

**UNIVERSIDAD DE HUANUCO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**



**UDH**  
UNIVERSIDAD DE HUANUCO  
<http://www.udh.edu.pe>

**TESIS**

---

**“IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA REGULACIÓN EN LA  
MATERNIDAD SUBROGADA COMO PARTE DE UNA REALIDAD  
SOCIAL”**

---

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTOR: Salazar Chauca, Andrés Alejo**

**ASESOR: Zevallos Echegaray, Marco Manuel**

**HUÁNUCO – PERÚ**

**2020**



# U

### TIPO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

- Tesis ( X )
- Trabajo de Suficiencia Profesional ( )
- Trabajo de Investigación ( )
- Trabajo Académico ( )

**LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN:** Desarrollo de estudios en derechos sustantivos y procesales en constitucional, civil, penal, laboral, tributario, administrativo y empresarial

**AÑO DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN** (2018-2019)

### CAMPO DE CONOCIMIENTO OCDE:

**Área:** Ciencias Sociales

**Sub área:** Derecho

**Disciplina:** Derecho

# D

### DATOS DEL PROGRAMA:

Nombre del Grado/Título a recibir: Título Profesional de Abogado

Código del Programa: P33

Tipo de Financiamiento:

- Propio ( X )
- UDH ( )
- Fondos Concursables ( )

### DATOS DEL AUTOR:

Documento Nacional de Identidad (DNI): 06789854

### DATOS DEL ASESOR:

Documento Nacional de Identidad (DNI): 40365464

Grado/Título: Maestro en filosofía e investigación

Código ORCID: 000-0002-4156-5011

# H

### DATOS DE LOS JURADOS:

N°	APELLIDOS Y NOMBRES	GRADO	DNI	Código ORCID
1	Vidal Romero, Hugo Ovidio	Abogado	22474986	0000-0001-6103-6777
2	Leandro Hermosilla, Wilder Sherwin	Abogado	07637566	0000-0003-3760-6500
3	Cajusol Chepe, Hernán Gorin	Abogado	18069229	0000-0003-0741-5682



## ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Huánuco, siendo las 11:00 horas del día TRECE del mes de NOVIEMBRE del año dos mil veinte, en cumplimiento de lo señalado en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad de Huánuco, se reunieron la sustentante y el Jurado calificador mediante la plataforma virtual Google meet integrado por los docentes:

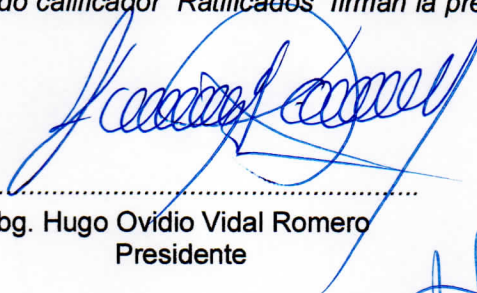
Abg. Hugo Ovidio Vidal Romero	:	(Presidente)
Abg. Wilder S. Leandro Herмосilla	:	(Secretario)
Abg. Hernán G. Cajusol Chepe	:	(Vocal)


Nombrados mediante la Resolución N° 727-2020-DFD-UDH de fecha 09 de noviembre de 2020, para evaluar la Tesis intitulada "**IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA REGULACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO PARTE DE UNA REALIDAD SOCIAL**", presentado por el Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas **Andrés Alejo SALAZAR CHAUCA** para optar el Título profesional de Abogado.

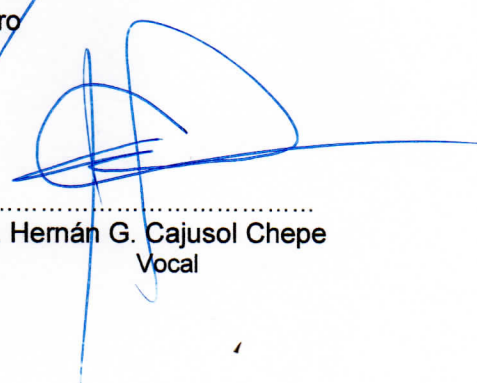
Dicho acto de sustentación se desarrolló en dos etapas: Exposición y Absolución de preguntas; procediéndose luego a la evaluación por parte de los miembros del jurado.

Habiendo absuelto las objeciones que le fueron formuladas por los miembros del jurado y de conformidad con las respectivas disposiciones reglamentarias, procedieron a deliberar y calificar, declarándolo (a) APROBADO por UNANIMIDAD con el calificativo cuantitativo de 13 y cualitativo de SUFICIENTE

Siendo las 12:00 horas del día TRECE del mes de NOVIEMBRE del año ..... los miembros del jurado calificador Ratificados firman la presente Acta en señal de conformidad.

  
.....  
Abg. Hugo Ovidio Vidal Romero  
Presidente

  
.....  
Abg. Wilder S. Leandro Herмосilla  
Secretario

  
.....  
Abg. Hernán G. Cajusol Chepe  
Vocal

**RESOLUCIÓN N° 727-2020-DFD-UDH**  
**Huánuco, 09 de noviembre de**  
**2020**

Visto, el ID 274844-0000000087 de fecha 02 de noviembre de 2020 presentado por el bachiller **Andrés Alejo SALAZAR CHAUCA**, quien pide fecha y hora de sustentación de tesis, llevado a cabo en el Ciclo de Asesoramiento para la Tesis profesional intitulado **“IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA REGULACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO PARTE DE UNA REALIDAD SOCIAL”**, para optar el título profesional de abogado;

**CONSIDERANDO:**

Que, el Art. 14° numeral 1 del Reglamento de Grados y Títulos del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas vigente para el caso determina las diversas modalidades al cual el Graduando puede acogerse para obtener el Título Profesional de Abogado.

Que, mediante Resolución N° 292-2015-R-CU-UDH de fecha 16 de marzo de año 2015 se crea el ciclo de Asesoramiento para la tesis profesional- CATP/DERECHO del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas, en atención al Art. 36 del Reglamento General de Grados y Títulos de la UDH;

Que, mediante Resolución N° 107-2016-DCATP-UDH que declara **APROBAR** el Proyecto de Investigación intitulado **“IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA REGULACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO PARTE DE UNA REALIDAD SOCIAL”** presentado por el bachiller **Andrés Alejo SALAZAR CHAUCA**, del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas de la UDH;

Que, mediante Informe S/N de fecha 29 de agosto de 2016, el Mg. Marco Manuel Zevallos Echegaray Asesor del Proyecto de Investigación **“IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA REGULACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO PARTE DE UNA REALIDAD SOCIAL”**, aprueba el informe final de la Investigación;

Que, en cumplimiento al Art. 29 del Reglamento de Ciclo de Asesoramiento para la Tesis Profesional del Programa Académico de Derecho y CC.PP vigente para el caso y a mérito del documento de visto, es pertinente emitir la Resolución de Jurado y señalar fecha y hora para su Sustentación;

Estando a lo dispuesto en el Art. 44° de la Nueva Ley Universitaria N° 30220; Inc. n) del Art. 44° del Estatuto de la Universidad de Huánuco; Reglamento de Grados y Títulos aprobado con Resolución N° 466-2016-R-CU-UDH del 23 de mayo de 2016 y la facultad que indique;

**RESOLUCIÓN N° 727-2020-DFD-UDH**  
Huánuco, 09 de noviembre de  
2020.

**SE RESUELVE:**

**Artículo Primero.** - **DESIGNAR** al Jurado Calificador para examinar al Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, don **Andrés Alejo SALAZAR CHAUCA**, para obtener el Título Profesional de **ABOGADO** por la modalidad de Trabajo de Investigación Científica (Tesis), llevado a cabo en el Ciclo de Asesoramiento para la Tesis profesional; a los siguientes docentes:

Abg. Hugo Ovidio Vidal Romero	: Presidente
Abg. Wilder S. Leandro Herмосilla	: Secretario
Abg. Hernán G. Cajusol Chepe	: Vocal

**Artículo Segundo.** - Señalar el día viernes 13 de noviembre de 2020 a horas 11:00 a.m. dicha Sustentación publica de manera virtual.

Regístrese, comuníquese y archívese.



UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
DECANO

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
*Fernando Corcino Barrueta*  
Dr. FERNANDO CORCINO BARRUETA  
DECANO

## **DEDICATORIA**

A Dios por darme el aliento, salud y motivación para seguir adelante siempre  
y comprender que cada día es un nuevo comienzo.

A mi Madre Mercedes soporte de mis anhelos y orgullosa en silencio de mis  
logros.

A mi Padre que descansa cual guerrero en el cielo.

A mi hijo Favio Alessandro ahora gran compañero y luz de mis ojos.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Lic. Luz por su valiosa ayuda y gran amistad.

Al Dr. Echegaray por su notable asesoría en el presente trabajo.

A mi familia por la tolerancia, apoyo y buen humor.

A mis compañeros por los buenos ánimos en seguir adelante a pesar de las dificultades y su ayuda prestada.

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	II
AGRADECIMIENTO .....	III
ÍNDICE.....	IV
ÍNDICE DE CUADROS.....	VII
ÍNDICE DE TABLAS .....	VIII
ÍNDICE DE GRÁFICOS .....	IX
RESUMEN .....	X
ABSTRACT.....	XI
INTRODUCCIÓN .....	XII
CAPITULO I.....	14
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	14
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA .....	14
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	17
1.3 OBJETIVO GENERAL.....	17
1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	17
1.5 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.5.1 Justificación Teórica .....	18
1.5.2 Justificación Metodológica.....	18
1.5.3 Justificación Práctica.....	19
1.6 LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN .....	19
1.6.1 Limitación Espacial.....	19
1.6.2 Limitación Documental .....	19
1.6.3 Limitación Temporal .....	20
1.6.4 Recursos .....	20
1.7 VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN .....	20
CAPITULO II.....	21
MARCO TEÓRICO .....	21
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	21



2.1.1 Antecedentes Internacionales .....	21
2.1.2 Antecedentes nacionales .....	24
2.1.3 Derecho Comparado .....	27
2.2 BASES TEÓRICAS .....	35
2.2.1 Fundamento teórico de la vida humana y su inicio.....	35
2.2.2 Fundamento teórico de la infertilidad .....	36
2.2.3 Fundamento teórico en técnicas de reproducción asistida.....	37
2.2.4 Fundamento teórico sobre la maternidad subrogada .....	39
2.2.5 Fundamento teórico sobre la filiación .....	42
2.2.6 Bases Legales .....	44
2.3 DEFINICIONES CONCEPTUALES .....	46
2.4 HIPÓTESIS .....	48
2.4.1 Hipótesis General .....	48
2.4.2 Hipótesis Específicas .....	48
2.5 VARIABLES .....	48
2.5.1 Variable independiente .....	48
2.5.2 Variables dependientes .....	48
2.6 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	49
CAPITULO III .....	50
METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION.....	50
3.1 METODO Y DISEÑO .....	50
3.1.1. Método de investigación.....	50
3.1.2. Diseño de investigación.....	50
3.2. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	51
3.2.1.Tipo de investigación.....	51
3.2.2. Nivel de investigación.....	51
3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA .....	51
3.3.1. Población.....	51
3.3.2. Muestra .....	52
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN .....	52
3.4.1. Para la recolección de datos .....	52
3.4.2. Para la presentación de datos .....	53

CAPITULO IV.....	54
RESULTADOS.....	54
4.1. PROCESAMIENTO DE DATOS.....	54
4.1.1. Resultados de la encuesta .....	55
4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	63
4.2.1 Hipótesis general.....	63
4.2.2. Hipótesis específicas .....	64
CAPITULO V.....	65
DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	65
5.1. PRESENTAR LA CONTRASTACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO CON LOS REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS DE LAS BASES TEÓRICAS. ....	65
5.2. PRESENTAR LA CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL EN BASE A LA PRUEBA DE HIPÓTESIS. ....	67
CONCLUSIONES .....	69
RECOMENDACIONES.....	70
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71
ANEXOS .....	73

## ÍNDICE DE CUADROS

OPERACIONALIZACION DE VARIABLES .....	49
---------------------------------------	----

## ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1 .....	55
TABLA 2 .....	56
TABLA 3 .....	56
TABLA 4 .....	57
TABLA 5 .....	58
TABLA 6 .....	59
TABLA 7 .....	59
TABLA 8 .....	60
TABLA 9 .....	61
TABLA 10 .....	62

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRAFICO 1.....	55
GRAFICO 2.....	56
GRAFICO 3.....	57
GRAFICO 4.....	57
GRAFICO 5.....	58
GRAFICO 6.....	59
GRAFICO 7.....	60
GRAFICO 8.....	61
GRAFICO 9.....	62
GRAFICO 10.....	63

## RESUMEN

Esta investigación denominada “Implicancias Jurídicas de la Regulación en la Maternidad Subrogada Como Parte de una Realidad Social”, Tiene como objetivo dejar sentadas las implicancias de una futura regulación tanto en su elaboración hacia la aceptación o negación a través de parámetros posibles y sustentables.

Se analizó derechos que se verían vulnerados o modificados, pero en una realidad donde la sociedad cada vez tiene acceso a nuevos adelantos tecnológicos, en este caso particular las TRAS refuerzan el valor de tener en cuenta una modificatoria o nueva legislación de acuerdo a estos avances.

El método de investigación es inductivo, el nivel de investigación es exploratorio, y tipo de investigación es básico. La muestra fue realizada 30 personas administradoras de justicia se le aplico la técnica de la encuesta.

Finalmente, se pudo comprobar que existirán implicancias jurídicas en una futura regulación acerca de la maternidad subrogada parte de las TRAS.

**PALABRAS CLAVES:** Maternidad Subrogada, TRAS, Maternidad Juridica, Reproducción asistida.

## **ABSTRACT**

This research entitled "Implications Juridical of Regulation in the Surrogacy as part of a Social Reality", it aims to lay down the implications of future regulation in terms of formulation to acceptance or denial through possible parameters.

rights would be violated or modified analyzed, but in a reality where society increasingly have access to new technological developments, in this particular case the TRAS reinforce the value to consider an amending or new legislation according to these developments.

The research method is inductive, the level of research is exploratory and basic research is. The sample was held 30 people administering justice was applied in the survey technique.

Finally, it was found that there will be legal implications for future regulation on surrogacy part of the TRAS.

**KEY WORDS:** Surrogacy, TRAS, Legal Maternity, Assisted Reproduction.

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación titulada: “Implicancias Jurídicas de la regulación de la Maternidad Subrogada como parte de una realidad social”, tuvo como objetivo determinar la conexión entre ambos enunciados, teniendo presente las opiniones de operadores de justicia del cono norte, obtenidos el 2015.

La presente investigación consta de cinco capítulos:

En el Capítulo I: Problema de Investigación, describimos la problemática del uso cada vez más comúnmente de esta tecnología médica como parte de una realidad social y las implicancias en el ámbito jurídico de su regulación futura, formulamos los problemas por resolver, planteamos los objetivos a buscar oportunamente, la justificación, las limitaciones y la viabilidad de la investigación.

En el Capítulo II: Marco Teórico; comentamos los documentos encontrados que respaldan la investigación vinculados a las implicancias de carácter jurídico en el tema a exponer, los fundamentos que sostienen las variables, los cimientos validos que regulan el problema, la citación de términos básicos explicados en la investigación, definimos la hipótesis e identificamos las variables y su correspondiente operacionalización.

En el Capítulo III: Materiales y Métodos; desarrollamos el método, la forma del diseño, los alcances del tipo y nivel de la investigación. Así como la población, muestra, técnicas y los instrumentos utilizados para la recolección de dato. También dejamos muestra de la forma, gastos y dificultad para conseguir los datos obtenidos.

En el Capítulo IV: Resultados; mostramos el análisis, así como la interpretación de los resultados, se analiza los resultados obtenidos por cuestionario aplicado, resumen de resultados y su método de validación.



En el Capítulo V: Discusión de Resultados; Presentamos un resumen, análisis y tratamos de interpretar el estudio realizado en el campo, dirigido por nosotros y obtenido de los informantes además de la comparación de las hipótesis.

Finalizo presentando las Conclusiones, Recomendaciones, Fuentes de Información y Anexos (Matriz de consistencia, operacionalización de las variables y encuesta).

# CAPITULO I

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La historia del problema de la no-concepción o esterilidad llevan tanto tiempo como la historia humana. En épocas antiguas en algunas sociedades, al hombre-varón, se le permitía desposar otra mujer si con la presente no podía engendrar niño alguno. En tiempos helénicos, la esterilidad la consideraban ira de los dioses. En ese punto de la historia la mujer fue discriminada por cuestiones biológicas al no poder engendrar.

Actualmente la tecnología médica hace posible que la mujer realice el proceso de gestación de un bebe cuyos genes pertenecen a otra mujer. Lo que se podría conocer comúnmente como "alquilar un vientre" para realizar la gestación. El proceso de fecundación asistida, es una realidad presente entre nosotros y fuertemente presente entre nosotros desde hace 20 años, muchos países han logrado su regulación enfrentando esta realidad de diferente manera. Teniendo presente que la finalidad es ayudar a las personas a tener hijos ayudados por los adelantos tecnológicos de la medicina. Mucha gente se manifestó en contra de esta tecnología que ayuda, sosteniendo la no interferencia en el proceso de una gestación, dejando de lado cualquier interferencia contra las leyes naturales. El derecho evoluciona constantemente y la parte civil en este caso especialmente el derecho familiar queda frente a estos acontecimientos que cambian muchos aspectos anteriormente contemplados en cuanto al matrimonio y la filiación.

Esta evolución, merece un pronunciamiento actualizado, dinámico y que sea de utilidad a las realidades que se presentan y se plantean,

siendo necesidad una visión multidisciplinar, teniendo en cuenta que los aspectos jurídicos no pueden estar separados del aspecto médico y ético. Optar para desarrollar una familia por la maternidad subrogada ya se convirtió en una realidad en el país y también fuera de nuestras fronteras.

En base a lo anteriormente escrito, y las limitadas informaciones históricas y de procesos judiciales que tengan como tema esta modalidad de filiación, es necesaria mostrar las posiciones y desarrollo jurídico de otras naciones frente a esta realidad que esta entre nosotros.

De allí la importancia del presente trabajo investigativo titulado: "IMPLICANCIAS JURIDICAS DE LA REGULACION EN LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO PARTE DE UNA REALIDAD SOCIAL", que analiza los efectos y posibles resultados de un desarrollo legislativo con relación a esta tecnología médica; la investigación comienza analizando definiciones de: Maternidad subrogada, Ovulo, Embarazo, Parto, Niño-Niña, Código Civil; dentro del marco doctrinario se analiza: La maternidad subrogada.- Antecedentes, Clases de maternidad subrogada, El principio Mater Semper Certa Est frente a la maternidad subrogada por sustitución en la gestación, la posición temática frente a este tipo de maternidad, Realidades y retos de la maternidad subrogada dentro de la ley peruana; así también se analiza jurídicamente el tema con respecto a la Constitución del Perú, Código Civil, Tratados y Pactos Internacionales en Relación al tema; y, desde el derecho a comparar con legislaciones de Brasil, Canadá, Costa Rica, Estados Unidos de América, con el objetivo puntual de armonizar la normativa en relación a este tipo de maternidad; tomando los referentes teóricos y la correspondiente investigación realizada en campo se ha determinado que:

El llamado "vientre de Alquiler" viene a convertirse actualmente en una opción a tomar en cuenta como solución a los problemas de reproducción, debido a que permite con ayuda de la tecnología tener descendencia con genes propios, dando en preferencia de las

personas antes de tramitar una adopción. Sin embargo, nuestras normas jurídicas no contemplan aun estas nuevas realidades ni mucho menos sus efectos dentro del campo jurídico, justamente el ligado a la filiación. Dentro del Código Civil peruano, no existe norma expresa que determine el hecho esencial para otorgar la figura de madre o padre de una persona, pese a esto se deduce que madre es la persona atendida por el obstetra o partera y por añadidura legal, padre es quien se encuentra casado con la progenitora o quien en acto de voluntad lo ha reconocido como suyo.

Hoy, las ciencias médicas han dado grandes pasos, y hombre se vuelve parte de esta revolución genética y tecnológica. El desarrollo dinámico y reiterado de la ciencia que se realizan en estos tiempos son apresurados. En el caso peruano, la legislación sobre esta materia no ha ido a la misma velocidad por el contrario se están desplegando de forma no adecuada y lenta.

Lamentablemente en el país la falta de regulación sobre el tema deriva en una práctica de esta tecnología en forma clandestina o sin control lo que significa que no se pueden realizar registros o estudios estadísticos, a la postre que si se conocen de su oferta y ofrecimiento, dejándose sentir efectos y riesgos en diferentes campos de orden médico, ético y sobre todo legal, al manifestarse un caso de esta naturaleza, pocas son las armas legales para realizar una eficaz resolución del caso.

Existiendo el tema de la maternidad del tipo biológico, también de forma genética y se muestra otra figura de la maternidad de deseo, la interrogante a responder es sobre el valor de cada uno de los actores en esta subrogación, quien obtendrá la calidad legal de madre o padre; o si es válido desarrollar en nuestro país los contratos de subrogación materna.

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1 Problema general**

¿Qué implicancias jurídicas resultarían de regularse la maternidad subrogada por nuestra legislación, al tratarse de una realidad social?

### **1.2.2 Problemas secundarios**

A. ¿Cuáles son los factores que impiden o limitan la legislación sobre la maternidad subrogada?

B. ¿Se resolverán más rápidamente los conflictos y controversias sobre maternidad subrogada con legislaciones explícitas sobre este tema?

## **1.3 OBJETIVO GENERAL**

Determinar las implicancias jurídicas que resultaría de regularse la maternidad subrogada por nuestra legislación, al tratarse de una realidad social

## **1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

A. Realizar un análisis jurídico de casos de maternidad subrogada y la necesidad de regularla dentro del Código Civil.

B. Determinar que la tecnología médica de la subrogación es una de las alternativas de procreación humana asistida utilizada por miles de parejas alrededor del mundo.

## **1.5 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.5.1 Justificación Teórica**

Este hecho por su origen y por la influencia que desencadena y se impone a la sociedad es de gran relevancia, puesto que brinda a las personas que no pueden traer al mundo un hijo por la forma natural, la oportunidad de concebir un hijo biológico con la ayuda de una tercera persona, o sea rentando el vientre de un ser humano femenino para llevar a cabo un proceso de gestación con el deseo de otros padres, por cuanto la parte femenina medicamente está imposibilitada de hacerlo.

La posible regulación para una inseminación in vitro en un vientre de alquiler ayudará a cubrir los vacíos legales dentro de las leyes peruanas, sustanciando y dictaminando nuevas resoluciones legales a la exigencia nueva de controversias como el negocio clandestino lucrativo, esto resultaría de una puesta en dialogo abierto con las diferentes instituciones encargadas de velar por el bien de la persona humana.

### **1.5.2 Justificación Metodológica**

La elaboración y consultas en esta investigación favorecerá efectivamente en el ámbito social especialmente a los ciudadanos que tengan problemas de fertilidad y que estén interesadas a elegir esta tecnología para tener hijos, para tener en cuenta los beneficios y las dificultades que puedan surgir, esta además nos dará a conocer el impacto de una posible regulación.

### **1.5.3 Justificación Práctica**

La posibilidad de una normativa jurídica que modere este proceso biotecnológico de paternidad en el país, desencadenara efectos de diferente índole dependiendo de cada punto de vista; además de darle marco legal a esta práctica para evitar que se desarrolle en la clandestinidad e ilegalidad; y además determinar el procedimiento aplicable y pertinente en los diferentes conflictos que puedan suscitarse, tomando como ejemplo las legislaciones más avanzadas al respecto en los países del Primer Mundo.

## **1.6 LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

En el desarrollo de la investigación aparecen una serie de obstáculos que se ha ido superando a lo largo del presente trabajo. De los cuales se mencionan algunos de ellos.

### **1.6.1 Limitación Espacial**

Las instituciones tienen mucha información en materia educativa y cultural acerca de todo lo general a la diversidad del tema de maternidad subrogada, pero reinciden en material médico, sociológico y psicológico, entre ellos:

- A. Sede de Justicia del Cono Norte
- B. INABIF
- C. Laboratorios DCREAR

Su agradecimiento por acceder a las entrevistas.

### **1.6.2 Limitación Documental**

Existe poca información además oficinas de abogados especializados y legislación en tema de biotecnología también se tomó apreciaciones de casos citados.

### **1.6.3 Limitación Temporal**

El tiempo para las entrevistas para responder a las encuestas es limitado por las cargas propias de su trabajo.

### **1.6.4 Recursos**

La parte económica que influyo bastante fue limitada.

## **1.7 VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN**

Este trabajo resulta viable, por cuanto el problema formulado y su realidad reúnen las condiciones necesarias para poder asegurar el objetivo trazado para el desarrollo investigativo.



## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

Para la realizar este trabajo investigativo se tuvo como antecedentes trabajos y casos previos de diferentes autores que van en la misma línea de una legislación que empiece por enmarcar específicamente el tema de esta tecnología médica, entre estos:

##### **2.1.1 Antecedentes internacionales**

###### **A. Caso Gestación por Subrogación - Fiscalía del TSJ Cataluña – España 09 – FEB – 2009**

La figura de la gestación por subrogación no está contemplada en el compendio de leyes española, así que es negativamente posible tener un hijo por esa vía en ese país ibérico.

Conglomerados de ideas éticas, religiosas determinaron que se prohibiera este tipo de ayuda científica en la legislación española, sin embargo, no todo es negativo, lo que si se admite es la inscripción y reconocimiento de los nacidos a través de esas técnicas previa aportación de la documentación y la acreditada sentencia.

Muchos solicitan y están de acuerdo en la permisión de estas técnicas médicas de ayuda a la gestación, con diversos argumentos, citando el derecho a procrear y como solución a las dificultades de las parejas infértiles. El tema complicado y casi

desierto se centra en lo que pasaría cuando los padres rompen relaciones, ¿cuál sería el destino de los hijos engendrados por esta modalidad? Y de esa forma se presentan diversas variantes de casos que podrían ocurrir.

El caso a citarse es acerca de primar el beneficio de una menor que se debe proteger a raíz de la disolución de la pareja conformada por Marta O. y el sr. Jaime P., estos habían formado una pareja desde fecha 2006 hasta postrimerías del 2010. Teniendo en cuenta que marta estaba divorciada y tenía dos hijos fruto de su anterior unión.

Marta O. y Jaime P. habían sido pareja sentimental desde el 2.006 hasta el 2.010. Marta estaba divorciada y tenían dos hijos de su anterior relación.

Por su parte Jaime ciudadano de estado civil de soltero y sin hijos. Marta venía de sufrir de cáncer de mama sin embargo omitió el tratamiento preventivo con el afán de inseminarse de forma artificial el año 2007, con la idea de tener un hijo común con su pareja Jaime, esta resulto fallida.

Posteriormente dado el anhelo de tener descendencia de ambos Jaime y Marta, y la imposibilidad de marta en obtener una gestación, contratan una madre sustituta en EEUU, el cual funciona y logran tener una hija en el año 2010. Nacida la hija se rompe la unión de pareja entre ambos, Jaime inscribe a la hija de ambos como solo de él en EEUU. A la vez que logra realizar lo mismo en España, también como hija solo de él.

El año 2012 marta interpone una demanda pidiendo un régimen de visitas para poder visitar a la niña, alegando que es la madre de esta. Jaime muestra negativa al pedido, contestando en su manifestación que la niña era solo un proyecto de él, además de mostrar que el contrato de gestación subrogada solo esta con el nombre suyo, además que el registro civil español solo tiene sus datos consignados y dejo notar su criterio de que una visita

de marta a la menor solo permitirá una confusión de roles para la menor.

El juzgado en primera instancia logra resolver, a la presentación de las pruebas en la que consta una pericial psicológica tomada a ambas partes, una serie de datos aportados por la parte demandante en los que se indica que el nacimiento de la pequeña mediante este método era una voluntad y también era un proyecto de ambos. Entre otros documentos, decide otorgar un régimen de visitas a Marta, llegando a manifestar que efectivamente el nacimiento de la niña era un proyecto de ambas personas.

#### **B. Caso Mennesson c. France - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - (n.º 65192/11)**

Por primera vez, el TEDH ha debido pronunciarse sobre el alcance y la trascendencia en el regulación y acceso permitido de la filiación producto de la gestación por sustitución. En dos sentencias similares, cuyos fundamentos jurídicos en buena parte coinciden, el mencionado tribunal reitera que el interés supremo del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el proceso de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación sustituta que pueda haber en el lugar o país en que residen los padres intervinientes de intención y donde próximamente residirá el propio menor. En ambos casos, se presentaban matrimonios ya conformados originarios de Francia que ante la prohibición en su país de la gestación por vía de la sustitución tuvieron que recurrir a los estados de California y Minnesota en Norte América cuya práctica es legal. En ambos casos la parte genética (semen) fue aportado por ambos padres en cambio el ovulo si procedía de donante.

Casúísticamente, mientras que en EEUU lugar de nacimiento de los niños, los padres eran legalmente sus padres, en su país, se les impidió el acceso al Registro Civil Francés. Pese a ello pueden vivir en el país como una familia común, eso sí llevando claro que no lograron ser reconocidos con ciudadanía del país. El tribunal europeo de derechos humanos, indica que un tema de denegación de inscripción en el registro civil acerca de estos niños, va totalmente en contra del ART 8 parte de la CEDH. El cual reconoce y demanda el derecho de todo niño a desarrollar libremente su vida privada, que obviamente se ve vulnerada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y los derechos que se derivan de la misma.

Más aun cuando los niños son hijos biológicos según recalcan ambas sentencias, creándose una contradicción legal y vulnerando un derecho elemental.

### **2.1.2 Antecedentes nacionales**

#### **A. Primer caso de maternidad subrogada cursado por la corte suprema de justicia del Perú. CASACIÓN N<sup>a</sup> 563-2011-LIMA.**

Presentamos el comentario realizado de oportunidad, de 6 de diciembre de 2011, supone la primera resolución de la Corte Suprema en relación con casos de subrogación gestacional. La importancia de esta decisión radica en el precedente que el Alto

Tribunal peruano ha creado sobre el delicado tema de la maternidad subrogada.

La deliberación dada trata acerca del caso de un matrimonio entre una pareja Dina y Giovanni y su encargo a una mujer Isabel para gestar en su vientre a un niño, el cual debía ser entregado a la pareja tras el nacimiento, llegando a este punto por una transacción que la pareja abono a la gestante, alto monto que la pareja cancelo en su totalidad. La fecundación del niño se realizó con el espermatozoides del esposo, entonces biológicamente, la niña nacida es hija del Giovanni y de la madre de alquiler. Después del nacimiento de la menor la gestante biológica y su pareja asentaron la paternidad dejando de lado al padre sanguíneo.

El asunto lleva aire de complicación al ser el demandante pariente de la mujer biológica gestacional.

A los nueve días de nacida, fue entregada a los esposos contratantes. Éstos fueron recomendados a iniciar un proceso de adopción por excepción - Art. 248 Código de los Niños y Adolescentes – con el fin de constituir una filiación a su favor, sin embargo, la madre biológica gestacional y su conviviente desisten en finalizar el proceso de adopción.

Pese a la negativa de la madre biológica, en primera y posteriormente en una segunda instancia se declaró fundada la demanda de adopción por excepción a favor de la pareja demandante. Seguido a esta situación, la madre biológica portadora y su conviviente interponen el recurso de casación. Alegando:

a) transgresión del Art. 115 CNA, por no proceder la adopción debido a que el - padre adoptante era a la vez el padre biológico - de la menor;

b) infracción del Art. 128 CNA - inciso b, porque la adoptante, presunta tía demandante, D.F.P.Q, no guardaba ningún

parentesco con la menor. Ello a causa de que el padre legal, P.F.P.C, familiar de dicha adoptante, no era el padre biológico;

c) infracción del artículo 378 Código Civil, incisos 1 y 5, debido a que los adoptantes carecían de solvencia moral.

La Corte Suprema determinó que todas las causales carecían de sustento. Entendió que sí procedía la adopción porque la paternidad que figuraba en la partida de nacimiento era la del conviviente de la madre biológica. Por tanto, éste era el padre legal de la niña y, en consecuencia, la demandante, la tía de la menor. También, se estableció la existencia de un conflicto entre el interés superior de la menor a tener un hogar y el derecho de los padres a ejercer la patria potestad. Ante esta contrariedad, y basado en el comportamiento de la madre biológica gestante y su pareja - dispuestos en un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero - resolvió que había de primar el interés superior de la menor a que continúe viviendo con los demandantes padres en deseo de concepción, quienes, sostuvo el Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado. Por lo que, concluyó, “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial”. Por estos motivos, declaró infundado el recurso de casación.

Esta sentencia plantea una de las formas que pueden ocurrir sobre este interesante tema de actualidad que este trabajo desea presentar, las técnicas de fecundación artificial, la gestación por sustitución, y los problemas que se pueden generar, en especial, en la determinación de la filiación y en interés superior del menor ante la sociedad.

## **B. Ley general de salud Nro. 26842 – Limitaciones y vacíos.**

Artículo 7. Todo el artículo completo.

Tal como se aprecia en el contenido de esta ley general, de darse una regulación en la maternidad subrogada, también se aplicarían cambios en el texto de esta misma que den precisiones dentro del marco legal acordado.

Variaría la condición de madre genética y de madre gestante orientándose a presencias de más personas dentro de un proceso de fertilización, implantación y gestación.

### **2.1.3 Derecho Comparado**

Se presenta una visión general en el mundo de las diversas situaciones que abarcan las leyes de los distintos países en cuanto al tema de la tecnología biomédica.

#### PAISES QUE PROHIBEN LA MATERNIDAD SUBROGADA:

##### ALEMANIA

La Ley alemana, tiene deja en claro a través de su legislación, el castigo a pena de prisión o multa la fecundación de un ovulo para ser trasladado a otra mujer ajena.

Los actores inmersos en esta acción y los terceros favorecidos y participes también son castigados y les alcanza la legislación.

Manejan también una Ley de Protección del Embrión

Cuyo Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

Deja en claro muchas variantes que en esta modalidad de maternidad se pueden dar.

Como podemos observar la legislación alemana tiene una estricta prohibición, a realizar técnicas de inseminación médica, con la finalidad de concertar una subrogación materna, aunque a la

madre prestante no se le castigue, a los profesionales que practiquen esta técnica si se les impone una pena.

Además, el Congreso Médico alemán establece que la maternidad por subrogación debe prohibirse por los peligros que conlleva para el niño y porque a futuro podría generar la negociación desmedida de la fertilización artificial y de la transferencia de embriones

### HOLANDA

En este país un contrato de subrogación materna es nulo, por ser ilícito el origen de ese tipo de contrato, contrario al orden público y a la moral. (tiene que ver la contraprestación del servicio que negocia los montos de dinero).

Este país trata de bloquear la comercialización en estos fines biotecnológicos, porque se generaría una violación al orden público y la moral y si lo interpretamos en sentido contrario, Se puede decir que si se realiza en forma altruista si se permitiría un contrato así. Ya dejaría de existir la causa ilícita.”

### ESPAÑA

España acorde con la Ley 35 promulgada en 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida, es considerada como el primer país europeo en emitir un tipo de Ley que regula, de manera sistemática, la inseminación y la fecundación artificial. También debemos considerar que en Suecia en 1985 también se dictó una ley expresa sobre inseminación artificial.

España se privilegia de ser uno de los países – pocos en realidad – que regulan la subrogación materna. Emitieron un informe de una comisión especial de estudio de estos tipos de fecundación e inseminación artificial. Este contiene estas tres recomendaciones, que a continuación se transcriben.

Recomendación Nro.115, “Deberá prohibirse la gestación por sustitución en cualquier tipo de circunstancia”.



Recomendación Nro.116, “Deberán ser sujeto de sanción penal del tipo que procediera, las personas participes de un contrato de gestación, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que la realicen”.

Recomendación Nro.117, “Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios biomédicos o servicios tecnológicos en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución”.

Así, admitiendo el avance científico y sus posibilidades, constata su aplicación positiva a la dificultad de la esterilidad humana, en caso que otros métodos sean inapropiados para su logro. No obstante, además de expresar esta visión ciertamente alentadora del progreso científico, se pone en conocimiento y se presenta la inquietud e incertidumbre que este género de prácticas representa socialmente y para la humanidad, puesto que no sólo van a poder aplicar como remedio a la infertilidad humana, sino que también, y aquí reside la alarma generada, pueden utilizarse para la multiplicación genética, con las consecuencias derivadas y los abismos que se pueden abrir.

#### PAISES QUE REGULAN Y PERMITEN LA MATERNIDAD SUBROGADA:

##### BRASIL

No poseen una legislación específica; sin embargo el consejo federal de medicina de su país se pronunció sobre diferentes tópicos que dan algunos destellos de claridad en alguna controversia derivada de estos casos, como por ejemplo: Resolución CFM n 1.358/del años 92 del Consejo Federal de Medicina, nos dice en la sección VII Sobre la gestación de sustitución donde, las clínicas, centros médicos o servicios de reproducción humana y biotecnología podrán crear una situación de gestación de sustitución, siempre y cuando exista un problema

médico que impida o contraindique la gestación por parte de la portante genética.

En este caso particular, la madre que recibirá el ovulo deberá tener lazo familiar con la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; otros casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Brasileño Regional de Medicina. De acuerdo a la resolución. Es necesario subrayar, que se prohíbe expresamente cualquier carácter de lucro en esta práctica.

### INDIA

En este país el tema de la maternidad de alquiler nos muestra lo barato que es acceder a la misma y las leyes son flexibles desde 2002. En el año 2008, la Corte Suprema de este país sentenció que el carácter comercial de este tema estaba permitido en este país. Cabe decir, que es uno más de los países por la pobreza mayoritaria de su sociedad y además que se ha aprovechado la laxidad de su legislación en este caso - materia para abusar de esta práctica conocida internacionalmente.

Convirtiéndose en un “paraíso” de la subrogación en maternidad dado que parejas con poder y dinero, contratan, monitorean y recogen hijos en vientres subrogados sin medidas de seguridad o políticas que impiden tal liberalidad.

### RUSIA

Este país es otro de los pocos países donde la legislación permite el alquiler de vientres.

El código de familia es el que rige los aspectos legales, sobre todo en sus artículos 51 -4 y 52 -3.

También amparados en la ley 5487-1, sobre la protección de la salud de los ciudadanos rusos.

En cuanto a la parte médica en Rusia, se pronuncia el Ministerio de Salud de ese país, en su orden Nro. 67, con algunos vacíos existentes.

Entre los vacíos de legislación rusa podemos destacar las siguientes cuestiones:

- La opción de que las parejas constituida sean acogidas para programas de subrogación gestacional.
- La utilización de gestación subrogada para la terapia de la infertilidad en mujeres solas;
- Alquiler de vientres gestacional para hombres solos.

La gran dificultad de esta legislación es que la madre de alquiler no tiene obligación a dar su consentimiento para que los padres biológicos sean registrados como padres legales del menor.

#### PAISES QUE NO CUENTAN CON REGULACION EXPRESA:

##### ARGENTINA

La legislación relacionada con técnicas médicas de inseminación artificial, la encontramos en el Art. 250 proyecto de ley de los Senadores Menem y Sánchez, al proponer que:

Artículo 250:

“En caso de que el menor hubiese sido concebido mediante inseminación artificial heteróloga, sea así el marido sólo tendrá oportunidad para impugnar la paternidad haya sido el caso de que no hubiese dado su expreso consentimiento a tal procedimiento”.

Por otra parte, el CC argentino precisa a través de diversos artículos que:

Artículo 63. Y Artículo 242.

Sin embargo, se tiene un Proyecto de Ley para la regulación de la Reproducción Humana Asistida 201059 el cual abre la puerta al debate y posible conducción a la creación y promulgación de una Ley que recoja lo antes mencionado e incluya a la maternidad subrogada como una práctica lícita.

## COLOMBIA

En este país la regulación de las técnicas biomédicas de reproducción e inseminación artificial no están dadas expresamente, sin embargo, estas prácticas son consideradas lícitas en la medida en que cuentan con reconocimiento jurídico a nivel constitucional, legal y administrativo.

### Aspecto Legislativo

Los hijos nacidos por métodos de reproducción asistida, tienen igualdad de derechos y deberes que los hijos nacidos por medios naturales de acuerdo con el artículo 42 de la actual

Constitución Política, tal como se señala textualmente:

Artículo 42. La familia es el núcleo básico y fundamental de la sociedad. Constituida por vínculos naturales o jurídicos, por la unión y decisión libre de un individuo hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla; Los procreados en el matrimonio o fuera de él, también adoptados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La legislación ampara la progeneración responsable. La Corte Suprema de Justicia está tomando conciencia de los avances de la ciencia. Por esto, con la declaración de inexecutable de la expresión "de derecho" del artículo 92 del Código Civil, se ha abierto espacio a considerar como legítimo al hijo nacido de casos excepcionales de gestaciones extemporáneas, casos que suceden con alguna frecuencia en los embarazos obtenidos con la ayuda de técnicas científicas.

## COSTA RICA

El Decreto lanzado el 3 de marzo de 1995, sobre la regulación de la tecnología de reproducción asistida, propone de esta manera una legislación de tipo innovadora, que toma en cuenta y reforma algunos preceptos de su Código Familiar del año 1972, que ya incluía algunas precisiones sobre la materia.

Destaca en esta normativa el acto de que se limita la realización controlada de estas técnicas solamente al ámbito del matrimonio, esto es, entre cónyuges (art. 1 del Decreto); que se podrán llevar a realizar por equipos médicos biotecnológicos profesionales interdisciplinarios que consten y sean debidamente capacitados (art. 3); además, las células germinales, óvulo y espermatozoide, deben contar con una certificación expedida por el citado equipo profesional, constancia suscrita por los esposos, exámenes de rigor de descarte que los participantes no son portadores de enfermedades, también necesitan certificación de registro notarial donde se haga constar el matrimonio de los accesitarios (art. 4); el recurso al tercer donante deber ser en último extremo, con finalidad terapéutica, y el donante debe ser mayor de edad, soltero, con previa autorización expresa del ente nacional de salud (art. 5), y con el límite de una única vez para efectuar la donación (art. 7), además de la prohibición de fertilización de múltiples óvulos de cada paciente por ciclo de tratamiento (art. 9).

### ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Este es un país pluricultural y con estados que presentan diversas legislaciones y son autónomos, por ende, cada uno de los diferentes estados trata los casos de maternidad de diferente punto de vista.

Al tener en cuenta esto, podemos dilucidar que si no hay leyes expresas que permitan las prácticas de tema en investigación.

Tampoco hay las que prohíban este tipo de actos y puesta en marcha de tecnologías al servicio de los humanos.

El fundamento jurídico se basa en un fuerte respeto al derecho de cada ciudadano a la Privacidad, esto da pie a la libertad expresa de cada ciudadano a formar una familia y fortalecerla en bien de ella. De esta premisa se puede tomar la libertad para acceder a lo que uno considere es lo más beneficioso para cada uno sin que esto genere en un problema o una molestia para los demás.

Uno de los principales motivos, de que Estados Unidos, se modificaran sus criterios legislativos sobre la subrogación materna, fue la falta literal de leyes que la restrinjan o reglamenten, lo que contribuyó para que este tipo de convenios aumentaran paulatinamente.

Dos aspectos son los que principalmente se pretenden y son la validez firme y la flexibilidad de los contratos para alquilar un útero, que definitivamente es un negocio muy próspero al igual que otros países.

La privacidad como un derecho, en armonía a la carta magna norteamericana, muestra la potestad que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, excepto que éste, tenga a bien dejar notar la concurrencia de un interés superior, es decir un interés social o público, que sirva como justificación de su acción.

La declaración de la del rigor de este derecho proviene de la decisión de la Suprema Corte de Justicia al resolver casos de anticonstitucionalidad de Leyes Estatales en relación con la procreación. Y son los siguientes:

Es importante destacar una de las cosas importantes de la legislación de Estados Unidos, figura la de la maternidad subrogada que existe formalmente y las podemos apreciar en todos los Estados de lo que conforma la Unión Americana, como lo son: Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington, Wisconsin Arizona y Arkansas. Esto nos demuestra y comprueba que la figura jurídica de la maternidad subrogada existe jurídicamente dentro del Estado de Derecho que constituye a los Estados Unidos de América, considerada como un Derecho Civil del Hombre.

Uno de los estados que ha legislado al respecto es California. En este estado, se aceptó la figura de la maternidad subrogada.

El proyecto de New Jersey autoriza la subrogación, limitando el pago a la cantidad de diez mil dólares. Y en el Estado de South Carolina, la subrogada no recibe más compensación que los gastos médicos, si ella aborta durante o después del quinto mes.

## **2.2 BASES TEÓRICAS**

### **2.2.1 Fundamento teórico de la vida humana y su inicio**

#### **A. Teoría de la fecundación**

Sostiene acerca del inicio de la vida es desde la concepción, entendida estas como la unión del ovulo - mujer (gameto femenino) y el espermatozoide - hombre (gameto masculino) generando una vida distinta a diferenciar de sus progenitores con un patrimonio genético particular.

#### **B. Teoría de la anidación**

Sostiene que la existencia humana es vida a desde que el cigoto toma posesión y es fijado en las paredes del útero materno, esto se toma entre los 14 días, puesto que el embrión implantado asegura mayor medida un embarazo próspero impidiendo que la naturaleza, en su proceso normal de selección, realizara un descarte embrionario.

#### **C. Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central**

Algunos defensores de la teoría sostienen se inicia una vida en el tiempo en que comienza la traslación toda información de vida

generada genéticamente en este caso empieza con el sistema nervioso central que abarca entre los días 15 y 40 en evolución embrionaria es el momento que aparecen las bases de lo que posteriormente será la corteza cerebral.

Los otros seguidores de esta teoría, sostienen que el inicio de la vida humana está dado por la actividad eléctrica del cerebro que tiene lugar a las 8 semanas de la fecundación.

Según la interpretación del Tribunal Constitucional en la sentencia precitada, desde la fecundación existe un ser humano que merece protección de sus derechos fundamentales.

#### **D. Conceptualización del Embrión**

Según la Real Academia Española el embrión es un ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de las especies, en la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo y principio no desarrollado de algo”.

De esta última definición se puede apreciar que tras la aparición de las TRAS se observa un esfuerzo por tergiversar el concepto de embrión, a fin de rebajar su significado biológico e incluso su condición de vida humana. No obstante, la primera definición ha marcado ya la diferencia en cuanto lo menciona como Ser vivo.

### **2.2.2 Fundamento teórico de la infertilidad**

#### **A. Infertilidad**

La OMS ha referido que infertilidad es aquella enfermedad que incluye al sistema reproductivo definiéndola como la incapacidad de



lograr en condiciones normales un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. Es para muchos países en el mundo un problema de salud pública dada sus elevadas y crecientes tasas de prevalencia e incidencia, aunque aún no es el caso peruano.

## **B. Fecundidad**

En el país, la Tasa Global de Fecundidad (TGF) fue de 2,5 hijos por mujer para el período 2011-2015. La TGF estimada para el área rural (3,3) fue 43,5% más alta que la del área urbana (2,3). Es importante precisar que las mujeres sin educación tendrían al final de su vida reproductiva 1,8 veces el número de hijas y/o hijos que aquellas con educación superior (3,7 frente a 2,1); siendo la brecha entre ambos niveles de 1,6 hijas y/o hijos.

La fecundidad es la probabilidad que tiene la mujer de quedar embarazada en un ciclo menstrual específico y es aproximadamente del 20%, dependiendo de su edad. Esto lleva a que el tiempo promedio para desarrollar un embarazo sea de aproximadamente cuatro meses. La fertilidad es la capacidad de parir un recién nacido vivo.

### **2.2.3 Fundamento teórico en técnicas de reproducción asistida**

#### **A. Técnicas de reproducción asistida**

Las técnicas de reproducción asistida (TRAS) son técnicas empleadas para concebir un ser humano fuera de la intimidad del acto sexual, con la intervención de terceras personas, técnicas en la materia y gran parte de las veces fuera del hábitat natural en que esto acontece, o al menos alterando o interviniendo en tal hábitat.

Existen muchas técnicas biomédicas de reproducción las que podemos clasificar del siguiente modo:

### 1. Inseminación artificial

De las tecnologías médicas más antiguas y más simples. Es el acceso al útero de una mujer con el espermatozoide de varón y por ello reemplaza la relación íntima sexual en la pareja convirtiéndose en medio para lograr el embarazo utilizándose, especialmente, para superar algunos casos leves de infertilidad masculina y femenina.

Se clasifican en:

Homóloga: cuando el espermatozoide proviene del esposo o de la pareja de la futura a concebir.

Heteróloga: cuando el espermatozoide proviene de donante.

Un problema serio que puede presentarse con este método sería la posibilidad de embarazos múltiples. Cuando el paciente es inducido a ovular mediante drogas. Se produciría superovulación, lo cual incrementa el riesgo de posibles embarazos múltiples.

Fecundación "in vitro" con transferencia de embriones (FIVET)

Consiste en aislar al óvulo en una probeta y ponerlo en interacción con semen, para que éste fecunde al óvulo, posteriormente el embrión así obtenido se colocara en el útero de la posible gestante.

A su vez, la FIVET puede ser.

Homóloga: tanto el óvulo y semen utilizado pertenecen al matrimonio o pareja de solicitantes y el traslado del embrión se realiza al útero de la mujer integrante de la pareja.

Heteróloga: cuando bien el óvulo o bien el semen o incluso los dos, provienen de algún donante.

La transferencia de embriones se realizará hacia el útero de la futura gestante integrante los esposos solicitantes.

Cabe también la opción embrión obtenido in vitro, se transfiera a mujer diferente de la solicitante ya esté sola o con pareja. Este caso sería como una subrogación materna.

## 2. Intratubárica de gametos (TIG)

Trata del acceso en las trompas uterinas de la solicitante o usuaria de óvulos propios o de donante, previamente maduras en laboratorio, mezclados semen también previamente capacitado. De este modo la fecundación se produciría en las trompas de Falopio. Dependiendo de la procedencia conocida de los gametos de la TIG puede ser también homóloga o heteróloga.

### **2.2.4 Fundamento teórico sobre la maternidad subrogada**

#### **A. Definición de maternidad**

Maternidad es una palabra que proviene de materno y significa "Estado o cualidad de madre. Ello se refiere a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende como la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la designada de buscar la mejor educación, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos, etc. De esta forma, la figura de madre no sólo sería de la mujer que trae al mundo un hijo además también la que lo educa, cuida y alimenta. Por lo tanto, se puede decir que en la maternidad subrogada existen dos madres para el bebé. Una que es la que lo da a luz y otra que ve por él toda la vida. ¿Pero cuál de estas dos tiene más peso? La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar, por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva

biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

A) Etimológicamente, La palabra madre procede del latín "mater/matris", que deriva del griego "matér/matrós", que significa madre.

B) Gramatical

Acudiendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra maternidad significa: "Estado o cualidad de madre", y el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: "Hembra que ha parido", "Hembra respecto de su hijo o hijos", "Mujer casada o viuda, cabeza de su casa".

C) Biológico

La naturaleza del ser humano tal parecida a la de los animales, nos ofrece la función de un vínculo fuerte y dogmático.

Y no sería menos al poder tener en cuenta las demás definiciones de la palabra madre.

Tan simple como decir que no existiría posibilidad de supervivencia si una figura materna de cuidado y la parte sentimental.

D) Jurídico

La visión jurídica no puede ser diferente, la maternidad forma parte esencial de la institución jurídica de la figura en la filiación, se entiende, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en realidad esta puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.

## **B. Definición de maternidad subrogada**

“Diversas designaciones han sido utilizadas. En USA se presenta como surrogate mother, en Francia, mère porteuse,, “maternidad por sustitución”, “gestación por encargo de otros”. Según la definición del estudio Warnock realizado en Inglaterra el año 1984, consiste en la situación en la que: "Una mujer gesta en su vientre a un bebe por encargo para otra persona, con el acuerdo de ser entregado después del alumbramiento”.

## **C. Clases de maternidad subrogada**

“La doctrina considera dos clases de maternidad subrogada los mismos que comparten básicamente los dos presupuestos de maternidad subrogada.

a) Madres por subrogación. - En el caso de que la mujer fértil acuerda ser inseminada con el semen de un hombre casado y llevar a cabo la gestación de la criatura para finalmente al nacer ésta hace entrega del nuevo ser por consiguiente es madre genética, gestante (maternidad biológica plena) y generadora.

b) Madres “portadoras” o “sustitutas”. - Comúnmente llamadas “madres de alquiler”. Por esta clase de maternidad una mujer que no puede gestar, pero, sí producir óvulos contrata con otra es decir la madre de alquiler para que se implante en el útero de ésta un embrión creado invitro con gametos que puede ser de la pareja contratante o de donantes. En este caso quien da a luz al nuevo ser será la madre de alquiler y la que aportó el gameto femenino podría ser considerada e incluso llamado madre genética.<sup>1</sup> (Canessa, 2008)

---

<sup>1</sup> Canessa, Vilcahuamán Rolando. “Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana”. Tesis Magister en derecho con mención en Derecho civil, Lima, Perú, 2008. p. 261 págs. P. 182-183.

## **2.2.5. Fundamento teórico sobre la filiación**

### **Filiación**

Eleonora Lamn (2008) señala que la filiación “es la relación jurídica determinada por la procreación (y la adopción) o por las técnicas tecnológicas medicas de reproducción artificial que se genera entre los progenitores y/o padres y sus hijos”

### **Naturaleza de la filiación derivada de las TRAS**

En la filiación natural, se determina la filiación o se tiende a afirmar la identidad o características únicas de la persona en base a su origen biológico, o sea, el individuo será miembro natural de una determinada familia dependiendo de identidad genética que este individuo concuerde con sus ascendientes. Sin embargo, en la filiación por media de las TRA, esto no es siempre así debido a que a veces no coincide la paternidad/maternidad genética o biológica con la formal. De esta forma, las TRA han puesto en evidencia la necesidad de reestructurar el sistema que adoptan casi todas las legislaciones civiles en el mundo.

La doctrina discute ampliamente sobre el asunto en este tipo de filiación que se origina a partir del uso de las TRA, algunos la asemejan con una filiación cercana a la natural como ocurre en el tema de la Inseminación Medica artificial homóloga, otros la comparan con la filiación adoptiva dada la aplicación de Fertilización Artificial heteróloga (con embrión donado) o maternidad subrogada, pero siendo distinta ambos casos.

Lamn (2008) por su parte considera que la filiación originada de las TRA, es una tercera modalidad o clase de filiación, que dado el avance científico de estas técnicas médicas y la situación actual, es necesario distinguirla y no tratar de comprender el proceso.

## **Sistemas de filiación**

La Doctrina distingue dos concepciones o sistemas de filiación según la valoración o relación de ambos, el elemento biológico y el volitivo:

### a) Sistema Realista (Verdad Biológica)

Presidido por el denominado “principio de verdad biológica”. Rivero Hernández (1991) señala:

Es tal que aun reconociendo que la filiación jurídica no es la verdadera relación biológica, habilita mecanismos jurídicos que permitan llegar a ella, al menos en vía judicial, y facilita la posibilidad de obtener la (verdadera) paternidad y/o maternidad, positiva y negativamente, con toda clase de pruebas (pág. 451).

Para el principio de verdad biológica es madre quien da a luz, y es padre quien ha fecundado a la mujer a través del coito; por tanto, la maternidad y/o paternidad son una consecuencia directa de la sangre, los cromosomas y de los genes, atribuyéndose en un mismo rol la realidad fisiológica de ser progenitor con la realidad jurídica, ser formalmente padre. Pese a esto Pérez Álvarez (1989) consideró que el principio propiamente dicho de verdad biológica no es absoluto, encontrándose excepciones como la forma de la adopción, la cual construye una paternidad sin relación biológica, basada, de una parte, en el afecto y la libre voluntad de ser padre, y de otra, en el bien del hijo. Debemos hacer mención que hace tan solo cuatro décadas, las instituciones que legislaban sobre maternidad tenían su fundamento establecido como fuente al derecho clásico de familia, donde un solo individuo ostentaba la figura cierta de padre genético y padre legal, y con el surgimiento científico como las TRA este esquema se rompe, la realidad biológica netamente y la jurídica no coinciden y dicha institución quedo totalmente desnaturalizada.

## b) Sistema Formalista (Verdad Formal)

Concepción despreocupada de la realidad biológica. Magaldi (2004) manifiesta:

Sobrevalora otros elementos y valores (la paz familiar, la seguridad jurídica) y establece unos esquemas formales que determinaran la filiación, dificultando luego el sustento firme de la verdadera relación biológica cuando hay serias dudas lo jurídico-formal coincide con ellas. En este último va en primer lugar el elemento voluntarista de aceptación o asunción de la filiación” (pág. 31). Para el principio de verdad formal el elemento predominante es el de la voluntad. Rivero Hernández (1988) deja sentado que el elemento más primordial en la designación de la filiación, como categóricamente formal, del menor alumbrado a través de tecnología médica, es el de la libre voluntad para procrear, en beneficio de dos personas (sea casada o no) o excepcionalmente de un solo individuo. El nuevo es alumbrado por la libre y por derecho de decidir que venga al mundo, siendo esta un poder supremo, ya que sin esta causa no existiría el ser. Resumiendo, para el principio de verdad formal, el elemento preponderante y relevante es la libre voluntad. Así es, cuando no coinciden en una misma persona, el elemento genético y el volitivo, se debe dar preponderancia a este último. En otras palabras, importa la paternidad formal o consentida, más allá que la biológica o genética.

### **2.2.6 Bases Legales**

#### **Declaración universal de los derechos humanos**

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) establece la dignidad humana como pilar fundamental de los derechos humanos,



y por tanto, fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Y los tratados internacionales ratificados por el Perú y vigentes en el resto de Europa generalizan las políticas de protección de la dignidad humana prohibiendo el tráfico de personas especialmente el de las mujeres y los niños-, garantizando el bien de los niños en cualquier circunstancia y contra la interferencia en el proceso natural de la concepción y el nacimiento. (ONU, 1948)

### **Constitución política del Perú**

En el Perú, el derecho a procrear se ubica en el artículo 6º de la Constitución, donde precisa 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.

Nuestra Constitución señala en su artículo 2º inciso 1) que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, Observamos que nuestra Carta Magna señala que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, norma suprema que como tal, prima ante toda otra”

### **Ley general de salud**

Artículo 7.

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.

## **Código de los niños y adolescentes – Ley 27337**

### **CAPÍTULO I**

#### **DERECHOS CIVILES**

Artículo 1.- A la vida e integridad. -

El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.

El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

### **2.3 DEFINICIONES CONCEPTUALES**

El procedimiento de las técnicas y conceptos utilizados son de necesidad médica y muy pocas de denominación jurídica, utilizadas en sí para darnos y quedar inmerso en el complejo, pero justo medio de la solución a la infertilidad.

1. **Subrogar:** Cambiar o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.
2. **Ovulo:** Los óvulos son las células o gametos femeninos. Son células grandes, esféricas e inmóviles.
3. **Embarazo:** El término proviene del latín gravitas, por lo cual el embarazo también es conocido como período de gravidez. Toma en cuenta desde la concepción hasta el alumbramiento. En el ser humano tiene una duración de alrededor de 269 días.
4. **Parto:** También llamado nacimiento, es el desenlace del embarazo, cuando el feto se convirtió en niño y deja el vientre materno.

5. **Madre portadora:** Es un caso sólo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial.
6. **Madre sustituta:** Es aquella mujer que aparte del vientre materno, pondrá los óvulos para ser fecundados.
7. **Implicancia:** Consecuencia, secuela. Incompatibilidad legal o moral. Contradicción de los términos entre sí.
8. **Niño-Niña:** La bandera de UNICEF La Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, señala que "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Los menores de entre 12 a 14 años también, luego se llaman jóvenes o adolescentes a los que han superado dichas edades.
9. **Código Civil:** Es un conjunto, ordenado y sistematizado de normas de Derecho privado, que tiene por objeto regular las relaciones civiles de las personas físicas y jurídicas, privadas o públicas.
10. **Social:** Perteneiente o relativo a la sociedad. Perteneiente o encaja en una compañía o sociedad, o a los socios o compañeros, aliados o confederados.
11. **Familia:** Es la célula de la sociedad y el fin de esta.
12. **Salud:** Es el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo estar libre de enfermedades.
13. **Derecho:** Es el conjunto de normas tratan de regir a la sociedad inspirada en fines de justicia, cuya base son la armonía en las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter.

## **2.4 HIPÓTESIS**

### **2.4.1 Hipótesis General**

HG La regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social tiene relación significativa con las implicancias jurídicas en el sistema judicial del Perú 2015.

### **2.4.2 Hipótesis Específicas**

HE1 Desarrollo de leyes de acuerdo al conocimiento y evaluación de las nuevas realidades influirá en nuevas herramientas para administrar justicia.

HE2 Legislaciones modernas y actualizadas darán marco a organismos e instituciones inmersas en el tema.

HE3 Nuevas leyes respecto al tema ampara a menores inmersos en disputas jurídicas.

## **2.5 VARIABLES**

### **2.5.1 Variable independiente**

- ❖ La regulación en la maternidad subrogada - Organismos Proveedores de Leyes

### **2.5.2 Variables dependientes**

- ❖ Implicancias jurídicas en el sistema judicial - Operadores de la Ley

## 2.6 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIÓN	INDICADORES	TÉCNICA E INSTRUMENTOS
<p><b>Variable Independiente</b></p> <p>—La regulación en la maternidad subrogada - Organismos Proveedores de Leyes</p>	<p>Racionalidad formal y sustancial del derecho.</p> <p>Reformulación del Mater Semper certa est.</p>	<p>Validez de las normas Legitimación formal Legitimación sustancial Vicisitudes de la legalidad Política y derecho La ciencia jurídica y el desafío de la complejidad.</p>	<p>Constituciones. Revistas. Académicas. Publicaciones. Informes. Editoriales. Encuesta.</p>
<p>Mecanismos legales previstos para la representación y defensa de la vida en el futuro ciudadano.</p>	<p>a) Nuevas herramientas jurídicas apoyadas en la Justicia constitucional.</p> <p>d) Aprendizaje y ejecución de estas leyes.</p>		
<p><b>Variable Dependiente</b></p> <p>—Implicancias jurídicas en el sistema judicial - Operadores de la Ley</p>	<p>Dar fe del nacimiento y de la maternidad contemplando el origen. TRAS</p>	<p>El acceso a la justicia. La exploración judicial de protección del menor. La adopción de medidas judiciales adecuadas en la medida posible.</p>	
<p>a) Derecho de los recién nacidos b) Derecho a la vida y la concepción.</p>	<p>Derecho a la dignidad El derecho a estar informado Derechos sustantivos con trascendencia procesal El interés del menor como principio general del Derecho. Los derechos fundamentales del menor nac. o internac.. Principio de igualdad Principio de efectividad</p>		

## CAPITULO III

### METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

#### 3.1 METODO Y DISEÑO

##### 3.1.1. Método de investigación

El método empleado en la investigación es: Descriptivo y Explicativo.

##### **Descriptivo**

Con este estudio podemos conocer las cualidades, beneficios y contrariedades que nos brinda la maternidad subrogada y el desenlace en una legislación con nombre propio.

##### **Explicativo**

Con este estudio podemos conocer qué factores o causas no permiten el empleo de la maternidad subrogada y ampararlo en un marco legal, esto dicho sea de paso una necesidad y justicia.

##### 3.1.2. Diseño de investigación

El diseño de la investigación es no experimental – transversal, son estudios que se elaboran sin manipulación intencionada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos y desarrollar una determinada idea.

## **3.2. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN**

### **3.2.1. Tipo de investigación**

El presente estudio de investigación es de nivel básico y aplicativo, ya que se va a utilizar en la praxis forense; con el objeto inmediato de modificar o producir cambios en legislación, en procura de una mayor claridad en el tema, teniendo en cuenta mejores e idóneas herramientas jurídicas para desarrollar mejor una defensa o una acusación pertinente.

### **3.2.2. Nivel de investigación**

Es descriptivo, ya que se refieren a las características esenciales de una realidad, respecto al esquema, contenidos y argumentos científicos en torno al tema, que actualmente solo se sustentan en documentos judiciales empíricos, escasos y superficiales, carecen de sustento técnico científico propios; por no haberse realizado una actualización acorde a los avances de la sociedad.

## **3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA**

### **3.3.1. Población**

La población está conformada por todos los operadores especializados en la administración de justicia de acción en el cono norte.

### 3.3.2. Muestra

DESCRIPCION	NUMERO
ABOGADOS	20
JUECES	10

La muestra es de tipo no probabilístico, de carácter inducido con un total de 30 profesionales especializados en administración de justicia en Lima.

Es un tipo de muestra intencionada y solo con fines ilustrativos.

$$N = n$$

## 3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

### 3.4.1. Para la recolección de datos

#### 3.4.1.1. Técnicas

**Encuesta.** - Se trata de la búsqueda ordenada de información, que esta vez se realizó presentando un cuestionario al entrevistado, cada cuestionario consta de la misma cantidad y tipo de preguntas, dejando que los encuestados den el matiz a la investigación en campo.

**Del tipo explicativa.** - Determina las relaciones de causa y efecto entre los fenómenos. Esta investigación tal cual empezó analizando la realidad. Es imprescindible el control de las posibles explicaciones alternativas, siendo necesario considerar las variables que intervienen en la investigación.



### **3.4.1.2. Instrumentos**

**Cuestionario.** - Este instrumento básico de la observación en la encuesta me permitió recopilar datos, que consiste en una serie de preguntas escritas que debe respondió un entrevistado. Por lo regular, el cuestionario es sólo un elemento de un paquete que recopila los datos de la forma más fiel posible, también incluye:

Los procedimientos del trabajo de campo, como las instrucciones para seleccionar, acercarse e interrogar a los entrevistados.

El cuestionario está dirigido a profesionales encargados de la administración de justicia en el Distrito fiscal y judicial de Lima Norte, donde se formulan 10 ítems con preguntas de tipo cerradas.

### **3.4.2. Para la presentación de datos**

- Cuadros estadísticos.
- Gráficos de barras.

## **CAPITULO IV**

### **RESULTADOS**

#### **4.1. PROCESAMIENTO DE DATOS**

Se utilizó el programa Microsoft Office Excel, para el procesamiento de información y realizar el análisis e interpretación de los resultados obtenidos de acuerdo a las hipótesis planteadas.

Esta labor se efectuó en la hipótesis, teniendo en cuenta los datos obtenidos en las tablas o cuadros estadísticos, los gráficos lineales y de superficie.

#### 4.1.1. Resultados de la encuesta

1- ¿Conoce ampliamente los TRAS o técnicas de reproducción asistida?

Tabla 1

SI	NO	TOTAL
25	5	30
83%	17%	100%

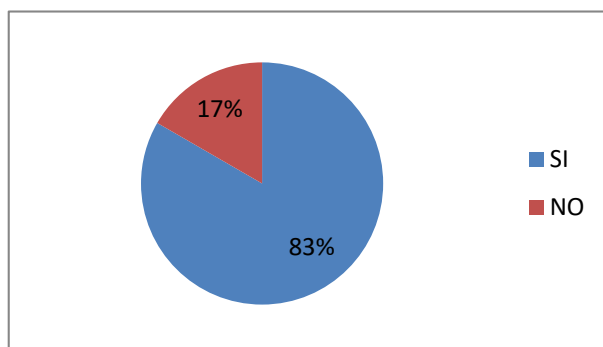


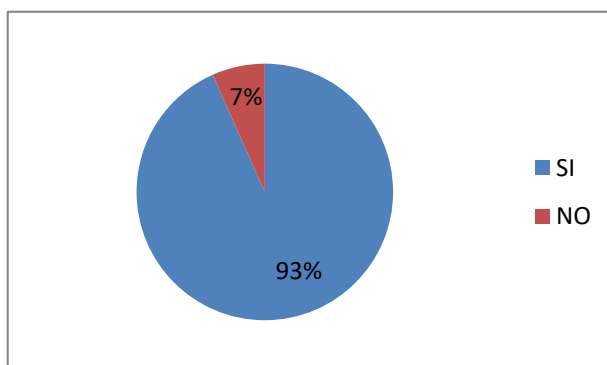
Gráfico 1

En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 83% (25 personas) tenía conocimiento amplio de las TRAS y el 17% (05 personas) no tenía conocimiento amplio.

**2- ¿Conoce en que consiste la Maternidad Subrogada o la práctica de los vientres de alquiler?**

**Tabla 2**

<b>SI</b>	<b>NO</b>	<b>TOTAL</b>
28	2	30
93%	7%	100%



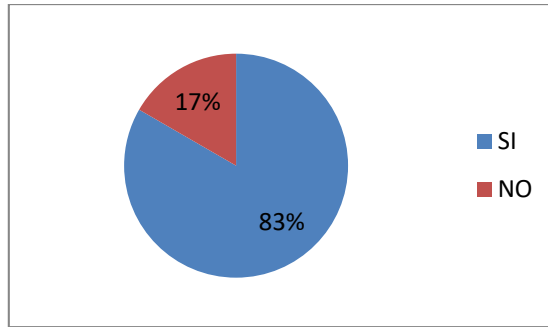
**Gráfico 2**

En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 93% (28 personas) tenía conocimiento acerca de la maternidad subrogada y el 7% (02 personas) no tenía conocimiento.

**3-En el Perú actualmente existen gran variedad de clínicas que ofertan soluciones a las dificultades de procreación humanas como son las TRAS. ¿Usted tiene conocimiento si en el Perú existe alguna clase de normativa, reglamento que controle estos procedimientos, así como las actividades de los Centros Médicos que ofrecen estos servicios dentro del país?**

**Tabla 3**

<b>SI</b>	<b>NO</b>	<b>TOTAL</b>
25	5	30
83%	17%	100%



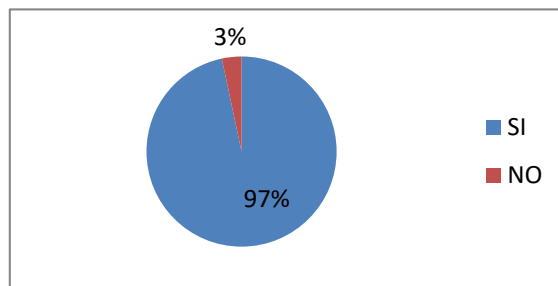
**Grafico 3**

En relación al 100% de operadores judiciales encuestados (30 personas), el 83% (25 personas) tenía conocimiento de legislación concerniente a la operación de las TRAS y el 17% (05 personas) no tenía conocimiento.

**4- ¿Es 100 % la Madre legitima la que da a luz un hijo?**

**Tabla 4**

SI	NO	TOTAL
29	1	30
97%	3%	100%



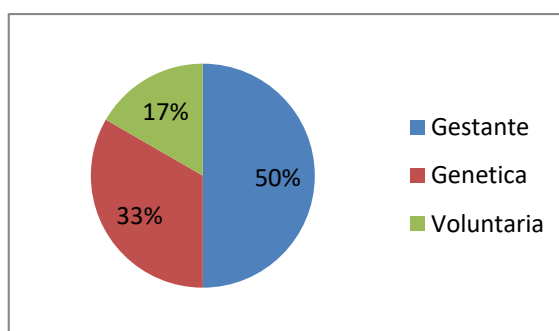
**Grafico 4**

En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 97% (29 personas) opinan que la madre es la que alumbró un niño y el 3% (01 personas) opina que no.

**5- Gracias a las TRAs y a la Maternidad Subrogada, la maternidad se ha dissociado, pudiendo existir maternidad gestante (parto), maternidad genética (ADN) y maternidad voluntaria (como sucede en la adopción). En casos de un conflicto entre las mencionadas maternidades, ¿a quién nuestra actual ley reconoce como madre legal?**

**Tabla 5**

<b>Gestante</b>	<b>Genética</b>	<b>Voluntaria</b>	<b>TOTAL</b>
15	10	5	30
50%	33%	17%	100%



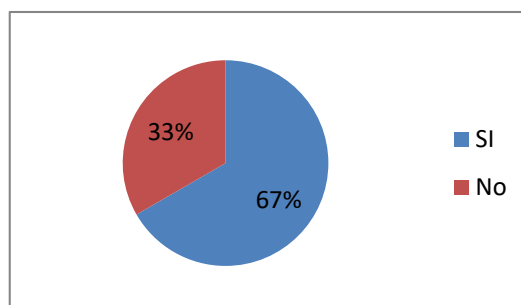
**Gráfico 5**

En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 50% (15 personas) opina que la madre legal es la gestante, el 33% (10 personas) opina que la madre legal es la genética y el 17% (05 personas) opina que es la madre voluntaria.

**6- ¿Conoce si existen antecedentes jurisprudenciales sobre este tipo de casos?**

**Tabla 6**

<b>SI</b>	<b>NO</b>	<b>TOTAL</b>
20	10	30
67%	33%	100%



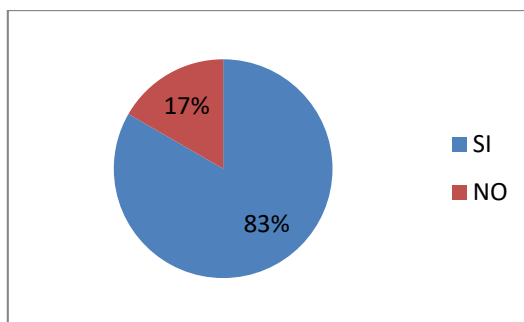
**Gráfico 6**

En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 67% (20 personas) tenía conocimiento de antecedentes jurisprudenciales de este tipo de y el 33% (10 personas) no tenía conocimiento.

**7- ¿Cree usted que es Constitucional que las personas homosexuales y otras con orientación sexual diferente deben tener acceso también a la práctica de la Maternidad Subrogada?**

**Tabla 7**

<b>SI</b>	<b>NO</b>	<b>TOTAL</b>
25	5	30
83%	17%	100%



**Gráfico 7**

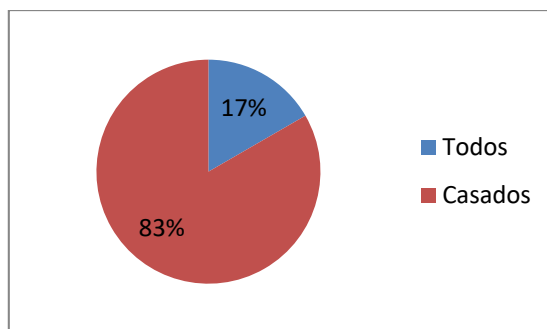
En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 83% (25 personas) opina que las personas homosexuales o de otra orientación sexual deben tener acceso a estas prácticas de maternidad y el 17% (05 personas) piensa que no deben tener acceso.

**8- ¿Cree usted que cualquier persona bajo su Derecho de decidir cuantos hijos tener deba acceder a esta práctica? ¿Solo las parejas constituidas por matrimonio o unión de hecho atendiendo al principio del interés superior del niño y del derecho a una familia?**

**Tabla 8**

Todos	Casados	TOTAL
5	25	30
83%	17%	100%





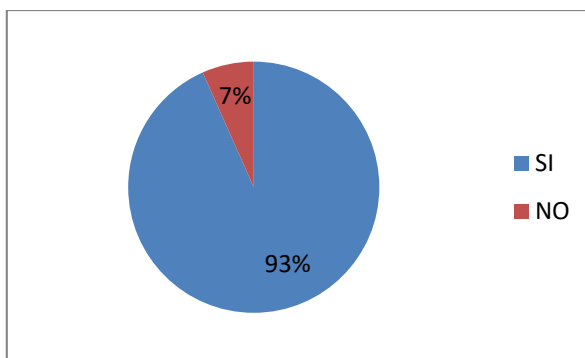
**Grafico 8**

En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 83% (25 personas) opina que todas las personas casadas deben tener acceso a estas prácticas de maternidad y el 17% (05 personas) piensa que todas las personas deben tener acceso.

**9- Dado que ésta es una práctica dada actualmente en el país y que no tiene ninguna regulación (no existe normativa expresa que la prohíba o permita), ¿considera que sería posible la creación de un contrato entre los Subrogados, la Subrogante y la Clínica (Profesional Médico), basando su validez en el principio de la libertad de contratación y a la autonomía de la voluntad de las partes?**

**Tabla 9**

SI	NO	TOTAL
28	2	30
93%	7%	100%



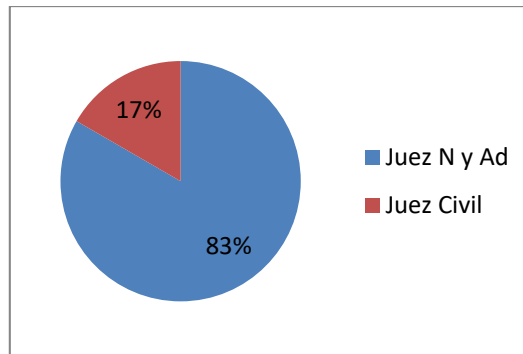
**Gráfico 9**

En relación al 100% de operadores judiciales encuestados (30 personas), el 93% (28 personas) posible la creación de un contrato entre los Subrogados, la Subrogante y la Clínica (Profesional Médico), basando su validez en el principio de la libertad de contratación y a la autonomía de la voluntad de las partes y el 7% (02 personas) piensa que no es posible la creación de un contrato entre los Subrogados, la Subrogante y la Clínica (Profesional Médico), basando su validez en el principio de la libertad de contratación y a la autonomía de la voluntad de las partes.

**10- ¿Cree que la Autoridad Competente al tratarse de la observancia e incumplimiento de este tipo de contratos en este caso sería un juez especializado en niñez y adolescencia, al tratarse de la vida de un menor o simplemente de un Juez Civil, atendiendo a la naturaleza contractual?**

**Tabla 10**

Juez N y Ad.	Juez Civil	TOTAL
25	5	30
83%	17%	100%



**Gráfico 10**

En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 83% (25 personas) opina que la autoridad competente a estos casos sea el juez del niño y adolescente y el 17% (05 personas) piensa que la autoridad competente pueden ser los jueces civiles.

## **4.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

### **4.2.1 Hipótesis general**

Hi La regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social tiene relación significativa con las implicancias jurídicas en el sistema judicial del Perú 2015.

Ho La regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social no tiene relación significativa con las implicancias jurídicas en el sistema judicial del Perú 2015.

Conforme a lo mostrado graficamente se obtiene que las implicancias seran dadas a favor o en contra de la subrogacion en la maternidad generando que exista una relacion significativa.

#### **4.2.2. Hipótesis específicas**

Hi Nuevas herramientas jurídicas apoyadas en la Justicia constitucional tendrían relación significativa con las implicancias jurídicas en el sistema judicial del Perú 2015.

Ho Nuevas herramientas jurídicas apoyadas en la Justicia constitucional no tendrían relación significativa con las implicancias jurídicas en el sistema judicial del Perú 2015.

De acuerdo a lo mostrado graficamente se obtiene que las implicancias seran dadas al obtener nuevas herramientas juridicas agilizando el sistema judicial es decir si existe una relacion significativa.

## CAPITULO V

### DISCUSIÓN DE RESULTADOS

#### 5.1. PRESENTAR LA CONTRASTACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO CON LOS REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS DE LAS BASES TEÓRICAS.

1. En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 83% (25 personas) tenía conocimiento amplio de las TRAS y el 17% (05 personas) no tenía conocimiento amplio.  
Concuerda en el sentido de ser un tema ligado a la vida los operadores deben tener un conocimiento obligatorio de este tema.
2. En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 93% (28 personas) tenía conocimiento acerca de la maternidad subrogada y el 7% (02 personas) no tenía conocimiento.  
Ídem con lo resaltado anteriormente.
3. En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 83% (25 personas) tenía conocimiento de legislación concerniente a la operación de las TRAS y el 17% (05 personas) no tenía conocimiento.
4. En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 97% (29 personas) opinan que la madre es la que da a luz un niño y el 3% (01 personas) opina que no.
5. En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 50% (15 personas) opina que la madre legal es la gestante, el 33% (10 personas) opina que la madre legal es la genética y el 17% (05 personas) opina que es la madre voluntaria.
6. En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 67% (20 personas) tenía conocimiento de antecedentes

jurisprudenciales de este tipo de y el 33% (10 personas) no tenía conocimiento.

7. En relación al 100% de operadores judiciales encuestados (30 personas), el 83% (25 personas) opina que las personas homosexuales o de otra orientación sexual deben tener acceso a estas prácticas de maternidad y el 17% (05 personas) piensa que no deben tener acceso.
8. En relación al 100% de operadores de justicia encuestados (30 personas), el 83% (25 personas) opina que todas las personas casadas deben tener acceso a estas prácticas de maternidad y el 17% (05 personas) piensa que todas las personas deben tener acceso.
9. En relación al 100% de operadores judiciales encuestados (30 personas), el 93% (28 personas) posible la creación de un contrato entre los Subrogados, la Subrogante y la Clínica (Profesional Médico), basando su validez en el principio de la libertad de contratación y a la autonomía de la voluntad de las partes y el 7% (02 personas) piensa que no es posible la creación de un contrato entre los Subrogados, la Subrogante y la Clínica (Profesional Médico), basando su validez en el principio de la libertad de contratación y a la autonomía de la voluntad de las partes.
10. En relación al 100% de operadores judiciales encuestados (30 personas), el 83% (25 personas) opina que la autoridad competente a estos casos sea un juez especializado en niñez y adolescencia y el 17% (05 personas) piensa que la autoridad competente pueden ser los jueces civiles.

## **5.2. PRESENTAR LA CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL EN BASE A LA PRUEBA DE HIPÓTESIS.**

### **Hipótesis general**

HG La regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social tiene relación significativa con las implicancias jurídicas en el sistema judicial del Perú 2015.

Según los resultados de la investigación, queda determinado que existe una brecha - desconocimiento acerca del tema de las TRAS siendo la maternidad subrogada una derivación de estas técnicas de reproducción.

En el año 2005, la UNESCO aprobó la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, cuyos principales objetivos exponemos resumidamente:

- Promover el respeto a la dignidad humana y proteger los derechos humanos
- Orientar la acción de individuos
- Promover un acceso equitativo a los adelantos médicos, científicos y tecnológicos
- Destacar la importancia de la biodiversidad
- Salvaguardar los intereses de generaciones presentes y futuras

Dejando a voluntad y criterio de los países firmantes de los acuerdos con la carta de la UNESCO.

### La Constitución Política del Perú

Señala en su artículo 2º inciso 1) que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Dejando nuevamente a criterio moral el tema de la técnicas de reproducción asistida.

### Ley general de salud 26842

Artículo 7. Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.

Se acerca más a una figura responsable acerca de las TRAS sin embargo necesitaría ir en la misma dirección junto con el código civil.



## CONCLUSIONES

1. Se determinó que la maternidad subrogada es una realidad cada vez más presente en nuestra sociedad moderna y cada vez más cerca de la biotecnología, por esta razón una regulación formalización para efectuar la maternidad subrogada acarrearía efectos y consecuencias en diferentes aspectos legales lo que definitivamente tendría implicancias jurídicas en territorio nacional.
2. Se denota un conocimiento básico en los operadores de justicia sin embargo los conocimientos de este tema al regularse la maternidad subrogada se deberían unificar y derivar en tener un mismo argumento al menos teórico frente al mismo.
3. Se determinó que la posibilidad de regular la maternidad en la legislación Peruana se vería afectada por Empirismos Normativos y Discrepancias Teóricas debido al desconocimiento y que definitivamente se relacionan y se explican, por el hecho de que existen vacíos legales en la ley General de Salud la N° 26842, en donde solo en su artículo 7 se encarga de pronunciarse al tema de las técnicas de reproducción asistida.
4. Se determinó que efectivamente habrá implicancias jurídicas en la regulación de esta modalidad dentro de las TRAS, sin embargo, es el momento adecuado para empezar un debate que nos lleve a clarificar la postura del estado frente a estos hechos científicos.
5. Se hace evidente los efectos en las normas vigentes sobre filiación, que basan en la presencia en el parto, y la expresión latina MATER SEMPER CERTA EST, en estos casos de maternidad subrogada no son del todo determinantes dando paso a tener en cuenta criterios del tipo afectivo, de voluntad o de intención en la acción de gestar un descendiente.

## RECOMENDACIONES

1. A las instituciones, al haberse determinado la relación que existe entre las implicancias jurídicas y la regulación de la maternidad subrogada en el país, es necesario en pro de la protección del derecho a la vida y a tener un hogar constituido que deben gozar los menores, poner en agenda el debate que comprenda profesionales de la salud, operadores de la ley y legisladores para discernir la línea jurídica que seguirá el país en estos casos mencionados.
2. La maternidad subrogada no es una técnica de reproducción asistida sino una aplicación de esas técnicas. Por lo tanto, no puede ser tratada como una categoría médica/científica sino como un concepto jurídico al que se le dispone y reconoce o no entrada legal en un ordenamiento legal. Esto conlleva a precisar jurídicamente el sentido altruista o no de las reformas.
3. Sería necesaria realizar la capacitación de todo operador de justicia respecto al tema de las técnicas de reproducción asistida por ser tema que trata acerca de la vida de la persona humana, fin supremo en la constitución política del Perú. Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Esto daría marco general a la posibilidad de regular la maternidad subrogada.
4. Impulsar de este tipo de iniciativas, colaboran a regular una práctica que se ha presentado en nuestra sociedad desde ya hace tiempo. Estableciendo un marco jurídico que contribuirá a que quienes están imposibilitados biológicamente para concebir logren tener descendencia y los candados legales que la ley establece ayudarán a que esta práctica no se desarrolle sin control en nuestra sociedad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **ALVAREZ SOTO, DIEGO.** Manual de Derecho de Familia Aspectos Prácticos. Año 2006, pág. 224.-CALVEIRO, Pilar; “Familia y Poder”; año 2007, pág. 256
2. **OSWALDO ROMO PIZARRO.** Obra de Medicina Legal. Elementos de ciencias forenses
3. **DECLARACIÓN IBEROAMERICANA SOBRE ÉTICA Y GENÉTICA.** Año 2005.
4. **DERECHO DE FAMILIA.** Psicología Jurídica de la Familia. Año 2004.
5. **FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS.** Estudio Crítico Código Civil segunda edición. Año 2008
6. **FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS.** (2005) Derecho de las personas.8va. Lima, Grijley.
7. **FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS.** (2004) “Genoma humano, libertad y derecho”.
8. **GAMBOA MONTEJANO, CLAUDIA.** Maternidad Subrogada Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado, México D.F., 2010.
9. **CONTRERAS OJEDA, MARIANO.** Principios Básicos del Derecho de Familia; Año 2006.
10. **GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO.** La codificación civil en Iberoamérica. Año 1992
11. **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD.** Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART).Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. 2010.

12. **PORTAL MEDLINEPLUS.** —InfertilidadII, Servicio de Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos, 22 de marzo del 2013  
Obtenido en [www.nlm.nih.gov/medlineplus/](http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/)
13. **ANTONIA DURÁN AYAGO.** Reseñas de Jurisprudencia (Enero-Junio 2014)
14. **CHACÍN FUENMAYOR, RONALD DE JESÚS.** —El embrión es vida humanall en *Dikaiosyne*, N° 14, Universidad de los Andes, 2005.
15. **BAILON CABRERA, JOSÉ DE JESÚS.** Consideraciones de la Bioética y la ciencia del Derecho en *Pódium Notarial*, Número 29, Junio 2004
16. **CLAUDIA MORÁN DE VICENZI & MARICELA GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO.** - Los Acuerdos de Maternidad Subrogada en el Perú – 2015
17. **MINSA LEY GENERAL DE SALUD LEY N° 26842.** Promulgada: 9 de julio de 1997 Publicada: 20 de julio de 1997.
18. **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.** Artículo IX del Título Preliminar.
19. **SENTENCIA CAS. N° 563-2011.** Maternidad Subrogada  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/C5976C296B0DA42805257D47005B404C/\\$FILE/CAS+563-2011.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C5976C296B0DA42805257D47005B404C/$FILE/CAS+563-2011.pdf)
20. **ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI.**- Derecho genético – Cuarta Edición -2001.

## **ANEXOS**

1- CUESTIONARIO - ENCUESTA ELABORADA

2- MATRIZ DE CONSISTENCIA

3- GRAFICO MATERNIDAD SUBROGADA

## ANEXO N° 1

### **CUESTIONARIO – ENCUESTA DE CONOCIMIENTO ABORDANDO EL TEMA DE LA REGULACION DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS IMPLICANCIAS JURIDICAS COMO PARTE DE UNA REALIDAD SOCIAL**

NOMBRE Y APELLIDOS:

FECHA:

TRABAJO QUE DESEMPEÑA:

1. ¿Conoce ampliamente los TRAS o técnicas de reproducción asistida? Marque con X su respuesta

SI ( )

NO ( )

2- ¿Conoce en que consiste la Maternidad Subrogada o la práctica de los vientres de alquiler? Marque con X su respuesta

SI ( )

NO ( )

3-En el Perú actualmente existen gran variedad de clínicas que ofertan soluciones a los problemas de procreación humanas como son las TRAS. ¿Usted tiene conocimiento si en el Perú existe alguna clase de normativa, reglamento que controle estos procedimientos así como las actividades de los Centros Médicos que ofrecen estos servicios dentro del país? Marque con X su respuesta

SI ( )

NO ( )

4- ¿Es 100 % la Madre legítima la que da a luz un hijo? Marque con X su respuesta

SI ( )

NO ( )

5- Gracias a las TRAs y a la Maternidad Subrogada, la maternidad se ha disociado, pudiendo existir maternidad gestante (parto), maternidad genética (ADN) y maternidad voluntaria (como sucede en la adopción). En casos de un conflicto entre las mencionadas maternidades, ¿a quién nuestra actual ley reconoce como madre legal? Marque con X su respuesta

MG ( )

MG ( )

MV( )

6- ¿Conoce si existen antecedentes jurisprudenciales sobre este tipo de casos? Marque con X su respuesta

SI ( )

NO ( )

7-¿Cree usted que es Constitucional que las personas homosexuales y otras con orientación sexual diferente deben tener acceso también a la práctica de la Maternidad Subrogada? Marque con X su respuesta

SI ( )

NO ( )

8- ¿Cree usted que cualquier persona bajo su Derecho de decidir cuantos hijos tener deba acceder a esta práctica? ¿Solo las parejas constituidas por matrimonio o unión de hecho atendiendo al principio del interés superior del niño y del derecho a una familia? Marque con X su respuesta

SI ( )

NO ( )

9- Dado que ésta es un práctica que se da actualmente en el país y que no tiene ninguna regulación (no existe normativa expresa que la prohíba o permita), ¿considera que sería posible la creación de un contrato entre los Subrogados, la Subrogante y la Clínica (Profesional Médico), basando su validez en el principio de la libertad de contratación y a la autonomía de la voluntad de las partes? Marque con X su respuesta

SI ( )

NO ( )

10- ¿Cree que la Autoridad Competente al tratarse de la observancia e incumplimiento de este tipo de contratos en este caso sería un Juez de la Niñez y la Adolescencia, al tratarse de la vida de un menor o simplemente de un Juez Civil, atendiendo a la naturaleza contractual? Marque con X su respuesta

SI ( )

NO ( )



## ANEXO N°2 - IMPLICANCIAS JURIDICAS DE LA REGULACION EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

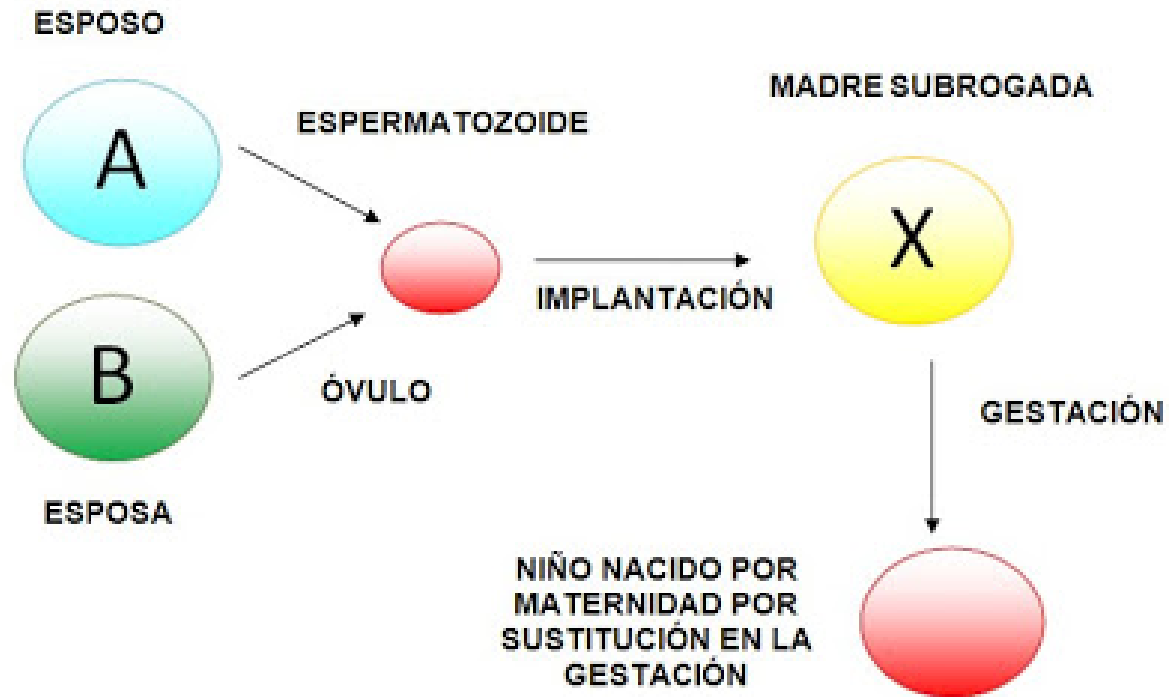
### COMO PARTE DE UNA REALIDAD SOCIAL - MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO	FORMULACION DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADORES	DISEÑO DE LA INVESTIGACION
<p style="text-align: center;"><b>“IMPLICANCIAS JURIDICAS DE LA REGULACION EN LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO PARTE DE UNA REALIDAD SOCIAL”</b></p>	<p><b>PROBLEMA GENERAL</b></p> <p>¿Qué implicancias jurídicas resultarían de regularse la maternidad subrogada por nuestra legislación, al tratarse de una realidad social?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL:</b></p> <p>Determinar las implicancias jurídicas que resultaría de regularse la maternidad subrogada por nuestra legislación, al tratarse de una realidad social.</p>	<p><b>HIPOTESIS GENERAL:</b></p> <p>La regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social tiene relación significativa con las implicancias jurídicas en el sistema judicial del Perú 2015.</p>	<p><b>VARIABLE DEPENDIENTE:</b></p> <p>– Implicancias Jurídicas - Operadores de la Ley</p>	<p>a) Nuevas herramientas jurídicas.</p> <p>b) Mayor claridad con el cliente.</p> <p>c) Aprendizaje y ejecución de estas leyes.</p>	<p>Básico, descriptivo y explicativo.</p>

<p><b>PROBLEMAS SECUNDARIOS</b></p>	<p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Determinar que la maternidad subrogada es un tema de realidad social que merece ser atendida, pues implica diferentes aspectos legales.</li> <li>- Demostrar que la maternidad subrogada como tal no se encuentra legislada dentro del Código Civil.</li> </ul>		<p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Regulación en la maternidad subrogada - Organismos Proveedores de Leyes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Conocimiento y evaluación de las nuevas realidades.</li> <li>b) Plan de desarrollo de nuevas y explicas leyes.</li> <li>c) Programa de comunicación a los ciudadanos.</li> <li>d) Incorporación al sistema jurídico.</li> </ul>	
-------------------------------------	---	--	---	---	--

**ANEXO N°3**

**ESQUEMA MATERNIDAD SUBROGADA**



**EL FACTOR A Y/O B PUEDEN SER DONANTES**