

UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS

POLÍTICAS

La falta de regulación de la maternidad subrogada y la vulneración de derechos fundamentales de la mujer en el Perú.

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Para optar el título profesional de Abogado

AUTOR

Gonzales Zuloeta, Shirley Brigyth

<https://orcid.org/0009-0007-6527-7480>

ASESOR

Dra. Granda Yovera, Pamela.

<https://orcid.org/0000-0002-0903-7729>

Lima - Perú

2024

LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MUJER EN EL PERÚ.

INFORME DE ORIGINALIDAD

14%

INDICE DE SIMILITUD

13%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

9%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	Submitted to Universidad Inca Garcilaso de la Vega Trabajo del estudiante	4%
2	hdl.handle.net Fuente de Internet	3%
3	repositorio.upn.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	Submitted to Universidad Andina del Cusco Trabajo del estudiante	1%
5	repositorio.uandina.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	repositorio.uigv.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1%
8	intra.uigv.edu.pe Fuente de Internet	<1%

Dedicatoria:

Este trabajo de investigación está dedicado a mi familia, en especial a mi Padre, cuyo apoyo incondicional, sacrificio y amor me han guiado a lo largo de mi carrera profesional y quien desde hace unas semanas, se convirtió en mi ángel que me cuida desde el cielo. A mis amigos más cercanos, quienes estuvieron de manera incondicional en este camino, dándome aliento y apoyo constante.

Agradecimiento:

A quienes contribuyeron de manera significativa para la realización de este trabajo. En especial, a mis padres quienes son una fuente constante de motivación y fortaleza.

A mi asesora académica, que, con su experiencia, comentarios valiosos y orientación en este proceso, logró dar forma a este trabajo satisfactorio.

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

El presente trabajo de investigación tiene como principal objetivo analizar por qué la falta de regulación de la maternidad subrogada vulnera los derechos fundamentales de la mujer. En ese sentido, lo que se plantea es investigar y determinar es que derechos fundamentales son vulnerados, conflictos que se generarian en la sociedad y quienes resultan afectados ante el óbice de la maternidad subrogada en nuestro País.

La metodología empleada en la presente investigación consistió en recabar información sobre la materia tanto a nivel nacional como internacional a fin de integrar, la información obtenida en estudios anteriores y libros especializados en el tema, así como el propio proceso del trabajo de campo.

Para la elaboración de la presente investigación, se utilizaron el análisis documental y de análisis de contenido como técnicas de investigación y como instrumentos la ficha bibliográfica, fichas de citas textuales y de paráfrasis.

Se concluye el presente trabajo alegando que ante la falta de regulación de la maternidad subrogada expone a las madres gestantes a situaciones de explotación y/o situaciones violentas, a una falta de atención médica que puede ocasionar estar expuesta a riesgos médicos ante la falta de protección y la libertad de formar una familia.

Palabras Clave: Maternidad subrogada, madre gestante, derechos fundamentales, filiación.

ABSTRACT AND KEYWORDS

The main objective of this research work is to analyze why the lack of regulation of surrogacy violates the fundamental rights of women. In that sense, what is proposed is to investigate and determine what fundamental rights are violated, conflicts that would be generated in society and who are affected by the obstacle of surrogacy in our country.

The methodology used in this research consisted of collecting information on the subject both nationally and internationally in order to integrate the information obtained in previous studies and specialized books on the subject, as well as the field work process itself.

To carry out this research, documentary analysis and content analysis were used as research techniques and bibliographic records, textual quotation cards and paraphrases as instruments.

This work concludes by alleging that the lack of regulation of surrogacy exposes pregnant mothers to situations of exploitation and/or violent situations, to a lack of medical care that can cause them to be exposed to medical risks due to the lack of protection. and the freedom to start a family.

Keywords: Surrogacy, surrogate mother, fundamental rights, filiation.

INDICE GENERAL

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Resumen y Palabras Clave	iv
Abstract and Keywords	v
Índice General	vi
Introducción	1
Capítulo I: Aspectos Generales	2
1.1 Descripción de la empresa	2
1.2 Descripción del Servicio	2
1.3 Ubicación Geográfica y contexto socioeconómico	3
1.4 Actividad General o Área de Desempeño	4
1.5 Misión y Visión	5
Capítulo II: Descripción General de la Empresa	6
2.1 Actividad Profesional Desarrollada	6
2.2 Propósito del Puesto y Funciones Asignadas	7
2.3 Aplicación de la Teoría en la Práctica del Desempeño Profesional	8
Capítulo III: Fundamentación del Tema Elegido	10
3.1 Descripción de la Problemática	10
3.2 Teoría sobre la Problemática	12
3.2.1 Antecedentes Internacionales	12
3.2.2 Antecedentes Nacionales	14
3.2.3 Origen de la Maternidad subrogada en el Perú	15
3.2.4 Conceptos de la Maternidad Subrogada	17

3.2.5 Modalidades de Gestación Subrogada	19
3.2.6 Técnicas de reproducción asistida	24
3.2.7 El Contrato en la Maternidad Subrogada	25
3.2.8 Los Derechos Fundamentales	26
3.2.9 El vacío legal	27
3.2.10 Propuestas legislativas para casos de Maternidad Subrogada	28
3.2.11 Derecho Comparado	30
3.3 Teoría sobre la Problemática	33
Capítulo IV: Principales Contribuciones	35
4.1 Descripción de las Alternativas de Solución	35
4.2 Evaluación de las Alternativas de Solución	35
4.3 Implementación de la Alternativa Seleccionada	36
4.4 Costo de Implementación	37
4.5 Evaluación de Factibilidad de la Implementación	37
Conclusiones y Recomendaciones	38
Referencias Bibliográficas	39

INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada o conocida también por gestación por sustitución, es el proceso por el que una mujer lleva a cabo un embarazo para otra pareja que, por diferentes razones, no puede llevar a cabo un embarazo por sí misma. Este método ha logrado permitir a muchas familias cumplir el sueño de formar una familia.

Bajo ese contexto, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar por qué la falta de regulación de la maternidad subrogada vulnera los derechos fundamentales de la mujer y determinar cuáles son las consecuencias que trae para la gestante subrogada y la viabilidad que traería al regularse para salvaguardar la integridad y derechos de las partes intervinientes.

En el primer y segundo capítulo del presente trabajo se detallaron las actividades que se realizaron en la empresa donde se realizaron las prácticas profesionales. Asimismo, se dio a conocer más a fondo los servicios que brinda el Estudio Jurídico Martínez & Torres Calderón – Abogados.

En el tercer capítulo se desarrolla la fundamentación del tema elegido, donde se precisa la realidad problemática ante la falta de regulación de la maternidad subrogada y las teorías nacionales e internacionales referente al presente tema de investigación.

En el cuarto capítulo se desarrollan las contribuciones principales que coadyuvaría para la regulación de la maternidad subrogada, basándose en la proponer alternativas de solución, evaluación e implementación, el costo y la evaluación de factibilidad de las alternativas de solución propuestas.

CAPITULO I ASPECTOS GENERALES

1.1 Descripción de la empresa

El estudio jurídico Martínez & Torres - Calderón son especialistas en diversas áreas del derecho, mediante el cual ofrecen asesoría y patrocinio legal a personas naturales y/o jurídicas, garantizando a los clientes un servicio integral abarcando diferentes especialidades del derecho tales como: recuperación judicial, litigios y controversias, derecho corporativo, derecho municipal, saneamiento legal y recuperación extrajudicial. Su objetivo principal es proponer soluciones de manera rápida y eficaz para la satisfacción del cliente.

1.2 Descripción del Servicio:

Los principales servicios que ofrece el Estudio Jurídico son las siguientes:

1. Recuperaciones Judiciales: Especialistas en recupero de acreencia u otros activos a través del proceso único de ejecución. Tienen como finalidad obtener el pago o restitución de los activos adeudados. Tienen las carteras principales de BBVA, FINANCIERA TFC, GPS, Banco Pichincha, BBVA CONSUMER, BCP, entre otros.
2. Litigios y controversias: Encargada de la elaboración de estrategias legales y el manejo integral de los casos judiciales. Además de intervenir en la negociación, mediación, antes, durante y después de la instauración de los procesos civiles.
3. Derecho municipal: Función principal que se encarga de regular la organización, competencias y funcionamiento de los gobiernos locales o municipales.

4. Saneamiento legal: Proceso legal encargado de regularizar la situación jurídica de un inmueble, la misma que implica que estos deben estar inscritos en los registros públicos, que no existan problemas de titularidad, gravámenes u otras limitaciones que existan y puedan afectar su validez o transferencia.
5. Recuperación extrajudicial: Proceso de recuperación de deudas o activos fuera del sistema judicial, a través de medios como la negociación directa, acuerdo de pago o conciliación. En este proceso, el acreedor y deudor intentan resolver la situación de manera amistosa sin recurrir a acciones legales formales.

1.3 Ubicación Geográfica y contexto Socioeconómico

El estudio Jurídico Martínez & Torres Calderón – Abogados, se encuentra en la Av. Jorge Chávez N° 184 – Oficina 601, Distrito de Miraflores, que ocupa entre los tres distritos de Lima donde el precio de compra de una casa, terreno o departamento es más alto. Asimismo, el distrito de Miraflores se caracteriza por tener una elevada concentración de comercio, servicios, y una población con un nivel adquisitivo alto. En ese sentido, las razones principales y beneficiosas para el estudio jurídico es que la ubicación es estratégica, ya que es un destino céntrico y de mayor acceso, la misma que facilita que los clientes lleguen al estudio sin mayor dificultad. Dado que el perfil socioeconómico de dicho distrito, la probabilidad de demanda respecto a los servicios legales que ofrecen, en recuperaciones judiciales es alta, ya que ofrecen servicios a distintos bancos y financieras.

Establecer un Estudio Jurídico en Miraflores brinda ventajas en términos de visibilidad, acceso a clientes potenciales. Razón por la cual, el estudio cuenta en la actualidad con 28 años brindando asesoría legal de primer nivel, garantizando una asesoría jurídica adecuada

el objetivo por el que han sido seleccionados. Merito a ello, y una de las razones por las cuales son especialistas en recuperaciones judiciales, es que va de la mano con la ubicación en la que se encuentra. En ese sentido, los bancos confían plenamente en el estudio ya que son representados en los diversos procesos judiciales para el recupero de acreencia.

1.4 Actividad General o Área de Desempeño

La actividad fundamental del Estudio Jurídico es el recupero de la acreencia; esto es, que el deudor cumpla con el acreedor con la obligación dineraria el cual nació del vencimiento de un título valor (Pagaré – Letra de Cambio). Para tal efecto, como estudio iniciamos el proceso legal ya sea por Obligación de Dar Suma de Dinero y/o Medidas Cautelares y/o Ejecución de Garantías. En ese sentido, se divide por diversas áreas:

- **Jefe de Unidad:** Encargado de la cartera de Financiera Tfc en liquidación con procesos en Obligación de Dar Suma de Dinero y Ejecución de Garantías.
- **Asistente Legal:** Encargado del avance del proceso judicial, comunicación con los demandados a fin de informar el avance procesal interpuesto, informe mensual al banco y/o financiera correspondiente sobre los casos asignados, remates mensuales, casos refinanciados, entre otros.
- **Practicante Legal:** Encargado de realizar escritos, demandas, medidas cautelares, ejecución de garantías y otros documentos solicitados por el abogado a cargo. Asimismo, realizar impulsos mediante las plataformas del poder judicial y en juzgados correspondientes.
- **Call Center:** Encargado de la comunicación con los deudores a fin de que cumplan con el pago, refinanciar su deuda y/o proponer soluciones de pago.
- **Gestor de Campo:** Encargado de ubicar el inmueble de los deudores a fin de informar que se encuentran en un proceso judicial.

1.5 Misión y Visión

1.5.1 Misión

Una de las principales misiones con el cual cuenta el estudio jurídico es proporcionar soluciones jurídicas de alta calidad. Asimismo, cuenta con profesionales altamente capacitados y comprometidos en brindar a los clientes seguridad, confianza y convertirse en aliados estratégicos a fin de satisfacer las necesidades legales, actuando de manera integral, compromiso con la justicia y ética a fin de cumplir con los intereses prometidos.

1.5.2 Visión

Comprometidos a mantener la reputación que se ha construido como práctica profesional y que los clientes lo vean como una firma en la que se puede confiar y defender de manera firme sus intereses durante toda la relación.

CAPITULO II

DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA EXPERIENCIA

2.1 Actividad Profesional Desarrollada

Realicé mis prácticas profesionales en el Estudio Jurídico Martínez & Torres Calderón – Abogados, en la que me desempeñaba como practicante legal en el área procesal civil y comercial, específicamente en los procesos de Ejecución de Garantías (EGH) y Obligación de Dar Suma de Dinero (ODSD). Las funciones que tenía a cargo era el seguimiento de los procesos encomendados por el banco, escritos respecto a los procesos de ejecución, transacciones extrajudiciales, cartas notariales, estrategias de las asignaciones, previas a iniciar el proceso legal a fin de que sean aprobadas por el banco.

Asimismo, las actividades que tenía a cargo era preparar los informes legales mensuales y/o informes solicitados por el banco, así como realizar el seguimiento detallado y continuo ya sea mediante las diversas plataformas del Poder Judicial y/o impulso presencial en los juzgados correspondientes y verificar en la plataforma de Síguelo – Sunarp, las inscripciones de embargo realizadas en casos donde los bienes muebles o inmuebles se encontraban libres de cargas y donde los demandados sean 100% propietarios de dichos bienes.

Contribuí de manera conjunta con el área legal de llegar a soluciones, a fin de mitigar y prevenir contingencias legales que de alguna manera afecten a las entidades bancarias a la que representábamos. En ese sentido, nos enfocábamos en mantener nuestra base judicial al día a fin de llegar a obtener mejora en el control y supervisión de todos los casos asignados.

Finalmente, junto al equipo logramos superar las metas mensuales interpuestas por el banco, siendo líderes en recupero de acreencia, logrando superar a diversos estudios

jurídicos del país. Razón por la cual, el banco realiza de manera seguida las asignaciones a fin de iniciar con el proceso legal pertinente.

2.2 Propósito del Puesto y Funciones Asignadas

En mi puesto como practicante legal del Estudio Jurídico Martínez y Torres Calderón - Abogados, uno de los propósitos fundamentales era conocer el manejo de las etapas del proceso y ponerlas en práctica en todos los casos asignados por el banco a fin de tener una correcta gestión en los procesos asignados. En ese sentido, una vez teniendo claro los procesos de ejecución. Las funciones que se me asignaron fueron las siguientes:

- **Redacción de la siguiente documentación:** Demandas respecto a casos de Obligación de Dar Suma de Dinero y Ejecución de Garantías, procesos cautelares de embargo en forma de inscripción, retención y/o remuneración, Transacciones Extrajudiciales, Cartas notariales, apersonamiento, absolución de contradicción, nulidad, escritos de auto final, consentimiento de auto final, convocatoria de remate, entre otros.
- **Impulso virtual y presencial:** Realizaba los impulsos virtuales en las siguientes plataformas: MAU (Módulo de Atención al Usuario): respecto a escritos pendientes de proveer, emitan cédulas de notificación a fin de que notifiquen a los ejecutados, Juez te escucha: Generábamos citas a fin de que califiquen las demandas y emitan las sentencias correspondientes. Asimismo, impulsaba de manera presencial a fin de que atiendan escritos pendientes y solicitaba entrevista con el juez para que indique una fecha de compromiso a mi solicitud.
- **Trámites registrales:** En caso se hayan concedido los procesos cautelares de embargo en forma de inscripción ya sea de inmueble o vehicular, una vez recogido los partes

judiciales en el juzgado correspondiente, acudía a Sunarp a fin de que se inscriba el embargo. Asimismo, solicitábamos copias literales, certificados de cargas y gravámenes, búsquedas de bienes muebles e inmuebles, entre otras documentaciones que son importantes previo a iniciar el proceso judicial.

- **Seguimiento a las notificaciones judiciales:** De manera diaria se revisaba el Sistema de Notificaciones Electrónicas – SINOE, a fin de registrar en la base judicial las notificaciones y, de ser el caso, absolver las resoluciones en las que tengan plazo y presentar antes de la fecha de término.
- **Compra de aranceles y/o depósitos judiciales:** Mediante la plataforma Págalo, realizábamos la compra de aranceles ya sea de notificación, remate, ofrecimiento de pruebas, partes judiciales, medidas cautelares, reintegro, a fin de que sea acompañados en los escritos correspondientes. Asimismo, acudíamos al Banco de la Nación a fin de realizar depósito judicial de honorarios a peritos en el caso sea solicitado por el juzgado.

2.3 Aplicación de la Teoría en la Práctica del Desempeño Profesional

Uno de los objetivos a nivel profesional es poner en práctica lo adquirido en la formación universitaria aplicando en principio la ética y la justicia. Realizar prácticas coadyuva a un mejor desempeño en el mundo laboral y pone en práctica las habilidades obtenidas a fin de ejercerlo como futura abogada y lograr oportunidades de empleo para lograr el éxito a nivel profesional.

Asimismo, todo lo aprendido en aulas, específicamente en procesal civil me ha permitido poner en práctica mis conocimientos, analizando los casos asignados y proponiendo estrategias para lograr de manera eficiente el recupero de la acreencia para satisfacción del

banco. En ese sentido, las practicas son una herramienta para el desarrollo profesional ya que proporciona experiencia, desarrollo de habilidades, contactos a nivel laboral y preparación en el empleo.

Conocer el proceso me ha permitido tener un mejor desenvolvimiento a nivel laboral, las cuales me ha permitido, poder llevar a cargo diferentes casos respecto a procesos de ejecución.

CAPITULO III

FUNDAMENTACION DEL TEMA ELEGIDO

3.1 Descripción de la Problemática

La maternidad subrogada, conocida también como vientre de alquiler y/o gestación subrogada, es un pacto u acuerdo entre los padres intencionales y la gestante, mediante la cual una mujer una vez llevado a término un embarazo, entrega al nacido a los que serían los padres legales.

Para Sánchez y Perkumiene, citando a Hernández (2021), precisan que las técnicas de sustitución se pueden dar de dos formas: a) Maternidad subrogada tradicional plena y total, en la que la subrogada es también la madre genética y produce su propio material genético para la gestación. b) Maternidad subrogada gestacional o parcial, en la que la gestante subrogada no aporta su propio material genético, y la concepción se lleva a cabo a partir del óvulo u óvulos de otra mujer, generalmente la madre comitente. Respecto a este último caso, la ausencia de un vínculo genético entre el recién nacido y la madre subrogada justifica un mayor apoyo a la gestación por sustitución por parte de los sistemas legales de cada país.

Las opiniones sobre la gestación subrogada tanto a nivel nacional como internacional son variadas y contradictorias, algunas personas lo ven como una opción legal para parejas o solteros que quieren tener un hijo pero que no pueden lograr concebir de forma natural ya sea por temas biológicos y pueden ser vistas de alguna manera como empoderamiento reproductivo, ya que permite y brinda la oportunidad de ejercer control sobre sus cuerpos y la toma de decisión sobre su capacidad reproductiva,

mientras que otros lo critican por cuestiones éticas como la explotación de mujeres embarazadas y/o la posible trata de personas.

La regulación de la gestación subrogada varía mucho de un país a otro y en muchos lugares existe un vacío legal o una supervisión poco clara. La misma que puede generar situaciones complejas y disputas legales, especialmente cuando las partes involucradas son ciudadanos de diferentes países y están sujetas a leyes diferentes.

Ahora bien, en nuestro país existe un vacío normativo; pese a ello, la ausencia de una legislación específica no ha sido óbice para que estas prácticas se lleven a cabo, generando varios conflictos jurídicos y perjudicando desfavorablemente de derechos fundamentales de las mujeres. En este contexto, consideramos necesario que sea regulado en nuestro país la llamada gestación subrogada, buscando como base fundamental una normativa accesible y clara que otorgue seguridad jurídica a quienes son partícipes en el proceso: la gestante, el niño, las partes comitentes o contratantes y el médico tratante, teniendo como prioridad, la voluntad procreacional determinante en la filiación.

Para la ONU los derechos reproductivos son derechos humanos acreditados por los países en su legislación interna; así como, en documentos internacionales y que comprenden el derecho de todas las parejas y personas a decidir con libertad y responsabilidad cuantos hijos desean tener, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado respecto a la salud sexual y reproductiva. Asimismo, también comprende el derecho a tomar decisiones relativas a la reproducción sin tener que pasar por alguna discriminación, coacciones y violencia, conforme está dispuesto en los documentos de derechos humanos.

Bajo el contexto precedente, surge la presente interrogante **¿Por qué la falta de regulación de la maternidad subrogada vulnera los derechos fundamentales de la mujer?**

En ese contexto, consideramos que ante la falta de una regulación adecuada puede exhibir a las mujeres embarazadas a escenarios violentos o de explotación y dificultarles el ejercicio de sus derechos y su autonomía.

Por ejemplo, pueden verse presionadas externamente para quedar embarazadas en contra de su voluntad, o tener dificultades para recibir atención médica y apoyo psicológico adecuados en el transcurso y posterior al embarazo.

La subrogación plantea una serie de desafíos éticos, legales y sociales, y su impacto en los derechos reproductivos de las mujeres depende en gran medida del contexto en el que se practica la gestación subrogada y de las salvaguardias legales y éticas vigentes para preservar los derechos y la dignidad de las madres subrogadas.

3.2 Teoría sobre la Problemática

3.2.1 Antecedentes Internacionales

Leiva (2023) llega a la conclusión que: La maternidad subrogada es una práctica que en nuestro país no se encuentra regulada, lo que esto ocasionaría que sea realizado de manera ilegal poniendo en peligro los derechos de todas las partes que intervienen en el proceso como son la madre portadora, los padres beneficiados y el nacido producto de la técnica de reproducción asistida (TERA), En ese sentido, es crucial normar esta figura a fin de beneficiar a aquellas parejas que deseen formar una familia.

En el caso de los autores colombianos **Vélez y Posada (2020)** que a manera de conclusión precisan que el Estado Colombiano debe regular la llamada maternidad subrogada, acogiendo el modelo de regulación prohibicionista absoluta, ya que de esta

manera la regulación en el país evitaría que se convierta en un destino de negocio reproductivo. De esta manera, al prohibir el Estado esta práctica brindará seguridad y va a garantizar los derechos fundamentales de las mujeres. Un ejemplo de ello sería el citado artículo: “Los Estados tomarán las medidas que sean apropiadas, incluso de carácter legislativo, a fin de erradicar la trata de mujeres y explotación de prostitución de la mujer”. Por último, manifiesta que la práctica referente a maternidad subrogada, vulnera ciertos derechos fundamentales, tales como: Derecho a la igualdad, a la vida, a la dignidad, etc.

Fuentes (2019) concluye, que existen diversas observaciones de índole moral o ético, debido a que, por un lado, padres comitentes podrían abusar de su posición económica superior, e influenciar a la mujer a disponer de su capacidad gestacional, influenciada por temas económicos, situación que significaría someter a la gestante a tipos de “explotación”; por otro lado, en caso de permitirse ciertas técnicas, se podría considerar al nacido como producto del mercado. Sin embargo, también reconoce que existen comentarios que fomentan su aprobación, basándose en la libertad que tendría la madre gestante para decidir si es que va a someterse o no a esta técnica y que la protección de su salud es fundamental, puesto que a los padres intencionales les interesa que el niño nacido mediante subrogación nazca sin problema alguno.

La autora mexicana **Jiménez (2019)** refiere lo siguiente: Se busca formular una modesta alternativa que impulse una solución al creciente mercado de gestación subrogada, el cual pone en peligro tanto a la madre subrogada como al niño gestado y, además, afecta la naturaleza de la familia misma. Es fundamental proporcionar certeza jurídica a las decisiones de las parejas que, debido a la imposibilidad de gestar un hijo, necesitan un medio que les brinde seguridad al inclinarse por la maternidad subrogada

como una forma de adopción plena. Aunque ha habido avances lentos en esta área, a nivel nacional todavía no existe un marco legal que permita se lleve a cabo la subrogación. Sin embargo, algunos estados de México permiten la práctica bajo ciertas condiciones, mientras que otros, como Querétaro, la prohíben.

3.2.2 Antecedentes Nacionales

En el ámbito nacional, **Tena (2022)** concluyó que la maternidad mediante subrogación es una alternativa para aquellas personas que buscan garantizar su derecho debido a que aspiran ser padres y que ante la falta de regulación se estarían violando inversamente sus derechos fundamentales.

Una situación similar se encontró en el análisis del derecho a la identidad de los nacidos con ayuda de esta tecnología, quienes enfrentaron problemas innecesarios a la hora de registrar datos personales, al no existir normas sobre el procesamiento en estos casos, la misma que genera incertidumbre para el recién nacido.

Asimismo, **Huaranga (2023)** precisa que es indispensable llevar a cabo una reforma de la supervisión legislativa existente, basado en el enfoque comparativo, permite identificar requisitos, condiciones y consecuencias jurídicas de la gestación subrogada y protección de derechos e intereses mayor en relación con el menor y respeto a su identidad y pertenencia.

Las políticas de gestación subrogada existentes en Perú son muy limitadas y no brinda instrucciones claras para la protección del menor. Es por eso que requiere un mayor desarrollo de jurisprudencia respecto a esta materia para establecer precedentes y estándares claros.

Valladares (2023) alega que, la protección de los derechos humanos se ha vuelto tema central en esta cuestión, salvaguardar de alguna manera los derechos básicos

de todas las partes involucradas y garantizar la salud física y mental de los niños nacidos en TERA es convertirse en una máxima prioridad. Un seguimiento cuidadoso y detallado se ha convertido en una necesidad urgente.

Tal regulación debe ser cautelosa y considerar las limitaciones, derechos y responsabilidades de todas las partes, buscando el equilibrio y protección de las personas involucradas en procedimientos de reproducción asistida y factibilidad ética y legal de esta práctica en el Perú. Asimismo, el centro principal debe ser el bienestar del menor nacido a través esta técnica de gestación subrogada, sin excluir a los padres y gestante en el proceso de TERA, priorizar su salud mental es fundamental para un marco regulatorio que se establezca en el país.

Los autores **Campos y Ceron (2023)** concluyen manifestando lo siguiente: El vacío legal generado en la normativa de nuestro país vulnera los siguientes derechos: integridad moral, al libre desarrollo e integridad personal y familiar, derecho a la salud, reproductivos, entre otros.

Santisteban (2019) La referida autora, precisa que la normativa en nuestro país relacionada a TERAS “Técnicas de reproducción asistida” contraviene la posible legislación sobre subrogación, puesto que trasgrede y vulnera los derechos reproductivos y procreación. Esto es, a que nadie puede impedir que una pareja decida que método de reproducción utiliza para lograr tener un hijo, especialmente si es el Estado el que debe promover es el bienestar de la familia.

Asimismo, concluye lo siguiente: Un enfoque comparativo muestra que es posible regular el derecho de subrogación. Sin embargo, el Estado tiene el poder de hacer cumplir ciertos mecanismos legales necesarios para impedir la creación de determinados tipos “negocios” manejadas comercialmente y con indiferencia en el mundo.

3.2.3. Origen de la Maternidad Subrogada en el Perú

La práctica de maternidad subrogada o también llamada como “Alquiler de útero” o “vientre de alquiler”, actualmente no se encuentra contemplada en nuestro país. Asimismo, no existe una legislación cerrada referente a reproducción asistida, sino leyes pendientes. Existen muchos casos que parejas peruanas recurren al embrión subrogado para querer formar una familia, realizando estas prácticas llevando a la gestante a un país en el que si está regulado y donde tal procedimiento si es legal.

Al no estar regulado en nuestro país, existen restricciones a llamadas técnicas de reproducción asistida, entre una de ellas que la madre biológica y la madre genética sean la misma persona. Las motivaciones que pueden impulsar a las parejas a optar por esta vía son muy variadas, entre ellas son las siguientes:

- La imposibilidad de llevar a cabo un embarazo, al no poder de manera natural procrear y formar una familia debido a la esterilidad de la persona o pareja.
- Las complicaciones por las que puede atravesar la gestante durante la etapa gestacional.
- Las personas que no tienen alguna pareja y tienen el deseo de poder tener hijos.
- La necesidad que tienen de ser padres, en el caso de personas del mismo sexo.

La maternidad subrogada en nuestro país actualmente no se encuentra regulado y más aún de acuerdo a lo estipulado por la norma de la Ley general de salud 26842 en el que se precisa en el artículo 7° que: “Toda persona tiene derecho para buscar alternativas para el tratamiento de infertilidad, así como las técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando tanto la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona”.

A raíz de que nos encontramos con un vacío legal ante la falta de regulación de la maternidad subrogada, surgen cuestionamientos legales sobre la filiación, al respecto, Vallejo (2015) reconoce lo expresado en nuestro ordenamiento en la que se reconoce tres tipos de

paternidad: adoptiva, por afinidad y consanguínea, de conformidad en los artículos 236° y 238° del Código Civil de 1984. Sin embargo, donde los avances tecnológicos en genética, surge un panorama donde los donantes puede aportar material genético para la concepción de un niño, lo que plantea nuevas consideraciones sobre las responsabilidades legales y morales.

Tal y como se ha indicado en nuestro país al no estar regulado dentro de nuestro sistema jurídico y por lo que, el ejercicio mediante esta técnica no ofrece un reconocimiento legal para los que opten por llevarlo, no es considerado ilegal, sin embargo, como hemos mencionado, carece de reconocimiento jurídico, puesto que no se le pueden imputar derechos y obligaciones. En ese sentido, presenta un problema de filiación para el menor, careciendo de protección constitucional.

3.2.4. Conceptos de la Maternidad Subrogada

La llamada “Maternidad subrogada” o también referida como “gestación sustituta”, es la práctica mediante la cual una mujer accede a llevar a cabo toda la etapa del embarazo y nacimiento del menor a fin de que pueda entregárselos a la pareja o persona a cambio de un estipendio económico con la condición que se renuncie a todos los derechos del menor y no tenga relación alguna posterior al nacimiento.

El autor **Baffone (2013)** nos dice que: La subrogación gestacional implica que una mujer alquile su vientre a otra pareja a cambio de una compensación financiera y posiblemente otros beneficios. En este acuerdo, los futuros padres desempeñan un papel central, ya que son quienes solicitan a la mujer llevar al bebé y dar a luz. La mujer que ofrece su útero renuncia a todos los derechos sobre el niño.

Asimismo, **Delgado (2019)** comenta que: La subrogación de maternidad contractual ocurre cuando una mujer decide llevar y dar a luz un menor a fin de entregárselo a otra persona y/o pareja a cambio de un estipendio económico, incluso si el

niño está biológicamente relacionado con ella. Es crucial destacar que un tercero, usualmente un profesional médico, debe intervenir en el acuerdo y asumir los mismos derechos y obligaciones que las demás partes involucradas.

El autor **Gonzales (2015)** sobre maternidad subrogada aduce que, estos términos, también conocidos como "maternidad contratada", "maternidad portadora" y "maternidad sustituta", describen la acción en la que una mujer alquila su útero para gestar el hijo de otra persona hasta su nacimiento, momento en el cual el bebé es entregado a la pareja o persona que lo solicitó. Esta práctica no hace distinción entre parejas casadas, parejas de diferente sexo o parejas que ya tienen hijos.

Lo mencionado por el autor precedente es que la mujer que va a llevar un ser humano en su vientre con la finalidad de entregárselo a otra después del nacimiento, a cambio de un pago.

Ahora bien, referente a la maternidad, **Molina (2019)** nos indica que, a lo largo de la historia, las percepciones sobre la maternidad han cambiado, a raíz a los constantes cambios de normas culturales y sociales. Estas concepciones se han basado en las continuas interpretaciones cambiantes del rol de la mujer en la sociedad, la naturaleza de la reproducción, entre otras.

Si bien la gestación subrogada puede realizarse de distintas formas, las más comunes son la madre gestante, la madre sustituta, transferencia de embriones y la ovodonación.

Pondremos como ejemplo a lo manifestado por **Estrada (2019)** quien señala que la maternidad subrogada ocurre cuando una mujer acuerda llevar y dar a luz para otra a cambio de un estipendio económico u otros beneficios. En este acuerdo, la mujer se compromete a dar al niño a los comitentes al final del embarazo, renunciando a cualquier

derecho sobre el niño que pudiera tener. Este enfoque se fundamenta en técnicas tradicionales de reproducción asistida.

Valero (2019) nos dice que por lo general estos acuerdos se formalizan mediante un contrato legalmente vinculante entre la madre subrogada y futuros padres, asegurando claridad y protección para todas las partes involucradas. Además, en algunos casos el futuro padre puede recibir una compensación económica por su papel en el acuerdo de subrogación.

Por su parte **Peralta (2004)** nos dice que la maternidad subrogada implica un acuerdo donde la mujer se compromete a proporcionar su útero y permitir que el embrión se fecunde fuera del cuerpo de manera homologa o heteróloga con la finalidad de que una vez que nazca el menor deberán entregárselo a la madre biológica.

Es esencial comprender las diversas facetas y expresiones sociales sobre un tema tan delicado como este en nuestro mundo complejo. Salvaguardar el derecho de una pareja a determinar libremente si desean tener hijos y como hacerlo es crucial y debe protegerse contra la interferencia y coacción de las leyes estatales. Esta noción engloba de alguna manera un derecho fundamental de decidir la llegada de los niños al mundo.

3.2.5. Modalidades de Gestación Subrogada.

La gestación subrogada cuenta con las siguientes clases:

a) **Subrogación total, plena o tradicional**

Respecto a este caso, la mujer que ha sido contratada se somete a una inseminación utilizando sus propios óvulos. Usualmente, la inseminación se realiza con el esperma del padre, aunque también puede ser utilizado el esperma de un donante. La fertilización puede realizarse mediante inseminación artificial o fertilización in vitro.

La autora **Franck (2019)** argumenta que la subrogación tradicional puede conducir

a situaciones complejas tanto legales como emocionales debido al vínculo que puedan tener la madre subrogada y el nacido. Además, destaca la importancia de instaurar regulaciones claras para preservar los derechos de todos los intervinientes para así evitar algún posible conflicto de filiación.

Asimismo, la autora **Lamas (2020)** indica que la subrogación tradicional puede ser vista como una forma de explotación a las mujeres, especialmente en contexto socioeconómico vulnerable, lo que puede generar y llevar a la explotación de las mujeres que actúan como madres subrogadas.

Por otro lado, para **Domínguez (2019)** la subrogación debe ser cuidadosamente regulada para así evitar problemas legales relacionadas con el consentimiento informado y la filiación. Asimismo, sugiere que todas las partes intervinientes estén plenamente informadas y protegidas legalmente.

De acuerdo a lo dicho por los autores, podemos manifestar en que la mayoría resaltan la gran necesidad de que se establezcan regulaciones claras y justas para la subrogación tradicional. Los principales puntos de preocupación incluyen la protección de los derechos de la madre subrogada y del menor, la prevención de la explotación y la resolución de los conflictos legales que pudieran ocasionarse con la filiación.

b) Subrogación parcial o gestacional

Este procedimiento implica el implantar los gametos de la madre subrogada a través de la fecundación in vitro. En este caso, el óvulo puede provenir de la madre comitente o de algún donante, más no de la gestante. De manera que, el esperma puede ser proporcionado por un donante o por el padre comitente. En este caso, el embrión se implanta en el útero de la mujer subrogada y ella solo actúa como la portadora del embarazo, lo que puede simplificar cuestiones emocionales.

La autora **Perreira (2019)** destaca que la subrogación gestacional puede ofrecer

una solución viable para las parejas que no pueden concebir, siempre y cuando sean reguladas adecuadamente las condiciones de subrogación para así proteger los derechos de la gestante y de los futuros padres. Asimismo, señala la necesidad de establecer marcos legales que aseguren el consentimiento de la gestante sea plenamente informado y voluntario.

A su vez, **Salazar (2023)**, comenta que, si bien la subrogación gestacional ofrece oportunidad para la creación de familias, también plantea importantes desafíos éticos y legales. Por lo que, manifiesta es crucial y determinante el podemos establecer normas claras a fin de evitar que las gestantes sean coaccionadas y a su vez que los derechos del menor sean protegidos.

Según lo indicado por los autores, quienes resaltan la importancia de la regulación adecuado y que, además, están de acuerdo en que lo primordial deben ser los derechos de las personas intervinientes, tales como el derecho de la gestante, la prevención de la explotación, la transparencia en los acuerdos y, sobre todo, la protección a los nacidos mediante este método. Estas opiniones coadyuvan a que se practique de manera ética y segura.

c) **Subrogación altruista**

Este escenario se produce cuando la madre gestante accede a realizar el proceso de subrogación de forma gratuita, evitando recibir alguna compensación económica fuera de los gastos médicos y/o costos asociados en el embarazo, únicamente lo realiza motivada por vínculos relaciones a la amistad o parentesco con la pareja que contrata. Este tipo de subrogación es más aceptada en algunos países, debido a la menor preocupación por la explotación comercial.

Para la autora **Becerra (2019)** la subrogación altruista es un acuerdo en el que la persona que lleva a cabo el embarazo no recibirá alguna dinero, fuera de los gastos

médicos y costos asociados al embarazo. Lo resalta como un acto de generosidad y el deseo de apoyar a otros a construir una familia, sin esperar a cambio un beneficio.

A su vez, **Martínez (2021)** define a la subrogación altruista como un arreglo en el que la mujer que actúa como madre subrogada no busca obtener beneficios económicos, sino que se compromete a llevar a cabo un embarazo por razones humanitarias. Asimismo, enfatiza que este modelo de subrogación se caracteriza por la ausencia de lucro y la intención de poder ayudar a otras personas a cumplir su deseo de ser padres.

Los autores coinciden en que la subrogación altruista se caracteriza por la ausencia de compensación económica significativa y que esta basada en la motivación de ayudar a otras personas a formar una familia. Este enfoque busca de alguna manera minimizar los riesgos de explotación y se basa en principios como la solidaridad y generosidad.

Al respecto Varsi (2013) precisa que la gestación subrogada puede darse de varias maneras, entre ellas:

- **Madre Sustituta:** Refiere a que la mujer no puede gestar ni mucho menos generar óvulos, al tener una escasa carencia en los ovarios y útero por tanto, debe encontrar una persona que si cumpla con dichas funciones y lleve a cabo el proceso de gestación. Este es un caso de maternidad integral, produciéndose en casos de pro generación humana: inseminación en tercera mujer y espermatozoide de la pareja.
- **Madre Portadora:** Hace referencia a que la mujer si puede generar óvulos, sin embargo, tiene un desperfecto en la parte uterina o física que la imposibilita gestar y debe buscar una mujer que realice dicha labor biológica. Estos casos son también llamados como maternidad parcial, produciéndose en casos de trigeracion: espermatozoides de la pareja, ovulo de la mujer y la madre

gestante que viene a ser una tercera.

- **Ovodonación:** Estos casos se dan en el que las mujeres no pueden generar óvulos que pueden convertirse en un embrión sano, por lo que necesita de una mujer para que le puede ceder los óvulos. Por lo tanto, necesita llevar una fecundación in vitro con óvulos y espermias de un donante y transferirlos a una paciente receptora.
- **Embriodonación:** Conocido también como embriocesión y ocurre en casos en el que tanto la mujer como el hombre son infértiles, es decir, que la mujer no pueda llegar a generar óvulos y el hombre es infértil. En estos casos, deben necesitar una donación de espermias y que una tercera persona ceda sus óvulos o sea fecundada y culmine el proceso de gestación.

d) Subrogación onerosa

En este tipo de situación la madre gestante recibe una compensación por parte de la pareja que la contrata al momento en que se concluye el embarazo y entregar al bebé al momento de nacer. Estas están motivadas tanto por tener el deseo de ayudar a parejas que se ven imposibilitadas de procrear, así como también por recibir alguna compensación. Este tipo de subrogación genera muchas controversias y prohibidas en muchos países, esto debido a la explotación y la comercialización del cuerpo de la mujer.

Sepúlveda (2019) define a la subrogación onerosa como un acuerdo en el que la madre subrogada recibe una compensación económica aparte de los gastos que se generen durante todo el embarazo, este tipo de subrogación genera un pago adicional como retribución por el servicio prestado. Aunado a ello, refiere que, si bien puede ser controvertida, puede ser una opción viable si esta adecuadamente regulada.

Por otro lado, quien esta en desacuerdo por este tipo de subrogación es la autora **Gómez (2020)** pues critica por convertir la maternidad en una transacción comercial, lo que podría deshumanizar el proceso y aumentar el riesgo de explotación y coacción, especialmente en mujeres de escasos recursos.

Si bien los autores coinciden en que la subrogación onerosa implica un estipendio económico. Las opiniones sobre esta practica varían puesto que algunos lo ven potenciales beneficios si esta regulada de manera adecuada, mientras que también expresa preocupación sobre la mercantilización del cuerpo femenino y el riesgo de explotación.

3.2.6. Técnicas de Reproducción Asistida

El autor **Sánchez (2021)** manifiesta que “Las Técnicas de reproducción asistida – T.R.A” vienen a ser mecanismos de procedimientos médicos utilizados para tratar la infertilidad y, de alguna manera, lograr la procreación humana.

Durante los años se han planteado diversas cuestiones jurídicas, tanto teóricas y practicas. La reproducción asistida en la legislación debe enfatizar en el reconocimiento de un derecho especifico, sobre todo, el de la autonomía.

Fecundación in vitro

Tal como se establece en el articulo 4, incidente 1, del Pacto de San José de Costa Rica, todas las personas tienen el derecho el que se respete su vida y no se le puede quitar de manera arbitraria, se protegerá el derecho desde la concepción. Bajo ese mismo concepto, el Código Civil peruano concuerda, por lo que desde su inicio la vida prenatal merece la protección del estado.

Donación de Esperma

Esta técnica implica el uso de espermias donados para fertilizar los óvulos de una mujer, sea mediante fertilización in vitro o inseminación intrauterina. Si bien existen bancos

de espermatozoides, que se justifica por la necesidad misma de dichos donantes. Desafortunadamente, nuestro ordenamiento jurídico no le da mucho peso a las diversas interpretaciones de lazos familiares que existen fuera del ámbito adoptivo como biológico y tales motivaciones no van relacionadas con la paternidad, a diferencia de quien se somete a esta práctica debido a que se ve imposibilitado de poder tener un hijo.

Donación de óvulos

Esta técnica implica en el que la mujer, por determinadas razones genéticas o de salud no pueden producir óvulos que puedan convertirse en un embrión sano. Por lo que, se necesita de un donante a fin de realizar una fecundación in vitro y transferirlos a la mujer receptora.

Donación de Espermias

En casos de una infertilidad total, tanto del hombre como de la mujer, en el que no puedan llevar con éxito un embarazo y por lo que recurren a donantes de óvulos y espermias.

3.2.7. El Contrato en la Maternidad Subrogada.

Mediante el punto de vista contractual, la gestación subrogada puede enfrentarse obstáculos, dado que implica no solo el derecho de querer formar una familia, sino también el derecho de ejecutar bajo acuerdos, lo que pueda implicar transacciones económicas. Esto plantea la cuestión de si la maternidad subrogada debe considerarse éticamente cuestionable.

Es esencial tener presente que la formación de un contrato no se limita únicamente a la aceptación de la oferta, sino que también requiere un acuerdo mutuo, lo que llamamos “consentimiento”, o más aún, un tipo de consentimiento con dos aspectos fundamentales: en primer lugar, los deseos internos de cada uno, determinando de esta manera que se acepte o sea rechazada la oferta; y en segundo lugar, el consentimiento

se manifiesta en la exteriorización de dichos deseos convergentes. Es importante recordar que la mera aceptación de la oferta no es suficiente para la formación de un contrato.

En esa misma línea, tenemos lo manifestado por **Messineo (2019)** que indica que la esencia de la voluntaria del contrato se resalta mediante el principio de acuerdo de voluntades, donde se pone énfasis en la reciprocidad entre los deseos de ambas partes. Esto se refleja en el equilibrio entre los intereses de las partes y la concreción de resultados compartidos en los que están de acuerdo.

3.2.8 Los Derechos Fundamentales

Para un mejor entendimiento referente a nivel conceptual, haremos alusión a lo manifestado por **Cea (2022)** que indica que los derechos fundamentales son aquellos derechos que reflejan la libertad y la igualdad inherentes a la condición humana. Esta idea se deriva directamente de la dignidad de las personas, basada en su singularidad y en su condición de sujetos que merecen disfrutar de una dignidad. Estas facultades y atributos subjetivos deben estar siempre reflejados en el sistema legal al que pertenece el individuo, permitiéndole exigir su cumplimiento mediante deberes correspondientes, ya sean de naturaleza positiva o negativa.

En ese sentido, podemos decir que, en un estado democrático, es esencial que se implementen medidas de protección y reconocimiento para toda la población, evitando cualquier forma de exclusión o daño, ya que se basa en los derechos fundamentales como su principal fundamento. Esto no solo promueve la igualdad social en términos de derechos dentro del país, sino que también representa un avance significativo para el desarrollo del estado y su sistema legal.

Bajo ese contexto, tenemos al autor **Correa (2023)** quien alude que los derechos fundamentales, al formar parte del marco de un Estado constitucional o de Derecho,

establecen los criterios esenciales de validez, tanto en su creación, interpretación y aplicación. Esto significa que estas normas deben estar en concordancia con las de mayor jerarquía, asegurando coherencia en el sistema legal en su conjunto.

Derecho a formar una familia

El derecho de querer formar una familia es protegido y reconocido por el artículo 16.1 de los Derechos Humanos en el que hace referencia que tanto la mujer y el hombre, tienen derechos y sin restricción por motivos de religión, raza, nacionalidad, el querer conformar una familia, en el que disfruten derechos iguales en su matrimonio, durante o ya sea en caso de disolución del mismo. Sin embargo, ante una falta de regulación, las parejas que deciden formar una familia se ven imposibilitadas de elegir de manera libre el método de reproducción asistida que deseen formar. Asimismo, tienen la incertidumbre en aspectos legales sobre la filiación, que puede afectar el reconocimiento y la protección de la estructura familiar creada a través de una subrogación.

Derecho a la Identidad

Uno de los derechos indispensables de toda persona es a tener una identidad, y en casos referentes a los nacidos mediante la maternidad subrogada suele ser compleja puesto que, al ser mediante las técnicas de reproducción asistida, esta repercute en el derecho a la identidad del menor. En ese sentido, es crucial destacar que lo más importante es el interés superior del niño, pues esto nos permite tener en cuenta el impacto en la niñez una salida respetuosa con ella.

3.2.9 El Vacío Legal

Para los autores Rubio y Arce (2019), una situación de vacío legal se presenta cuando no existe una norma legal aplicable o cuando esta no es completamente adecuada para

el caso en cuestión. Por otro lado, un vacío legal ocurre cuando no existe una norma legal específica para aplicar a una situación que el sistema legal debería abordar. En otras palabras, la situación que genera no ha sido contemplada en ninguna de las disposiciones existentes en el sistema legal, o puede implicar la necesidad de añadir una consecuencia no prevista a una situación ya regulada.

En nuestro país el ordenamiento jurídico está establecido en normas de manera escrita, por lo que, para determinados casos en que no exista algo establecido puede considerarse que no necesita estar normada por el derecho. Sin embargo, se puede presentar casos como el presente tema de investigación que, al no estar regulado y no haya una normativa aplicable, es necesaria su regulación, a fin de que no sea un óbice para quienes desean concretar una familia mediante los llamados TERAS.

3.2.10 Propuestas legislativas para casos de Maternidad Subrogada.

En el transcurso de los años el Congreso de la República, ha venido propuesto a través de sus diversas bancadas proyectos en aras de una regulación de reproducción asistida, siendo estas las siguientes:

➤ Proyecto de Ley N^o 2003/2012-CR

Este proyecto fue propuesto por Concertación Parlamentaria, representado por Rodríguez Zabaleta, Elías Nicolás, quien fue congresista durante el periodo de 2011-2016. La principal contribución del presente proyecto de ley fue variar el Artículo 7 de la Ley General de Salud, en referencia a las técnicas de reproducción asistida, tal modificación viene a ser que: *“Todas las personas tienen el derecho de recurrir a tratamientos de infertilidad, ya sea mediante el uso de técnicas de reproducción asistida heteróloga y, en especial referentes a la maternidad subrogada, las cuales deben ser autorizadas por el juzgado del domicilio de quien lo solicita, adjuntando la*

autorización médica del especialista en el que se precise que la única forma de procrear sea mediante otras técnicas. Este proceso deberá tramitarse como proceso no contencioso”.

➤ **Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR**

Este proyecto fue realizado por el Partido de Gana Perú, representado por Zamudio Briceño Tomás, quien fue congresista durante el periodo de 2011-2016, en la que propone regular las llamadas TERAS “Técnicas de reproducción asistida”, así como prevenir y tratar las enfermedades genéticas, mediante la utilización de embriones y gametos.

➤ **Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR**

Este proyecto fue realizado por el Partido de Solidaridad Nacional, representado por Zeballos Salinas Vicente, quien fue congresista durante el periodo de 2011-2016, en la que propone modificar la Ley 26864 referente al artículo 7ª de la Ley General de Salud, en el que se indica que tanto la madre gestante y genética deben ser la misma persona. En ese sentido, tanto la maternidad subrogada de forma parcial y altruista sea realizada con el material genético de la mujer y con el gameto del varón, mediante fecundación in vitro, en el que el embrión será instaurado en el vientre de la persona que aceptará de manera generosa, es decir, de manera desinteresada, el llevar a cabo un embarazo.

➤ **Proyecto de Ley 3404/2018-CR**

Este proyecto considera la rectificación del artículo 7ª de la Ley General de Salud a fin de evitar vacíos en la Ley, puesto que en la actualidad solo puedan acceder las personas diagnosticadas con infertilidad y en el que solo la madre genética y gestante sean la misma persona. En ese sentido, esta regulación coadyuvará en el procedimiento que las

personas opten por la técnica de reproducción asistida. Asimismo, proponer condiciones para que las personas que desean acceder a la maternidad subrogada sea de manera solidaria y sin objetivo de lucrar. Por ultimo, establecer diversos protocolos médicos a fin de evitar mala praxis por los centros de salud que fueran a llevar a cabo estos procedimientos.

3.2.11 Derecho Comparado

- **Rusia**

En el país ruso la maternidad subrogada esta debidamente regulado y es un hecho legitimo, puesto que esta caracterizada por un marco legal que permite la subrogación altruista. Asimismo, las leyes que regulan la maternidad subrogada están integradas en el Código de Familia.

De conformidad por los artículos 51^a y 52^a del Código en mención, establece la regulación de identidad de los menores, en el que estará figurado en la certificación de nacimiento los datos de los padres legales y en el que no aparecerá el consentimiento de la subrogación en dicho certificado.

La Ley permite que tanto las mujeres solteras como las heterosexuales puedan recurrir a la subrogación. Sin embargo, estas no estarían permitidas para los hombres solteros.

Por ultimo, para llevarse a cabo deben estar debidamente formalizadas mediante un contrato, en el que participen la madre subrogada como los padres intervinientes y en dicho contrato deben estar señalados los derechos y obligaciones de los intervinientes, además de la renuncia de la madre subrogada respecto a los derechos parentales del nacido.

- **Australia**

En este país, la maternidad subrogada esta regulada de manera estricta, puesto que solo esta permitida la maternidad altruista, en el que una tercera persona lleve a cabo el

embarazo sin recibir alguna compensación, pues esto es ilegal en dicho país y puede ser castigada con multa y/o prisión. Las leyes varían entre los estados y generalmente, las parejas que desean tener un hijo y la madre subrogada, deben cumplir con algunos requisitos tales como haber recibido asesoría legal y ser mayores de edad. En ciertos estados, antes de llevarse a cabo todo el proceso, deben ser debidamente aprobados por una entidad reguladora.

- **Cánada**

La Ley canadiense se ha ido configurando a través de combinación de leyes, así como decisiones judiciales y cambios sociales. Una de las piezas legislativas mas importantes que regula esta practica, viene a ser la Ley de Reproducción humana asistida vigente desde el año 2004, que permite la maternidad subrogada altruista, donde se establecer la prohibición de algún pago a la madre portadora.

Se establecen diversas formas de sanción, tales como:

- La intermediación para los contratos de maternidad subrogada quedan totalmente prohibidos.
- Prohibición de publicidad que tengan algún fin lucrativo.
- Privarlos de su libertad durante el transcurso de 10 años.
- Multa de un aproximado de 500.000 dólares canadienses.

Con el transcurso de los años, la percepción y actitudes hacia la maternidad subrogada han ido cambiando y con ello un crecimiento al reconocimiento a los derechos de los padres intencionales y madres subrogadas, la que ha permitido una mayor aceptación y equilibrio respecto a los intereses y protección de todas las partes intervinientes.

- **India**

A partir de la década de los 2000, este país experimento de manera significativa sobre la maternidad subrogada, pues se convirtió en un destino popular para tal practica, tanto

para las parejas del mismo país como para extranjeros. Los costos bajos y la disponibilidad de las clínicas causaron una atracción para quienes buscaban la posibilidad de incrementar la familia.

Según el informe de las Naciones Unidas (2012) existe un aproximado de 3000 clínicas particulares que brindan servicios de reproducción asistida. Asimismo, la federación de industrias indias informa que esto generará un aproximado de 2.300 millones de dólares.

Asimismo, las gestantes deben de cumplir con ciertos requisitos, las cuales son:

- La gestante ya debe de haber procreado un hijo propio.
- La mujer no debe exceder los 35 años de edad.
- Una vez celebrado el contrato, la mujer no puede interrumpir el proceso de gestación, salvo situaciones complejas.

- **Ucrania**

Este país se ha convertido en un destino conocido y donde acuden todas las parejas que buscan la opción de conformar una familia, pues se encuentra totalmente garantizada por Ley. Además, las leyes ucranianas reconocen a los padres intencionales como padres legales del nacido.

Referente al aspecto económico, los costos para la maternidad subrogada están por debajo de países como Estados Unidos, de tal manera que ha sido punto de atracción para muchas parejas que buscan una opción económica.

De acuerdo a la Orden 787 del Ministerio de Salud, dentro de sus indispensables características más importantes se encuentran las siguientes:

- Regulado para las personas del país como del extranjero.
- Prohibido para parejas gay y solteros.

- Pueden recurrir a tratamiento en caso presenten problemas de infertilidad.
- Acceso a participar a programas de fecundación in vitro y subrogación.

En el caso en el que se cuente con un contrato firmado, de manera previa al comienzo del programa se va a determinar una compensación económica y la madre subrogada se va a comprometer en que una vez que nazca el menor, deberá entregar al bebe a los padres.

- Reino Unido

En los años 1982-1984, la Ley Británica declaraba, que cualquier tipo de subrogación era totalmente ilegal y se basaba de acuerdo a la Comisión de Investigación respecto a Embriología y Fecundación. Asimismo, se disponía mecanismos a fin de sancionar a establecimientos que reclutaran gestantes.

En 1985 se estipulo que la gestación subrogada sin fines lucrativos se encontraba debidamente legitimada, mediante la aprobación de la Surrogacy Arrangements Act, además que, se prohibió intervención de agencias o intermediarios y su publicidad.

3.3 Analisis de la Problemática

El presente trabajo de investigación tiene como fundamental objetivo general analizar por qué la falta de regulación de la maternidad subrogada vulnera los derechos fundamentales de la mujer.

Es importante afirmar que la gestación subrogada abarca diferentes aspectos, la misma que al tratarla genera situaciones complejas, puesto que representa una serie de desafíos y controversias, referente a aspectos legales, sociales, económicos, entre otros.

En el aspecto legal, la omisión de la regulación de la maternidad subrogada crea un vacío legal, la misma que puede generar disputa sobre la paternidad y maternidad legal del menor respecto a la custodia, pudiendo llegar a conflictos judiciales. Asimismo, la alta

probabilidad entre los padres intencionales y la gestante al no llegar a un acuerdo o si una de ellas incumple lo pactado. Por lo que, ante la ausencia de leyes específicas referente al presente tema, los derechos de las gestantes no están garantizados, puesto que vulnera los principales derechos que son fundamentales de la persona en caso existan personas con problemas de infertilidad, derecho a la libertad personal y entorno familiar, a la igualdad ante la ley, salud, derechos reproductivos de la mujer, entre otros que vienen a ser impedimento en la actualidad para que se lleve a cabo.

Así, el vacío normativo también puede generar problemas legales, respecto a la identidad, los menores nacidos mediante subrogación pueden enfrentar problemas para establecer su identidad y derechos, incluyendo el acceso a servicios básicos. Asimismo, sin una regulación clara y precisa sobre maternidad subrogada, los derechos del menor, su origen biológico, salud y bienestar no pueden ser protegidos de manera adecuada. Los problemas para establecer la identidad legal y la filiación pueden limitar el acceso del niño a derechos básicos como educación, salud y el bienestar social.

Por otro lado, las gestantes pueden enfrentar un estrés emocional significativo ante la ausencia de apoyo y protección adecuados además de no contar con una protección de bienestar y seguridad, puesto que sin un marco legal que lo regule, las partes intervinientes no estarán protegidos durante todo el proceso y la seguridad del niño puede no estar adecuadamente garantizados.

La ausencia de regulación de gestación subrogada en el Perú vulnera una serie de derechos fundamentales de la persona tales como se han desarrollado líneas arriba. Por lo que, considero que es importante que se desarrolle un marco legal a fin de salvaguardar los derechos de las partes intervinientes y garantizar a las madres gestantes condiciones justas, legalmente reconocidas y reguladas en el país y emocionalmente sea saludable para ella.

En el aspecto ético y social, la falta de comprensión y aceptación de la maternidad subrogada en la sociedad peruana puede llevar al estigma para las familias que deciden optar por este método, así como para las gestantes. Respecto al problema social es probable que se pueda llegar a conflictos culturales y religiosos.

CAPÍTULO IV

PRINCIPALES CONTRIBUCIONES

4.1 Descripción de las Alternativas de Solución

En vista de lo expuesto en nuestro análisis de la problemática planteada debido a la falta de regulación de la maternidad subrogada en nuestro país, es menester coadyuvar con alternativas de solución para su regulación. Siendo estas las que paso a exponer:

- a) Incorporar una Ley Especial sobre maternidad subrogada a fin de que solo se apruebe y/o acepte la maternidad subrogada en casos referente a subrogación altruista y así evitar que se comercialice y se use para fines lucrativos.
- b) Programa de Protección Psicológica para la madre subrogada: Brindar el apoyo psicológico a la madre subrogada antes, durante y después del embarazo.
- c) Proponer la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud, en referencia a las técnicas de reproducción asistida, tal modificación viene a ser que: “Todas las personas tienen derecho para buscar alternativas para el tratamiento de infertilidad, así como las técnicas de reproducción asistida, **no siendo impedimento que la madre biológica y la madre gestante tengan que ser la misma persona.**”

4.2 Evaluación de las Alternativas de Solución

Considero que las alternativas planteadas en líneas precedentes resultan viables.

- a) La implementación de la primera alternativa es factible, pues existe la necesidad de promulgar una Ley Especial sobre maternidad subrogada que regule la problemática de manera adecuada y suficiente, con la finalidad de que las mujeres que se ven imposibilitadas de tener un hijo por motivos biológicos, puedan hacerlo y no verse vulnerados sus derechos a formar una familia.
- b) La creación del Programa de Protección Psicológica para la madre subrogada es

importante porque es importante asegurar su bienestar integral ya que el proceso de gestación puede ser una experiencia compleja y se busca ayudar a la madre a gestionar la ansiedad y estrés que pueden surgir. Además de ello, puede facilitar una comunicación respetuosa entre la madre subrogada y los padres intencionales a fin de evitar conflictos.

- c) La modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud contribuirá a que todas las mujeres sin excepción alguna, tengan la oportunidad de formar una familia y que esta no este condicionada a que la madre biológica y gestante tengan que ser la misma persona.

4.3 Implementación de la Alternativa Seleccionada

- a) Respecto a la primera alternativa planteada, esto es, incorporar una Ley Especial sobre maternidad subrogada, considero que se puede implementar mediante un proyecto de ley presentado por medio de algún congresista interesado en la materia, a fin de que se discuta y apruebe el proyecto.
- b) Respecto a la segunda alternativa, de crear un Programa de Protección psicológica para la madre subrogada, considero que el mismo se puede canalizar a través de los consultorios gratuitos del Colegio de Psicólogos del Perú y de los consultorios psicológicos gratuitos de las universidades del Perú, a fin de brindar protección a las personas que la requieran.
- c) Respecto a la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud, se puede viabilizar a través de un proyecto de ley presentado por medio de un Congresista de la República interesado en el tema.

4.4 Costo de Implementación

La implementación de la Ley especial de maternidad subrogada; así como la modificatoria del artículo 7 de la Ley General de Salud resultan viables, representando un costo cero para el Estado, porque las mismas pueden ser canalizadas mediante un proyecto de ley presentado por medio de algún congresista interesado en la materia. Considero relevante crear consensos, por ello resultaría importante previamente realizar mesas de trabajo con expertos, tanto médicos como abogados que pudieran coadyuvar en la tarea.

Respecto Programa de Protección Psicológica para la madre subrogada también significaría costo cero para el Estado pues dicho programa sería canalizado a través de consultorios gratuitos.

4.5 Evaluación de Factibilidad de la Implementación

Las alternativas planteadas resultan viables, toda vez que su implementación no generarían costo para el Estado y contribuirían a brindar solución a un problema que existe en nuestro país y sin una regulación clara y precisa sobre maternidad subrogada, los derechos del menor, su origen biológico, salud y bienestar no pueden ser protegidos de manera adecuada.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La falta de regulación de la maternidad subrogada vulnera los derechos fundamentales de la mujer, expone a las madres gestantes a situaciones de explotación y/o situaciones violentas, a una falta de atención médica que puede exponerla a riesgos médicos ante la falta de protección. Asimismo, se vulnera el derecho a la libertad personal y entorno familiar, a la igualdad ante la ley, salud, derechos reproductivos de la mujer.
2. La ausencia de una regulación puede afectar de gran medida la determinación legal de la maternidad y paternidad y, como consecuencia a ello, la identidad del niño.
3. Se propone la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud, en referencia a las técnicas de reproducción asistida, tal modificación viene a ser que: “Todas las personas tienen derecho para buscar alternativas para el tratamiento de infertilidad, así como las técnicas de reproducción asistida, **no siendo impedimento que la madre biológica y la madre gestante tengan que ser la misma persona.**”
4. Incorporar una Ley Especial sobre maternidad subrogada a fin de que solo se apruebe y/o acepte la maternidad subrogada en casos referente a subrogación altruista y así evitar que se comercialice y se use para fines lucrativos.
5. Programa de Protección Psicológica para la madre subrogada: Brindar el apoyo psicológico a la madre subrogada antes, durante y después del embarazo.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Leiva Torres, T (2023). *La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes*. Trabajo de titulación para optar al título de Abogada – Universidad Nacional de Chimborazo, 72-72.
<http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/10534/1/Leiva%20Torres%2c%20T.%282023%29%20La%20maternidad%20subrogada%20en%20el%20Ecuador%20y%20los%20derechos%20de%20los%20intervinientes.%20%28Tesis%20de%20Grado%29%20Universidad%20Nacional%20de%20Chimborazo.%20Riobamba%2c%20Ecuador..pdf>
- Vélez Alvarado, L. y Posada Posada, E. (2020). *La gestación subrogada: una vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer en Colombia*. Universidad de la Costa, 96-100.
<https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/8948/La%20gestaci%C3%B3n%20subrogada.%20una%20vulneraci%C3%B3n%20de%20los%20derechos%20humanos%20y%20libertades%20fundamentales%20de%20la%20mujer%20en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Fuentes López, I. (2019). *La gestación subrogada en el derecho internacional privado*. Memoria para optar el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad de Chile, 66-69.
<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173131/La-gestacion-subrogada-en-el-derecho-internacional-privado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Jiménez Pedraza, A (2019). *Maternidad Subrogada. Propuesta de reforma al apartado 4.177 bis del código civil del estado de México*. Tesis para obtener Título de Licencia en Derecho – Universidad Autónoma del Estado de México, 117-119.
<http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/99438/TESIS%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.%20PROPUESTA%20DE%20REFORMA%20AL%20APARTADO%204.177%20BIS%20DEL%20C%C3%93DIGO%20CIVIL%20DEL%20ESTADO%20DE%20M%C3%89XICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Tena Mucha, M. (2022). *Análisis de constitucionalidad de la práctica de la maternidad subrogada comercial*. Revista de Derecho Yachaq N^o 14 – Universidad Nacional San Antonio de Abad, 129-130.
<https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/1064/1273>
- Huaranga Reque, Y. (2023). *La protección jurídica del niño por nacer en la gestación subrogada en el Perú*. Tesis para optar título profesional de abogado. – Universidad Privada del Norte, 67-67.
<https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/35628/Huaranga%20Roque%2c%20Yaquilin%20DinaHuaranga%20Roque%2c%20Yaquilin%20Dina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Valladares Merejildo, D. (2023). *Derechos Fundamentales y Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs): El Debate en torno al Caso Ricardo Morán en Perú*. Trabajo para optar segunda especialidad en derechos fundamentales y Constitucionalismo en America Latina – Pontificia Universidad Católica del Perú, 34-36.

https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/27527/VALLADARES_MEREJILDO_DIANA_CAROLINA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Campos Laveriano, K y Ceron Choque Sebastian Justo (2023). *El vacío legal sobre la gestación subrogada en el Perú y la vulneración de derechos fundamentales de las personas con problemas de fertilidad y esterilidad, 2018-2021*. Tesis para optar título profesional de abogado – Universidad Tecnológica del Perú, 152-152.

https://repositorio.utp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12867/7888/S.Cer%C3%B3n_K.Campos_Tesis_Titulo_Profesional_2023.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Santisteban Sandoval, R (2019). *El Derecho Reproductivo y su incidencia con la maternidad subrogada*. Tesis para adoptar el grado académico de Maestría en Derecho Civil y Comercial – Universidad Nacional Federico Villareal, 76-76.

https://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13084/4863/Santisteban_Sandoval_Rosaura_Elizabet_Maestria.pdf?sequence=1&isAllowed=y