tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o han resultado ineficaces para las parejas infértiles (Lagos Correa, 2017, pág. 22).

Es decir las técnicas de reproducción asistida son métodos que sirven para ayudar a la procreación de la raza humana, materializándoles uno de sus más grandes anhelos, el deseo de convertirse en padres.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

Luego de haber analizado y estudiado lo más minuciosa y detalladamente posible, tanto la doctrina nacional como internacional, así como la jurisprudencia comparada, que se han pronunciado respecto al tema materia de análisis de la presente investigación, de las cuales, se podría afirmar que tienen como denominador común, al fin altruista.

En este acápite, para un mejor entendimiento, consideramos necesario el desarrollo de la discusión del tema en estudio, partiendo de los problemas que genera la falta de regulación de la práctica de gestación subrogada, para luego continuar con el desarrollo de los argumentos que sustentan la regulación de dicha figura y en base a ellos, elaborar una propuesta legislativa.

3.1. PROBLEMAS DE LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Los mayores conflictos jurídicos que se presentan por la falta de la gestación subrogada como una variante de las Técnicas de Reproducción Asistida, es respecto, a la filiación del niño nacido como consecuencia del uso de la gestación subrogada, de igual manera, surgen conflictos derivados del uso de esta práctica, con relación, a la mujer que ha sido contratada para llevar a cabo el proceso de gestación, y una vez producido el nacimiento no quiere entregar al bebé a sus padres genéticos (Saavedra Pérez, 2017, pág. 23).

Para ello tomaremos como referencia la Casación N° 563-2011- Lima. El presente caso se trata de un matrimonio entre doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone; quienes encargaron a Doña Isabel Zenaida Castro Muñoz la gestación de un bebé, siendo doña Isabel Castro la madre genética, gestacional y biológica y don Giovanni Sansone el padre genético, puesto que se encargó de aportar su semen para que se realice la

inseminación artificial. Pero el caso es más complejo de lo que parece al ser doña Isabel Castro conviviente de don Paul Frank Palomino Cordero quien es hijo de don José Palomino Quicaño, quien es hermano de Doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, quien vendría hacer la tía del demandado y esposa de don Giovanni Sansone (Saavedra Pérez, 2017, pág. 23).

Una vez producido el nacimiento de la bebé Vittoria Palomino Castro, la filiación paterna se inscribió a favor de Paul Frank Palomino Cordero quien efectuó su reconocimiento por complacencia, pese a saber que no era el padre biológico y la filiación materna a favor de su conviviente doña Isabel Castro Muñoz quien es madre biológica de la niña, convirtiéndose en padres legales de la niña. La bebé fue entregada voluntariamente por sus padres biológicos y legales a los nueve días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija, procediendo la pareja de esposos a realizar la adopción por excepción, retractándose después doña Isabel Zenaida Castro Muñoz de querer dar en adopción a su hija a los pre-adoptantes manifestando que fue manipulada por los demandantes y que actuó en contubernio con estos. Pese haber demostrado su desistimiento en dar en adopción a su hija, en las dos instancias respectivas se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por el matrimonio Sansone-Palomino, los demandados interponen recurso de casación alegando infracción normativa del artículo 115 del Código del Niño y del Adolescente al ser el padre biológico el padre adoptante, la infracción al artículo 128 del Código del Niño y Adolescente, inciso b) puesto que la adoptante doña Dina Felicitas Palomino Quicaño no guarda ningún parentesco con la niña, al ser el padre biológico don Giovanni Sansone, y no don Paul Frank Palomino Cordero quien figura como padre legal de la niña, por último, la infracción a los incisos 1 y 5 del artículo 378 del Código Civil (Saavedra Pérez, 2017, pág. 24)

La Corte Suprema estableció que si procedía la adopción puesto que, como padre legal de la niña figuraba don Paul Frank Palomino Cordero; quien es sobrino de doña Dina Palomino Quicaño, por lo tanto la demandante es tía de la niña procediendo la adopción por excepción, al existir un conflicto de derechos, por un lado los interés de los padres legales de ejercer su patria potestad y por otro lado el derecho de la niña a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral; prevaleciendo el interés superior de la niña por encima del interés de los demandados y en el caso concreto, la niña esta con sus seres queridos viviendo en un ambiente sano y tranquilo recibiendo el amor de la madre demandante quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la menor manifiesta el cariño necesario para su desarrollo integral, y el amor del padre biológico, siendo los demandantes las personas idóneas para criar a la menor, puesto que desde un principio quedo establecido su deseo de ser padres y hacerse cargo de la menor (Saavedra Pérez, 2017, pág. 24).

Esta modalidad de maternidad subrogada origina conflictos, en relación al arrepentimiento de la gestante que aportó su ovulo y ha llevado a cabo la gestación. Al existir un vacío normativo respecto de esta práctica en nuestro ordenamiento jurídico ocasiona dificultades a los operadores del derecho al momento de conocer y juzgar en este tipo de casos (Saavedra Pérez, 2017, pág. 24).

3.2. ARGUMENTOS PARA LA POSITIVIZACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

En el Perú no existe una norma específica dentro de nuestro ordenamiento jurídico que regule la gestación subrogada; pero al revisar la legislación nacional podemos encontrar en la Ley General de Salud - Ley 26842, en su artículo 7° que establece:

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

Del mencionado artículo puede advertirse que las técnicas de reproducción asistida es un derecho que tiene toda persona para tratar su infertilidad y mediante las mismas, procrear; siempre y cuando el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Sin embargo, la referida norma no contempla consecuencia jurídica alguna, en el caso en que no se de la identidad entre madre genética y madre gestante, es decir cuando exista gestación subrogada. Por tanto, se puede decir que la norma en mención no regula nada respecto a la maternidad subrogada. Es decir, en el Perú no existe una prohibición explícita a dicha práctica (Laban Cruz, 2017, pág. 32).

Cabe resaltar que las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, deben estar claramente establecidas, tipificadas de lo contrario vulneraría el principio contenido en el párrafo a) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución en tanto *“nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni impedido hacer lo que ella no prohíbe”*, por lo que dicha práctica se encuentra permitida, al no encontrarse prohibición alguna en la norma de salud (Laban Cruz, 2017, pág. 32).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones

(Laban Cruz, 2017, pág. 32-33).

La teoría de la maternidad subrogada ha sido aceptada como sustento teórico para poder legalizar la gestación subrogada en la legislación comparada. Dicha teoría también debe usarse para legislar la práctica de la gestación subrogada en nuestro ordenamiento jurídico.

Puesto que, los avances de la tecnología en la actualidad, han permitido la procreación no solamente a través de la forma tradicional, que es mediante el uso del coito. En consecuencia, ya es posible hablar de parentesco genético, esto debido a la proporción de genes idénticos de un antecesor a sus descendientes y la reserva común de genes iguales que se dan por descendencia. Entonces según el derecho genético, los grados de parentesco se determinan en proporción de genes idénticos por descendencia, esto se da de la siguiente manera: hijo a padres, 50%; nieto a abuelos, 25%; sobrino a tíos, 12,5%; primo a primos, 6,25%. Utilizando los mecanismos del derecho genético, se puede demostrar con certeza el grado de parentesco expresado en porcentajes de transmisión de los genes entre los parientes.

En consecuencia, gracias a las técnicas de reproducción asistida muchas parejas infértiles ya pueden materializar su anhelo de ser padres, deseo protegido por los derechos reproductivos que les asisten. Por ende, se debe empezar a aceptar las nuevas prácticas que están adoptando las parejas para convertirse en padres, y así mismo, a regularlas. Puesto que el vacío normativo respecto a ellas genera conflictos que no solo afectan a los padres subrogados, a la madre gestacional sino también al menor.

Por tanto, la regulación de la práctica de la gestación subrogada, debe obedecer a un fin únicamente altruista; así mismo, los padres subrogados deben hacerse cargo de todos los gastos que genere el periodo de gestación y por su parte la madre gestacional debe someterse al acompañamiento psicológico necesario para que cuando entregue al bebé a sus padres genéticos, esta no sufra ninguna consecuencia o trauma que le pueda causar

perjuicios a su salud.

Sobre la base de todo lo mencionado, elaboramos la siguiente propuesta normativa para positivizar la figura jurídica de la gestación subrogada.

3.3. PROPUESTA LEGISLATIVA

Siguiendo los procedimentales señalados (Congreso de la República del Perú, 2013), se estructura la propuesta de un proyecto de ley sobre gestación subrogada

PROYECTO DE LEY N° 2468

I. Título: LEY QUE REGULA LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL

II. Parte Sustentatoria

2.1. Exposición de Motivos

Actualmente es necesario regular la práctica de subrogación gestacional, para que sea legal y así poder eliminar el vacío normativo existente respecto a esta figura; para proteger el derecho de filiación y conexos, que tienen los niños al momento de nacer mediante este tipo de práctica. La clave reside en garantizar los derechos de todos y, sobre todo, que no medie precio ni recompensa, para que no pueda producirse ningún caso de explotación o de abuso en situaciones vulnerables.

Por tanto, el hecho de que la subrogación gestacional solo pueda ser altruista, constituye el elemento nuclear que promueve y respeta la libertad y la plena autonomía de la mujer sobre lo que puede hacer o no con su propio cuerpo; siendo necesaria por tanto una regulación.

2.1.1. Antecedentes

La historia de las madres subrogadas comenzó en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publicó un anuncio en el cual se solicitaba a una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja infértil. Esto dio pie, a que algunas organizaciones, utilizaran dicha práctica de gestación subrogada.

Por otro lado, en 1982, el doctor Sacha Geller fundó el Centro de investigaciones de técnicas de reproducción francés. El cual tenía por finalidad vincular a parejas estériles con madres subrogadas. En donde, estas últimas, se dedicaban a gestar al bebé y luego lo entregaban a la pareja estéril, cuando naciera (Gonzales Pineda, 2015, pág. 36).

Entre ellos, uno de los casos más conocidos, fue el ocurrido en 1985, el caso baby M.

En nuestro sistema peruano, también se puso en boga este tipo de gestación subrogada, tal es el caso de la pareja chilena, en donde inicialmente se les impuso a 12 meses de prisión preventiva mientras se les investigaba por el delito de trata de menores y falsedad ideológica. Este hecho ocurrió el 25 de agosto del 2018 en donde fueron detenidos, pero luego de ello, la Primera Sala de Apelaciones del Callao dispuso que se revoque la decisión del ad quo, debido a que no existieron graves y fundados elementos de convicción, ya que estos eran los padres genéticos del menor.

2.2. Análisis costo beneficio

En este rubro se explicitan aspectos como:

2.2.1. Los beneficiarios de la norma en corto, mediano y largo plazo.

Las parejas heterosexuales serán los beneficiados de la norma, que por motivos de infertilidad no pueden tener hijos, permitiéndoles así recurrir a la gestación subrogada, sin fines de lucro, para que de esa manera puedan cumplir con su propósito de vida, que es el de tener descendencia y formar una familia.

2.3. Efecto de la vigencia de la norma en nuestra Legislación Nacional

En este acápite, se estaría dando respuesta a la interrogante: ¿En qué aspectos concretos se producirá un cambio en el ordenamiento legal, si es que se aprobara esta disposición?

- Teniendo en cuenta la estructura lógico formal de la norma jurídica, se puede observar que está constituida por tres elementos, estos son: el supuesto de hecho, el efecto jurídico y el vínculo de deber ser. Por tanto, en la norma propuesta se precisan: hechos, efectos jurídicos y vínculos, en relación a la gestación Subrogada.
- La norma jurídica, es fundamentalmente un esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social; en este sentido la norma planteada, al formular respecto a la gestación subrogada: objeto, finalidad, definición, requisitos, etc. Intenta contribuir con prescripciones que deben ser cumplidas por las instituciones, que comprende su ámbito.
- La norma jurídica puede ser definida no sólo en base a su estructura interna si no también, en base a la finalidad que persigue, en este

sentido la presente propuesta normativa tiene por finalidad normar los aspectos referentes a la gestación subrogada.

III. Parte Resolutiva:

3.1. Disposiciones Permanentes

Título I. Disposiciones Iniciales

Capítulo I. Objeto, Finalidad, Derecho, Ámbito

Artículo 1. Objeto

La presente ley tiene por objeto regular el procedimiento específico de la gestación subrogada, en el caso de parejas heterosexuales, que son infértiles y no pueden procrear sus hijos, cumpliéndose para tal efecto, con determinadas condiciones previstas en la presente ley.

Artículo 2. Finalidad

Posibilitar que las parejas heterosexuales puedan procrear sus propios hijos, mediante la gestación subrogada y recurriendo a Técnicas de Reproducción Humana Asistida, respetando los parámetros precisados en la presente norma.

Artículo 3. Derecho

Las parejas heterosexuales infértiles, casados o convivientes, tienen derecho a acceder a los procedimientos de las técnicas de reproducción asistida en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Pública.

Artículo 4. Ámbito de Aplicación

La presente ley regula, la gestación subrogada, en el ámbito del territorio nacional, aplicable a parejas heterosexuales infértiles con imposibilidad biológica para procrear.

Capítulo II. Dilucidaciones de Definicionales

Artículo 5. Gestación Subrogada

Es una forma de maternidad subrogada, que conlleva derechos de las personas a la paternidad y maternidad y de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal sin riesgo de explotación y que el niño (a) no sea objeto de compraventa.

Artículo 6. Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Es un método de reproducción asistida que consiste en unir un óvulo y un espermatozoide en el laboratorio para crear un embrión, y posteriormente se podrá transferir al útero de la mujer.

Artículo 7. Infertilidad

Infertilidad es aquel problema que tienen las parejas en donde conciben, pero cuyos fetos no alcanzan viabilidad.

Artículo 8. Genética

La genética es una rama de la biología que estudia como los caracteres hereditarios se transmiten de generación en generación.

Título II. Gestación Subrogada

Capítulo I. Procedencia, Requisitos

Artículo 9. Procedencia

El procedimiento especial de gestación subrogada, procede siempre y cuando se presenten los siguientes supuestos:

- a) Que, la pareja solicitante sea heterosexual, peruanos o residentes, casados o con convivencia de hecho reconocida legalmente.
- b) Que, se haya demostrado la infertilidad, en el caso de la madre.
- c) Que, la fecundación in vitro se realice entre el óvulo y el espermatozoide de la pareja.
- d) La madre gestacional, debe ser una persona cuya edad sea entre 20 y 40 años y que esté dispuesta a apoyar a la pareja heterosexual.
- e) Que, tanto la pareja solicitante como la madre gestacional no tengan antecedentes penales ni de consumo de drogas o alcohol.
- f) Que, el acto jurídico de gestación subrogada se realice por un fin altruista.
- g) Que, exista consentimiento expreso de las partes involucradas.

Artículo 10. Requisitos

Para el procedimiento especial de gestación subrogada, el Juez de familia o el notario debe verificar los siguientes documentos:

- a) La partida de matrimonio de la pareja heterosexual
- b) La inscripción notarial o judicial de la convivencia

- c) La prueba científica que demuestre la infertilidad de la madre, en la pareja heterosexual, expedida por autoridad competente del Ministerio de Salud.
- d) La certificación que acredita no poseer antecedentes penales.
- e) La partida de nacimiento, que acredite la edad de la pareja solicitante y de la madre gestacional.
- f) El certificado médico, con una antigüedad no mayor de dos meses, que acredite el buen estado de salud de la pareja solicitante y de la madre gestacional.
- g) El compromiso de la pareja heterosexual de asumir todos los gastos de la gestación y el parto legalizado ante el notario público.

Capítulo II. Formalidades

Artículo 11. Acto Jurídico de gestación subrogada

El acto jurídico debe cumplir con las siguientes formalidades:

- a) Estar autorizado ante un juez o un notario publico
- b) Contener la manifestación de las partes de que el instrumento se suscribe sin ningún fin de lucro.
- c) El juez de familia o notario debe verificar en el registro del Ministerio de Salud que la madre subrogada no haya participado en esta práctica por lo menos hace diez años atrás.

Artículo 12. Integridad y Bienestar

Esta práctica de gestación subrogada, podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes, para asegurar la integridad del embrión (posteriormente el feto); así como el bienestar integral de la madre gestacional.

Artículo 13. Fideicomisos para el bienestar

El acto jurídico para la gestación subrogada, podrá establecer fideicomisos que garanticen el bienestar económico del menor en caso de fallecimiento de alguno de los padres subrogados.

Artículo 14. Rol del RENIEC

Esta práctica de gestación subrogada, una vez autorizada por el juez de familia o notario, deberá ser notificado en sus efectos al RENIEC, para que el estado del menor nacido mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogados.

Título III. Obligaciones del Personal Médico**Capítulo I. Obligaciones****Artículo 15. Responsabilidad del personal médico**

Los profesionales de la salud que realicen esta práctica médica informarán con detalle de las consecuencias médicas y legales de la implantación del embrión en el cuerpo de la madre gestacional.

Artículo 16. Deontología del personal médico

Los profesionales de la salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional y al código deontológico.

Artículo 17. Requerimiento de documentación

El médico tratante, deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplan con las formalidades, y requisitos legales y físicos.

Artículo 18. Prohibición de práctica médica

Ningún médico tratante realizará una implantación de embrión, sin que exista la autorización de un juez de familia o notario para la gestación subrogada.

Artículo 19. Sometimiento a la normatividad

Los profesionales médicos que realicen la práctica de la gestación subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta Ley y el Código Penal peruano.

Artículo 20. Procedimiento de verificación

El médico tratante que realice la implantación del embrión deberá certificar, que:

- a) La madre subrogada posee infertilidad, determinada científicamente, para llevar a cabo la gestación en su útero.
- b) La madre gestacional se encuentra en buen estado de salud.

Artículo 21. Examen médico

El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación, necesarios para verificar su salud física y mental óptima de la madre gestacional, para confirmar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto.

Artículo 22. Prohibición para ser madre gestacional

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser madre gestacional.

Artículo 23. Rol del o la Asistente Social

A la madre gestacional se le realizará una visita domiciliaria por la asistente social del hospital tratante, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable.

Artículo 24. Necesaria verificación

Verificar que la madre gestacional, no ha estado embarazada durante los 10 años previos a la implantación del embrión y que no haya participado en más de un procedimiento de gestación subrogada.

Artículo 25. Madre gestacional derechos y protección

A la madre gestacional, le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes peruanas, por tanto no serán objeto de discriminación por su condición.

Artículo 26. Tratamiento psicológico a la madre gestacional

La madre gestacional, deberá llevar un acompañamiento psicológico durante la etapa de gestación y durante la etapa del posparto, cuyos gastos deberán ser asumidos por los padres subrogados.

Título IV. Certificación del Nacimiento**Capítulo I. Certificado de Nacimiento****Artículo 27. Expedición de certificado de nacimiento**

El certificado de nacimiento es el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la madre gestacional, en el nacimiento del menor y que llenará el formato expedido para tal efecto por el Ministerio de Salud y que en este caso contendrá, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de reproducción o práctica médica, denominada gestación subrogada.

Artículo 28. Efectos de la gestación subrogada

Los efectos de la gestación subrogada, son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto. Para efectos legales, será necesaria la presentación del documento del Notario público o por el Juez de Familia, que autorizó dicho acto jurídico.

Título V. De la Nulidad y Sanciones

Capítulo I. De la Nulidad

Artículo 29. Nulidad

Es nulo el acto jurídico para la gestación subrogada, cuando:

- a) Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas.
- b) No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley.
- c) Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana.
- d) Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

Artículo 30. Nulidad y responsabilidades

La nulidad del documento no exime a los intervinientes, de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

Artículo 31. Acción de la Madre Gestacional

La madre gestacional, puede demandar civilmente a la madre y padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Artículo 32. Dolo e invalidez

El acto jurídico carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres subrogados, en cuyo caso podrán demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados.

Capítulo II. De las prohibiciones y Sanciones**Artículo 33. Prohibiciones**

Una vez realizado el acto jurídico, no podrán retractarse, la madre gestacional ni la pareja subrogada.

Artículo 34. Responsabilidad Civil y penal del Personal Médico

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la implantación de embriones sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen.

Artículo 35. Sanción por lucro o daño a la imagen

La madre gestacional, que desee adquirir un lucro derivado de la gestación subrogada practicada en su cuerpo, o pretenda obtenerlo en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de los padres subrogados, le serán aplicables las sanciones que se hayan previsto en el clausulado del acto jurídico y las disposiciones legales pertinentes.

3.1. Disposiciones Complementarias

PRIMERA. La presente ley, entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

SEGUNDA. El Jefe de la RENIEC deberá realizar, las adecuaciones correspondientes para incorporar la gestación subrogada y llevar a

cabo el registro correspondiente, que establece esta Ley.

TERCERA. El Jefe de la RENIEC deberá suscribir el convenio de colaboración correspondiente con el Ministro de salud y el Colegio de Notarios, a efecto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley.

CUARTA. Publíquese la presente ley en el Diario Oficial El Peruano, en cumplimiento del principio de publicidad.

CONCLUSIONES

1. La base teórica para positivizar la figura jurídica de gestación subrogada, es la teoría de la contribución genética que fundamenta a la maternidad subrogada, mediante la cual se considera padres a quienes aportaron con el material genético para la fecundación del bebé. Y la base doctrinaria para la regulación de esta figura son los derechos reproductivos tal como ha quedado establecido de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos engloban un abanico de derechos entre ellos el derecho a fundar una familia, el derecho a la vida privada, el derecho a la salud reproductiva, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
2. En la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia internacional, ya se ha venido legislando la figura jurídica de gestación subrogada, debido los problemas que originaba su práctica sin ninguna norma que lo regule. Así tenemos en Estados Unidos, Canadá, México y Reino Unido, países en los cuales dicha práctica, es solo con el fin altruista; y ha ayudado a varias parejas a cumplir con un sueño tan anhelado que deseamos todo ser humano, el deseo de padre y madre.
3. Es viable el uso de la figura jurídica de gestación subrogada, porque es una manera de contribuir a incrementar la natalidad, y ayuda a las parejas infértiles a ser padres genéticos y biológicos; y no solo a ser padres legales como es el caso de la adopción, el cual es un proceso largo que en algunos casos tarda años.
4. El conflicto jurídico que se presentan por la falta de regulación de la gestación subrogada, es respecto, a la filiación del niño nacido como consecuencia del uso de esta práctica, de igual modo, surgen conflictos derivados, con relación, a la madre subrogada que lleva a cabo el proceso de gestación, y una vez producido el nacimiento no quiere entregar al bebé a sus padres genéticos.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a la doctrina peruana y al Poder Legislativo, adoptar la teoría de la contribución genética que fundamenta a la maternidad subrogada; y como base doctrinaria los derechos reproductivos tal como ha quedado establecido de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos. Para fundamentar en ellos la positivización de la figura de gestación subrogada.
2. Se recomienda al Poder Legislativo, adoptar el modelo y postura de la legislación comparada, en donde se ha positivizado la práctica de la figura jurídica de gestación subrogada, admitiéndola cuando el único fin de la misma sea altruista, más no ninguna finalidad económica o lucrativa, puesto que de lo contrario se estaría impulsando al uso comercial de esta práctica, y con ello vulnerando el interés superior del niño.
3. Se recomienda al Poder Legislativo, promulgar una ley sobre gestación subrogada en el Perú, teniendo como base la propuesta legislativa desarrollada en el capítulo de discusión y análisis de resultados del presente trabajo de investigación. Para así brindar todas las garantías necesarias para que no se afecte el estado de salud de la madre subrogada y así como tampoco del concebido. Y se brinde la seguridad jurídica necesaria para todos los intervinientes de dicha práctica. Evitando así todos los inconvenientes que en la práctica se vienen generando.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABC (2018). *Argumentos a Favor y en Contra del Vientre de Alquiler*. Recuperado de https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-argumentos-favor-y-contra-vientre-alquiler-201603210240_noticia.html
- Acosta González M. (22 de junio de 2014). Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-vientre-s-70-mil-internet-332746>
- Chávez Miranda, G. (2009). *Texto de Derecho Genético*. Recuperado de <https://www.google.com/search?q=Chavez+Miranda%2C+Gerson.+Texto+de+Derecho+Genetico.+Universidad+Catolica+Los+Angeles+de+Chimbote.+Chimbote+%2C+2009.&oq=Chavez+Miranda%2C+Gerson.+Texto+de+De+recho+Genetico.+Universidad+Catolica+Los+Angeles+de+Chimbote.+Chimbote+%2C+2009.&aqs=chrome..69i57j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>
- Chiapero, S. M. (2012). *Maternidad Subrogada*. 1^{ra} Ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Congreso de la República del Perú. (2013). *Manual de Técnica Legislativa; Manual de Redacción Parlamentaria*. Recuperado de http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/Comisiones/files/enlaces/libro_mtl_y_mrp2013.pdf
- El Boletín. (2017). *El Altruismo en la Gestión Subrogada: Los casos de Canadá y Reino Unido*. Recuperado por <https://www.elboletin.com/noticia/151264/nacional/el-altruismo-en-la-gestacion-subrogada:-los-casos-de-canada-y-reino-unido.html>
- García, M., y Torres, D. (2018). *Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana*. (tesis de pregrado).

Universidad señor de Sipan. Pimentel, Perú.

Gonzales Pineda, B. (2015). *Maternidad Subrogada, Realidad Actual y Algunas Posibles Soluciones*. Recuperado por <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2309/1/González%20Pineda%20Borja.pdf>

Laban Cruz, B. (2017). *La legalización de la maternidad subrogada en el Perú, para garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil*. (tesis de pregrado). Universidad Cesar Vallejo. Trujillo, Perú. Recuperado de: <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/27645>

Lagos Correa, L. (2017). *“Por un acto de amor: ¿quién tiene un vientre solidario? aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú”*. (tesis de pregrado). Universidad Privada del Norte. Cajamarca, Perú.

Lalupu Sernaque, L. A. (2014). *Las Técnicas de Fecundación Artificial: Maternidad Subrogada y Dignidad Humana*. Lima, Perú: Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Lamm, E. (2018). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, España: ediciones de la Universidad de Barcelona.

Nuria Gonzales. R. (2018). *Vientres de Alquiler*. 1^{ra} Ed. Lima, Perú: Themis.

Paz Campuzano O. (03 de septiembre de 2018). Vientre de alquiler: caso de pareja de chilenos muestra un vacío legal. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/vientre-alquiler-caso-pareja-chilenos-muestra-vacio-legal-noticia-553484>

Piña Sempertegui, C. (2018). *Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada: propuesta normativa sobre subrogación gestacional altruista*. (tesis de pregrado). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Chiclayo, Perú. Recuperado de: <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/3282/BC-TES-TMP-2091.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Romero Coloma, A. M. (2016). *La Maternidad Subrogada a la Luz de Derecho Español*. Madrid, España: Dilex.
- Saavedra Pérez, S. (2017). *Aspectos Jurídicos Relevantes en la Maternidad Subrogada: Un Análisis a la Realidad Peruana*. (tesis de pregrado). Universidad Cesar Vallejo. Nuevo Chimbote, Perú. Recuperado de: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/10276/saavedra_ps.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Sastre Orosco, J. L. (2017). La Maternidad Subrogada como Derecho Humano y su Regulación en México. *Revista Hechos y Derechos*. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11242/13217>
- Vilar Gonzales. S. (2017). *Las sentencias de 27 de enero de 2015 y de 24 de enero de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Paradiso y Campanelli contra Italia' y la Vulneración del Derecho a la Vida Privada y Familiar en Materia de Gestación Subrogada*. Recuperado de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sentencias-27-enero-2015-716041849>