



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FILIAL PUERTO MALDONADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**POSIBILIDAD DE REGULACION DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO PARA
GARANTIZAR EL PROYECTO DE VIDA DE LAS PERSONAS**

TÍTULO A OPTAR: ABOGADO

PRESENTADO POR:

BACH. ALONDRA DIAZ ESCALANTE

ASESOR:

ABOG. JUAN HUAMAN AFAN

PUERTO MALDONADO - 2021



AGRADECIMIENTO

A mi Asesor Abog. Juan Huaman Afan, por su apoyo, sus conocimientos, paciencia, dedicación y motivación en todos estos meses, ya que no fue nada fácil llegar hasta aquí y gracias a ello se pudo culminar mi tesis.



DEDICATORIA

A Dios porque siempre está presente en mi vida cuidándome y bendiciéndome, a mis padres Víctor Hugo y Celinda por el apoyo incondicional y formación como una persona de bien para esta sociedad, si no fuera por su apoyo tanto económicamente como moralmente, no hubiera podido llegar hasta aquí, asimismo a mis hermanas Gianella y Morelia que son el motivo para crecer como persona y también como profesional, ellos son el motor y motivo para seguir adelante el resto de mi vida.



INDICE

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

RESUMEN

ABSTRACT

| | |
|---|----|
| CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN | 9 |
| 1.1. Planteamiento del problema | 9 |
| 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA | 11 |
| 1.2.1. Problema General..... | 11 |
| 1.2.2. Problemas Específicos | 11 |
| 1.3. JUSTIFICACIÓN | 11 |
| 1.3.1. Conveniencia | 12 |
| 1.3.2. Relevancia social | 12 |
| 1.3.3. Implicancias prácticas | 13 |
| 1.3.4. Valor teórico..... | 13 |
| 1.3.5. Utilidad metodológica..... | 13 |
| 1.4. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN | 13 |
| 1.4.1. Objetivo General..... | 13 |
| 1.4.2. Objetivos Específicos | 13 |
| 1.5. Delimitación del estudio | 14 |
| CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO | 14 |
| 2.1. Antecedentes de estudio | 14 |
| 2.1.1. Antecedentes internacionales | 14 |
| 2.1.2. Antecedentes nacionales | 15 |
| 2.1.3. Antecedentes locales | 16 |
| 2.2. Bases teóricas | 16 |
| 2.2.1. LA FAMILIA | 16 |
| 2.2.1.1. CONCEPTO DE FAMILIA..... | 17 |
| 2.2.1.2. CONCEPTO DE FAMILIA EN LAS DIFERENTES DISCIPLINAS..... | 17 |
| 2.2.1.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA | 18 |
| 2.2.1.4. TIPOS DE FAMILIA..... | 18 |



| | |
|---|----|
| 2.2.1.5. FINES DE LA FAMILIA..... | 18 |
| 2.2.2. MATRIMONIO | 19 |
| 2.2.2.1. CONCEPTO DE MATRIMONIO..... | 19 |
| 2.2.2.2. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO..... | 19 |
| 2.2.2.3. TIPOS DE MATRIMONIO..... | 19 |
| 2.2.2.4. CARACTERISTICAS DEL MATRIMONIO..... | 20 |
| 2.2.3. INFERTILIDAD..... | 20 |
| 2.2.3.1. CONCEPTO DE INFERTILIDAD..... | 20 |
| 2.2.3.2. CAUSAS DE LA INFERTILIDAD..... | 21 |
| 2.2.4. MATERNIDAD SUBROGADA | 21 |
| 2.2.4.1. CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA..... | 21 |
| 2.2.4.2. TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA..... | 22 |
| 2.2.4.3. TEORIAS A FAVOR Y EN CONTRA RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA..... | 22 |
| 2.2.4.4. DERECHOS FUNTAMENTALES QUE SE AFECTAN CON LA REGULACIÓN RESTRINGIDA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA..... | 24 |
| 2.2.5. TÉCNICA DE REPRODUCCION ASISTIDA (TERAS) | 25 |
| 2.2.5.1. CONCEPTOS DE TÉCNICA DE REPRODUCCION ASISTIDA (TERAS).. | 25 |
| 2.2.5.2. CLASES DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA..... | 26 |
| 2.2.6. DERECHO COMPARADO | 26 |
| 2.2.6.1. ESTADOS UNIDOS - CALIFORNIA..... | 26 |
| 2.2.6.2. ESPAÑA..... | 27 |
| 2.2.6.3. UCRANIA..... | 27 |
| 2.2.6.4. RUSIA..... | 27 |
| 2.2.6.5. MÉXICO – SINALOA..... | 27 |
| 2.2.7. DERECHO INTERNO | 27 |
| 2.2.7.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ..... | 28 |
| 2.2.7.2. CÓDIGO CIVIL DE 1984 - PERÚ..... | 28 |
| 2.2.7.3. LEY GENERAL DE LA SALUD. LEY N° 26842 (1997)..... | 28 |
| 2.2.8. PROYECTO DE VIDA | 28 |
| 2.2.8.1. EL PROYECTO DE VIDA EN LA MATERNIDAD SUBROGADA..... | 29 |
| 2.2.8.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROYECTO DE VIDA..... | 29 |
| 2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS..... | 30 |
| 2.4. Hipótesis de trabajo..... | 31 |
| 2.5. Categorías de estudio..... | 32 |



| | |
|---|----|
| CAPITULO III: MÉTODO | 32 |
| 3.1. Diseño metodológico | 32 |
| 3.2. Diseño contextual | 32 |
| 3.2.1. Escenario espacio temporal | 32 |
| 3.2.2. Unidad de estudio | 32 |
| 3.2.3. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos | 32 |
| Técnicas | 32 |
| Instrumento | 32 |
| CAPITULO IV: RESULTADO Y ANALISIS DE LOS HALLAZGOS | 33 |
| 4.1. Resultados del Estudio | 33 |
| 4.2. Análisis de los Hallazgos | 33 |
| CONCLUSIONES | 34 |
| RECOMENDACIONES | 36 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 38 |
| Matriz y Consistencia | 41 |
| TABLA: 01 | 41 |
| ANEXO N°01 | 43 |



RESUMEN

La presente tesis “Posibilidad de Regulación de la Maternidad Subrogada en el Ordenamiento Jurídico Peruano para garantizar el Proyecto de Vida de las personas”. El problema de la presente investigación, es buscar una posible regulación de la maternidad subrogada en nuestra legislación nacional y con ello dar un respaldo jurídico a los derechos de las personas que practican esta técnica de reproducción, asimismo, daríamos una seguridad jurídica para que los cónyuges y/o convivientes, mujeres, varones que tengan problemas para fecundar o procrear hijos, y con ello no truncar el proyecto de vida de muchas personas. La presente investigación tiene como objetivo analizar las razones jurídicas para regular la maternidad subrogada en la legislación peruana. En nuestro país - Perú no está regulado la maternidad subrogada, sin embargo, existe la Ley General de Salud N° 26842 la cual hace referencia a que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, esta ley pone la excepción de que exista una identidad entre la madre gestante y la madre biológica, con ello estaría prohibiendo la maternidad subrogada. Por lo tanto, la hipótesis del trabajo abarca que al no existir una regulación conlleva a utilizar técnicas de reproducción asistida sin una base legal, afectando el proyecto de vida de las personas, cual es el de tener descendientes. En conclusión, resulta necesario que la legislación peruana regule la maternidad subrogada, y así poder resolver el problema planteado.

Palabras claves: Maternidad Subrogada, Infertilidad, Proyecto de Vida.



ABSTRACT

The present thesis "Possibility of Regulation of Surrogacy in the Peruvian Legal System to guarantee the Life Project of people". The problem of this research is to seek a possible regulation of surrogacy in our national legislation, and thereby give legal support to the rights of people who practice this technique of reproduction, likewise, we would provide legal security for the spouses and / or cohabitants, women, men who have problems to impregnate or bear children, and thus not truncate the life project of many people. The present research aims to analyze the legal reasons for regulating surrogacy in Peruvian legislation. In our country - Peru surrogacy is not regulated, however, there is the General Health Law N° 26842, which refers to the fact that everyone has the right to resort to treatment for their infertility; however, this law puts the exception that there is an identity between the surrogate mother and the biological mother, thereby prohibiting surrogacy. Therefore, the hypothesis of the work includes that in the absence of a regulation, it leads to the use of assisted reproduction techniques without a legal basis, affecting the life project of people, which is to have descendants. In conclusion, it is necessary for Peruvian legislation to regulate surrogacy, and thus be able to solve the problem posed.

Keywords: Surrogacy, Infertility, Life Project.



CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Planteamiento del problema

La infertilidad, ha sido y es uno de tantos problemas que afronta la humanidad, que en las últimas cuatro décadas ha cobrado notoriedad y para resolver los cónyuges y/o convivientes de la imposibilidad de procrear hijo o hijos biológicos se viene recurriendo a la maternidad subrogada, siendo así que esta práctica en nuestra legislación no se encuentra normada.

En la Legislación Comparada, especialmente en el Continente Americano, existen muchos países entre ellos Argentina, Brasil, Colombia y otros, que no cuentan con una norma que respalde las Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante denominaremos TERAS), al igual que hay otros países europeos que prohíben expresamente en sus legislaciones cualquier tipo de gestación por sustitución; sin embargo, existen países que tienen una normativa que tienen un respaldo jurídico, siendo este el caso de Alemania, Francia, España y en América del Norte se tiene a California - EE.UU, que posee una normativa favorable, donde en fecha 23 de septiembre del 2012, incorporó a la sección 7960 del Código de Familia de California, el proyecto “AB1217” (conocido como “Assembly Bill”).

Una de las fuentes de información que sirve para nuestra investigación es la ley obtenida de la página web oficial del gobierno de California (California Legislative Information, 2017).¹

Hoy en día se hace más notorio el problema de la infertilidad, por lo que para resolver dicho problema, las parejas vienen recurriendo a los avances tecnológicos en la medicina, por ejemplo al tratamiento de las TERAS y dentro de estas tenemos la maternidad subrogada más conocido también como vientre de alquiler; si bien es cierto que las ciencias de la tecnología y el derecho no tiene una progresión igual, vislumbrándose que la tecnología avanza vertiginosamente en cambio el derecho no, por lo que existen muchas prácticas en el campo de la medicina que no se encuentran debidamente normadas como es el caso de maternidad subrogada.

Como se tiene señalado anteriormente en algunos países y estados ya se encuentra normada, empero en otras no, como es el caso del Perú donde se requiere un respaldo legal de los derechos de los cónyuges y/o concubinos, para evitar problemas como el siguiente caso: el de

¹ (CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION, s.f.)



una pareja chilena que llegó al Perú y encargó a una mujer peruana para que lleve en su vientre unos niños mediante vientre de alquiler; al llegar al Perú, fueron detenidos en el aeropuerto Jorge Chávez el 25 de agosto del 2018 con los mellizos cuando se los iban a llevar a su país (Chile), por lo les prohibieron la salida y fueron recluidos en prisión de manera preventiva, debido a que se trataba de una supuesta trata de personas a pesar de ser los progenitores genéticos. (PERÚ, 2018)

En tanto en nuestro país (Perú) a la fecha 2021, la infertilidad y la reproducción asistida, están pasando desapercibidos por parte de nuestros legisladores, ya que no existe ninguna ley que regule esta problemática, pese a que existen varios proyectos de Ley entre ellas el N° 1722/2012-CR del Grupo Parlamentario Nacionalista “Gana Perú”² sobre la reproducción asistida.

Sin embargo, estas propuestas no resaltan en la gestación subrogada; por lo tanto, como se sabe, las personas que afrontan este problema, se aferran a tratamientos o técnicas complejas, que las clínicas o centros médicos ofrecen, que no garantizan por no existir una normativa que lo regule y respalde.

El problema se fundamenta que en el Perú la única ley que hace referencia a las TERAS, es la Ley General de Salud N° 26842³, específicamente en su artículo 7° primer párrafo, permite las TERAS; empero, pone la excepción de que existe una identidad entre la madre gestante y la madre biológica, con lo que se prohíbe el vientre de alquiler o la maternidad subrogada, por lo que la maternidad subrogada necesita de una regulación expresa.

Al no existir una ley que respalde el tema de las TERAS señalada, genera un problema para el nacido bajo esta técnica de reproducción, consistente en que una mujer que no puede tener hijos busca a otra mujer para que lleve en su vientre a un bebé y lo entregue cuando este nazca.

Las personas que vienen recurriendo a estos tratamientos, vienen pasando por un procedimiento costoso, que no siempre está al alcance de sus expectativas; y, por no tener una regulación en nuestro país (Perú), recurren al extranjero y eso equivale a cuantiosas sumas de dinero, puesto que en esos países, como por ejemplo California - EE.UU, las personas tienen mucha más probabilidades de lograr tener descendiente recurriendo a este método de reproducción, claro

² (COMISION DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS PERIODO ANUAL DE SESIONES 2013-2014 , s.f.)

³ (LEY GENERAL DE SALUD N°26842) promulgado el 15 de julio de 1997 y entro en vigencia al día siguiente de su publicación los capitulos III y V del TITULO II y entro en vigencia dicha ley en su integridad el 15 de enero de 1998 (SEXTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA Y FINALE DE REFERIDA LEY.



está que en nuestro país existen organizaciones que contactan con centros donde se practica este método de reproducción, para lo que solo basta revisar el internet.

Por lo tanto, esta investigación abarca la problemática relacionada con la Maternidad Subrogada y la posibilidad de que se pueda implementar este fenómeno que es mucho más frecuente a medida que va pasando el tiempo, además debemos dejar constancia que, este problema no solo está relacionado a parejas constituidas por varón y mujer, sino que también a personas que forman parte de la Comunidad lesbiana, gay, bisexual, transgénero (LGBT), con esto me refiero a que todos somos iguales ante la ley; por lo tanto, tienen los mismos derechos de poder constituir una familia u hogar.

En consecuencia, este proyecto tiene por finalidad proponer una ley que regule la maternidad subrogada, lo que conlleva a estudiar “el derecho de las personas de querer ser padres a través de un vientre de alquiler y así cumplir con sus proyectos de vida”; para lo que haremos un análisis de la doctrina, derecho comparado, jurisprudencia, casos concurridos relacionados a este tema, entre otros, respecto a la maternidad subrogada.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema General

¿Cuáles son las razones jurídicas para regular la maternidad subrogada en la legislación peruana?

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿Cuál es la normativa relacionada a la maternidad subrogada en la legislación peruana?
- ¿Es necesario regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿Cuál es el beneficio de la regulación de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico peruano?
- ¿Cómo está regulado la maternidad subrogada en la legislación comparada?

1.3. JUSTIFICACIÓN

La maternidad subrogada es una práctica, que se viene realizando en las últimas décadas, lográndose mediante esta técnica de reproducción asistida formar familias, que en el fondo es



el proyecto de vida de muchas personas, cual es el de tener un descendiente; esto surge a causa de algunos problemas de infertilidad que pueden sufrir, el varón, la mujer, como también en las personas que conforman la comunidad (LGBT). Con la presente investigación se busca dar una posible solución jurídica en nuestro ordenamiento jurídico peruano, dado que no existe una prohibición expresa, tampoco una norma permisiva; en la norma existente exige el cumplimiento de una condición que la madre genética y la madre gestante sea la misma persona; por lo que con la regulación que buscamos daríamos una seguridad jurídica para que los cónyuges y/o convivientes, mujeres, varones que tengan problemas para fecundar o procrear hijos, puedan realizar sus contratos respaldados por una norma y así no se vean afectados sus derechos.

1.3.1. Conveniencia

Está investigación busca dar una posible solución a problemas de infertilidad que impiden que tanto la mujer como el varón puedan dar vida a un ser humano. En nuestro país, si bien es cierto existe la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, donde en su artículo 7° donde existe las TERAS; sin embargo, existe una excepción: “(...), siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. (...)”, extremo éste que contiene prohibición explícita de la subrogación, por lo que para resolver el problema planteado se requiere la regulación de la maternidad subrogada. De esta manera pueda solucionarse la situación legal del nacido bajo esta técnica de reproducción, protegiéndose sus derechos; por lo tanto, se advierte que la norma invocada, no da una solución a esta técnica de reproducción asistida, lo que hace que se continúe con el problema social, lo que conlleva a que las personas se vayan a otros países e inviertan cuantiosas sumas de dinero para resolver el problema de infertilidad.

1.3.2. Relevancia social

La presente investigación posee gran preeminencia social debido a que busca hacer posible el proyecto de vida de las personas que sufren de alguna enfermedad o tienen algún problema para poder procrear hijos, o los cónyuges o convivientes hagan realidad su aspiración de ser padres; por lo tanto la finalidad es que exista una regulación o que se amplíe la norma existente, y de esta manera lograr generar un avance en la sociedad respecto a este problema, evitando que las personas viajen a otros países e inviertan cuantiosas sumas de dinero.



1.3.3. Implicancias prácticas

Contribuirá que a través de una propuesta se pueda regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, así a través de dicha regulación jurídica, generar que las personas tengan más confianza y garantía legal al momento de realizar estas TERAS, todo ello a través de un contrato, por lo que al existir una norma que respalde el derecho tanto de la madre gestante, de la madre biológica, del niño concebido por esta técnica de reproducción y de la familia, evitaríamos que se corra el riesgo, respecto a las personas con nivel socioeconómico bajo, puedan constituirse en instrumentos.

1.3.4. Valor teórico

La presente investigación basada en la revisión de la doctrina, jurisprudencia y normas existentes respecto al problema de la infertilidad y su posible solución con la maternidad subrogada, contribuirá a comprender el problema jurídico planteado, permitiendo así sentar bases teóricas, así como propuesta legislativa, para los futuros estudios e investigaciones; por cuanto en la fecha se aprecia que en nuestra legislación no está acorde con la legislación comparada, donde en sí ya existe solución al problema planteado.

1.3.5. Utilidad metodológica

Esta investigación además de ayudar a las personas y/o parejas que por naturaleza no pueden tener descendientes, y que buscan a una tercera persona para que pueda llevar en su vientre al futuro bebé y entregarlo cuando nazca, también contribuirá con nuevos conocimientos para futuras investigaciones jurídicos y/o propuestas legislativas; igualmente recurrir al análisis documental de la legislación comparada para así demostrar la eficacia que tiene el resultado arribado en el presente estudio.

1.4. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo General

Analizar las razones jurídicas para regular la maternidad subrogada en la legislación peruana.

1.4.2. Objetivos Específicos



- Determinar la normativa relacionada a la maternidad subrogada en la legislación peruana.
- Analizar la necesidad de regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano.
- Determinar el beneficio de la regulación de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico.
- Analizar cómo está regulado la maternidad subrogada en la legislación comparada.

1.5. Delimitación del estudio

La presente investigación abarcará lo concerniente a la necesidad de regular la maternidad subrogada, con fines de resolver el problema de infertilidad, lo que hace ilusorio a los cónyuges y/o convivientes de tener descendencia.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de estudio

2.1.1. Antecedentes internacionales

1. AUTOR: Andrea Cecilia Jiménez Pedraza, tesis titulada: “MATERNIDAD SUBROGADA. PROPUESTA DE REFORMA AL APARTADO 4.177 BIS DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO”, Tesis presentada para obtener el Título de Licenciada en Derecho, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO - TEXCOCO, ESTADO DE MÉXICO, FEBRERO DE 2019, la autora concluye en:

- El presente estudio ha permitido individualizar el problema y con ello plantear una solución a la investigación. Asimismo, esta investigación es de prioridad para el Estado de México y con ello se garantice los derechos fundamentales del menor recién nacido bajo esta técnica. Hace referencia a que el menor crezca y se desarrolle en un ambiente sano dentro del seno de su familia. Por lo tanto, con esta investigación se ayudará a contribuir con las personas con problemas de procreación y así no truncar su proyecto de vida de tener descendencia y perpetuar la especie.



2. AUTORA: Constanza Isabel Fuentes López, TEMA: “LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”, TESIS PROFESIONAL PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, SANTIAGO DE CHILE 2019, la autora concluye en:

- La gestación subrogada involucra a los padres que tienen la voluntad de procrear hijos y con ello a la persona que llevará el embarazo y dispondrá su voluntad para gestar. Con esta técnica de reproducción, considera que una de las salidas es promover la regulación y de esa forma se proteja a las personas que practiquen esta técnica.

2.1.2. Antecedentes nacionales

1. AUTORES: Segundo Reynaldo Vásquez Medina y Yhoél Mauricio Rodríguez Alcántara TEMA: “RAZONES JURÍDICAS PARA QUE LA MATERNIDAD SUBROGADA FORME PARTE DE UN DELITO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO”, tesis para optar el Título Profesional de Abogado, UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO, Cajamarca - Perú 2020, el autor concluye en:

- La maternidad subrogada debe estar tipificado en el código penal peruano con respecto a la afectación de los derechos, como la dignidad de la mujer y otros. Las técnicas de reproducción pueden ser altruista u onerosamente cuando así lo requiere la gestante, todo ello con el fin de que el recién nacido será entregado a sus progenitores posterior a su nacimiento.

2. AUTOR: Ronaldo Gilberto Rojas Guillén, TEMA: “INCORPORACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, PARA GARANTIZAR LA CONSOLIDACIÓN DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN EL PERÚ” Tesis para optar el título profesional de Abogado, UNIVERSIDAD CESAR VALLEJO - Trujillo – Perú 2020. El autor concluye en:

- Con la investigación se logró determinar la necesidad de legislar dicha figura y con ello dar una solución a las personas con problemas de infertilidad; asimismo otros problemas que genera el no poder procrear hijos (daño



psicológico). Esta problemática enfrenta un vacío legal ya que no existe una regulación, por lo que, al practicarlo no garantiza que el acuerdo firmado sea válido.

2.1.3. Antecedentes locales

- No existe ningún estudio

2.2. Bases teóricas

CASO MOTIVADOR DE LA INVESTIGACIÓN: CASO DE PAREJA CHILENA SOBRE VIENTRE DE ALQUILER EN EL PERÚ

Los señores Jorge Tovar Perez y Rosario Madueño Atalaya, en el mes de diciembre del año 2017, recurrieron a los servicios de la señora Isabel, servicio a efectos de llevarse el embarazo como vientre en alquiler, la forma de proceder fue obtener los gametos de ambas personas. De este hecho se desprende que la pareja habría conocido a la persona hace cinco años, producto de ello en fecha 28 de julio se produjo el nacimiento de los menores.⁴ (PERÚ, 2018)

Este hecho fue objeto de investigación y arresto de los extranjeros; sin embargo, su excarcelación se daría mediante el resultado de una prueba de ADN, donde se acredita como padre biológico al señor Jorge Tovar. Hecho de suma relevancia toda vez que no se daría el delito de Trata de Personas.

En consecuencia, para poder entender el problema planteado como el objetivo de esta investigación, resulta necesario analizar teóricamente y en forma muy resumida los derechos siguientes: la familia, el matrimonio, la reproducción asistida, igualmente los derechos fundamentales como: Derecho a la identidad, a la filiación, a conocer su origen, al nombre, a contratar, etc...

2.2.1. LA FAMILIA

⁴ <https://rpp.pe/lima/actualidad/caso-vientre-de-alquiler-las-claves-del-drama-de-la-pareja-acusada-por-trata-de-personas-noticia-1148089>



2.2.1.1. CONCEPTO DE FAMILIA: Dentro de los juristas internacionales el autor Castillo, la define el concepto de familia como: El conjunto de personas con relación estrecha en lo económico social y afectivo a causa de una relación de parentesco y a mérito de una relación sexual. (CASTILLO, 2004, pág. 10)

Igualmente, dentro de los autores nacionales tenemos a Rospliglosi que define la familia como: Una base con una estructura de carácter social. (ROSPLIGLOSI, 2020, pág. 30)

Si bien es cierto que ambos conceptos tienen importancia, empero nosotros nos adherimos a la segunda definición, en razón de que la familia es la base de la estructura social por cuya razón la Constitución Política del Estado (1993) con justa razón indica en su artículo 4° respecto a proteger a la familia y fomenta el matrimonio, así como reconoce como instituto natural de la sociedad; y, nuestro autor nacional la señala como pilar y cimiento sobre el cual se organiza la sociedad. También con relación a las uniones de hecho las reconoce nuestra constitución en referencia y teniendo en cuenta que la unión de hecho tiene las mismas finalidades del matrimonio resulta innecesario conceptualizar dicha institución concubinaria.

2.2.1.2. CONCEPTO DE FAMILIA EN LAS DIFERENTES DISCIPLINAS:

- **Biológico:** El Autor Eduardo Oliva G., abarca respecto a esta disciplina, indicando que la familia como concepto biológico hace referencia a la vida en común de dos personas, unidos con el propósito de tener descendientes, y con ello poder conservar la especie humana. (Oliva Gómez Eduardo, pág. 15). Desde esta perspectiva el tema de familia biológica, involucra a aquellas personas que provienen de la descendencia, y esto genera lazos de sangre entre sí.
- **Sociológico:** El Autor Eduardo Oliva G., hace referencia que en esta disciplina se va constituir por un conjunto de personas configurada al menos por tres miembros, dichas personas van estar unidas por lazos sanguíneos y/o parentales. (Oliva Gómez Eduardo, pág. 16).
- **Concepto Legal:** Para nosotros un concepto legal más próximo a nuestra pretensión es que el concepto jurídico de familia vendría a ser la unión que está



conformado por lazos de sangre ya sea sus ascendientes o descendientes hasta el cuarto grado, a los que el ordenamiento positivo les impone deberes y por lo tanto les otorga derechos jurídicos.

2.2.1.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA

Existen diferentes posiciones entre ellos el del autor GÜITRÓN sostiene que: La familia, contempla una naturaleza de carácter jurídico, a mérito incluso de la inseminación artificial. (GÜITRÓN, 2020)

2.2.1.4. TIPOS DE FAMILIA

En la doctrina existen distintas clases de familia, las cuales han sido tipificadas conforme a lo siguiente:

- a) **Familia nuclear.**- Nos referimos a la organización básica que se encuentra compuesto por personas, el papá, la mamá y los hijos.
- b) **Familia monoparental.**- Se debe a la ausencia de uno de los progenitores, en las cuales los descendientes crecen con la ausencia de uno de los progenitores (padre o madre). Asimismo, los hijos pierden un contacto directo con uno de los progenitores.
- c) **Familia extendida.**- Este tipo de familia tiene sinónimo de familia consanguínea, por lo que está conformada por los descendientes, ascendientes, y aquellos que conviven dentro del hogar.
- d) **Familia ensamblada.**- También llamada familia compuesta, esta familia está constituida por los hijos procreados de una relación anterior. Al incluirlos conforman una nueva familia; asimismo, esto conlleva a que en un futuro puedan procrear hijos dentro de esta convivencia familiar.

2.2.1.5. FINES DE LA FAMILIA

Respecto a la finalidad de la familia en la doctrina, existen numerosas posiciones y entre las más resaltantes, mencionamos lo señalado por parte del jurista nacional CORRAL TALCIANI, la cual considera tres aspectos importantes como misiones o finalidades, entre ellos en aspecto natural, económico y moral – espiritual. (TALCIANI, 2005, págs. 29 -30)



2.2.2. MATRIMONIO

2.2.2.1. CONCEPTO DE MATRIMONIO.- El jurista internacional Eduardo define el matrimonio: Como la suma del hombre y la mujer, que tiene sustancial importancia en la constitución. (EDUARDO, 1998, pág. 176)

En este sentido, los autores tienen posturas distintas respecto al concepto de matrimonio, por el cual podemos decir que es una de las instituciones jurídicas y sociales más importantes en la sociedad; por lo tanto, podemos definir que el matrimonio es la unión voluntaria entre varón y mujer o parejas del mismo sexo, con la finalidad de formar una unión, asimismo al contraer matrimonio, contraen obligaciones, como también uno de los fines del matrimonio es que está destinada a la formación de una familia y con ello a la conservación de la especie humana.

2.2.2.2. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.- Existen dos posiciones de juristas internacionales, con las que concuerdo: siendo el primero la teoría contractualista, pues esta comprende a que el matrimonio se da por el acuerdo de los padres de los contrayentes, plasmado en un acta de matrimonio que genera efectos jurídicos como derechos y obligaciones. (Areque, 2011, págs. 29-30); respecto a la teoría institucionalista, comprende a que el acta de matrimonio que se suscribe debe observarse requisitos de validez, que también generan derechos y obligaciones. (Rojinas Villegas, 1984, pág. 209)

2.2.2.3. TIPOS DE MATRIMONIO.- En la doctrina, como ya se tiene dicho, existen muchas posiciones de juristas de las cuales para nosotros la más completa es la que hace referencia el jurista VARSÍ, pues este divide al matrimonio en cinco partes, este desarrolla el matrimonio religioso, civil, masivo, simultaneo, celebrado por parejas jóvenes; a) Matrimonio Religioso.- que es celebrado por la iglesia. (Varsi E., 2011, pág. 60); b) Matrimonio Civil.- Se celebra ante el funcionario público civil. (Varsi E., 2011, pág. 61); c) Matrimonios Masivos.- Se celebra por un conjunto de parejas ante el funcionario público civil. (Varsi E., 2011, pág. 62); d) Matrimonio Celebrado Por Parejas Jovenes.- Es el caso celebrado por menores de edad con autorización de los padres. (Varsi E., 2011, pág. 63)



2.2.2.4. CARACTERISTICAS DEL MATRIMONIO.- Al respecto, en nuestro ordenamiento jurídico peruano, se puede distinguir características del matrimonio, las cuales son:

- a) **La unidad.-** Hace referencia a que el matrimonio va ser expresada en que las personas se unan, formen un hogar y por la tanto tengan descendientes. Por lo tanto, va dirigido a la formación de los hijos hacia la sociedad, logrando un desarrollo sostenible.
- b) **La legalidad.-** El ordenamiento jurídico preestablece un régimen jurídico, del cual debe regirse a los presupuestos que estipula la ley, que esto es inalterable y obligatorio para los cónyuges, tanto para su celebración, derechos y deberes que de él surgen del desarrollo de la vida en pareja.
- c) **Es voluntario.-** Ya que se necesita la manifestación de voluntad de ambas partes para que no exista una nulidad, con el objeto y/o propósito de poder formar un hogar y formar una vida en común.
- d) **Es tradicional.-** Aquí hace referencia a un acto adoptado a lo largo de los años, que ha sido heredado, y para esto no solo basta con la firma del acta de matrimonio, sino que para que surta efectos tiene que estar debidamente consumado.

2.2.3. INFERTILIDAD

2.2.3.1. CONCEPTO DE INFERTILIDAD.- Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), quienes contextualizan: “Se trata de una enfermedad del sistema reproductivo masculino o femenino consistente en la imposibilidad de conseguir un embarazo después de 12 meses o más de relaciones sexuales habituales sin protección”. (ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD, s.f.)

Según a las diferentes posiciones sobre la infertilidad, la OMS, tiene una posición acertada, por la cual comparto dicho concepto aduciendo que la infertilidad a pesar de ser un problema en el sistema reproductivo tanto de la mujer como del varón, conlleva a otros problemas secundarios de las cuales tienen que ver con el desarrollo de la persona, ya sea en el tema emocional produciendo frustración y



desmoralización, producto que el proyecto de vida de algunas personas conlleva al de tener descendientes.

2.2.3.2. CAUSAS DE LA INFERTILIDAD. - Existen múltiples causas de infertilidad, de las cuales influyen tanto los factores psicológicos, alimenticios, así como medicamentos que consumen para sus tratamientos, entre las cuales se puede mencionar:

a) En el sexo femenino: Se tiene diferentes factores que provocan la infertilidad en la mujer de las cuales son: anovulatoria (ausencia de liberación de óvulos por parte del ovario), hipogonadismo (producción de poca o ninguna hormona sexual), hiperprolactinemia (nivel alto de la hormona prolactina en la sangre), infertilidad tubarica (alteración en las trompas de Falopio que impiden la gestación), endometriosis (afectación al tejido del útero), otras causas puede ser ovarios poli quísticos, pólipos, miomas, entre otros.

b) En el sexo masculino: Así como en la mujer existen problemas de infertilidad, en el varón también se produce, de las cuales son: Oligospermia (bajo recuento de espermatozoides en el semen), Varicocele (baja producción y calidad del esperma), factor inmunológico (anticuerpos que afectan la fertilidad), disfunción eyaculatoria (eyaculación precoz, ausencia de eyaculación, retrógrada), en los espermatozoides (por baja movilidad), en el semen (alteraciones en el color, olor o por infección), gonadotoxinas (abuso de alcohol, nicotina, drogas, otros), factor endocrino (obesidad, diabetes, otros).

2.2.4. MATERNIDAD SUBROGADA

2.2.4.1. CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA.– El jurista nacional Morán sostiene que cualquier persona independientemente de su orientación sexual recurre al proceso denominado vientre de alquiler, mediante técnica de reproducción asistida, al cambio de una prestación altruista y/o económica con la portadora de la gestación. (MORAN, 2013, págs. 41-63)



Estando a la definición del autor Morán, podemos indicar que compartimos su punto de vista. Ya que medida que pasa el tiempo la tecnología avanza, y a raíz de eso la maternidad subrogada a través de los métodos de reproducción asistida, han permitido que las personas ya sea heterosexual o homosexual a través de ese método puedan formar un hogar y por ende lograr tener descendientes. La maternidad subrogada abarca la imposibilidad de que una mujer pueda llevar en su vientre a un bebé, para lo cual busca a una tercera persona con el compromiso de que lleve en su vientre su bebé y lo entregue cuando esta dé a luz.

En concreto, la maternidad subrogada es un proceso en la cual una persona que tiene algún problema de infertilidad y por lo tanto no puede procrear hijos, se va valer de una tercera persona para que pueda llevar el proceso de gestación y la culminación de esta, entregar al recién nacido a sus padres biológicos, y dicha persona va renunciar a los derechos de dicho menor.

2.2.4.2. TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.- Para el jurista Javier Calderón Beltrán existen dos tipos de maternidad subrogada, conforme a lo definido por Javier, para nosotros a continuación, los tipos de maternidad subrogada que nos presenta el autor Calderón Beltrán es la más acertada dentro de los múltiples tipos de maternidad subrogada que han sido publicadas por otros autores. Dentro de los tipos nos hace mención a la madre portadora o subrogación gestacional, que consiste en que busca otra mujer para que se le implante el embrión (ovulo de la madre genética más el espermatozoide del padre previsto) y pueda llevar el embarazo y entregarlo cuando este nazca. Asimismo, la madre sustituta o subrogación tradicional, que consiste en que la madre busca una tercera persona para los futuros padres aporten sus gametos para su fecundación, para que posteriormente gestarlo y entregarlo cuando este nazca. (CALDERÓN BELTRAN, 2019)

2.2.4.3. TEORIAS A FAVOR Y EN CONTRA RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA



2.2.4.3.1. TEORÍAS A FAVOR DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.- Se encuentra sustentado en los siguientes principios, son:

- a) **Autonomía de voluntad.-** Hace referencia sobre la voluntad que tiene la persona de decidir sobre sus acciones; por lo tanto, si se prohíbe la maternidad subrogada se estaría contraviniendo en la decisión de la persona para llevar un embarazo en vez de otra, disminuyendo así su autonomía el de poder tomar su propia decisión.
- b) **Disposición del cuerpo humano.-** Si hacemos referencia al derecho sobre la libre disposición del cuerpo, estaríamos hablando de que cualquier persona está en la libertad de poder tomar la decisión de hacer lo que mejor le parezca conveniente con su propio cuerpo, pero siempre y cuando no altere el orden público o las buenas costumbres. Por lo que, respecto al tema de investigación, diríamos que cada mujer de manera voluntaria puede decidir respecto a una propuesta de alquiler de su vientre.
- c) **Principio de solidaridad.-** Estando a la definición del autor Mosquera, sostenemos su punto de vista. Ya que como mismo nombre lo dice solidaridad, está haciendo referencia a que la persona que acepte gestar a un niño por otra, lo hará sin recibir una compensación económica, en pocas palabras de manera desinteresada con el fin de poder ayudar a la persona o pareja que tengan problemas para tener descendientes. (MOSQUERA, 1997)

2.2.4.3.2. TEORÍAS QUE NO AMPARAN LA MATERNIDAD SUBROGADA.

- Se encuentra sustentado en algunos principios, los más importantes son:

- a) **Identidad de los niños y niñas.-** El jurista internacional Valdez, al respecto dice que este tipo de maternidad contraviene al desarrollo integral y la vida del menor. (VALDEZ, 2014)
- b) **Incumplimiento de contratos.-** El jurista internacional Montero indica que: ninguna persona puede ser considerado como una cosa, por lo tanto,



cada persona tiene autonomía sobre su cuerpo y sus decisiones.
(MONTERO, 2015)

- c) **Comercialización ilegal.**- Existen diferentes juristas que respaldan esta teoría, haciendo referencia a que la mujer se encuentra fuera del comercio como ente reproductivo (*extra commercium*), por lo que, no puede ser sometido a la lógica contractual; con esta teoría no se estaría tomando en cuenta la decisión sobre disposición del propio cuerpo.

2.2.4.4. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE AFECTAN CON LA REGULACIÓN RESTRINGIDA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

- a) **Derecho a la identidad personal.**- La identidad de la persona, hace referencia a las singularidades propias y exclusivas que diferencia a una persona del resto de las personas, por lo tanto es un derecho fundamental que toda niña o niño tiene derecho a ser inscrito después de su nacimiento.
- b) **Derecho a la dignidad humana.**- La dignidad humana es un papel fundamental en el ámbito constitucional. Ya que el Estado tiene la obligación de proteger y garantizar esa dignidad en dos sentidos: del ataque externo proveniente de otro sujeto o del mismo Estado y del ataque interno proveniente de sí mismo.
- c) **El derecho a formar una familia.**- La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Por lo tanto, hace referencia a que protege de manera general a cualquier tipo de familia independientemente de cuál sea su composición.
- d) **Derecho a la protección de la familia.**- Está estipulada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; asimismo, la familia tiene la protección del estado como también de la sociedad, esto con la finalidad de garantizar el respeto de su dignidad como el de su protección integral.



- e) **Derecho a un nombre.-** Es el principal factor por el cual se reconoce a una persona, la cual se da mediante su identificación y esto conlleva a que la persona goce de un derecho fundamental que es la identidad.

- f) **El derecho a conocer a los padres.-** Hace referencia al tema de la verdad biológica, con el transcurso del tiempo, la persona a través de los avances tecnológicos en la medicina puede determinar la paternidad del menor, asimismo su descendencia u origen del cual proviene del cual es un derecho que toda persona.

- g) **El derecho a la filiación.-** Hace referencia a que la persona tiene el derecho de poder identificar jurídicamente a sus padres biológicos, ello producto de una vinculación de los hijos con los padres, lo que hace que los una lazos consanguíneos.

- h) **El derecho a la contratación.-** Toda persona tiene derecho a contratar y satisfacer sus necesidades, ya que el contrato es un acto voluntario de la cual al momento de darse el acuerdo, generará efectos jurídicos en la partes.

- i) **El derecho a la reproducción asistida.-** Toda persona tiene derecho de recurrir a los avances de la tecnología en la medicina; por lo tanto, nadie puede prohibir a una respecto respecto a las decisiones que puede tomar en base a su proyecto de vida, como es el de ser padres.

2.2.5. TÉCNICA DE REPRODUCCION ASISTIDA (TERAS)

2.2.5.1. CONCEPTOS DE TÉCNICA DE REPRODUCCION ASISTIDA (TERAS):

Las TERAS, es una de las técnicas médicas que se necesita de unos procedimientos médicos que sustituyen los procesos biológico - naturales. Asimismo, el objetivo de estas TERAS es de resolver el problema de infertilidad genética que padecen las personas. (Varsi R. E., 1995, pág. 62) (JUNQUERA , 1999, pág. 89) (MOSBY, 2004, pág. 33) (RUBIO, 1996, pág. 18)



2.2.5.2. CLASES DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: Al respecto tenemos las siguientes técnicas correspondientes a la reproducción asistida:

- 1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.-** Este es un proceso que se vale en insertar el semen en el óvulo de la mujer, con el fin de fecundar, sin el contacto de los órganos reproductores. (Buxareas & Coroleu, 2009, pág. 211)
- 2. FECUNDACIÓN “IN VITRO”.-** Es un proceso de la cual mediante un laboratorio se une el óvulo con el espermatozoide, la cual va da lugar a introducción del embrión a la pared uterina para que se dé el desarrollo del ser humano, y esta puede ser de dos formas, fecundación in vitro homóloga y heteróloga. (Barri, 1990, pág. 27)
- 3. MATERNIDAD SUBROGADA.-** Es la aplicación especializada de la técnica denominada inseminación artificial, con el fin de lograr el nacimiento de un ser vivo. (Coleman, 1982, pág. 75)
- 4. LA OVODONACIÓN.-** Es cuando una mujer no genera óvulos, que para efectos de la gestación, se vale de óvulos fértiles de otra mujer, para así poder concretizar la fecundación. (Varsi E. , 2001, pág. 265)

Que, revisada nuestra legislación nacional con relación a las clases de TERAS, se tiene en la Ley N° 26842, señala específicamente en su artículo 7° primer párrafo, permitiendo las TERAS; empero, pone la excepción o requisito de que existe una identidad entre la madre gestante y la madre biológica, con lo que se estaría prohibiendo la maternidad subrogada. Por lo tanto, este vacío en la norma es la causa que ha dado origen a esta investigación.

2.2.6. DERECHO COMPARADO.- Existen países que amparan la maternidad subrogada, que tienen una normativa respecto a esta técnica de reproducción asistida:

2.2.6.1. ESTADOS UNIDOS - CALIFORNIA: En el año 2013, desde 01 de enero de ese año, la ley de California (AB1217) expresa de manera clara respecto a la legalidad de la gestación subrogada siempre que se sigan las reglas indicadas. Esto hace



referencia a que el tribunal local de familia va a respetar el contrato pactado entre los padres del niño nacido bajo el acuerdo pactado. Además, puede conseguirse una resolución judicial previa al nacimiento del menor, que otorga derechos legales de paternidad a los futuros padres.

2.2.6.2. ESPAÑA: Que, respecto a la Ley 35/1988, esta ley autoriza la Fecundación In Vitro, asimismo la donación de semen, óvulos y embriones y la crío preservación de estos últimos, en tanto proclama como base de su normativa el "derecho a la reproducción" sin límites, con la sola excepción de la maternidad subrogada poniendo límites en tanto esta solo será por fines altruistas y la madre sustituta recaerá sobre un pariente cercano.

2.2.6.3. UCRANIA: Este país respalda la maternidad subrogada, en ese sentido se encuentra regulado en su Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud.

2.2.6.4. RUSIA: En este país, la maternidad subrogada está respaldado por el Código de Familia de Federación Rusa bajo la Ley N° 5487-1 que nos habla acerca de la protección que se da a los ciudadanos de ese país.

2.2.6.5. MÉXICO – SINALOA: La maternidad subrogada en este país es denominada gestación subrogada, al respecto en el Estado de Sinaloa en su artículo 283 del C.F, contempla que la mujer imposibilitada para la gestación, es posible aplicar la maternidad subrogada, siempre y cuando cumpla con los requisitos que este artículo contempla.⁵

2.2.6.6. PORTUGAL: Respecto a la maternidad subrogada contempla en la Ley 25/2016, en el que le otorga a la mujer la facultad de llevar el embarazo en favor de terceros.⁶

2.2.7. DERECHO INTERNO.- En la línea de nuestra investigación es necesario también revisar lo que regula nuestra legislación nacional, para lo que cumplimos en analizar cada una de ellas, respetando su jerarquía.

⁵ http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/04/asun_3693215_20180409_1519151632.pdf

⁶ <https://idibe.org/noticias-legales/nueva-sentencia-del-tribunal-constitucional-portugues-materia-maternidad-subrogada/>



2.2.7.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ:

- **Artículo 2° inciso 14 de la Constitución Política del Estado (1993):** Toda persona tiene derecho:⁷
- **Artículo 62 de la referida Carta Magna: CONTRATACIÓN LIBRE:**⁸

En la Constitución Política de Estado, como se tiene transcrito se ha dedicado dos artículos con relación al derecho de contratar, esto es que todo ciudadano haciendo uso de la autonomía privada de la libertad puede celebrar cualquier tipo de contrato entre ellas la de la maternidad subrogada, siempre teniendo en cuenta que no vaya en contra de la moral, las buenas costumbres y el orden público.

2.2.7.2. CÓDIGO CIVIL DE 1984 - PERÚ:

Artículo 6.- Actos de disposición del propio cuerpo: Conforme al artículo 6 del código que dispone los actos de disposición del propio cuerpo con las limitaciones que la propia norma citada lo expresa y/o señala.

2.2.7.3. LEY GENERAL DE LA SALUD. LEY N° 26842 (1997):

Artículo 7: Conforme a la norma cita de la presente ley, la infertilidad debe ser tratada en caso de que se prohíba la maternidad subrogada se contravendría al presente artículo y al artículo 6 del Código Civil en la cual hace referencia a la disposición del cuerpo.

Lo que se requiere a través de esta investigación es que, de una u otra forma, se proteja a la madre genética, madre gestante y al recién nacido como resultado de las TERAS.

2.2.8. PROYECTO DE VIDA:

Creemos que es necesario incluir a esta investigación este sub capítulo del proyecto de vida, por cuanto, toda persona normal y corriente desde que tiene uso de razón toma decisiones con relación a su futuro, y aún más cuando llega a la edad de adolescencia y

⁷ Artículo 2° inciso 14: A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

⁸ Artículo 62: La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral p judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)



luego a la adultez, porque a esas edades psicológicamente y físicamente llegan a una madurez de tomar decisiones entre ellas la necesidad de reproducción, una pareja, trabajo y otras tanto que de por sí se vincula con el tema materia de investigación.

En el Expediente N°01423-2013-PA/TC., el Tribunal Constitucional emite Sentencia del de fecha 09 de diciembre del 2015, la cual hace referencia a un recurso de agravio constitucional interpuesto por Andrea C. Álvarez Villanueva, que según los fundamentos mencionados, hace referencia que a esta persona fue dada de baja impidiéndole culminar su carrera militar, por este hecho se le habría causado un daño irreparable a su proyecto de vida de ella; asimismo de su derecho a ser madre, ya que se encontraba en estado de gestación.

Como es de apreciarse el daño que se causa al proyecto de vida debe ser entendida en la actualidad como el daño a la libertad de cualquier persona, de elegir libremente, en caso de nuestra investigación, el de elegir de ser padre o madre mediante las TERAS, recurriendo a la maternidad subrogada; además con este hecho se estaría afectando al desarrollo personal y familiar, que deben realizarse en condiciones normales, y que en ese sentido ya se habría pronunciado la corte de derechos humanos en el año 1998 en su párrafo 148.

2.2.8.1. EL PROYECTO DE VIDA EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.- Respecto al proyecto de vida en la maternidad subrogada, es algo innato a toda persona humana además de ser un derecho, quien desde que tiene uso de razón inicia su proyecto de vida, esto es tomando decisiones en el quehacer diario bajo la tutela de su progenitores o responsables de su cuidado, iniciando su formación en las primeras bases de su futuro para luego del llegado a la adolescencia y madurez tomar múltiples decisiones entre ellas la profesión de su vida, el matrimonio, tener hijos y otros. (D'Angelo Hernández, 1999)

2.2.8.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROYECTO DE VIDA.- El proyecto de vida de las personas es un derecho fundamental, de la cual algunos autores tienen posturas distintas, a todo ello hemos considerado que: “el proyecto de vida se sustenta en la libertad y el tiempo, ya con eso la persona tiene el poder de decidir sobre su futuro.



2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

EMBRIÓN: Es aquel ser vivo que va formar parte de la primera etapa gestación, esto conlleva desde el periodo de la fecundación y posteriormente hasta que tome características de una figura humana. (Española, 2001)

FAMILIA: Es la suma de personas con el fin de hacer vida en común y procrear hijos, hacemos referencia a que la familia es la célula básica de la sociedad, y que con el transcurso del tiempo la persona va adoptando valores que le ayudan a desenvolverse y poder hacer vida en común con otras personas. (Porporatto, s.f.)

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL: Es la técnica médica especial consistente en la introducción del gameto masculino a la pared uterina de una mujer, con el fin de lograr la fecundación en forma artificial y con ello poder reemplazar el acto sexual. (HUMANOS., 2008, pág. 36)

INFERTILIDAD: Es la infecundidad para poder crear hijos por el proceso natural, este problema puede generarse tanto en el sexo masculino como femenino. (Fertilidad, 2012, pág. 17)

MATRIMONIO: El matrimonio como la unión de dos personas ya sea de distinto o mismo sexo; por lo tanto, para que surja efectos van tener que firmar un acta de manera voluntaria para que con ello se efectúe o reconozca el matrimonio. Dicha unión va conllevar a la que la pareja contraiga derechos como obligaciones. (HERVABA, 2003, pág. 66)

MADRE GESTACIONAL: Hace referencia a la mujer que posterior al sometimiento de reproducción asistida, se va encargar que llevar el proceso de gestación durante un periodo de nueve meses, aquí la gestante no tiene ningún vínculo genético con el recién nacido.

MATERNIDAD: Son fenómenos que engloban a la mujer al momento de convertirse en madre por primera vez, por lo tanto, esto se basa desde el momento de dar a luz y luego procedimiento de vida que conlleva al ser humano que trajeron al mundo.



MATERNIDAD SUBROGADA: La maternidad subroga vendría ser un proceso mediante el cual las personas crean un acuerdo de voluntades ya sea a través de un contrato, la tercera persona acepta gestar un embrión ya sea producto de los gametos de los padres previstos o de un donante, por lo cual tiene por finalidad de que una vez cumplido el proceso de gestación, este recién nacido deberá ser entregado a sus padres biológicos, y la portadora renunciará a todos los derechos de recién nacido. (CAMACHO, 2009)

NÚCLEO FAMILIAR: Es una institución que está constituida por los padres, descendientes, por lo tanto, se constituye como el núcleo básico de una sociedad. (CORNEJO CHAVEZ, 2008, pág. 15)

PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Son los derechos consagrados que garantizan el desarrollo integral como también el de una vida digna de un menor. (p. 55). (LÓPEZ-CONTRERAS, 2015)

PROYECTO DE VIDA: Abarca al plan de una persona a largo plazo, con el fin de lograr sus objetivos, ya sea en el ámbito profesional y otros como es el caso de nuestro tema de investigación, en cual el proyecto de vida de algunas personas es el de tener descendientes y por ende el de poder conformar una familia. (Hernández, s.f.)

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: Son aquellas técnicas que van a reemplazar el acto sexual de las personas, con el fin de que éstas puedan tener descendencia y por ende un proyecto de vida concretizado. (Lagos Correa, 2017, pág. 22)

VIENTRE DE ALQUILER: Se a través de una tercera persona que expresa de manera voluntaria llevar un embarazo en vez de otra, una vez fecundado los gametos en su pared uterina, se pueda continuar con el periodo de gestación, para que posteriormente se entregue al recién nacido. (Allca, 2018, pág. 107)

2.4. Hipótesis de trabajo

En la legislación peruana no se encuentra aún regulado la figura de la maternidad subrogada, lo que conlleva a utilizar técnicas de reproducción asistida sin una base legal, afectando el proyecto de vida de las personas, cual es el de tener descendientes. Por lo que resulta necesario



que la legislación peruana regule la maternidad subrogada y así poder resolver el problema planteado.

2.5. Categorías de estudio

Es un estudio cualitativo porque el tratamiento de la información se realizará a través del análisis explicativo, teniendo en cuenta que no se utilizará categorías de estudio.

CAPITULO III: MÉTODO

3.1. Diseño metodológico

El diseño metodológico de la presente investigación es cualitativo. Igualmente, es una investigación dogmática debido a que se va investigar el aspecto doctrinario, jurisprudencial y casos referidos al problema de la maternidad subrogada, siendo así es un análisis documental - doctrinario.

3.2. Diseño contextual

3.2.1. Escenario espacio temporal

El presente estudio de investigación ha sido realizado desde julio a diciembre del 2021.

3.2.2. Unidad de estudio

El presente estudio se investigará mediante la obtención de información doctrinaria, jurisprudencial y legislativa con el fin de demostrar las hipótesis planteadas.

3.2.3. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

Técnicas

Análisis documental

Instrumento

Ficha de observación.



CAPITULO IV: RESULTADO Y ANALISIS DE LOS HALLAZGOS

4.1.Resultados del Estudio

Revisada la legislación peruana vigente, se llegó a la conclusión que no existe una ley que regule la maternidad subrogada en forma amplia.

4.2.Análisis de los Hallazgos

Si bien es cierto del análisis de los hallazgos, se tiene que en nuestro ordenamiento jurídico peruano existe la Ley General de Salud - Ley N°26842, en cual hace referencia al uso de técnicas de reproducción, sin embargo, pone una condición que la madre gestante y la madre biológica sea la misma persona, y con esta condición estaría limitando a las personas que tienen como proyecto de vida la cual es tener descendientes y el de poder formar un hogar y/o familia.

Consecuentemente puede preciarse que existe norma legal nacional, que ampara la maternidad subrogada, empero, de manera restringida; y, lo que pretendemos es que dicha permisibilidad sea amplia, sin ninguna restricción.



CONCLUSIONES

PRIMERO: La necesidad de regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, ya que a medida que transcurre el tiempo este problema se hace más evidente en nuestro país, por no existir una norma que la respalde esta técnica, estaríamos dejando que las personas que alquilan sus vientres sean víctimas de algún delito y/o se les vulnere sus derechos, por cuanto, sin una regulación, la madre genética, la madre gestante y el niño producto de esta técnica pueden estar sujetos a cualquier tipo de vulneración en sus derechos fundamentales. Con la regulación de esta norma se estaría protegiendo los derechos del nacido bajo esta técnica y su entorno familiar.

SEGUNDO: Haber determinado la normativa relacionada a la maternidad subrogada en la legislación peruana, la que se encuentra en la Ley General de Salud Ley N° 26842, toda vez que es la única norma que prescribe sobre la maternidad subrogada en su artículo 7° prescribe: “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” (...). Donde al señalar la condición “siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona, se está prohibiendo la maternidad subrogada.

TERCERO: Después de haber concluido la presente investigación hemos logrado demostrar que resulta necesario regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, para así evitar la existencia de que las personas y/o parejas tengan que recurrir a la maternidad subrogada en los países que si permiten esta práctica, así como también amparar el derecho de la madre gestante y el recién nacido por esta práctica.

CUARTO: Que, al regularse la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, estaríamos beneficiando a las personas y/o parejas que se someten a esta práctica, lograríamos proteger sus derechos fundamentales de la madre, el hijo y demás de su entorno familiar, derechos que ya se tienen previstas en la Constitución, Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes, evitando también que las personas tengan que viajar a los países donde se encuentra permitida dicha práctica invirtiendo cuantioso dinero así cumplir con su proyecto de vida, así como se brindaría seguridad jurídica al momento de



realizar el contrato; asimismo, y no menos importante estaríamos respaldando los derechos del recién nacido bajo el método materia de investigación.

QUINTO: Que, al analizarse cómo está regulado la maternidad subrogada en la legislación comparada, se ha encontrado que está regulada en forma expresa en sus normas, con lo que se ha demostrado que hay países que permiten que se practique la maternidad subrogada, como también hay países que regulan expresamente cualquier gestación por sustitución.



RECOMENDACIONES

PRIMERO: Después de haber analizado la necesidad de regular la maternidad subrogada en nuestra legislación, recomendamos al Estado Peruano para que en la legislación nacional tenga que derogar en parte del artículo 7° de la Ley N° 26842, así como modificarla en su extremo: “(...), siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona” (...). O incorporar un extremo en dicha normativa, para que así se permita que una mujer lleve en su vientre a un bebé y lo entregue cuando este nazca a la persona o pareja con quien ha realizado el contrato de maternidad subrogada, por ser una necesidad de las personas en busca del cumplimiento de su proyecto de vida.

SEGUNDO: Recomendamos a los representantes de la patria (Congresistas) y colegios profesionales para que puedan tomar en cuenta esta investigación y haciéndola suya propongan proyectos de ley para la modificación del artículo 7° de la Ley N° 26842, permitiendo en forma expresa la maternidad subrogada, haciéndola posible que las personas que sufren de algún problema de infertilidad puedan resolver dicho problema y hacer realidad el proyecto de vida que con justo derecho les asiste.

TERCERO: Recomendamos a las universidades del país así como a la Universidad Andina del Cusco y sus filiales, para que en las Escuelas Profesionales de Derecho y Ciencia Política, realicen eventos académicos relacionados al proyecto de vida y la maternidad subrogada, para los estudiantes, los profesionales y la propia sociedad, para que tomen conciencia sobre la necesidad de la regulación de la maternidad subrogada, así evitar que las personas y/o parejas tengan que estar recurriendo a la maternidad subrogada en los países que si lo permiten.

CUARTO: Se recomienda que nuestros legisladores y a todos los llamados a formular propuestas legislativas sobre la maternidad subrogada, tomando en cuenta los derechos fundamentales, que se encuentra prescritas en nuestra Constitución Política del Estado, Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes que protegen el derecho a la identidad, derecho de la persona, asimismo la filiación y paternidad, lo que no se está cumpliendo al negarse la maternidad subrogada en madre sustituta, lo que afecta los derechos del nacido



y de la madre gestante, por lo que recomendamos en forma urgente el Estado Peruano tenga que resolver este problema.

QUINTO: Habiéndose encontrado en la legislación comparada, una aceptación sobre la maternidad subrogada, éstas llenarían las expectativas de toda persona y/o pareja que hizo su proyecto de vida el de tener un descendiente, por lo que resulta necesario recomendar que en nuestra legislación también tenga aceptarse la maternidad subrogada en la forma que venimos proponiendo en el proyecto de ley, para lo que no solo se requiere que tengan que realizar eventos académicos, por lo que recomendamos que también la sociedad civil y las propias universidades tengan que sacar spot publicitarios sobre las ventajas que tiene la regulación de la maternidad subrogada.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMISION DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS PERIODO ANUAL DE SESIONES 2013-2014 . (s.f.).

Obtenido de

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/\\$FILE/PL-1722Predictamen.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/$FILE/PL-1722Predictamen.pdf)

COMISION DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS PERIODO ANUAL DE SESIONES 2013-2014 . (s.f.).

Obtenido de

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/\\$FILE/PL-1722Predictamen.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/$FILE/PL-1722Predictamen.pdf)

Allca, L. K. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú. *Revista Derechos & Sociedad*,.

Areque, D. A. (2011). Caracterización del matrimonio ¿Es o no un contrato? *Nuevo Derecho*.

Barri, P. (1990). *Cartapacio de Derecho*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro.

Buxareas, R., & Coroleu, B. (2009). *Inseminación Artificial Conyugal (IAC). Bajo Arenas, J. M.; Fundamentos de Reproducción*. MADRID:SEGO: Coroleu, B. .

CALDERÓN BELTRAN, J. (21 de junio de 2019). *La Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada*. (R. y.-P. Perú, Ed.) Obtenido de <http://www.cajpe.org.pe/rij/prof2/mater/mat18.htm>

CALIFORNIA LEGISLATIVE INFORMATION. (s.f.). Obtenido de

https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217

CAMACHO, J. M. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las*. Obtenido de <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

CASTILLO, M. (2004). *DERECHO DE FAMILIA*. LA HABANA: FELIX VARELA.

Coleman, P. (1982). *Maternidad subrogada: Análisis del problema y sugerencias de soluciones*. *Tennessee Law Review*, 71-118.

CORNEJO CHAVEZ, H. (2008). *Tratado de Derecho de Familia*. Editorial Jurista Editores.

D'Angelo Hernández, O. S. (1999). *El proyecto de vida y la situación social de desarrollo en las etapas de su formación*. Obtenido de

<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Cuba/cips/20120823101925/angelo4.pdf>

EDUARDO, Z. (1998). *DERECHO DE FAMILIA (TERCERA EDICIÓN ed.)*. BUENOS AIRES: ASTREA.

Española, D. d. (2001). *Espasa, Madrid*.

Fertilidad, C. S. (2012). *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. Madrid.



- GÜITRÓN, J. (14 de MARZO de 2020). Obtenido de <https://www.elsoldecuernavaca.com.mx/analisis/cual-es-la-naturaleza-juridica-de-la-familia-4969107.html>
- Hernández, O. D. (s.f.). *PROYECTO DE VIDA Y DESARROLLO INTEGRAL HUMANO*.- Obtenido de En CD del Evento Hóminis'02-La Habana, Cuba Y en Revista Internacional Crecemos.- Año 6 No. 1 y 2-Puerto Rico:
<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/cuba/cips/caudales05/Caudales/ARTICULOS/ArticulosPDF/07D050.pdf>
- HERVABA, J. (2003). Diálogos sobre el amor y el Matrimonio. *Editada por la Universidad del Estado*. España.
- HUMANOS, C. D. (2013-2014). Obtenido de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/\\$FILE/PL-1722Predictamen.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/$FILE/PL-1722Predictamen.pdf)
- HUMANOS, I. I. (2008). Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. San José.
- JUNQUERA, D. R. (1999). *LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ERA DE LA BIOTECNOLOGIA*. MADRID UNED.
- Lagos Correa, L. (2017). "Por un acto de amor: ¿quién tiene un vientre solidario? aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú". (tesis de pregrado). Universidad Privada del Norte. Cajamarca, Perú.
- LEY GENERAL DE SALUD N°26842*. (s.f.). Obtenido de promulgado el 15 de julio de 1997 y entro en vigencia al día siguiente de su publicación los capitulos III y V del TITULO II y entro en vigencia dicha ley en su integridad el 15 de enero de 1998 (SEXTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA Y FINALE DE REFERIDA LEY.:
<http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>
- LÓPEZ-CONTRERAS, R. (2015). *INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS: DEFINICIÓN Y CONTENIDO*.
- MONTERO, E. (2015). *La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas* (Vol. 72). Belgica - Universidad de Namur.
- MORAN, C. /. (2013). Los acuerdos de maternidad subrogada. A propósito del primer caso sobre el tema resuelto por la corte suprema. *Revista Jurídica Thomson Reuters N.7*.
- MOSBY. (2004). *DICCIONARIO DE MEDICINA*. BARCELONA.
- MOSQUERA, C. (1997). *Derecho y genoma humano*. lima - san marcos.
- Oliva Gómez Eduardo, V. G. (s.f.). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia. 15.
- ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD*. (s.f.). Obtenido de https://www.who.int/es/health-topics/infertility#tab=tab_1



- PERÚ, T. (08 de septiembre de 2018). *Caso vientre de alquiler | Las claves del drama de la pareja acusada por trata de personas*. Obtenido de <https://rpp.pe/lima/actualidad/caso-vientre-de-alquiler-las-claves-del-drama-de-la-pareja-acusada-por-trata-de-personas-noticia-1148089>
- Porporatto, M. (s.f.). *Familia* . Obtenido de <https://quesignificado.com/familia/>
- RIVERA, J. (1994). *Instituciones de Derecho Civil Tomo 1 y 2*. BUENOS AIRES: Lexis nexis Abeledo Perrot.
- Rojinas Villegas, R. (1984). *Compendio de Derecho Civil*. México: Porrúa S.A.
- ROSPLIGLOSI, E. V. (2020). *TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA (SEGUNDA ed., Vol. SEGUNDA EDICIÓN)*. LIMA.
- RUBIO, C. M. (1996). *REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA, LAS REGLAS DEL AMOR EN PROBETAS DE LABORATORIO (Vol. 2)*. LIMA: FONDO EDITORIAL LIMA- PERU.
- TALCIANI, H. C. (2005). *DERECHO Y DERECHOS DE FAMILIA (PRIMERA EDICION ed.)*. LIMA: GRIJLEY.
- VALDEZ, C. (2014). *La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de técnicas*. Habana - Universidad de la Habana .
- Varsi, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Grijley.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y Uniones Estables*. Lima, Perú: El Búho E.I.R.L.
- Varsi, R. E. (1995). *Derecho Genético - Principios Generales*. Trujillo: Normas Legales.



Matriz y Consistencia

| PROBLEMA | OBJETIVO | HIPÓTESIS DE TRABAJO | CATEGORIAS | METODOLOGIA |
|--|---|---|---|---|
| <p>P.G. ¿Cuáles son las razones jurídicas para regular la maternidad subrogada en la legislación nacional?</p> <p>P.E. ¿Cuál es la normativa relacionada a la maternidad subrogada en la legislación peruana?</p> <p>P.E. ¿Por qué resulta necesario regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>P.E. ¿Cuál es el beneficio de la regulación de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico?</p> <p>P.E. ¿Cómo está regulado la maternidad subrogada en la legislación comparada?</p> | <p>O.G. Analizar las razones jurídicas para regular la maternidad subrogada en la legislación nacional.</p> <p>O.E. Determinar la normativa relacionada a la maternidad subrogada en la legislación peruana.</p> <p>O.E. Analizar la necesidad de regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>O.E. Determinar el beneficio de la regulación de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico.</p> <p>O.E. Determinar cómo está regulado la maternidad subrogada en la legislación comparada.</p> | <p>En la legislación peruana no se encuentra aún regulado la figura de la maternidad subrogada, lo que conlleva a utilizar técnicas de reproducción asistida sin una base legal, afectando el proyecto de vida de las personas, cual es el de tener descendientes. Por lo que resulta necesario que la legislación peruana regule la maternidad subrogada y así poder resolver el problema planteado.</p> | <p>Es un estudio cualitativo porque el tratamiento de la información se realizará a través del análisis explicativo, teniendo que no se utilizaran categorías de estudio.</p> | <p>ENFOQUE METODOLÓGICO</p> <p>Es cualitativo; Igualmente, es una investigación dogmática.</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA</p> <p>Jurídico Propositiva.</p> |

TABLA: 01



ANEXO



ANEXO N°01

PROYECTO DE LEY PARA DEROGAR, MODIFICAR E INCORPORAR EL ARTICULO 7-A DE LA LEY N° 26842 - LEY GENERAL DE SALUD

Artículo 1°.- Objeto

El presente proyecto de ley tiene por objeto modificar la Ley General de Salud N° 26842 específicamente el artículo 7° y añadir un artículo 7-A a la Ley mencionada, esto con el objetivo de evitar lagunas o vacíos legales, ya que hoy en día solo pueden acceder aquellas personas que sufran de algún problema con diagnóstico de infertilidad, es decir hace referencia a que la madre gestante y genética sea la misma persona.

Por lo tanto, con la modificación de ese artículo, se dará opción a que terceras personas opten de manera voluntaria a colaborar con esta técnica de reproducción asistida; asimismo, se va establecer condiciones y requisitos que deberán presentar las partes que de manera voluntaria y solidaria accedan a la maternidad subrogada (únicamente recibirán un reembolso por los gastos efectuados en los nueve meses de gestación), a efectos de evitar vicios en el acuerdo contractual, como también la mala praxis en los procedimientos de esta técnica de reproducción, y así podríamos evitar que se cometan delitos como por ejemplo el tráfico humano. Esta iniciativa de propuesta legislativa va permitir que se respalden los derechos de las personas que se sometan a esta técnica de reproducción; asimismo, que no obstaculice el proyecto de vida de las personas el de poder formar un hogar y/o familia.

Artículo 2°.- Deróguese el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 en la parte final de la primera parte del primer párrafo.

Deróguese el extremo “(...) **siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.**” del artículo 7° de la Ley General de Salud N°26842.

Artículo 3°.- Modifíquese el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842.



Rectificar el artículo 7° de la mencionada Ley, el mismo que será redactado de la siguiente forma: "Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, la condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer sobre la misma persona o sobre una tercera persona siempre y cuando los padres previstos tengan algún diagnóstico de infertilidad o que pertenezcan a la comunidad LGBT. Las clínicas y/o hospitales que realicen esta técnica de reproducción deberán regirse a los protocolos de salud, esto con la finalidad de evitar actos que conlleven a una negligencia médica. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, va ser necesario que se cuente con el consentimiento previo como también escrito de los padres biológicos.

Está prohibida que se lleve a cabo la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación, como también la clonación de personas.

Artículo 4°.- Incorporar a la Ley General de Salud N°26842, el artículo 7°-A.

Incorpórese a la Ley General de Salud N° 26842 el artículo 7°- A será redactado de la siguiente manera: "Artículo 7°-A.- La maternidad subrogada y/o vientre de alquiler se realizará al menos con uno de los padres (gameto masculino y/o el femenino), para que la persona que de manera voluntaria alquile su vientre para gestar el embrión, no sea considerada como progenitora del menor. En caso excepcionales de que ambas personas sean infértiles o pertenezcan a la comunidad LGBT, podrán recurrir a donantes para que donen sus gametos.

Artículo 5°.- Requisitos Legales

A. Padres

Los padres comprometidos en este proceso de maternidad subrogada, deberán cumplir con lo siguiente:

1. Ser de nacionalidad peruana o poseerla, haber nacido en territorio peruano, residir legalmente en el Perú.
2. Ser mayores de 25 años.
3. La persona deberá acreditar que está en buenas condiciones financieras para poder criar al menor producto de la técnica de reproducción.
4. La persona casada deberá certificar su acta de matrimonio por notario público.



5. La persona soltera o casada deberá acreditar con Certificado Médico la capacidad física, mental y emocional de los padres. (conforme al artículo 43°, 44° y el 140° del Código Civil Peruano).
6. El padre, la madre, o ambos padres deberán aportar sus gametos para la fecundación. En caso de que la persona o la pareja sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios.

B. De la Gestante Voluntaria

La gestante que de manera solidaria y voluntaria va llevar el embrión en su pared uterina para gestarlo hasta el término del embarazo, deberá regirse a los siguientes requisitos:

1. Ser de nacionalidad peruana o poseerla, haber nacido en territorio peruano, residir legalmente en el Perú.
2. Ser mayor de 25 años.
3. Deberá acreditar que goza de buena salud física, mental y emocional, a través de un certificado médico emitido por un especialista.
4. Acreditar que posee una situación socioeconómica estable y por lo tanto que no se encuentre registrada y/o identificada en el SISFHO (Sistema de focalización de hogares) como persona en situación de estado de vulnerabilidad financiera.

Así como existe requisitos para ser una gestante voluntaria, la persona que sea sometida deberá cumplir con obligaciones durante los 09 meses de gestación, tales obligaciones son:

1. Acudir a sus chequeos médicos.
2. Alimentación balanceada, pudiendo ser sugeridas por un nutricionista profesional.
3. Faltar y/o ausentarse al centro de laborales (en el caso de que el médico especializado indique reposo absoluto).
4. Medicación y suplementos que indique el médico especializado y/o encargado del control del embarazo.
5. Vestimenta de maternidad acorde a la etapa de gestación.

Artículo 6°.- Del acuerdo de consentimiento de la maternidad subrogada

La persona con intención y la gestante voluntaria deberán firmar un compromiso y/o acuerdo en la cual exprese y/o indique específicamente los compromisos, obligaciones y



responsabilidades, que deberán cumplir antes, durante y después proceso de gestación; por lo tanto, el acuerdo deberá ser certificado ante un notario público. Para se lleve a cabo este acuerdo deberá cumplir con lo expresado en el artículo 4° del presente en la presenta ley, de cual si no se cumple con los requisitos legales mencionados se viciará todo el proceso.

Artículo 7°.- De la filiación

La persona ya sea soltera y/o casada deberán suscribir un acuerdo con la gestante voluntaria en donde manifiesten su voluntad, el acuerdo será vía notarial, todo ello para que al momento del nacimiento del menor la madre, el padre y/o los padres sean reconocidos legalmente en el certificado de nacimiento del niño. Según el último párrafo del artículo 6 de la Constitución Política del Perú, hace referencia: “el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad. Asimismo, queda prohibido toda mención en algún documento respecto a los datos de la gestante voluntaria que lo vinculen con el menor gestado, ya que ésta persona no tiene ningún derecho ni obligación sobre el bebé gestado. Por lo tanto, no será admisible una demanda por reconocimiento de filiación y/o paternidad con el menor gestado, es razón ello que las partes antes deben someterse a un acuerdo de manera notarial para así poder evitar un problema legal.

Artículo 8°.- El Órgano Rector

El Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud.