

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y**  
**COMERCIAL**



**MATERNIDAD SUBROGADA Y LA AFECTACIÓN DE LAS**  
**INSTITUCIONES JURÍDICAS DE LA SOCIEDAD PATERNO - FILIAL.**  
**TARAPOTO, REGIÓN SAN MARTÍN, 2017**

**TESIS**

**Presentada por:**

**Bach. Francesco Giacomo Feliziani Diaz**  
**ORCID: 0000-0002-8727-5239**

**Asesor:**

**Mag. Elvira del Carmen Reynoso Carpio**  
**ORCID: 0000-0002-6223-2152**

**Para Obtener el Grado Académico de:**

**MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y**  
**COMERCIAL**

**TACNA-PERÚ**

**2022**



**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y**  
**COMERCIAL**

**Tesis**  
“MATERNIDAD SUBROGADA Y LA AFECTACIÓN DE LAS  
INSTITUCIONES JURÍDICAS DE LA SOCIEDAD PATERNO - FILIAL.  
TARAPOTO, REGIÓN SAN MARTÍN, 2017”

Presentada por:  
Bach. Francesco Giacomo Feliziani Diaz

**Tesis sustentada y aprobada el 16 de junio del 2022; ante el siguiente jurado  
examinador:**

**PRESIDENTE:**                   **Dra. Herminia SARMIENTO CHAMBI**

**SECRETARIO:**                   **Mag. Juan Enrique SOLOGUREN ÁLVAREZ**

**VOCAL:**                           **Mag. Carlos Alberto PAJUELO BELTRÁN**

**ASESOR:**                         **Mag. Elvira del Carmen REYNOSO CARPIO**

## DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Yo FRANCESCO GIACOMO FELIZIANI DIAZ, en calidad de graduado de la Maestría en derecho con mención en derecho civil y comercial de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, identificado con DNI 40305538

Soy autor de la tesis titulada:

“MATERNIDAD SUBROGADA Y LA AFECTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS DE LA SOCIEDAD PATERNO - FILIAL. TARAPOTO, REGIÓN SAN MARTÍN, 2017”

### DECLARO BAJO JURAMENTO

Ser el único autor del texto entregado para obtener el grado académico de Maestro, y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un grado académico en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber trasgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual.

Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Turnitin se declara 24 % de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

Por último, declaro que para la recopilación de datos se ha solicitado la autorización respectiva a la empresa u organización, evidenciándose que la información presentada es real y soy conocedor de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a LA UNIVERSIDAD cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y a terceros, de cualquier daño que pudiera ocasionar, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar como causa del trabajo presentado, asumiendo todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello en favor de

terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontrasen causa en el contenido de la tesis, libro o invento.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Privada de Tacna.

Lugar y fecha: Tacna, 16 de junio del 2022



---

FRANCESCO GIACOMO FELIZIANI DIAZ  
DNI 40305538

*A Dios por ser mi guía espiritual, compañero inseparable en los años más difíciles de mi vida académica y familiar, y por brindarme paz y calor fraternal para soportar los avatares que me presenta la vida durante el ejercicio de mi profesión.*

*A mis señores padres por su apoyo constante,  
A mi esposa por su dedicación exclusiva en mi  
desarrollo profesional, así como a las  
instituciones y personas que colaboraron en la  
ejecución de LA TESIS De investigación.*

## ÍNDICE

Dedicatoria.....	i
Agradecimiento... ..	ii
Índice .....	iii
Índice de tablas .....	iv
Índice de figuras .....	v
Resumen... ..	vi
Abstract.....	vii
I. INTRODUCCIÓN .....	01
CAPÍTULO I.....	02
PROBLEMA.....	02
1.1. Planteamiento del problema.....	02
1.2. Formulación del problema .....	05
1.3. Justificación de la investigación .....	06
1.4. Objetivos de la investigación.....	07
1.5. Conceptos básicos.....	08
1.6. Antecedentes de la investigación... ..	09
CAPÍTULO II.....	12
FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO .....	12
CAPÍTULO III .....	37
MARCO METODOLÓGICO.....	37
3.1. Hipótesis .....	37
3.2. Variables .....	38
3.3. Tipo de investigación... ..	39
3.4. Diseño de la investigación... ..	39
3.5. Ámbito de estudio.....	41
3.6. Población y muestra .....	41
3.7. Técnicas e instrumentos .....	42
3.8. Población y muestra .....	41
CAPÍTULO IV .....	44
RESULTADOS .....	44
4.1. Descripción del trabajo de campo... ..	44
4.2. Diseño de la presentación de resultados .....	45
4.3. Presentación de los resultados .....	46
4.4. Prueba estadística.....	57
4.5. Comprobación de hipótesis.....	65
CAPÍTULO V.....	101
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	101
5.1. Conclusiones .....	101
5.2. Sugerencias o propuestas .....	102
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	104
ANEXOS .....	107



## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N <sup>a</sup> 01 de la encuesta de opinión.....	47
Tabla N <sup>a</sup> 02 de la encuesta de opinión.....	48
Tabla N <sup>a</sup> 03 de la encuesta de opinión.....	49
Tabla N <sup>a</sup> 04 de la encuesta de opinión.....	50
Tabla N <sup>a</sup> 05 del cuestionario de expertos.....	51
Tabla N <sup>a</sup> 06 del cuestionario de expertos.....	52
Tabla N <sup>a</sup> 07 del cuestionario de expertos.....	53
Tabla N <sup>a</sup> 08 del cuestionario de expertos.....	54

## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura N <sup>a</sup> 01 de la encuesta de opinión .....	47
Figura N <sup>a</sup> 02 de la encuesta de opinión .....	48
Figura N <sup>a</sup> 03 de la encuesta de opinión .....	49
Figura N <sup>a</sup> 04 de la encuesta de opinión .....	50
Figura N <sup>a</sup> 05 del cuestionario de expertos .....	51
Figura N <sup>a</sup> 06 del cuestionario de expertos .....	52
Figura N <sup>a</sup> 07 del cuestionario de expertos .....	53
Figura N <sup>a</sup> 08 del cuestionario de expertos .....	54
Mapa conceptual N <sup>a</sup> 01 .....	55
Mapa conceptual N <sup>a</sup> 02 .....	56
Mapa conceptual N <sup>a</sup> 03 .....	57

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo determinar de qué manera la maternidad subrogada influye en las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial.

La recopilación de datos en cuanto a lo teórico debemos decir que utilizamos la técnica del fichaje para lo referente a la información doctrinaria, y el análisis de contenido para lo referente al estudio normativo; en cuanto a la recopilación de datos de campo utilizamos los instrumentos de la encuesta de opinión aplicado a las mujeres en edad reproductiva y el cuestionario de expertos a los operadores jurídicos en la especialidad de derecho de familia o genético.

En cuanto a los resultados más importantes obtenido en nuestra etapa de ejecución es que se ha comprobado que las mujeres encuestadas aceptan la realización de la técnica asistida de maternidad subrogada, porque consideran viable de padecer un problema de infertilidad. Se ha comprobado que la postura permisiva de la maternidad subrogada es la más aceptada a nivel del derecho comparado como son los países de México, Ucrania, India, Brasil, Rusia; en donde su regulación se expresa desde una ley especial y se ha comprobado que las instituciones jurídicas del derecho de familia como la adopción, patria potestad y filiación materna se ven afectadas con la práctica de la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida.

La conclusión principal es que la maternidad subrogada influye de manera negativa en las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial al desnaturalizar las instituciones de la filiación materna, adopción y patria potestad, en el distrito de Tarapoto, región San Martín, 2017; por ello se recomienda la dación de una ley especial que regule las técnicas de reproducción humana asistida.

**Palabras claves:** Maternidad subrogada, técnicas de reproducción humana asistida y las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial.

## ABSTRACT

The objective of this research work is to determine in what way the surrogate motherhood influences the legal institutions of the parent-child society.

The data collection in terms of the theoretical we must say that we use the technique of the transfer for what refers to doctrinal information, and the content analysis for what refers to the normative study; Regarding the collection of field data, we used the instruments of the opinion survey applied to women of reproductive age and the questionnaire of experts to legal operators in the family or genetic law specialty.

Regarding the most important results obtained in our execution stage, it has been verified that the women surveyed accept the performance of the surrogate assisted maternity technique, because they consider it viable to suffer an infertility problem. It has been proven that the permissive posture of surrogate motherhood is the most accepted at the level of comparative law as are the countries of Mexico, Ukraine, India, Brazil, Russia; where its regulation is expressed in a special law and it has been proven that the legal institutions of family law such as adoption, parental authority and maternal filiation are affected by the practice of surrogacy as a technique of assisted human reproduction.

The main conclusion is that surrogate motherhood negatively influences the legal institutions of the father-daughter society by denaturing the institutions of maternal filiation, adoption and parental authority, in the district of Tarapoto, region San Martín, 2017; For this reason, it is recommended that a special law be adopted to regulate the techniques of assisted human reproduction.

**Keywords:** Surrogate motherhood, techniques of assisted human reproduction and the legal institutions of the paternal-subsidiary society.

## **Introducción**

En la actualidad la infertilidad representa una crisis para la mayoría de personas que quieren ser padres y formar una familia, mellando su autoestima en su esfera individual, como miembros de la familia y como integrantes de la sociedad en conjunto; razón por la cual se le considera en la comunidad médico científica una enfermedad del sistema reproductivo que impide a las personas tener hijos. Existen investigaciones que permiten concluir que habría motivos suficientes para considerar a la infertilidad no solo una enfermedad, sino como problema de la salud pública por relacionarse específicamente con el derecho a la salud sexual y reproductiva.

La problemática se centra en que esta infertilidad hace que las mujeres recurran a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, específicamente, la maternidad subrogada en sus diferentes modalidades, en donde la falta de regulación normativa ha dado origen a la existencia de un mercado o industria reproductiva ilegal en donde se ofertan servicios de reproducción asistida a través de los medios informativos, estableciendo como condición que los contratos no podían ser asistidos por ningún abogado, que la transacción tampoco sería legalizada por un notario, se encargan de toda la tramitación y documentación para otorgar la paternidad del bebé; en los últimos años su aplicación se ha masificado al punto de realizarse entre 30 y 40 intervenciones como promedio mensual.

El propósito de la investigación es recomendar al Congreso de la República adoptar medidas legislativas (la dación de una ley especial sobre maternidad subrogada) para que la sociedad en general pueda acceder de manera segura a las técnicas de reproducción

humana asistida, dentro de un marco general donde el Estado asuma una política de poder garantizar el derecho a la salud pública y el bienestar general de la población.

La estructura de la investigación consta de cinco capítulos, el primer capítulo se refiere al problema de investigación en donde se explica el planteamiento del problema, su formulación, justificación, objetivos y antecedentes. El segundo capítulo se refiere al fundamento teórico científico en donde se desarrollan a la luz de la doctrina y legislación nacional las variables de estudio como es la maternidad subrogada y las instituciones paterno filial. El tercer capítulo se refiere al marco metodológico en donde se desarrolla la hipótesis, las variables de estudio, el tipo de investigación, diseño de investigación, ámbito de estudio, población, muestra, técnicas e instrumentos. El capítulo cuatro señala los resultados arribados en la investigación teóricos (doctrina, legislación) como de campo (cuestionario de expertos y cuestionario de opinión), tomando en consideración su descripción, presentación, prueba estadística y la comprobación de hipótesis. En el capítulo cinco se hace referencia a la conclusión general como las específicas y las recomendaciones del caso a las instituciones del Estado.

## CAPÍTULO I

### 1.- EL PROBLEMA

#### 1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde el punto de vista doctrinario, la maternidad subrogada, es una técnica de reproducción humana asistida, que consiste en que una mujer es contratada para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un cedente y procrear de esa forma un hijo. Al nacer el niño, se lo entrega al matrimonio que la contrató, cediendo la custodia del menor en favor del padre y renunciando a sus derechos materno-filiales para que el niño pueda ser adoptado por la esposa del padre; en lo que respecta al material genético utilizada para la fecundación puede ser solamente del esposo aunado al material genético de la mujer contratada (madre sustituta) o en su defecto puede recibir el implante del embrión concebido in Vitro por los propios padres (madre portadora).

Sin embargo la problemática se centra en que la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida permite la aplicación de la maternidad subrogada de diferentes modalidades, ya que el procedimiento demuestra que el embrión humano puede ser privado de su hábitat natural que constituye el seno materno (refugio originario), ya que es factible que el embrión sea producido o formado por médicos genetistas, ya sea con los gametos (ovulo y espermatozoide) de los propios padres o con la colaboración de un tercero en calidad de donante, para su ulterior implantación, o colaborando con su útero con la intencionalidad de lograr el embarazo, el cual después de varios intentos fallidos, lograra su cometido, lo cual es seguido de un posterior control que garantice la viabilidad del embarazo (éxito en la gestación y parto); esta cruda realidad ha dado origen a la existencia de un mercado o industria reproductiva ilegal en donde se ofertan

servicios de reproducción asistida a través de los medios informativos como el internet, Facebook y el wasap, siendo una muestra de ello la difusión de una investigación periodística realizada por una cadena de noticias de Valencia (España) realizada en el 2006, en donde explican que en nuestro país existe una agencia “Ángeles y Bendiciones”, que publicita en internet la oferta de vientres de alquiler, los cuales trabajan en complicidad con clínicas especializadas, y establecían como condición que los contratos no podían ser asistidos por ningún abogado y que la transacción tampoco sería legalizada por un notario; asimismo, se encargaban de toda la tramitación y documentación para otorgar la paternidad del bebé; en cuanto a la magnitud de su trascendencia en la sociedad peruana, el Diario Perú 21 señaló que en los últimos años se ha venido realizando de forma indiscriminada, a tal punto de realizarse entre 30 y 40 intervenciones como promedio mensual, invocando al mismo tiempo que el congreso diseñe un marco legal sobre los vientres de alquiler.

Las posibles causas a priori que originan o coadyuvan a su materialización es la existencia de clínicas prestigiosas que ofertan estos servicios animados por el aspecto lucrativo que significa, la existencia de mujeres que alquilan su vientre para procrear a un niño por la necesidad de contar con una ayuda económica debido a su condición de pobreza, la inexistencia de valores éticos tanto en los profesionales de salud como en las mujeres que intervienen en la maternidad subrogada; todo ello se agrava con la ausencia de normatividad especial que lo regule permitiendo su realización de manera clandestina sin las garantías para su salud.

En ese contexto el Estado se orienta a la promoción de la salud pública a través de diversos programas sociales, los cuales ayudan a satisfacer y



concretizar efectivamente el derecho a la salud en general; y teniendo en consideración que la infertilidad es considerada por la OMS como una enfermedad y por ende tomada en cuenta como un problema de salud pública; el Estado acorde con sus lineamientos legales establecidos en la constitución, artículo 2 inciso 1 “Toda persona tiene derecho a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar..”; artículo 4 “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y al matrimonio...”; artículo 7 “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa...”; artículo 9 “El Estado determina la política nacional de salud...” y el artículo 44 “Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, el de promover el bienestar general...”; debe tener el deber primordial de intervenir en el tema de la infertilidad, para garantizar los derechos sexuales y reproductivos como parte del derecho a la salud, lo cual deriva en obligaciones por cumplir.

En esa línea de comentario el Estado debe adoptar medidas concretas y eficaces tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población, lo que justifica adoptar por un lado *medidas legislativas* para que la sociedad en general pueda acceder de manera segura a las técnicas de reproducción humana asistida, como es en este caso, la maternidad subrogada; y de otro lado implica *eliminar trabas legales* como el artículo 7 de la Ley General de Salud que 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...”, solamente haciendo estos cambios en el ordenamiento jurídico podemos aseverar que el Estado ha cumplido con garantizar el derecho a la salud pública y el bienestar general de la población.

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1 Interrogante principal**

¿De qué manera la maternidad subrogada influye en las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial desde la perspectiva de los operadores jurídicos y mujeres en edad reproductiva, Tarapoto, región San Martín, 2017?

### **1.2.2 Interrogantes secundarias**

¿Cuál es la posición de las mujeres en edad reproductiva que más predomina frente a la maternidad subrogada?

¿Cuál es la postura de los operadores jurídicos sobre la maternidad subrogada?

¿Cuál es la tendencia más predominante en la legislación y jurisprudencia comparada sobre maternidad subrogada?

¿Cuáles son las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial que se ven afectadas al aplicar la maternidad subrogada?

## **1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Tomando en consideración que la aplicación de la maternidad subrogada, constituye una realidad palpable en nuestra sociedad, ayudando a los integrantes de la familia que no pueden tener hijos en forma natural, puedan contar con una opción viable que les permita concretizar sus fines reproductivos; es que es

imperiosa la necesidad de tener un marco normativo en donde se regule su aplicación.

Para lo cual debe tenerse en cuenta no solamente el *elemento biológico* (gestación), sino también otros determinantes como son *el elemento volitivo* (voluntad de ser madre y la voluntad de aceptar llevar a término la gestación en óptimas condiciones) y *el elemento genético* (que consiste en la identidad genética entre la madre y el menor, aunque no siempre se emplea el material genético de la madre sino también la asume la madre portadora o una tercera persona), en aras de brindar una protección de los derechos involucrados y el principio del Interés Superior del Niño.

## **1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1 Objetivo general**

- Determinar de qué manera la maternidad subrogada influye en las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial desde la perspectiva de los operadores jurídicos y mujeres en edad reproductiva, Tarapoto, región San Martín, 2017

### **1.4.2 Objetivos específicos**

- Describir la posición de las mujeres en edad reproductiva que más predomina con respecto a la maternidad subrogada.
- Conocer la postura de los operadores jurídicos del distrito judicial de San Martín sobre la maternidad subrogada.
- Identificar las teorías que existen en la legislación y jurisprudencia

comparada sobre maternidad subrogada.

- Explicar las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial que se ven afectadas al aplicar la maternidad subrogada.

## 1.5 CONCEPTOS BÁSICOS

- **Familia**

Grupo social organizado, constituido por personas relacionadas por vínculos de consanguinidad, afinidad y/o afecto, donde se da un conjunto de interacciones entre sus integrantes; y es una institución social, en tanto constituye una red de interrelaciones donde se forman las identidades sociales que interactúa con el universo de lo social.

- **Fertilización In Vitro**

Este método consiste en unir en un laboratorio los gametos humanos (espermatozoide y ovocito), para la obtención de uno o varios embriones extracorpóreos transferidos al útero de la mujer gestante para su anidación.

- **Maternidad subrogada**

Es el acto jurídico por el cual la mujer gestante acepta someterse a las técnicas de reproducción humana medicamente asistida para llevar a término el embarazo en favor de la parte contratante o subrogantes, comprometiéndose entregar el niño o renunciando a su filiación, para que lo adopten los subrogantes.

- **Técnicas de reproducción humana asistida**

Son técnicas asistidas que permiten procrear a un ser humano por medios distintos de la relación tradicional, es decir no es indispensable la existencia de relación sexual de una pareja, ya que ello se restringe únicamente a la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio.

## **1.6 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

- SANTANDER, C. (2012), en su tesis “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?”, concluye que la maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo un porcentaje importante de la misma no lo posee generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas; que se explican dadas las características que presenta la maternidad subrogada en su variante contractual, y que obligaron a preguntarse si la libertad procreativa es disponible o si su ejercicio queda limitado por la dignidad del hijo y de la mujer gestante, aunque en lo personal, considera que el Estado debe permitir el contrato de maternidad subrogada en cualquiera de sus variantes, ya que lo que se contrata no es el útero propiamente tal sino la capacidad generativa de una mujer en virtud de su derecho a procrear.

- RAPALLINI, L. (2013), que en su investigación titulada “La Maternidad subrogada, reconocimiento extraterritorial, nuevo paradigma”, sostiene en sus conclusiones que somos testigos de vertiginosos cambios de nuevos modelos de familia y que pese a sus diferencias estructurales, son todas comprendidas en el concepto de familia, mereciendo protección de los Estados; en cuanto a la maternidad subrogada señala que se irrumpe con ella, la voluntad procreacional como causa fuente de la filiación, siendo necesaria entonces una mayor celeridad en la producción de cuerpos normativos modernos que den respuesta satisfactoria a los interrogantes jurídicos fundamentales de la realidad social actual.
- ALVAREZ, D. Et al. (2012), que en su tesis “Maternidad Subrogada y Filiación a la Luz del Ordenamiento Jurídico Colombiano”, señala entre sus conclusiones que la maternidad subrogada no es una técnica de reproducción asistida sino una aplicación de esas técnicas, por ende, no puede ser tratada como una categoría médica/científica sino como un concepto jurídico al que se le reconoce o no entrada legal en un ordenamiento legal. Existe un vacío legal que no permite establecer claramente si los contratos de maternidad subrogada son lícitos o ilícitos, dado que no está establecido si un útero es una cosa que pueda ser alquilada. Tanto los que argumentan en contra de su licitud como quienes la defienden sólo pueden partir de interpretaciones forzadas de la Ley. Lo mejor aquí sería legislar claramente ya sea para declarar la ilicitud de este tipo de contratos (como España) o para permitirlos.

- LUQUE, M. (2005). que en su trabajo “Posibilidad de regulación legal de la maternidad subrogada desde la óptica del derecho contractual”, señala que la maternidad subrogada constituye una de las vertientes más complejas en las cuáles el Derecho aún no ha encontrado una solución satisfactoria que pueda conciliar entre todas las partes involucradas, ni mucho menos ha generado espacios de protección para ellas. El derecho contractual no se puede reducir a un mero "asignador de recursos", sino que adicionalmente debe buscar, como lo plantea el propio AED, en un modelador de conductas y un mecanismo para la reducción de la conflictividad. No basta con reconocer que la capacidad reproductiva constituye un bien escaso, se debe recordar que ésta es nuestra garantía de perdurabilidad como sociedad y como especie, de manera tal que debemos tener por ella, la mayor de las consideraciones y cuidados para preservar no solo una esencia, sino adicionalmente el respeto que nos debe merecer; si no también en aras de la convivencia pacífica emitir una regulación que permita equilibrar los derechos de todas las partes comprometidas.



## **CAPÍTULO II**

### **2. FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO**

#### **2.1 MATERNIDAD SUBROGADA**

##### **2.1.1.- Las técnicas de reproducción humana asistida**

###### **A.- Conceptualización**

Para GOMEZ, M. (2007) son pues “aquellas técnicas que permiten la procreación de un ser humano saludable por medios totalmente distintos a la relación sexual o tradicional, es decir ya no se requiere la copulación sexual de un hombre y de una mujer: sólo se amerita la unión del material genético tanto óvulo y espermatozoide en una placa de laboratorio; de esta manera se produce la ruptura impensada hasta el siglo anterior entre la sexualidad y la reproducción”.

A lo referenciado ut supra, hay que agregar que estas técnicas nacieron primigeniamente para darle la posibilidad de tener un hijo a parejas heterosexuales, hoy en día los beneficiarios de las mismas se han ampliado en el derecho comparado en donde se incluye también a las parejas del mismo sexo (unión civil), así como también a las mujeres solas.

En ese sentido URBINA, P. (2011) señala que “la imposibilidad genética y estructural de llevar una gestación en óptimas condiciones para procrear un hijo dentro de la unidad familiar es una contingencia en la vida de todas las personas porque afecta su constitución como grupo familiar, y si las técnicas científicas coadyuvan a subsanar esas deficiencias, deben ser tomadas en cuenta, para aliviar sus penas y

mejorar su calidad de vida humana”.

Teniendo en cuenta su valía se debe considerar a las técnicas de reproducción humana asistida como un medio alternativo de reproducción, en esa línea SPAVENTA, V. (2008) precisa que “las llamadas técnicas de reproducción humana asistida deben ser consideradas y valoradas en consonancia con los derechos sexuales y reproductivos, e invocar a la comunidad jurídica su materialización en el derecho positivo aceptando su utilización como alternativa a la procreación clásica”.

En definitiva, las técnicas de reproducción humana asistida son hoy por hoy un medio alternativo en la fecundación de la mujer, y que bien orientada coadyuva al fortalecimiento de la familia.

## **B.- Métodos de reproducción humana asistida**

### **a.- Fertilización In Vitro**

Como explica CELY, G. (2001) “consiste en unir en un laboratorio los gametos humanos espermatozoide y ovulo, para que después de varios intentos con la debida estimulación se obtengan los ovocitos necesarios que son indispensables en aras de lograr una fecundación satisfactoria”, este embrión obtenido es transferido al útero en donde se produce la anidación, pasando por diferentes etapas para lograr su propósito.

### **b.- Inyección Intracitoplasmática de un Espermatozoide**

Método que consiste en la manipulación de los gametos, que se aplica para suplir la deficiencia espermática que se presenta en el hombre para poder fecundar a la mujer, esta anomalía se

debe en gran medida al número deficiente o falta de movilidad de sus gametos (espermatozoides), a diferencia del método anterior, el espermatozoide se inyecta directamente al ovocito empleando un microscopio de alta resolución para que pueda realizarse la fecundación.

#### **c.- Transferencia intratubárica de gametos**

Método que consiste en transferencia de gametos móviles, a cualquiera de las trompas de Falopio, para que en ellas se produzca la fecundación, de tener éxito esta técnica el procedimiento de embarazo sería similar o igual al proceso natural de gestación.

#### **d.- Clonación**

ESCOBAR, E. (2002) señala “Procedimiento que consiste en la extracción del núcleo de la célula, el cual es transferido a un óvulo sin núcleo, resultando como producto varios embriones con una misma composición (código genético), la cual es idéntica a la célula primigenia que se le extrajo el núcleo”.

### **C.- Secuelas de las técnicas de reproducción asistida**

#### **a.- Síndrome de hiperestimulación ovárica**

Consiste en el ensanchamiento de los ovarios producidos por el exceso de producción de hormonas, entre sus signos de alarma podemos mencionar las náuseas, vómitos, dolor abdominal y disnea, su población vulnerable son las mujeres menores de 35 años.

**b.- Sangrado o infección pélvica**

Tal como explica GRACIA, D. (1988) “La aspiración folicular que se realiza en mujer sometida a las técnicas de reproducción humana asistida, puede en ciertas ocasiones generar un sangrado en las paredes de la vagina, en lo que atañe a la inflamación pélvica, ello no es muy frecuente pero si ocurriera el médico tratante de la operación, puede optar por la crioconservación hasta que pase el periodo de infección, contrario sensu, si ello ocurre en forma posterior al procedimiento, se prescribirá un tratamiento destinado a evitar complicaciones que pongan en riesgo el embarazo”.

**c.- Embarazo múltiple**

Los riesgos que se generan por un embarazo múltiple son grandes, ya que es aceptado como expresa claramente DUNITZ, M. (2001) “Que la morfología anatómica de la mujer está diseñado en situaciones normales para una ovulación a la vez y por ende, fecundar y desarrollar un solo embrión; sin embargo, con la aplicación de estas técnicas reproductivas el riesgo de embarazo múltiple aumenta al ser sometidas a diferentes procedimientos reiterativos con material genético creando un desorden fisiológico en la mujer”.

#### **D.- La bioética en técnicas de reproducción humana asistida**

En la declaración de la UNESCO de 1997 se establece que el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad. Es de opinión de los especialistas que el genoma humano merece protección por las leyes y no permitir ser objeto de comercio a cambio de una contraprestación pecuniaria:

##### **a.- Prohibición de alterar el genoma humano**

Al respecto el artículo 10 de la declaración universal del genoma humano de 1997 señala “Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos”.

En consecuencia, solamente es loable su intervención con fines terapéuticos o la evitación de ciertas enfermedades congénitas, proscribiéndose expresiones de manipulación genética para otros fines.

##### **b.- Confidencialidad de los datos genéticos**

La confidencialidad de datos genéticos, guarda coherencia con los principios y derechos relacionados al respeto de la vida privada, lo cual es tratado en el artículo 12 de la Declaración

Universal de Derecho humanos del 10 de diciembre de 1948 y el artículo 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos del 16 de diciembre de 1966.

BENITEZ, I. (1997) agrega “La confidencialidad de los datos debe darse en condiciones prescritas por ley, en especial la ley debe regular las relaciones establecidas entre las personas y las industrias o compañías de seguros, ya que constituiría abuso del derecho facilitar información sobre las características genéticas de una persona, para contratarlo o realizar cualquier acto jurídico relacionado con su trabajo”.

### **c.- Responsabilidad por intervenir en el genoma humano**

Al respecto la declaración de la UNESCO es clara al señalar taxativamente la forma de reparación que le asisten a las personas que han sufrido un perjuicio injustificado, como secuela de una intervención quirúrgica, más bien se limita a señalar que debe ser en forma equitativa; asimismo, agrega que el perjuicio sólo puede ser invocado por el titular que lo ha padecido.

### **E.- Las TERAS y su relación con los derechos humanos**

Es deber de todo Estado el garantizar que no se lesionen los bienes jurídicos de sus ciudadanos protegidos por el código penal, así como sus derechos humanos, como es la autonomía y la libertad, en ese sentido PEREZ, A. (2008) acota que “No es lo mismo un Estado de

derecho que un Estado en el que primen determinadas normas morales, porque su función es la de cuidarnos, pero no en el sentido de limitarnos en nuestra fe religiosa o en prevalecer una fe o una moral por sobre la otra, sino en buscar esa base mínima”.

Al respecto La Conferencia Mundial de Derechos Humanos que se realizó en Viena (1993) señaló “Que todos los derechos humanos que le asisten a las personas son universales, indivisibles y que están relacionados entre sí, en donde la comunidad internacional debe velar porque los derechos humanos se trate en forma global y de manera justa y equitativa”; en esa misma línea La Declaración de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995) ratificó estableciendo “Que los derechos reproductivos de toda mujer se basan en el reconocimiento del derecho que les asiste a decidir sola o conjuntamente con su pareja el número de hijos a tener dentro del seno familiar, en donde las técnicas de reproducción humana asistida constituyen un instrumento al servicio de la mujer para suplir desigualdades al momento de decidir la procreación de su futura prole”.

### **2.1.1.- La maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida**

#### **A.- Conceptualización**

La maternidad subrogada es conocida también en la doctrina y el derecho comparado como gestación por sustitución, vientre de alquiler, maternidad intervenida, maternidad disociada, madre sustituta, gestación por contrato; NARANJO, G. (1994) señala que

constituye el compromiso formal asumido entre las partes contratantes, de una parte tenemos la “mujer gestante”, quien acepta de manera voluntaria y a cambio de un justiprecio, someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en pro de la parte subrogante, quienes se comprometen a pagar la contraprestación a cambio de que entregue oportunamente al bebé recién nacido para evitar de ser posible se genere un lazo de filiación con la mujer gestante.

Para MESINA, G. (1998), la maternidad subrogada es un contrato civil de delegación de maternidad por el cual una mujer debidamente seleccionada se le contrata a cambio de una contraprestación pecuniaria, para que se le implante un óvulo fecundado de la parte subrogante o con el aporte de su propio óvulo y fecundado por inseminación artificial con el material genético de su marido o de un tercero, y de entregar el bebé posterior a su nacimiento a la parte contratante.

Por su parte ZANONNI, E. (1998) señala que la maternidad subrogada se materializa cuando el óvulo fecundado o el embrión de una pareja (parte subrogante) es implantado en el útero de una tercera persona (mujer gestante o subrogada), que llevará a término la gestación y con el nacimiento entregará el niño en óptimas condiciones a la pareja.

El investigador comparte lo expresado por LOPEZ, I. (2005) quien señala que el término más exacto para abarcar sus distintas



modalidades es de madre sustituta, por cuanto “subrogación” no es una terminología correcta al no englobarlas a todas ellas, ya que subrogar implica según la concepción en la doctrina comparada a los casos en que la madre subrogada aporta tanto el proceso de embarazo y su material genético. Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos, por cuanto la realidad nos demuestra que la madre gestante que ha sido contratada para llevar a término el embarazo es la que también aporta su propio material genético, por esa razón es obvio emplear la expresión maternidad sustituta.

## **B.- Dimensiones**

### **a.- Sociológica**

Desde la perspectiva sociológica existe un acuerdo entre la parte (pareja) que aporta el material genético y la mujer (madre sustituta) que acepta que se le implante en su seno el embrión o el espermatozoide vía inseminación artificial con el objeto de alimentarlo y protegerlo hasta el día que se produce o que tiene lugar su nacimiento y posteriormente, entregárselo a los padres biológicos contratantes.

En este acuerdo de voluntades se presentan actitudes totalmente disímiles con características propias que coinciden para dar lugar a un nuevo ser en circunstancias especiales, donde

cada parte haciendo uso de su libertad asume sus propias responsabilidades.

#### **b.- Normativa**

El avance de la ciencia aplicada a la procreación de vida humana asistida ha hecho que los ordenamientos jurídicos vigentes resulten desfasados y alejados de la realidad para regular el fenómeno de la maternidad sustituta, en donde una mujer (madre gestante) manifiesta su voluntad de llevar a término la gestación y la correspondiente entrega del niño nacido a la pareja contratante.

Por su naturaleza y finalidad podemos inferir acorde con lo señalado por el jurista SAMBRIZZI, E. (2001) que se trata de contratos atípicos al no estar contemplados en el código civil, pero que ante las necesidades presentadas es loable que se regulen taxativamente en el libro de derecho de familia, aunque para otros lo correcto sería que se regule en el libro de las obligaciones ya que el acuerdo asumido por las partes genera un sin número de obligaciones de hacer como es el de llevar adelante la gestación, someterse a un tratamiento médico, velar por el cuidado responsable de su embarazo, etc.

El investigador considera que la solución que se dé a este problema dependerá del ordenamiento jurídico que puede incluirlos dentro del derecho de familia, fuente de las

obligaciones o una ley especial, en nuestro caso no se contempla de manera expresa el supuesto de maternidad subrogada o sustituta debido a que el objeto del acto jurídico es ilícito y contrario al orden público y las buenas costumbres.

### **c.- Axiológica**

En esta dimensión se trata de explicar si los acuerdos de voluntades plasmados en un contrato por las partes aunado a las razones que los impulsan, se desarrollan acorde con los cánones morales y valores imperantes en una sociedad; en ese sentido se trata de visualizar si es dable dar vida en virtud de la maternidad sustituta, en donde la maternidad como natural se desnaturaliza, y el niño se transforma en objeto de transacción y comercio.

Esta realidad es a todas luces compleja, por cuanto del otro lado del prisma podemos observar la existencia de una pareja que ve en ella (vientre de alquiler), como la única manera viable para materializar su voluntad procreacional, quien en el proceso de gestación se convierte en un instrumento o un medio para cumplir el propósito de la parte contratante.

### **C.- Formas**

En la doctrina comparada existen distintas proposiciones las cuales reflejan las clases o modalidades que se presentan en la

práctica; así podemos mencionar la clasificación esbozada por VARSI, E. (2001) quien nos expresa que se admiten:

#### **a.- Madre portadora**

La mujer genera óvulos, pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer y 3) la madre gestante es una tercera.

#### **b.- Madre sustituta**

La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es el caso de una maternidad integral. Se produce un caso de pre generación humana: 1) espermatozoides del marido, y la 2) inseminación en tercera mujer.

#### **c.- Ovodonación**

La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un

caso de trigeneración humana 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y, 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante.

#### **d.- Embriodonación**

El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es caso especial de procreación humana integral. El cual se produce un caso de multigeneración humana: 1) el embrión es de una pareja cedente, 2) el marido es infértil, y 3) el embrión es gestado por una tercera mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante, a lo que se suma el problema de la paternidad que no le corresponderá al marido.

Por su parte MORAN, C. (2005) propone la siguiente clasificación:

#### **a.- Maternidad plena**

Es aquella maternidad total que abarca tanto la relación genética y gestativa, con el ejercicio de los derechos y los deberes que la ley reconoce a la maternidad. En este caso no existe inconveniente alguno para la determinación de

maternidad, pues se ampara en el principio “Mater Semper Certa Est” y de ser el caso la prueba de ADN.

#### **b.- Maternidad genética**

Se conoce con esa expresión a la mujer donante de óvulos (material genético) para llevar a cabo la fecundación, también para otros autores se les conoce como madre biológica, ya que tanto genotípicamente el niño va a tener aspectos característicos de la madre.

#### **c.- Maternidad gestativa**

Es aquella cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado por una tercera persona, generando en ella sentimientos (emociones y afectos) hacia el ser que crece, se desarrolla en su vientre, y que luego nacerá, RUBIO, M. (1997) menciona “que a este tipo de maternidad también se le conoce como maternidad biológica”.

#### **d.- Maternidad legal**

Es aquella mujer que asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad y que la ley le reconoce, sin que existan entre ellos vínculos biológicos; en estos casos según la casuística comparada, la tendencia es asumida mediante la renuncia de la madre gestante y la posibilidad de adopción de

la parte contratante o comitente.

#### **D.- Teorías respecto a la determinación de la maternidad**

Teniendo en cuenta que la ciencia y la tecnología han impuesto una nueva forma de procreación humana como es la asistida (la maternidad sustituta o subrogada), por la cual se trastoca los cimientos de la maternidad tradicional en pro de aportar nuevos medios para solucionar problemas de infertilidad de las parejas; en ese contexto se plantean teorías que se orientan a resolver que debe predominar al momento de determinar la maternidad:

##### **a.- Teoría basada en el elemento biológico**

Esta teoría mantiene una posición clásica o tradicionalista al sostener que la determinación de maternidad, debe basarse en el elemento biológico del proceso de gestación y el parto con su ulterior comprobación, cuyo criterio es el que debe primar para designar dese el punto de vista legal a la madre.

La posición del investigador es que los hechos que se viene dando en la realidad fáctica en nuestra sociedad peruana han evolucionado con los avances de la ciencia y la tecnología en el campo de la reproducción asistida, por ende, el derecho positivo y las normas en especial no pueden estar ajenas a esta coyuntura, siendo imperante el adaptarse a estos cambios que la sociedad propone, siendo indispensable su regulación normativa en pro de reglas claras para mantener la paz social.

**b.- Teoría basada en el elemento volitivo**

Según los defensores de esta teoría se debe tomar en cuenta la manifestación de voluntad de las partes intervinientes, la cual está acorde con las actitudes asumidas frente a la procreación y al destino del bebé; en consecuencia, madre no es solamente la mujer donadora de los óvulos o lleva a término la gestación, sino que se requiere que detente la voluntad genuina de ser madre y que sienta una voluntad de conexión inseparable con el niño.

Para GERLERO, M. Et al (2011) esta teoría “asume un cambio temerario en la perspectiva de la maternidad natural, al establecer que no es determinante el nacimiento en la maternidad, sino que ella también se puede determinar, obviando el elemento biológico (proceso de gestación), y que puede establecerse en base a su voluntad o intención de ser madre”.

**c.- Teoría basada en el elemento genético**

Esta teoría a diferencia de las anteriores pone de relieve el vínculo genético (aportación del material genético como son sus óvulos); en consecuencia, el recién nacido se parecerá genéticamente a ella (madre portadora) y que ello debe ser preponderante frente a la mujer que lleva el proceso de la gestación (madre gestante).



Del análisis de estas teorías, nuestra postura se inclina en que la normatividad debe contemplar esta realidad y optar por una teoría ecléctica en donde asuma preponderancia una de ellas sobre las otras cuando concurren ciertas circunstancias que deben estar predeterminadas por la ley de la materia, para que se garantice el status quo y en aras de lograr lo mejor para el interés superior del niño.

## **2.2 LAS INSTITUCIONES DE LA SOCIEDAD PATERNO-FILIAL**

### **2.2.1.- Introducción**

Desde la década de los noventa, específicamente a partir de la pacificación interna con el gobierno fujimorista, nuestro país ha transitado acorde con lo reseñado por el PLAN NACIONAL DE FORTALECIMIENTO A LAS FAMILIAS (2013-2021) por una serie de transformaciones demográficas, sociales, económicas y culturales, como el incremento de la urbanización, el descenso de la tasa de fecundidad y mortalidad, postergación del matrimonio y aumento de la convivencia, disminución del número de miembros por hogar, incremento de la incorporación de la mujer en el mercado laboral, mejora de indicadores macroeconómicos, y sobre todo con las técnicas de reproducción humana asistida; los cuales han impactado en las estructuras familiares, ocasionando el surgimiento y aumento de familias monoparentales, ensambladas, etc.

Al respecto ARRIAGADA, I. Et al (2004) en esa misma línea señala

la región latinoamericana presenta una diversidad de situaciones en relación con los tipos de hogares y familias existentes: ha crecido el número de hogares en que ambos cónyuges trabajan y se ha producido un incremento en las relaciones prematrimoniales. Asimismo, ha aumentado el número de uniones consensuales, así como de los casos de dos o más uniones sucesivas que se traducen en distintos arreglos legales y económicos para la crianza de los hijos. Todos estos procesos muestran el fin de un modelo tradicional de familia con un padre como único proveedor económico, una madre ama de casa e hijos dependientes.

Estos nuevos escenarios sobre la organización y composición de las familias requieren que las políticas de Estado asumido por los gobiernos de turno, reconozcan por un lado la diversidad de formas de organización familiar y sus miembros, así como las diferentes relaciones paterno-filiales que se pueden presentar, con el propósito de asegurar el respeto, protección y exigibilidad de la libertad, la igualdad y la justicia social distributiva. En este sentido, la tarea del Estado lo dice el PLAN NACIONAL DE FORTALECIMIENTO A LAS FAMILIAS (2013-2021), que es el de proteger y de poder generar condiciones para asegurar el reconocimiento, respeto y ejercicio pleno de los derechos de sus integrantes, en este marco, el Estado considera que se debe potenciar las capacidades de las familias para asumir funciones de formación, socialización, cuidado y protección económica de sus miembros.

### **2.2.2.- Definición**

Para definirlo se ha tomado como referencia la definición elaborada por el PLAN NACIONAL DE FORTALECIMIENTO A FAMILIAS 2013-2021 que señala que la familia es por un lado, *un grupo social organizado*, por cuanto está constituido por personas relacionadas por vínculos de consanguinidad, afinidad y/o afecto, donde se da un conjunto de relaciones e interacciones entre sus integrantes en el ámbito de lo doméstico, organizando la vida cotidiana y la reproducción económica, social y generacional; y por otro lado *es una institución social*, en tanto constituye una red de interrelaciones donde se forman las identidades sociales que interactúa con el universo de lo social en todas sus dimensiones: social, económica, política, ofertando ciudadanos que ejercen esos roles (trabajadores/as, consumidores/as, ciudadanos/as, etc.), y que por lo tanto, también está afectada por factores exógenos a ella.

### **2.2.3.- Teorías**

#### **a.- La familia como unidad natural**

Esta teoría a decir de MESA, O. (2004), definen la familia como unidad o célula básica y fundamental de la sociedad orientada hacia la reproducción y la asunción de los derechos y deberes que devienen por encargo de la ley, por ende, goza de reconocimiento y protección por la sociedad y el Estado.

De ello se desprende que la connotación de familia como unidad natural es aquella que surgió antes de las instituciones hoy reconocidas, ya que fue la primera organización social unidos por

lazos familiares, de ahí el deber de los Estados de protegerlas y promoverlas.

#### **b.- La familia como unidad demográfica**

La familia como unidad demográfica se conceptualiza como una comunicación en donde acontecen los cambios poblacionales y permite que se tomen decisiones políticas que afectan la fecundidad, mortalidad y migración; por lo cual en la práctica se convierte en una unidad de medida para análisis de los hechos demográficos.

Sin embargo, nuestra posición es que más que una teoría se le debería tomar como una variable referencial porque gracias a la información que proporcionan en los censos, campañas de salud y otras formas de comunicación se pueden implementar lineamientos y programas estatales.

#### **c.- La familia como grupo social**

Las familias constituyen grupos sociales organizados por personas relacionadas por lazos de consanguinidad y afinidad en donde cada uno de sus integrantes respetando el principio de autoridad asumen funciones que repercuten en el grupo social. En consecuencia, las familias como grupos sociales desarrollan actividades de orden social, económico, intelectual, consuetudinario, moral y religioso, que deben ser tomados en consideración en la política estatal en aras del fortalecimiento de las familias.

**d.- La familia como institución social**

Esta teoría a decir de GARRIDO, M. (2000), expresa que la familia son instituciones sociales que han surgido por el desarrollo histórico para satisfacer de manera organizada las necesidades básicas de las personas, mediante la adopción de normas objetivas y subjetivas que se van transmitiendo de generación en generación, y que ha devenido en la formación de la sociedad actual.

**e.- La familia como unidad económica**

Para esta teoría las familias son unidades económicas donde sus integrantes al cumplir determinada edad, profesión, oficio u ocupación adquieren una capacidad adquisitiva para poder solventar sus necesidades básicas; por ello, es menester del Estado velar por sus derechos laborales y que exista un libre mercado con cierto intervencionismo para controlar los precios de los bienes y servicios.

**2.2.4.- Funciones**

La familia, al margen de los enfoques que se tengan, como lo establece NAVARRO, J. Et al. (2006) cumple una diversidad de funciones sociales, cuya valoración pública determina la tutela jurídica de sus integrantes tanto en la constitución como en el código civil; en ese sentido, explicaremos aquellas que la doctrina ha estimado principales:

**a.- Función de equidad generacional**

Se basa o sustenta en que los integrantes de la familia se desenvuelven en su interrelación diaria bajo los principios de corresponsabilidad intergeneracional y de la reciprocidad entre todos los ascendientes y descendientes de un grupo familiar, con la finalidad de mantener la estirpe o linaje que le caracteriza.

**b.- Función socializadora y formadora**

La familia como organización social vela por la educación de todos sus integrantes en igualdad de condiciones sin ninguna discriminación por sexo o edad, para que puedan integrarse a la sociedad en las mejores condiciones y puedan contar con las herramientas necesarias para alcanzar el éxito profesional o personal.

**c.- Función de control social**

La familia ejerce esta función desde el primer momento en que se constituye como tal imponiendo sus reglas para todos los integrantes con la finalidad de mantener un orden y el respeto de la autoridad a nivel interno, pero igualmente les orientan sobre las conductas que deben adoptar al insertarse en la sociedad acorde con las leyes imperantes, ya que las sanciones por las faltas cometidas no son las mismas que las que impone la familia a sus integrantes.

## **2.2.5.- Formas de organización familiar**

### **a.- Familias monoparentales**

Como lo explica GROSMAN, C. (2008), Son aquellas familias que han surgido en las últimas décadas y hoy por hoy constituyen un gran porcentaje en los países de América Latina, como expresiones de esta forma familiar se puede señalar a las familias con un solo padre o madre, ello debido al aumento de las separaciones de hecho y divorcios, las migraciones y en especial al movimiento de liberalización femenina, donde la mujer se considera capaz de desarrollar cualquier actividad en igualdad que el hombre, ello incluye, la manutención de un hogar.

### **b.- Familias ensambladas**

La familia ensamblada como explica NAVARRO, J. Et al. (2006) Constituye una expresión de las nuevas formas de organización familiar, en la cual las parejas que deciden vivir juntos traen al nuevo hogar formado su descendencia propiciada por relaciones o uniones anteriores formales o informales con la finalidad que vivan en armonía dentro del nuevo grupo familiar, en esta nueva forma familiar reestructurada abarca a los viudos, divorciados, separados de hecho.

**c.- Familia adoptiva**

Son aquellas familias en donde sus integrantes (padres-hijos) se encuentran unidos por un vínculo de afectividad, y en donde asumen su rol por el cariño que lo tienen al niño, en el caso de estar ya nacido, o porque ellos lo desearon desde un principio (formación del embrión) como sucede con el caso de la maternidad sustituta.

**d.- Uniones tempranas o familias precoces**

Se encuadran en este bloque a las familias que se forman como consecuencia de las uniones de hecho o convivencia reconocida en la constitución o el matrimonio entre personas adolescentes de corta edad, se presenta con mayor frecuencia en las regiones de la sierra y selva y en algunas zonas rurales de la costa peruana.



## CAPÍTULO III

### 3. MARCO METODOLÓGICO

#### 3.1 HIPÓTESIS

##### 3.1.1 Hipótesis general

La maternidad subrogada influye de manera negativa afectando las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial al desnaturalizar las instituciones de la filiación materna, adopción y patria potestad, en el distrito de Tarapoto, región San Martín, 2017.

##### 3.1.2 Hipótesis específicas

La posición de las mujeres en edad reproductiva que más predomina frente a la maternidad subrogada, es la aceptación contando con el apoyo de la pareja por coadyuvar a la consolidación de su familia.

La postura de los operadores jurídicos sobre la maternidad subrogada, es que es una técnica viable y aceptada en el derecho comparado.

La tendencia más predominante en la legislación y jurisprudencia comparada sobre maternidad subrogada, es hacia la permisibilidad y regulación.

Las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial que se ven afectadas al aplicar la maternidad subrogada, son la filiación materna, adopción y patria potestad.

## **3.2 VARIABLES**

### **3.2.1 Variable Dependiente**

#### **3.2.1.1 Denominación de la variable**

La maternidad subrogada

#### **3.2.1.2 Indicadores**

-Ausencia normativa nacional

-Legislación comparada

-Jurisprudencia extranjera

#### **3.2.1.3 Escala de medición**

-Nominal

### **3.2.2 Variable Independiente**

#### **3.2.2.1 Denominación de la variable**

Las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial

#### **3.2.2.2 Indicadores**

-Legislación comparada

-Jurisprudencia extranjera

#### **3.2.2.3 Escala de medición**

-Nominal

## **3.3 TIPO DE INVESTIGACIÓN**

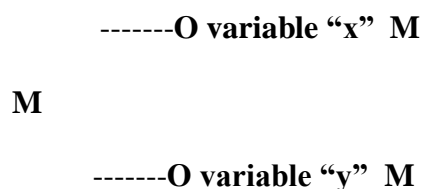
La presente investigación por la finalidad que persigue es *básica*, ya que se enfoca en el estudio normativo de las instituciones jurídicas relacionadas con la maternidad subrogada y la sociedad paterno-filial, poniendo de relieve la falta de regulación normativa sobre esta técnica de reproducción humana asistida; por su

profundidad es “*no experimental*”, porque se enfoca en conocer la realidad fáctica de las variables de estudio, sin alterar los resultados de la investigación.

### 3.4 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta la naturaleza de la investigación y lo establecido por SANDINI, M. (2003), se enmarcó dentro del “*Diseño de investigación-acción*”, cuya finalidad es resolver los problemas cotidianos que se presentan en una realidad específica y mejorar sus prácticas concretas; es decir su propósito fundamental se centra en aportar información que sea relevante o guíe la toma de decisiones para modificar y realizar reformas estructurales, en esto caso se relaciona con la necesidad de regulación de la maternidad subrogada.

Su representación gráfica es la siguiente:



**Dónde:**

**M = Representa la muestra en donde se va a realizar el estudio:**

**Variable: modalidades de maternidad subrogada**, que estuvo conformado por 07 operadores jurídicos que representan el 33.33% de la población de los operadores jurídicos especializados en derecho de familia con 02 años de experiencia laboral que vienen trabajando en el distrito judicial de San Martín, en el periodo enero-julio del 2017.

**Variable: Instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial**, que estuvo dado por 132 mujeres en edad reproductiva que representan el 72.53% de las mujeres en edad reproductiva mayores de 24 años y menor de 34 años que tienen

su domicilio real en la provincia de Tarapoto, Región de San Martín, en el periodo enero-julio del 2017.

**O = Observación en la muestra**, en la presente investigación realizada la observación se centró en determinar de qué manera las modalidades de maternidad subrogada aplicadas como técnicas de reproducción humana asistida influyen las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial.

**X = Variable independiente:** Maternidad subrogada.

**Y = Variable dependiente:** Instituciones jurídicas de sociedad paterno-filial

### **3.5 AMBITO DE ESTUDIO**

La presente investigación se desarrolló dentro del campo del derecho civil y en especial en el derecho de familia, y su estudio comprende las modalidades de maternidad subrogada aplicadas como técnicas de reproducción humana asistida y su influencia en las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial.

Asimismo, el ámbito geográfico se delimitó al distrito de Tarapoto de la región de San Martín, cuyo tiempo comprende el periodo de enero-julio del 2017.

### **3.6 POBLACIÓN Y MUESTRA**

#### **3.6.1 Unidad de estudio**

- Operadores jurídicos expertos en derecho de familia.
- Mujeres en edad reproductiva

#### **3.6.2 Población**

**Variable: modalidades de maternidad subrogada**

- Estuvo conformado por 21 que representó el 100% de los operadores jurídicos especializados en derecho de familia con 02 años de experiencia

(magistrados y docentes universitarios) que laboran en el Distrito Judicial de San Martín.

**Variable: Instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial**

-Estuvo dado por 182 mujeres que representó el 100% de las mujeres en edad reproductiva mayores de 24 años y menor de 34 años que tienen su domicilio en la Provincia de Tarapoto, Región de San Martín.

### 3.6.3 Muestra

**Variable: modalidades de maternidad subrogada**

-Estuvo conformado por 07 que representó el 33.33% de la población de los operadores jurídicos especializados en derecho de familia con 02 años de experiencia (magistrados y docentes universitarios) que laboran en el distrito judicial de San Martín, en el periodo enero-julio del 2017.

**Variable: Instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial**

-Estuvo dado por 132 mujeres que representó el 72.53% de mujeres en edad reproductiva mayores de 24 y menor de 34 años con domicilio real en la provincia de Tarapoto, región San Martín, periodo enero-julio del 2017.

## 3.7 TECNICAS E INSTRUMENTOS

### 3.7.1 Técnicas

**- Fichaje**

Esta técnica facilitó la recopilación de información doctrinaria y legislativa con la elaboración de fichas de registro (bibliográficas y hemerográficas), igualmente se empleó fichas de investigación(textuales, resumen, comentario y mixtas) para éste propósito.

**- Análisis de contenido**

Esta técnica permitió el análisis de los cuerpos normativos tanto nacionales como la constitución, el código civil, leyes especiales; así como legislación comparada y jurisprudencia extranjera referente a la maternidad subrogada, identificando las características singulares de regulación que tiene cada ordenamiento legal.

#### **- Encuesta**

Esta técnica facilitó la recopilación de información de campo de los operadores jurídicos expertos en derecho de familia y derecho genético para conocer su postura, así como de las mujeres en edad reproductiva para conocer su opinión sobre la maternidad subrogada.

### **3.7.2 Instrumentos**

#### **- Cuestionario de expertos**

Este instrumento de recopilación de datos se aplicó a los operadores jurídicos como Magistrados y Docentes universitarios especialistas en derecho de familia y/o genético, para que proporcionen conocimientos y experiencia acerca de nuestra problemática, para lo cual se elaboró el instrumento de manera estructurada con preguntas abiertas y de opción.

#### **- Cuestionario de opinión**

Este instrumento de recopilación de datos se aplicó a las mujeres mayores de 24 y menores de 34 años independientemente de su condición social y estado civil, para que proporcionen sus vivencias y experiencias en torno a nuestra problemática, para lo cual se elaboró el correspondiente

instrumento de manera estructurada con preguntas de opción.

## CAPÍTULO IV

### 4. LOS RESULTADOS

#### 4.1 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

Para la realización del trabajo de campo se realizó en las siguientes etapas que se describen a continuación:

##### **PRIMER PASO:**

Se elaboraron los instrumentos de recolección de datos, como es el cuestionario de expertos que se aplicó oportunamente a los operadores jurídicos especializados en derecho de familia o derecho genético, tomando como referencia el cargo de magistrado o el ejercicio de la docencia universitaria en la cátedra de la especialidad en mención. También se elaboró el cuestionario de opinión para ser aplicada a las mujeres que están en edad reproductiva (se tomó como parámetros las edades de 24 a 32 años) y que a la fecha tienen una relación estable con una pareja, no necesariamente con hijos (enamorado, convivientes, casados) que habitan en el distrito de Tarapoto, San Martín.



**SEGUNDO PASO:**

Se realizó las coordinaciones con los magistrados y los docentes universitarios para aplicarles el cuestionario de expertos, en el caso de los magistrados se les aplicó en sus juzgados, quienes nos atendieron con cordialidad y con espíritu colaborador; en el caso de los docentes universitarios en algunos casos se les dejó el instrumento para que lo llenen con cargo a que lo hagan llegar a mi oficina o se comuniquen con mi asistente para recogerlo.

**TERCER PASO:**

Finalmente se aplicaron los instrumentos de campo, para el caso de los magistrados lo aplicó el investigador y pudo intercambiar ideas sobre el tema materia de investigación; en el caso de los docentes hay que resaltar que me alcanzaron algunos folletos sobre el tema para tomarlo en consideración al momento de desarrollar el trabajo. El cuestionario de opinión lo aplicaron mis asistentes y tuvieron la anuencia de las mujeres en edad reproductiva, con la finalidad de que aporten sus inquietudes y conocimiento de estas técnicas.

**4.2 DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS**

El análisis de datos recopilados se hizo según el programa de statistical Packaged for the social sciences o paquete estadístico para las ciencias sociales (SPSS). En lo referente a la presentación de los datos, estos fueron plasmados en las tablas de frecuencias y gráficos estadísticos de barras y pastel para los datos cuantitativos y en mapas conceptuales para los datos cualitativos.

### 4.3 PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

**Posición de las mujeres en edad reproductiva que predomina con respecto a la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida.**

**TABLA N° 01**

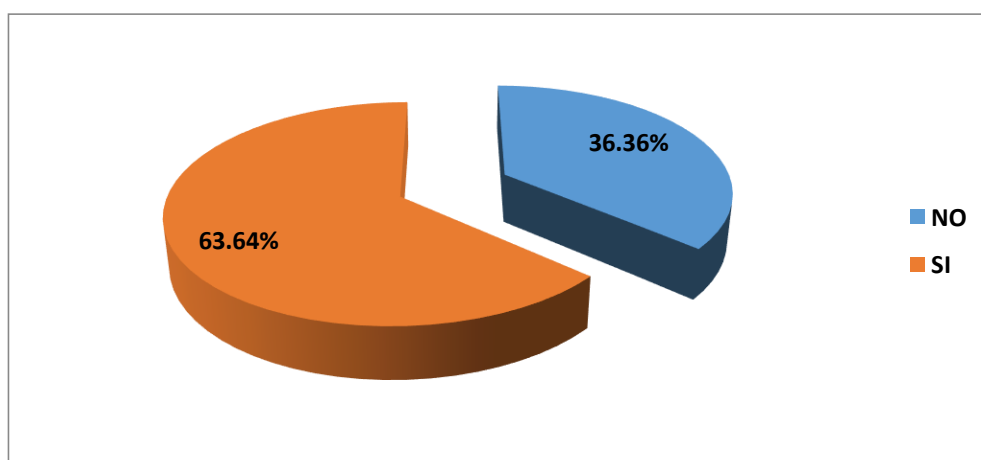
**Distribución de los datos de la pregunta N° 01 de la encuesta**  
**¿En el supuesto de que no pueda tener hijos por ser estéril, consideraría la posibilidad de contratar los servicios de una tercera persona (vientre de alquiler) para que los tenga por Ud.?**

ENCUESTADOS RESPUESTAS	N°	%
A.- SI	84	63.64%
B.- NO	48	36.36%
TOTAL	132	100%

**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, julio del 2017.

**FIGURA N° 01**

**Distribución de los datos de la pregunta N° 01 de la encuesta**  
**¿En el supuesto de que no pueda tener hijos por ser estéril, consideraría la posibilidad de contratar los servicios de una tercera persona (vientre de alquiler) para que los tenga por Ud.?**



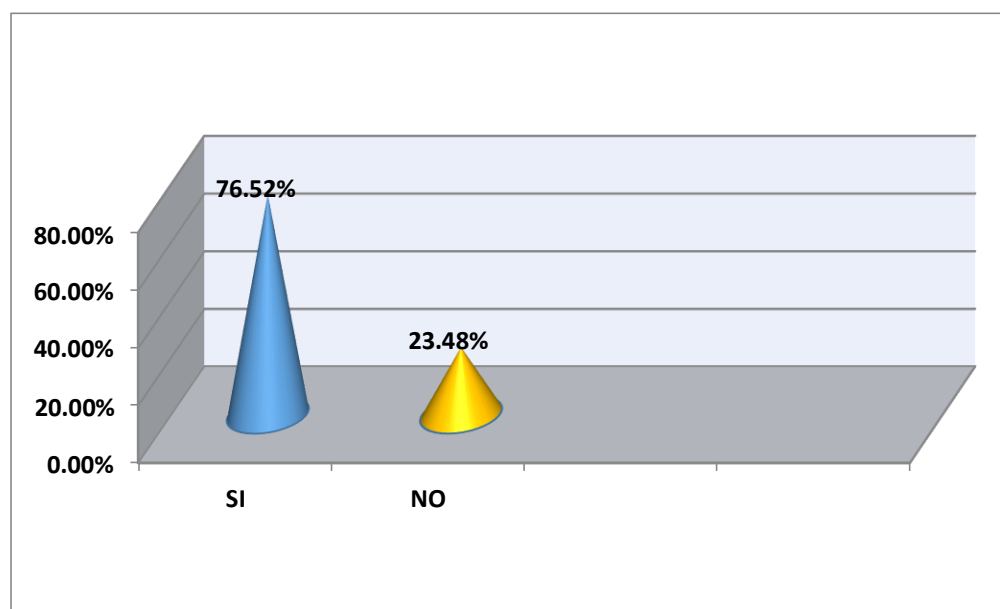
**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, julio del 2017.

**TABLA N° 02**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 02 de la encuesta**  
**¿Considera Ud. que de realizarlo tendría el apoyo de su esposo o su pareja?**

ENCUESTADOS RESPUESTAS	N°	%
A.- SI	101	76.52%
B.- NO	31	23.48%
TOTAL	132	100%

**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, julio del 2017.

**FIGURA N° 02**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 02 de la encuesta**  
**¿Considera Ud. que de realizarlo tendría el apoyo de su esposo o su pareja?**



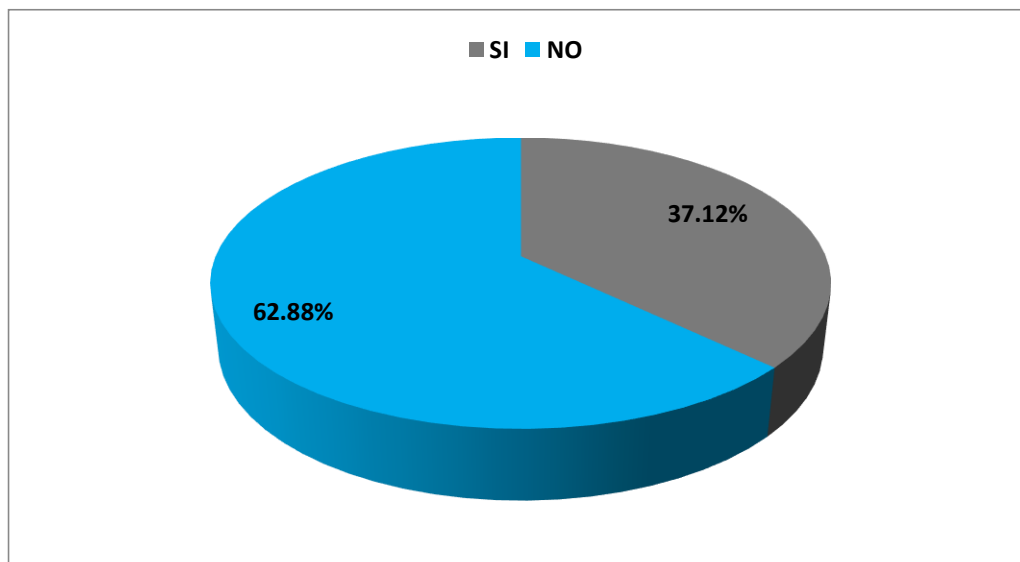
**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, julio del 2017.

**TABLA N° 03**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 03 de la encuesta**  
**¿Considera Ud. que las realizaciones de estas prácticas de reproducción asistida**  
**son permitidas por la ley vigente?**

ENCUESTADOS RESPUESTAS	N°	%
A.- SI	49	37.12%
B.- NO	83	62.88%
TOTAL	132	100%

**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, julio del 2017.

**FIGURA N° 03**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 03 de la encuesta**  
**¿Considera Ud. que las realizaciones de estas prácticas de reproducción asistida**  
**son permitidas por la ley vigente?**



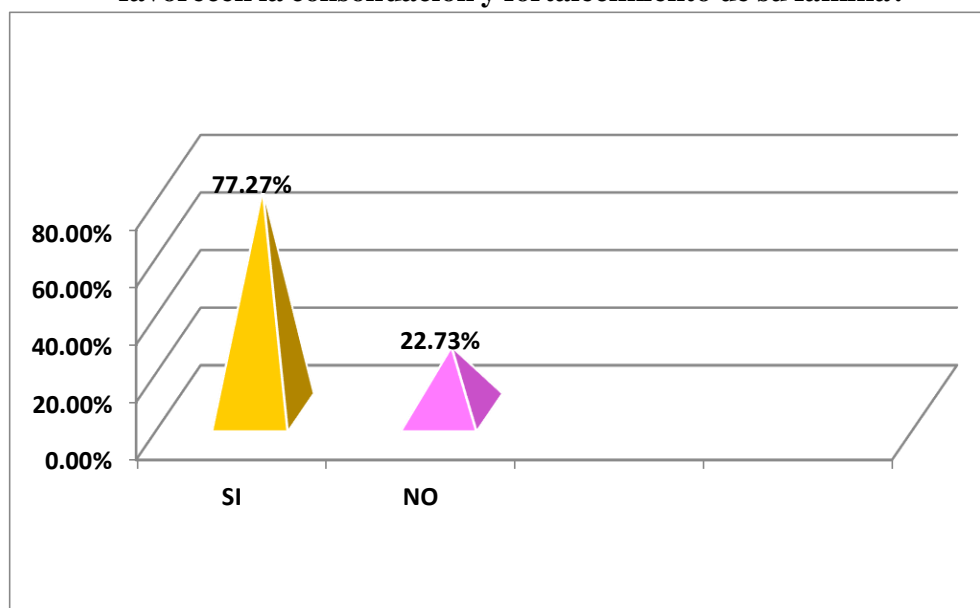
**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, julio del 2017.

**TABLA N° 04**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 04 de la encuesta**  
**¿Considera Ud. que las realizaciones de estas prácticas de reproducción asistida**  
**favorecen la consolidación y fortalecimiento de su familia?**

ENCUESTADOS RESPUESTAS	N°	%
A.- SI	102	77.27%
B.- NO	30	22.73%
<b>TOTAL</b>	<b>132</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, julio del 2017.

**FIGURA N° 04**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 04 de la encuesta**  
**¿Considera Ud. que las realizaciones de estas prácticas de reproducción asistida**  
**favorecen la consolidación y fortalecimiento de su familia?**



**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, julio del 2017.

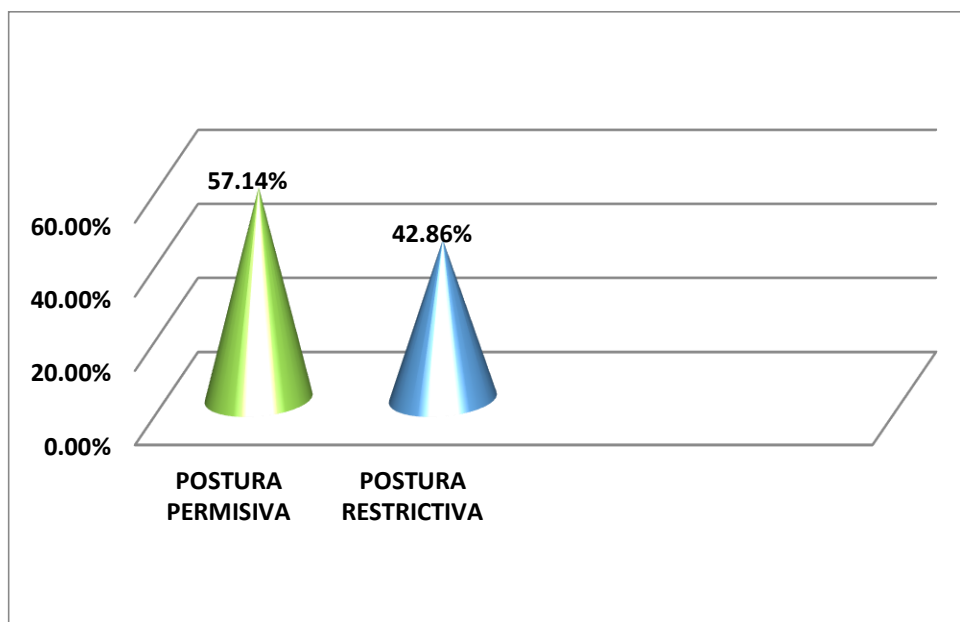
**Postura de los operadores jurídicos sobre la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida.**

**TABLA N° 05**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 01 del cuestionario**  
**¿Qué postura es la que predomina en el derecho comparado y la jurisprudencia nacional respecto a la maternidad subrogada y su relación con la familia?**

ENCUESTADOS	N°	%
RESPUESTAS		
A.- POSTURA PERMISIVA	04	57.14%
B.- POSTURA RESTRICTIVA	03	42.86%
TOTAL	07	100%

**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, setiembre del 2017.

**FIGURA N° 05**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 01 del cuestionario**  
**¿Qué postura es la que predomina en el derecho comparado y la jurisprudencia nacional respecto a la maternidad subrogada y su relación con la familia?**



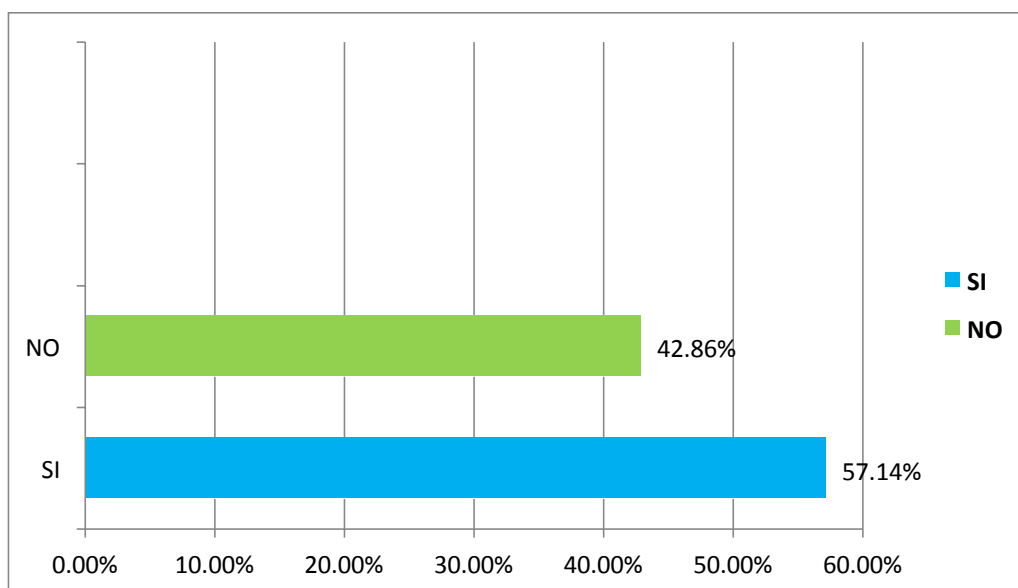
**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, setiembre del 2017.

**TABLA N° 06**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 02 del cuestionario**  
**¿Considera Ud. que la aplicación de la maternidad subrogada en las parejas estériles coadyuva a la consolidación y fortalecimiento de sus familias?**

ENCUESTADOS	N°	%
RESPUETAS		
A.- SI	04	57.14%
B.- NO	03	42.86%
TOTAL	07	100%

**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, setiembre del 2017.

**FIGURA N° 06**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 02 del cuestionario**  
**¿Considera Ud. que la aplicación de la maternidad subrogada en las parejas estériles coadyuva a la consolidación y fortalecimiento de sus familias?**



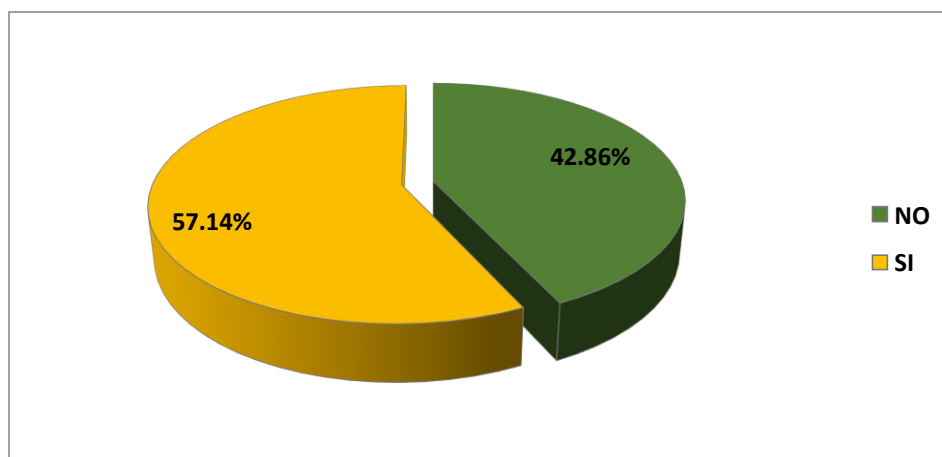
**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, setiembre del 2017.

**TABLA N° 07**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 03 del cuestionario**  
**¿Considera Ud. que las aplicaciones de las distintas modalidades de maternidad subrogada desnaturalizan en la práctica las instituciones familiares de la filiación materna, adopción y patria potestad?**

ENCUESTADOS	N°	%
RESPUESTAS		
A.- SI	04	57.14%
B.- NO	03	42.86%
TOTAL	07	100%

**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, setiembre del 2017.

**FIGURA N° 07**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 03 del cuestionario**  
**¿Considera Ud. que las aplicaciones de las distintas modalidades de maternidad subrogada desnaturalizan en la práctica las instituciones familiares de la filiación materna, adopción y patria potestad?**



**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, setiembre del 2017.

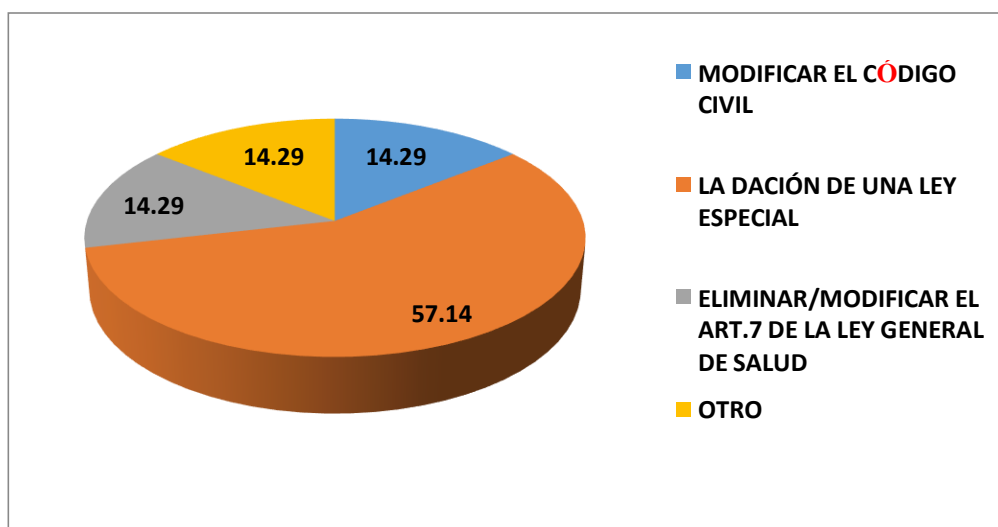


**TABLA N° 08**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 04 del cuestionario**  
**¿De ser el caso, que acciones legales considera que deberían tomarse para**  
**garantizar la institución familiar?**

ENCUESTADOS RESPUESTAS	N°	%
A.- MODIFICAR EL CODIGO CIVIL	01	14.29
B.- LA DACIÓN DE UNA LEY ESPECIAL	04	57.14
C.- ELIMINAR/MODIFICAR EL ART. 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD	01	14.29
D.- OTRO	01	14.29
TOTAL	07	100%

**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, setiembre del 2017.

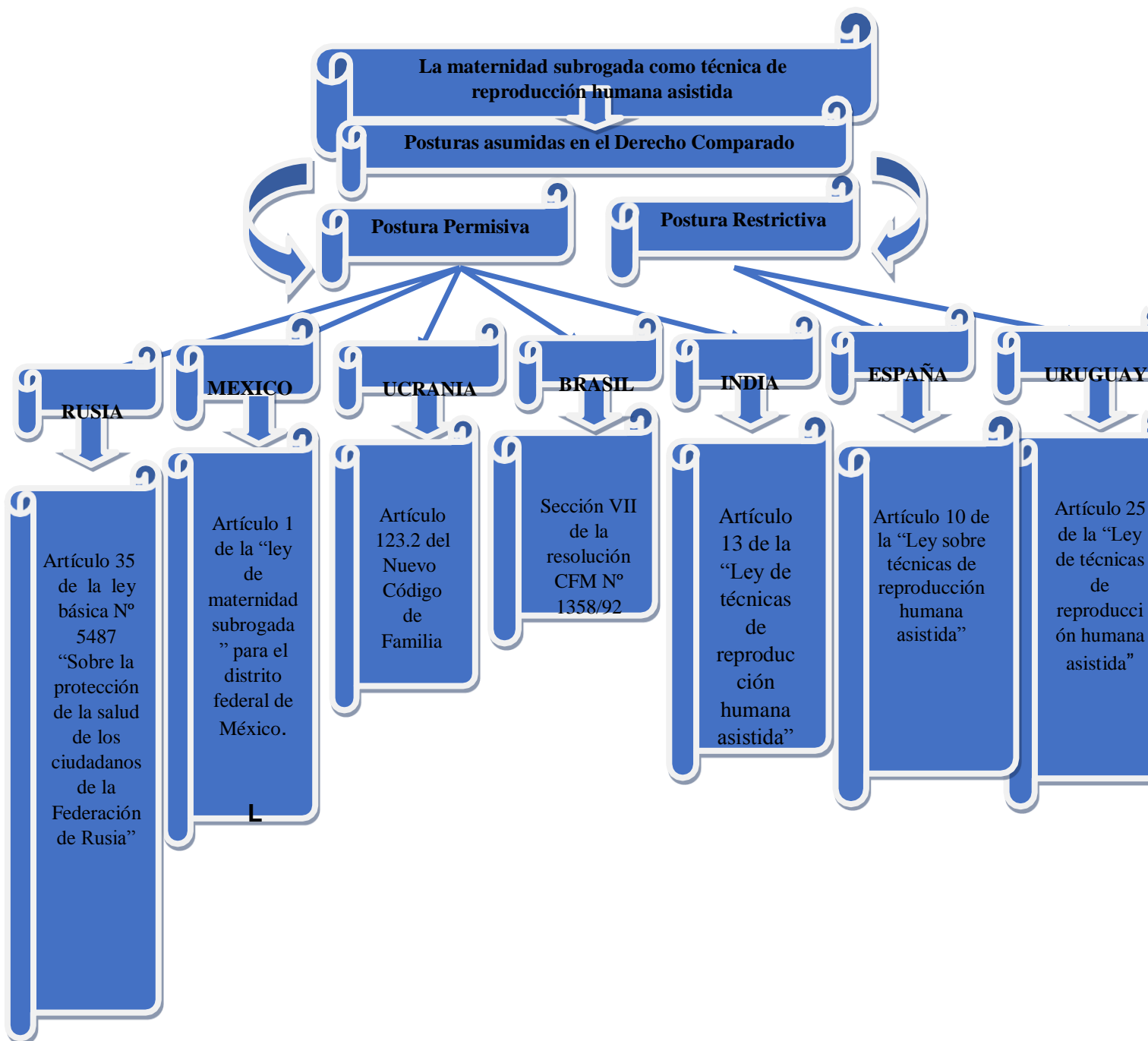
**FIGURA N° 08**  
**Distribución de los datos de la pregunta N° 04 del cuestionario**  
**¿De ser el caso, que acciones legales considera que deberían tomarse para**  
**garantizar la institución familiar?**



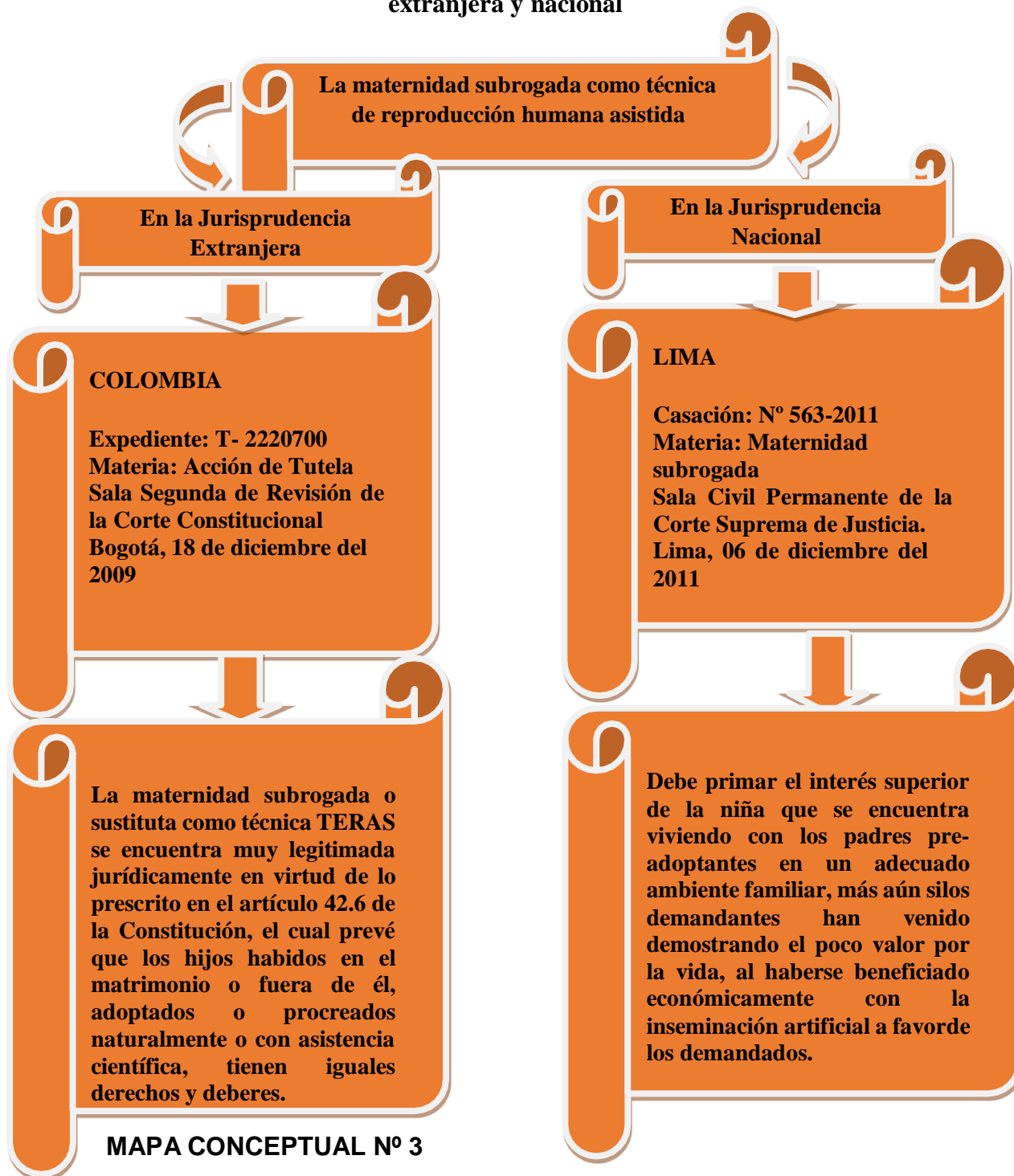
**Fuente:** Instrumento aplicado por el investigador, setiembre del 2017.

Teorías que existen en la legislación y jurisprudencia comparada sobre maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida.

**MAPA CONCEPTUAL N° 1**  
Teorías asumidas sobre maternidad subrogada en el derecho comparado



**MAPA CONCEPTUAL N° 2**  
**Posturas asumidas sobre la maternidad subrogada en la jurisprudencia**  
**extranjera y nacional**



**Las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial que se ven afectadas al aplicar la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida.**

**MAPA CONCEPTUAL N° 3**  
**Las instituciones jurídicas de la sociedad paterno filial afectadas por la maternidad subrogada**



#### 4.4 PRUEBA ESTADÍSTICA

##### PRUEBA DE HIPÓTESIS

###### A) Nivel de significancia:

$$\alpha = 0.05$$

###### B) Prueba Estadística:

$$X^2_{((2-1)(2-1); 1-0.05)} = X^2_{(1)(0.95)} = 3.84$$

###### C) Valor del Estadístico de Prueba:

$$X^2 = \sum \left[ \frac{(f_o - f_e)^2}{f_e} \right]$$

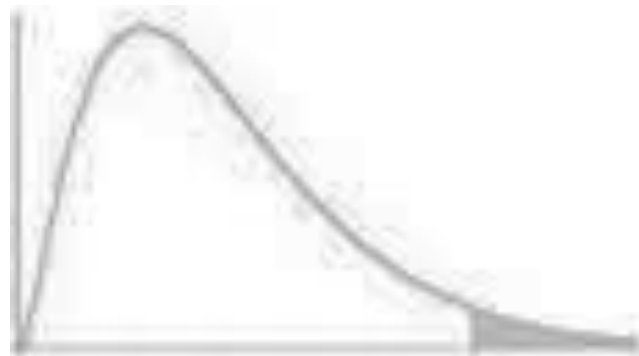
$f_o$ : Frecuencia Observada

$f_e$ : Frecuencia Esperada

$$X^2 = \sum \left[ \frac{(f_o - f_e)^2}{f_e} \right] = \frac{(1 - 2)^2}{2} + \frac{(2 - 1.5)^2}{1.5} + \frac{(7 - 6)^2}{6} + \frac{(2 - 4.5)^2}{4.5}$$

$$= 2.22$$

###### D) Contratación de Estadístico – Gráfico:



**E) Decisión:** El estadístico de prueba cae en la región de aceptación de  $H_0$ .

**F) Conclusión:** Existe información suficiente para señalar que en el supuesto de que no pueda tener hijos por ser estéril, si consideraría la posibilidad de contratar los servicios de una tercera persona (vientre de alquiler) para que los tenga por ella, para un nivel de confianza del 95%.

## PRUEBA DE HIPÓTESIS

A) Nivel de significancia:

$$\alpha = 0.05$$

B) Prueba Estadística:

$$X^2_{((3-1)(2-1); 1-0.05)} = X^2_{(2)(0.95)} = 5.99$$

C) Valor del Estadístico de Prueba:

$$X^2 = \sum \left[ \frac{(f_0 - f_e)^2}{f_e} \right]$$

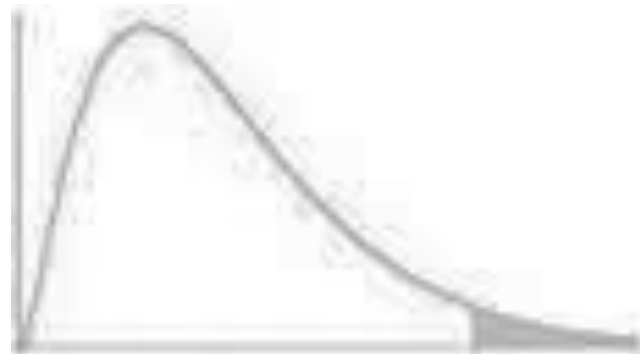
$f_0$ : Frecuencia Observada

$f_e$ : Frecuencia Esperada

$$X^2 = \sum \left[ \frac{(f_0 - f_e)^2}{f_e} \right] = \frac{(1 - 1.167)^2}{1.167} + \frac{(6 - 5.833)^2}{5.833} + \dots + \frac{(2 - 1.667)^2}{1.667}$$

$$= 1.029$$

D) Contrastación de Estadístico – Gráfico:



E) **Decisión:** El estadístico de prueba cae en la región de aceptación de  $H_0$ .

F) **Conclusión:** Existe información suficiente para señalar que de realizarse una TERA si tendría el apoyo de su esposo o su pareja, para un nivel de confianza del 95%.

## PRUEBA DE HIPÓTESIS

### A) Nivel de significancia:

$$\alpha = 0.05$$

### B) Prueba Estadística:

$$X^2_{((4-1)(2-1); 1-0.05)} = X^2_{(3)(0.95)} = 7.81$$

### C) Valor del Estadístico de Prueba:

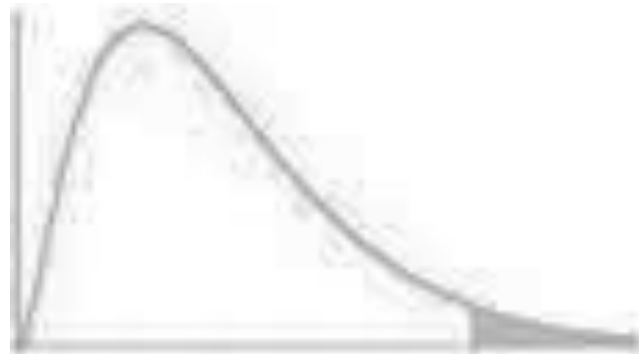
$$X^2 = \sum \left[ \frac{(f_o - f_e)^2}{f_e} \right]$$

$f_o$ : Frecuencia Observada

$f_e$ : Frecuencia Esperada

$$X^2 = \sum \left[ \frac{(f_o - f_e)^2}{f_e} \right] = \frac{(3 - 2.67)^2}{2.67} + \frac{(1 - 2)^2}{2} + \dots + \frac{(1 - 2.5)^2}{2.5} = 2.241$$

### D) Contrastación de Estadístico – Gráfico:



**E) Decisión:** El estadístico de prueba cae en la región de aceptación de  $H_0$ .

**F) Conclusión:** Existe suficiente información para establecer que las encuestadas consideran que las realizaciones de estas prácticas de reproducción asistida no son permitidas por la ley, para un nivel de confianza del 95%.

## PRUEBA DE HIPÓTESIS

A) Nivel de significancia:

$$\alpha = 0.05$$

B) Prueba Estadística:

$$X^2_{((4-1)(2-1); 1-0.05)} = X^2_{(3)(0.95)} = 7.81$$

C) Valor del Estadístico de Prueba:

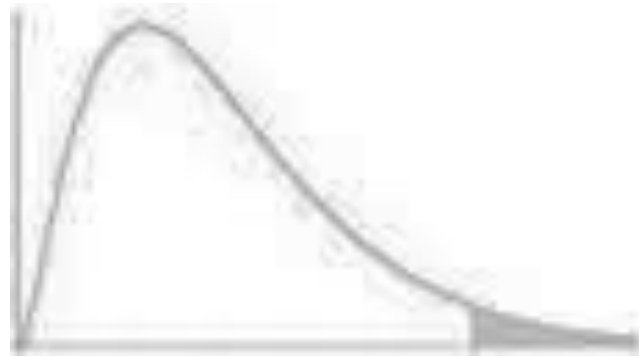
$$X^2 = \sum \left[ \frac{(f_o - f_e)^2}{f_e} \right]$$

$f_o$ : Frecuencia Observada

$f_e$ : Frecuencia Esperada

$$X^2 = \sum \left[ \frac{(f_o - f_e)^2}{f_e} \right] = \frac{(1 - 0.667)^2}{0.667} + \frac{(3 - 3.33)^2}{3.33} + \dots + \frac{(5 - 4.167)^2}{4.167} = 1.8$$

D) Contrastación de Estadístico – Gráfico:



E) **Decisión:** El estadístico de prueba cae en la región de aceptación de  $H_0$ .

F) **Conclusión:** Existe suficiente información para decir que la realización de estas prácticas de reproducción asistida si favorecen la consolidación y fortalecimiento de su familia, para un nivel de confianza del 95%.



## PRUEBA DE HIPÓTESIS

A) Nivel de significancia:

$$\alpha = 0.05$$

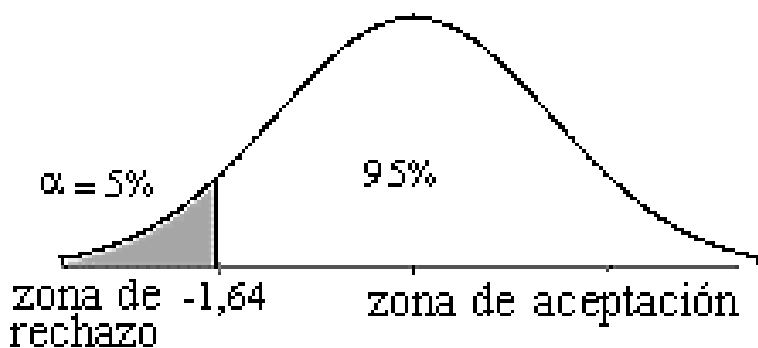
B) Prueba Estadística:

$$Z((1-\alpha) = Z((0.95) = 1.645$$

C) Valor del Estadístico de Prueba:

$$Z = \frac{\bar{P} - \pi}{\frac{\sqrt{(1-\pi)}}{n}} = \frac{0.5556 - 0.6}{\frac{\sqrt{0.6(1-0.6)}}{22}} = -0.425$$

D) Contratación de Estadístico – Gráfico:



E) **Decisión:** El estadístico de prueba cae en la región de aceptación de  $H_0$ , por lo que se acepta  $H_0$  y se rechaza  $H_a$ .

F) **Conclusión:** Existe información suficiente para decir que la postura permisiva es la que predomina en el derecho comparado y la jurisprudencia nacional respecto a la maternidad subrogada y su relación con la familia, para un nivel de confianza del 95%.

## PRUEBA DE HIPÓTESIS

A) Nivel de significancia:

$$\alpha = 0.10$$

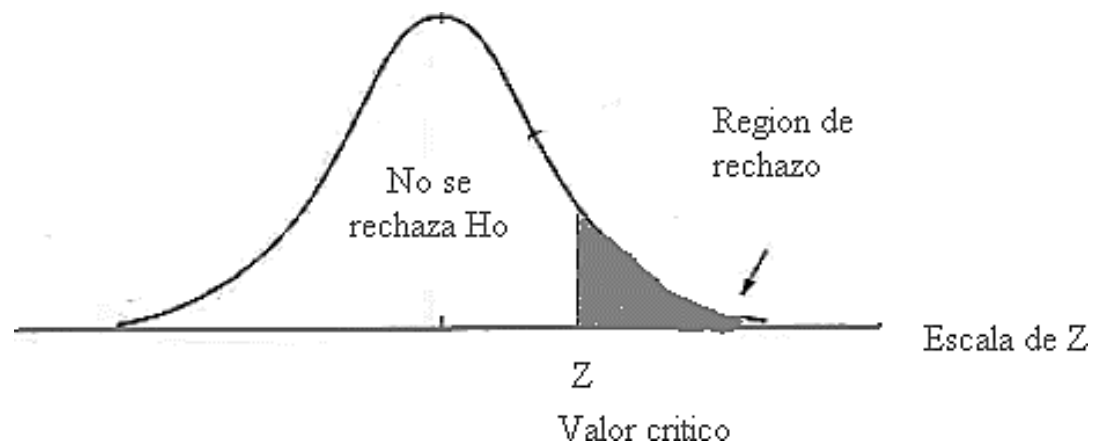
B) Prueba Estadística:

$$(1-\alpha) = (0.90) = 1.28$$

C) Valor del Estadístico de Prueba:

$$Z = \frac{\bar{P}-\pi}{\sqrt{\frac{\pi(1-\pi)}{n}}} = \frac{0.90-0.80}{\sqrt{\frac{0.8(1-0.8)}{22}}} = 1.324$$

D) Contrastación de Estadístico – Gráfico:



E) **Decisión:** El estadístico de prueba cae en la región de rechazo de  $H_0$  por lo que se rechaza  $H_0$  y se acepta  $H_a$ .

F) **Conclusión:** Existe información suficiente para señalar que la aplicación de la maternidad subrogada en las parejas estériles si coadyuva a la consolidación y fortalecimiento de sus familias, para un nivel de confianza del 90%.

## PRUEBA DE HIPÓTESIS

A) Nivel de significancia:

$$\alpha = 0.05$$

B) Prueba Estadística:

$$(1-\alpha) = (0.95) = 1.64$$

C) Valor del Estadístico de Prueba:

$$Z = \frac{\bar{p}-\pi}{\sqrt{\frac{(1-\pi)}{n}}} = \frac{0.7778-0.50}{\sqrt{\frac{0.5(1-0.5)}{22}}} = 2.60$$

D) Contrastación de Estadístico – Gráfico:



E) **Decisión:** El estadístico de prueba cae en la región de rechazó de Ho por lo que se rechaza Ho y se acepta Ha.

F) **Conclusión:** Existe suficiente información para establecer que la aplicación de las distintas modalidades de maternidad subrogada si desnaturalizan en la práctica las instituciones familiares de la filiación materna, adopción y patria potestad, para un nivel de confianza del 95%.

## PRUEBA DE HIPÓTESIS

A) Nivel de significancia:

$$\alpha = 0.05$$

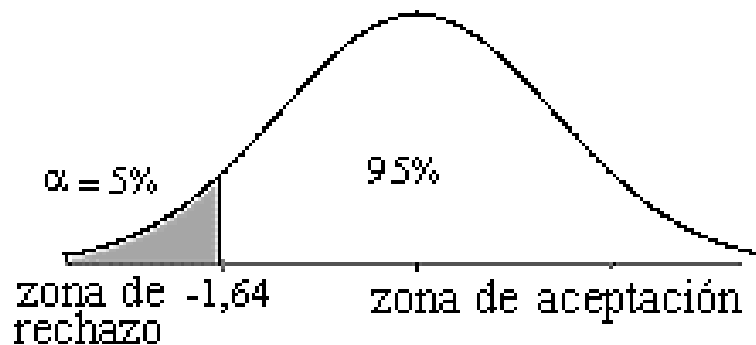
B) Prueba Estadística:

$$(1-\alpha) = (0.95) = 1.645$$

C) Valor del Estadístico de Prueba:

$$Z = \frac{\bar{p} - \pi}{\frac{\sqrt{(1-\pi)}}{n}} = \frac{0.5455 - 0.6}{\frac{\sqrt{0.6(1-0.6)}}{22}} = -0.436$$

D) Contratación de Estadístico – Gráfico:



E) **Decisión:** El estadístico de prueba cae en la región de aceptación de  $H_0$ .

F) **Conclusión:** Existe suficiente información para decir que la dación de una ley especial es la acción legal que consideran que deberían tomarse para garantizar la institución familiar, para un nivel de confianza del 95%.

#### 4.5 COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

**Posición de las mujeres en edad reproductiva que predomina con respecto a la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida.**

**TABLA N° 1**

Esta tabla N° 1 de la encuesta de opinión aplicada a las mujeres en edad reproductiva **¿En el supuesto de que no pueda tener hijos por ser estéril, consideraría la posibilidad de contratar los servicios de una tercera persona (vientre de alquiler) para que los tenga por Ud.?,** los resultados demuestran que el 63.64% respondió que en el supuesto caso de ya no tenerlos y quisiera tener la dicha de ser madre recurriría a esta modalidad, mucho más aún si tengo el apoyo incondicional de mi pareja y sería el deseo de ambos, o si no recurriría a la adopción ya que de esa manera contribuiría a dar un hogar; otras respuestas señalan que sus deseos de ser madre son más grandes que las razones de moralidad o avances científicos, constituye buena opción para poder formar una familia que es con todo lo que cada persona sueña o anhela, el ser madre hoy en día es viable gracias a la ciencia y la tecnología que ha avanzado notablemente. Por el contrario, el 36.36% no lo haría por considerar que se ha visto muchos casos en las que las personas en la que se confía como vientre de alquiler a la hora de entregar al bebé desisten y es un gran dolor para la familia que espera el niño, otros prefieren adoptar ya que es mucho más fácil y contribuyo con darles un hogar a los niños abandonados, por el lado afectivo señalan que no lo sentiría como mi propio hijo.

**TABLA N° 2**

Esta tabla N° 2 de la encuesta de opinión aplicada a las mujeres en edad reproductiva **¿Considera Ud. que de realizarlo tendría el apoyo de su esposo o pareja?**, el 72.56% de encuestadas respondió afirmativamente por cuanto al ser una decisión tomada por ambos y queremos consolidar nuestra familia con la llegada de un bebé sería magnífico; en una relación debe de haber comunicación y si los dos nos ponemos de acuerdo en el tema el me apoyaría al cien por ciento; de tener una conversación y previo acuerdo con mi pareja y considerar varias posibilidades estoy convencida de que me apoyaría; otras mujeres ponen énfasis en su capacidad económica y señalan que de tener las facilidades existentes en el momento no habría problemas para someternos a una técnica de reproducción humana asistida.

Posición contraria presenta el restante 23.48% de las mujeres ya que señalan que no se aplicarían una técnica asistida como la maternidad subrogada porque no es su sangre y su pareja jamás apoyaría eso por ser católicos y esto va en contra de las leyes de Dios; otras acotan que al ser una modalidad muy complicada y costosa su esposo no les apoyaría y preferirían seguir intentándolo, igualmente señalan que cuando una quiere ser padre o madre no importa el método que use con tal de tener un hijo y brindar ese cariño pero de ahí a alquilar un vientre eso no es aceptable por ella y mucho menos por su pareja.

**TABLA N° 3**

Esta tabla N° 3 de la encuesta de opinión aplicada a las mujeres en edad reproductiva **¿Considera Ud. que las realizaciones de estas prácticas de reproducción asistida son permitidas por la ley vigente?**, las cifras de la encuesta señalan que el 37.12% consideran que son permitidas por la ley, acotan que ya se dio a conocer el primer caso de esta modalidad por los medios de comunicación en donde se reconoce como madre a la verdadera y no a la que alquilo su vientre, si es permitido porque conozco el caso de una amiga que ha hecho la documentación para tener su hijo aunque lo malo es que la mujer que dio a luz se encariña y no quiero entregarlo y se ha ido a juicio; otras señalan que suponen que debe ser aceptado porque en muchos países son aceptadas existe casos de famosos que realizan dicha práctica, pero son pocos los casos.

De otro lado el 62.88% de las mujeres a quienes se les aplicó el instrumento de recolección de datos desconoce la ilicitud de la maternidad subrogada por cuanto sostienen que nunca escucharon sobre vientre de alquiler o maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida, otras señalan que no se ha debatido en el Congreso y por ende si lo hacen las personas en común acuerdo será bajo su propia responsabilidad, otras señalan que deberían aceptarse en las zonas pobres del Perú para erradicar que después terminen muchos bebés y niños abandonados.

**TABLA N° 4**

Esta tabla N° 4 de la encuesta de opinión aplicada a las mujeres en edad reproductiva **¿Considera Ud. que las realizaciones de estas prácticas de reproducción asistida favorecen la consolidación y el fortalecimiento de la familia?**, los resultados obtenidos demuestran que el 77.27% de las encuestadas respondió en forma positiva aduciendo que un hijo trae bendiciones, alegría, unión familiar, porque le podemos hacer crecer y ser parte de sus vidas; nos permitiría o mejor dicho nos daría la oportunidad y la dicha de ser padres y poder compartir todas nuestras atenciones y expectativas de vida en común, los hijos son una bendición sea la modalidad natural o asistida por la cual se haya optado, ya que estamos como seres humanos estamos para dar amor.

En cambio existe un 22.73% de las encuestadas que no creen que estas técnicas puedan colaborar con el fortalecimiento y consolidación de la familia; ya que en la realidad se han visto casos de que muchas mujeres que alquilan su vientre se terminan encariñando con él bebé y después ya no quieren entregarlo o en otros supuestos quieren más dinero y lo retienen al bebé, lo cual a la larga trae muchos perjuicios a la pareja que optó por este camino, o en otros casos puede darse el caso de que la madre biológica vuelva por el cariño de sus hijos, no porque a veces el esposo cuando se molesta te puede echar en cara o te critica por la decisión tomada.



**Postura de los operadores jurídicos sobre la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida.**

**TABLA N° 1**

Esta tabla N° 1 del cuestionario de expertos aplicado a los operadores jurídicos

**¿Qué postura es que predomina en el derecho comparado y jurisprudencia nacional respecto a la maternidad subrogada y su relación con la familia?,**

los resultados obtenidos demuestran que el 57.14% de los operadores jurídicos manifiestan tener pleno conocimiento de que es la postura permisiva, tanto a nivel internacional con la debida reglamentación, la postura se inclina por la permisiva debido al interés superior del niño; derecho a la identidad a ser parte de una familia; al derecho natural de la pareja de consolidar los fines del matrimonio (procreación) en casos de infertilidad o de imposibilidad para procrear; para otros si bien no está regulado la figura de la maternidad subrogada esta se relativiza cuando existe de por medio un conflicto con la familia, dándole preponderancia al interés superior del menor, además existe un vacío legal, por tanto al no estar regulado se permite que en la realidad se venga realizando este procedimiento, es decir la realidad ha superado la norma legal.

Por su parte el restante 42.86% de los operadores jurídicos constituyen una posición minoritaria y se inclinan por una postura restrictiva donde el ser humano no puede ser usado como mercancía, una madre de alquiler que gesta un hijo por que determina una explotación; otros señalan que en el ámbito internacional son pocos los países que admiten tales prácticas, aunque existe una tendencia en el

derecho comparado hacia la regulación y también la flexibilización de la maternidad subrogada, siempre en situaciones especiales y bajo ciertas condiciones y requisitos, en cambio a nivel nacional aún no existe normas específicas que regulen tal práctica, existiendo muy poca jurisprudencia al respecto, y solo existe en una norma muy genérica en la Ley General de Salud (art. 7), otros ponen relevancia en atención a los cuestionamientos éticos, religiosos, biológicos, etc. En nuestro país expresamente no lo prohíbe ni permite (vacío), la Corte Suprema resolvió un caso prevaleciendo interés menor.

**TABLA N° 2**

Esta tabla N° 2 del cuestionario de expertos aplicado a los operadores jurídicos **¿Considera Ud. que la aplicación de la maternidad subrogada en las parejas estériles coadyuva a la consolidación y fortalecimiento de sus familias?** al respecto los resultados obtenidos demuestran que el 57.14% de los operadores jurídicos consideran que si definitivamente y urge la debida reglamentación al aspecto dada la importancia de los derechos en juego dado que brinda la oportunidad de consolidar el sueño de ser padres en las parejas; si porque se logra el derecho que tiene como persona a formar una familia. El amor, respeto, consideración y demás valores son las parejas que traen consigo a su relación y esta se consolida enseñándosela a los descendientes viviendo en una comunidad armónica familiar permitiendo el fortalecimiento familiar con hijos. El tener un hijo, aunque sea de tal forma, normalmente tiene como efecto que las familias se consoliden, aunque ello no siempre es así en tal sentido considero que debería aplicarse tal práctica y regularse para ayudar al fortalecimiento de la familia.

El restante 42.86% de los operadores jurídicos consideran que no porque si bien los hijos son consecuencia de vivir en parejas, el fortalecimiento de la familia debe basarse en la comprensión y amor de la pareja y después los hijos; otros son de la opinión que si bien es cierto toda persona tiene derecho a formar una familia y también al acceso de técnicas de la ciencia siempre y cuando no afectelos derechos de los demás y ante un conflicto entre el interés del adulto y del niño prevalece la del niño.

**TABLA N° 3**

Esta tabla N° 3 del cuestionario de expertos aplicado a los operadores jurídicos **¿Considera Ud. que las aplicaciones de las modalidades de maternidad subrogada desnaturalizan en la práctica las instituciones familiares de la filiación materna, adopción y patria potestad?**

al respecto los resultados obtenidos demuestran que el 57.14% de los operadores jurídicos consideran que la práctica de técnicas de reproducción humana asistida bajo la modalidad de maternidad subrogada si los desnaturalizan, porque estamos ante un caso donde se involucra los derechos fundamentales de un niño y si aplicamos el derecho del principio del interés superior del niño este prevalece sobre la de un adulto, yo estaría de acuerdo no con una maternidad subrogada si no con una maternidad sustituta parcial y que sea por altruismo; para otros lo que se afecta es el desarrollo o la libre personalidad del niño, no sabría el menor su identidad, vulnera el principio del interés sugerido del niño; asimismo se afecta la filiación en especial la materna ya que se deja completamente de lado la presunción del parto prescrito en el artículo 409 del código civil, lo mismo sucede con los acuerdos que se realizan entre las partes en donde se obliga a la gestante a renunciar a la patria potestad para cederlo en adopción.

El restante 42.86% de los operadores jurídicos consideran que la maternidad subrogada no vulnera principios ya que la opción de ser padres es desde ya una decisión que implica compromiso. No importa si se trata de una maternidad subrogada, filiación materna, adopción u otros. Una vez el niño/a en casa es un

hijo al que hay que formar, esa es la prioridad creo que deben tener las instituciones mencionadas y por el contrario ello les podría fortalecer. Es decir, todas las modalidades de maternidad subrogada pueden coexistir ya que todas buscan consolidar los fines de pareja y no se oponen entre sí, además en la práctica no generan inconvenientes o problemas al momento de dar solución, ya que no existe una legislación clara al respecto, pero si es evidente su práctica y su colaboración con su finalidad reproductiva en aquellas parejas que presentan problemas de infertilidad y ello trae consigo la consolidación de la familia.

#### TABLA N° 4

Esta tabla N° 4 del cuestionario de expertos aplicado a los operadores jurídicos **¿De ser el caso, considera que deberían tomarse acciones legales para garantizar la institución familiar?**, los resultados del cuestionario demuestran que el 57.14% de los operadores son partidarios de que se debe dar una ley especial y su respectivo reglamento para desarrollar de modo adecuado el tema, sus distintas modalidades, las consecuencias jurídicas, el trámite correspondiente en las instituciones competentes, los casos o situaciones en las que procedería la maternidad subrogada, los requisitos para ello, sanciones, excepciones, con la finalidad de evitar excesos y garantizar el cumplimiento de la finalidad de los derechos del niño (interés superior) y de los padres tal como existe en España o en México.

Para otros el 14.29% de los encuestados lo más pertinente es modificar algunos artículos del libro de familia del Código Civil para poder facilitar su aplicación y determinar exactamente a quien corresponde la filiación con respecto al niño; para algunos magistrados ello implicaría también modificar el libro de fuentes de las obligaciones, como lo es todo lo concerniente al contrato, como lo es su forma, su contenido, etc.

El otro 14.29% son de la opinión de modificar la Ley General de Salud en su artículo 7 para que sea más amplia, aunque resaltan ello sería como resolver el problema parcialmente, lo correcto sería a través de una ley especial.

Finalmente, el restante 14.29% de los operadores jurídicos en la categoría de otros consideran que no es necesario tomar estas medidas o acciones legales, por la sencilla razón que su aplicación debe proscribirse de manera absoluta en la realidad legal ya que vulnera y trastoca los cimientos de la familia reconocida por la constitución.

**Teorías que existen en la legislación y jurisprudencia comparada sobre maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida.**

**MAPA CONCEPTUAL N° 1**

**Teorías asumidas sobre maternidad subrogada en el derecho comparado**

**A.- Postura permisiva**

**- Rusia**

Al respecto el artículo 35 de la Ley Básica N° 5487 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, del 22 de junio de 1993, dispone que toda mujer que se encuentra en edad reproductiva, mayor de 18 años, tiene derecho a la fecundación in vitro y la implantación del embrión, la cual sólo se efectuarán en los centros médicos autorizados, siempre que medie el consentimiento escrito de los cónyuges o la mujer sin pareja. Los datos sobre la fecundación in vitro y la implantación embrionaria realizadas, así como sobre la identidad del donante tendrán la consideración de secreto médico. La mujer tendrá derecho a la información sobre las técnicas de fecundación in vitro e implantación del embrión, los aspectos médicos y legales de sus consecuencias, los datos del examen médico-genético, el aspecto y la nacionalidad del donante, la que le ha de suministrar el responsable de la intervención médica. El vigente Código de Familia en su artículo 62 en concordancia con el artículo 51.4 del Código civil del 2009, refiere que los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el



fin de que lo geste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (madre subrogada). En este caso puede suceder que en la práctica la gestante tras el nacimiento se arrepienta del contrato celebrado y no de su consentimiento para inscribirlo, por lo que es imperante que el acuerdo contemple todas las posibilidades para evitar problemas futuros que afectan al interés superior del niño.

#### **- México**

En el 2010 se aprobó en México la “Ley de Maternidad Subrogada” para el Distrito Federal, la cual tiende a regular un fenómeno social relacionado con la infertilidad de las mujeres para procrear y poder constituir una familia. Al respecto la Ley establece en su artículo 1 y los siguientes que la maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor, y se realizará sin fines de lucro procurando el bienestar y el sano desarrollo del producto de

la fecundación durante el periodo gestacional, para lo cual el médico tratante, deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades, y requisitos legales y físicos. El médico tratante que realice la implantación de mórula humana deberá certificar, que la madre subrogada posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; el padre subrogado se encuentra plenamente convencido para aportar su material genético para la implantación, y que la mujer gestante se encuentra en buen estado de salud.

En el supuesto de que el embarazo ponga en riesgo la vida de la mujer gestante, la Ley permite su interrupción para lo cual no se necesitará de la aprobación de la pareja asistida; por ello es necesario tal como lo prescribe el artículo 6 de la ley acotada que los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de mórulas en el cuerpo de una mujer gestante. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación.

#### **- Ucrania**

La maternidad subrogada con fines altruistas o comerciales, es plenamente legal en Ucrania, en ese sentido el nuevo Código de Familia en su artículo

123.2 dispone que, en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, los cónyuges serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución (cuando el material genético no corresponde a los cónyuges); en caso de no precisarse el origen del embrión se considerará que procede de los cónyuges. De tal modo, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas. En lo que atañe a las cuestiones médicas se regula por la Orden del Ministerio de Salud de Ucrania N° 771 del 23 de diciembre del 2008. Asimismo, los párrafos 2.2 de la cláusula segunda del Decreto de Ministerio de Justicia de Ucrania N° 140 del 18 de mayo del 2003 determina el orden de legalizar los derechos paternales de los cónyuges en la base del acuerdo certificado por notario público para efectuar tales acciones por la mujer que dio luz al niño. En consecuencia, los cónyuges que contratan a la madre gestante, están amparados por las leyes para ser reconocidos como padres del bebé.

#### **- Brasil**

Brasil pertenece a uno de los países en donde la gestación por sustitución está permitida siempre que el contrato sea altruista, lo cual guarda correspondencia con lo normado por su Constitución Federal que en su artículo 199 parágrafo 4 prescribe que el cuerpo humano y sus sustancias

constituyen objetos fuera del comercio, en ese sentido la gratuidad será un presupuesto de legalidad; aunque en la práctica estaría considerada como una actividad económica, debido al comercio que se desarrolla.

Así tenemos que la Resolución CFM N° 1358/92 emitido por el Consejo Federal de Medicina de la nación Brasileña, en su Sección VII, permite a las clínicas, centros o servicios de reproducción humana asistida que puedan crear o realizar un tratamiento maternidad sustituta por la donación temporaria de útero, la cual nunca tendrá carácter lucrativo, cuando exista un problema médico certificado que rechace la gestación por parte de la donante genética; solo se exige como requisito que la madre que llevara a término la gestación deberá pertenecer a la familia de la madre biológica en una relación de parentesco hasta de segundo grado.

#### **- La India**

Su práctica masiva y habitual en las mujeres de este país generó un “turismo reproductivo” de grandes proporciones, obligando al gobierno de la India a expedir leyes flexibles en torno a su aplicación, las cuales rigen desde el 2002 con la “Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”, en donde en su artículo 13 se establece que la gestación por sustitución es un tipo de técnica de reproducción que está permitida en todas aquellas parejas con problemas para la gestación por medios propios, así como aquellas personas monoparentales que deseen ser padres. Ley que después se implementó en el 2005 por el Consejo para la Investigación

Médica que dictó una serie de normas básicas que deben seguirse en cualquier proceso médico de este tipo. Su normatividad sostiene que el contrato de gestación por sustitución es plenamente válido otorgando todos los derechos sobre el nacido a los padres que efectúan el encargo ya que la madre gestante renuncia al nacido en el momento de la inseminación o fecundación in vitro, y por ende pierde todo derecho sobre el pequeño durante el embarazo y tras su nacimiento.

Finalmente, en el 2008, la Corte Suprema de la India en el caso Manji (criatura japonesa) extendió su aplicación al sentenciar que la maternidad o gestación por sustitución con fines comerciales estaba permitida en la India.

## **B.- Postura restrictiva**

### **- España**

En España la necesidad de regular las técnicas de reproducción asistida se materializó tempranamente mediante la aprobación de la Ley N° 35 del 22 de noviembre de 1988, constituyéndose en una de las primeras en promulgarse, dicha Ley supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación. Posteriormente el avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, los

aumentos del potencial investigador hicieron necesaria una reforma para lo cual se emitió la Ley N° 45 del 21 de noviembre del 2003 que solo introdujo cambios parciales a tales exigencias, provocando en algunos casos confusiones de aplicabilidad debido a que se contraponían.

Por tales razones la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se mostró particularmente crítica con este aspecto de la reforma, y por el contrario en sus reuniones posteriores ha ido definiendo las líneas directrices que debería seguir la nueva regulación, dando lugar a la Ley N° 14 del 26 de mayo del 2006 “Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”, que constituye una evolución en la utilización y aplicación de las TERAS, sobre todo en lo referente a los problemas originados por la maternidad subrogada o sustituta, la cual ley española lo regula en su capítulo II “Participantes en las técnicas de reproducción asistida”, artículo 10, en donde opta por el término de gestación por sustitución y prohíbe radicalmente la celebración de estos actos jurídicos o contratos al prescribir que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para España rige el principio de que el parto determina la maternidad, será madre la gestante.

#### **- Uruguay**

El 9 de octubre de 2012 la Cámara de Diputados de Uruguay aprobó un proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la cual

después de un año fue aprobado por la Cámara de Senadores con muchas modificaciones, pasando a la consideración de la Comisión de Salud Pública y Asistencia Social de esa Cámara, la que con fecha 3 de setiembre del 2013 se aprobó y se publicó la “Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. Con la dación de la acotada ley se pretende establecer como lo señala la cadena de noticias EFE publicada en el diario “EL NACIONAL” de Venezuela el 10 de octubre del 2013, el marco normativo para las técnicas de reproducción humana asistida, así como facilitar la ayuda económica a través de mecanismos que hagan accesibles estos tratamientos a quienes los necesiten, para ello el Estado señalo que El Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS) es el que cubrirá los costos de los tratamientos de fertilidad de baja complejidad, mientras que para los de alta complejidad, como lo es la fecundación in vitro, la financiación se realizará a través de subsidios del Fondo Nacional de Recursos para medicina altamente especializada, los cuales podrán ser parciales o totales, en base a criterios como la capacidad de pago del usuario y las perspectivas de éxito del tratamiento asumido (máximo de tres oportunidades para repetir).

En su capítulo IV “De la gestación subrogada”, artículo 25 prescribe que serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean éstos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a ésta a

entregar el nacido a la otra parte o a un tercero. Se considera como excepción, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo por enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, la implantación y gestación del embrión propio. Asimismo, se resalta que el acuerdo de las partes debe ser gratuito y la filiación corresponderá a quienes hayan solicitado la subrogación de la gestación.



**MAPA CONCEPTUAL N° 2**  
**Posturas asumidas sobre la maternidad subrogada en la jurisprudencia**  
**extranjera y nacional**

**A.- Jurisprudencia extranjera**

**Colombia**

**Expediente: 968-2009**

**Materia: Acción de tutela.**

**Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.**

**La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional.**

**Bogotá, 18 de diciembre del 2009**

**- Fundamentos jurídicos:**

La sala de revisión de la Corte Constitucional para resolver toma en consideración los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que a continuación explicamos:

**a.- Protección y prevalencia de los derechos del menor**

Esta protección reforzada de los derechos de los niños, según la jurisprudencia constitucional, encuentra sustento en 3 razones principales: i) su situación de fragilidad frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal; (ii) es una manera de promover una sociedad democrática en la que sus miembros conozcan y compartan los principios de libertad, igualdad, tolerancia y solidaridad; y (iii) es una forma de corregir el déficit de

representación política que padecen los niños en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate legislativo. La jurisprudencia constitucional ha considerado que en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de asistencia y protección necesariamente adquiere esa connotación, por lo que resulta constitucionalmente inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores.

**b.- Criterios para determinar el interés superior del menor**

La Corte ha señalado que en todas las actuaciones en las que se encuentren involucrados menores de edad, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del menor. En este sentido, la Corte ha fijado ciertas reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares: (i) Garantía del desarrollo integral del menor, (ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos, (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor, (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el

desarrollo del menor, (vi) Necesidad de la existencia de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en cada una de relaciones paterno/materno - filiales.

**c.- La pobreza no es condición para separar al menor de su núcleo familiar**

La Corte ha precisado que la familia es una condición necesaria para la satisfacción de la mayoría de los derechos fundamentales de los menores, lo cual no impide que en determinadas circunstancias se deban aplicar medidas de protección que separen al menor de su núcleo familiar. Sin embargo, una medida tan drástica no puede obedecer exclusivamente a condiciones de pobreza o meramente económicas de la familia, deben existir motivos adicionales de suficiente peso porque de lo contrario se estaría imponiendo una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia.

**d.- Maternidad subrogada**

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido como el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder

todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste; en este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos.

La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el espermatozoides del padre.

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42.6 de la constitución, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

Dentro de este contexto se ha evidenciado la necesidad de una regulación exhaustiva y el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones como: (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de

ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.

**- Decisión:**

En mérito a lo expuesto la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, resuelve, CONFIRMAR la providencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 24 de febrero de 2009, ORDENAR al Juzgado Décimo de Familia de Cali el cumplimiento, sin dilación alguna, de las medidas de protección ordenadas en la presente sentencia, encaminadas a lograr el restablecimiento de los derechos de los menores y de la madre.

**B.- Jurisprudencia nacional****Casación N° 563-2011 LIMA****Materia: Maternidad subrogada****Demandante: Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone.****Demandado: Isabel Zenaida Castro Muñoz.****La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia****- En primera instancia:**

Doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vitoria Palomino Castro, quien es hija de don Paul Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la codemandante, por lo que invocan el supuesto normativo del inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. Los demandados contestan allanándose a la demanda en los términos que allí constan; por lo que el Juez expidió sentencia declarando fundada la demanda, señalando que si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN se desprende que el demandado Paul Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia

judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; y no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pro adoptantes, estaba acreditada.

**- En segunda instancia:**

La Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, basándose en los siguientes argumentos: a) que, los demandados Paul Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vitoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; b) ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre-adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; c) se señala que la madre biológica en total acuerdo con su

conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta de la previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.

**- En casación:**

Que, ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará



el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. Asimismo, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver un conflicto de derechos recurriendo en este caso a la ponderación de los derechos en conflicto, ante la imposibilidad de satisfacción conjunta.

Señalan que la sentencia de vista o segunda instancia ha sido resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente, dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir ya que a la luz de los hechos detallados nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su

situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una “ayuda económica” quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.

Que, aunado a ello se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demanda de adopción conjuntamente con los demandantes, ha venido extorsionando a la pareja preadoptante al exigirles dinero para no abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: “debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia”.

Que la niña se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien si es padre biológico de la menor, por lo que la carencia

moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor. Teniéndose, además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley.

Por estas consideraciones y en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y la Declaración de los Derechos del Niño se declara INFUNDADO el recurso; en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista que declara fundada la demanda.

**las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial que se ven afectadas al aplicar la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida.**

### **MAPA CONCEPTUAL N° 3**

#### **Las instituciones jurídicas de la sociedad paterno filial afectadas al aplicar la maternidad subrogada**

La celebración de un contrato de maternidad subrogada sería a nuestro juicio totalmente inválido, pues a tenor de lo prescrito por el artículo 7 de la Ley 26842 “Ley General de Salud”, toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de 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, ello implica que solamente es viable la fecundación in vitro y la inseminación artificial con los gametos propios de la pareja, proscribiendo totalmente la maternidad subrogada o sustituta en donde necesariamente se requiere un vientre de alquiler que lleve a término la gestación; aunque ello no es óbice para descartar que no aplique en la realidad y que ante la ausencia normativa o defecto de la ley los jueces no resuelven en consonancia con el interés superior del niño, cuando se presenten problemas que afecten su entorno familiar como pueden ser:

#### **A.- Con respecto a la adopción**

La adopción es aquella institución familiar por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito según lo normado por el artículo 378 del

código civil que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concorra el asentimiento de su cónyuge, que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes.

La aplicación de las técnicas de maternidad subrogada afecta la institución de la adopción toda vez que el recién nacido que resulta del proceso de subrogación será adoptado por sus propios padres biológicos en el mejor de los casos o por la concurrencia de uno de ellos, quienes realmente contravienen lo establecido en el artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes que precisa que no procede la adopción entre padres biológicos; asimismo puede ser materia de debate si en virtud de contratar los servicios de una tercera persona para gestar un niño les resta solvencia moral tal como lo exige el inciso 1 del artículo 378 del Código Civil.

Las leyes peruanas no expresan nada en lo concerniente a si es posible la adopción del hijo que está por nacer, aunque se desprende del artículo 117 del Código de los Niños y Adolescentes que no procede por cuanto es requisito sine qua non para que proceda la adopción que se declare

previamente el estado de abandono del menor, en consecuencia ello no es factible con respecto al que está por nacer; ya que la práctica de esta técnica de reproducción humana asistida pone en evidencia que la madre durante su etapa de gestación puede conectar con el bebé y quererlo para sí, en este escenario es dable que las leyes de adopción otorguen un periodo de vacancia que sirva de reflexión a la madre gestante para que, decida correctamente en consonancia con sus sentimientos, el de optar por entregar al niño o retenerlo y asumir la patria potestad.

#### **B.- Con respecto a la patria potestad**

En la práctica de estas técnicas se observa que las partes suelen acordar en las cláusulas del contrato de maternidad subrogada, que la madre natural, gestante o biológica se compromete a renunciar a la patria potestad del niño por nacer sin ningún derecho de revocación, lo cual contraviene a todas luces la institución familiar de la patria potestad por cuanto a tenor del artículo 160 del Código de los Niños y Adolescentes corresponde al juez especializado de familia el conocimiento de los procesos referentes a la suspensión, pérdida o restitución de la patria potestad. En nuestra legislación la institución de la patria potestad es público, irrenunciable, intransferible e indisponible; en consecuencia, su ejercicio no puede verse restringido por la voluntad de terceras personas, sino en los casos que la ley lo determina; por ello de existir un litigio judicial entre las partes contratantes que celebraron el acto jurídico sobre la custodia de un menor, el A quo deberá valorar

concienzudamente los hechos para garantizar el mejor interés superior del niño tal como lo prescribe el artículo 118 del acotado código.

### **C.- Con respecto a la filiación**

La filiación primigeniamente es concebida como aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, la cual se infiere del hecho natural de la procreación, por la que se le relaciona e identifica con terceras personas que constituyen sus padres (paternidad y la maternidad). En ese contexto la maternidad acorde con nuestra legislación vigente se rige por el axioma “Mater Semper certa est” (la madre es siempre cierta e indubitable), que reafirma ese vínculo biológico entre la madre y el recién nacido, tal como lo prescribe el artículo 409 del código civil de 1984 que establece que la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

En la actualidad los avances científicos en la solución de los problemas de fertilidad son notorios , tal es así que hoy no es motivo de asombro el saber que es posible que una mujer con problemas de fertilidad contrate los servicios de tercera persona para lleve adelante el proceso de gestación a término, aunque la gestante que solo aporta su vientre sabe y tiene conciencia de que no existe identidad genética con el bebé que lleva en su útero (maternidad subrogada); este escenario nos deja como regla que madre sería la gestante contratada por el parto, pero si se le sometiera a una prueba de ADN se demostraría que no existe ningún vínculo con el recién nacido.

La tendencia imperante en el derecho comparado en estos supuestos es aceptar que la filiación ya no es solamente un elemento biológico y afectivo como la adopción, sino que la ciencia ha puesto un nuevo elemento a tomar en consideración como lo es el elemento genético, y que en la jurisprudencia peruana constituye un factor determinante para resolver los problemas sometidos a su jurisdicción, y siempre velando por el principio de lo mejor para el interés superior del niño.



## **CAPÍTULO V**

### **5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **5.1 CONCLUSIONES**

##### **CONCLUSION GENERAL**

-Se ha comprobado que la maternidad subrogada aplicada como técnica de reproducción humana asistida afecta las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial al desnaturalizar flagrantemente las instituciones de la filiación materna, adopción y patria potestad, en el distrito de Tarapoto, región San Martín, 2017.

##### **CONCLUSIONES ESPECÍFICAS**

###### **PRIMERA**

-Se ha comprobado que las mujeres encuestadas aceptan la realización de la técnica asistida de maternidad subrogada, porque consideran viable que de padecer un problema de infertilidad se someterían a una práctica de maternidad subrogada porque contarían de un lado con el apoyo de su pareja y además porque tienen la creencia de que es una técnica de reproducción regulada o permitida por la ley.

###### **SEGUNDA**

-Se ha comprobado que operadores jurídicos consideran que la realización de la técnica asistida de maternidad subrogada es una teoría permisiva en el derecho comparado que coadyuva al fortalecimiento de la familia, pero que trastoca las instituciones familiares, siendo necesario la dación de una ley

especial para su regulación.

### **TERCERA**

-Se ha comprobado que la postura permisiva de la maternidad subrogada es la más aceptada a nivel del derecho comparado como son los países de México, Ucrania, India, Brasil, Rusia; en donde su regulación se expresa desde una ley especial hasta su inclusión en mismo código de familia; igualmente en la jurisprudencia nacional y extranjera (Colombia) se observa que se asume una postura permisiva al resolver los magistrados los casos sometidos a su jurisdicción pese a no estar regulado; para ello valoran los hechos y circunstancias propias de cada caso siempre atendiendo a lo mejor para el interés superior del niño y adolescente.

### **CUARTA**

-Se ha comprobado que las instituciones jurídicas del derecho de familia se ven afectadas con la práctica de la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida, al contravenir los fundamentos básicos establecidos por la constitución y las leyes desnaturalizando las instituciones familiares de la adopción, patria potestad y filiación materna, que impide su fortalecimiento y consolidación como institución.

## **5.2 RECOMENDACIONES**

-A las instituciones públicas como Defensoría del Pueblo, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, se les recomienda concientizar a la población en especial, a la mujer en edad reproductiva para que entiendan que la técnica de maternidad subrogada solamente tiene como finalidad altruista la de paliar las dificultades de infertilidad que se presentan en el seno familiar y queda

proscrita toda forma de comercialización, y que su aplicación debe ser regulada por la ley y vigilada por una entidad adscrita al Ministerio de Salud.

-Al Estado peruano se le recomienda sumir una política permisiva con respecto a la aplicación de la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida en aras de coadyuvar al fortalecimiento y consolidación de la familia atendiendo a lo mejor para el interés superior del niño y adolescente.

-Al poder legislativo, representado por el congreso, se le recomienda la dación de una ley especial que regule la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida, en donde se establezca los lineamientos generales que se debe tener en cuenta para su ámbito de aplicación, las formalidades que debe tener el convenio que suscriban las partes, la entidad médica encargada de dar la autorización en base a la evaluación de los requisitos que deben cumplir cada uno de los intervinientes, los casos o modalidades en los que es procedente su aplicación y la entidad encargada de la custodia y el destino de los gametos donados y sobrantes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCON ROJAS, Fernando. (2002). “La maternidad por sustitución”. En: Familia, Tecnología y Derecho. Edit. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- ARRIAGADA, Irma et al. (2004). “Cambios de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de políticas públicas eficaces”. Edit. CEPAL: Santiago de Chile.
- BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio. (1997). “Aspectos Jurídico-Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana”. Edit. Derecho Reunidas: Madrid.
- CELY, Gilberto. (2001). “Genética”. Edit. Colección bioética: Bogotá.
- DUNITZ, Martin. (2001). “Assisted Reproductive Techniques”. Edit. Garner, Boston.
- ESCOBAR LÓPEZ, Edgar. (2002). “Clonación y Manipulación Genética”. Edit. Leyer: Bogotá.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2001). “Derecho de las Personas”. Edit. Huallaga: Lima.
- GARRIDO GÓMEZ, María. (2000). “La política Social de la Familia en la Unión Europea”. Edit. Dykinson: Madrid.
- GERLERO, Mario. Et al. (2011). “Nuevas reflexiones sobre parentalidad, diversidad sexual e identidad de género”. Edit. La Ley: Montevideo.
- GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. (2007). “El sistema filiativo chileno”. Edit. Jurídica de Chile: Santiago.

- GRACIA Diego. (1988). "Procreación humana asistida, aspectos técnicos, éticos y legales". Edit. Gafo: Madrid.
- GROSMAN, Cecilia. (2008). "Familia Monoparental". Edit. Universidad: Buenos Aires.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. (1999). "El derecho de familia y los nuevos paradigmas". Edit. Rubinzal Culzoni: Buenos Aires.
- LOPEZ FAUGIER, Irene. (2005). "La prueba científica de la filiación". Edit. Porrúa, México.
- MESA CASTILLO, Olga. (2004). "Derecho de Familia". Edit. Félix Varela: La Habana.
- MESINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. (1998). "Bioderecho", Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MORAN DE VICENZI, Claudia. (2005). "El concepto de filiación en la fecundación artificial" Edit. Ara: Lima.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. (1997). "Derecho Y Genoma Humano". Edit. San Marcos: Lima.
- NARANJO RAMIREZ, Gisela. (1994). "La maternidad sustituta, delegada o por encargo". Edit. Themis: Medellín.
- NAVARRO VIÑUALES, José et al. (2006). "El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales". Edit. Civitas: Navarra

- RUBIO CORREA, Marcial. (1997). “Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos”. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones. Edit. Comisión Andina de Juristas: Lima.
- SAMBRIZZI, Eduardo. (2001). “La procreación asistida y la manipulación del embrión humano”. Edit. Abeledo Perrot: Buenos Aires.
- SESTA, Michele. (2002). “Familia, Tecnología y Derecho”. Edit. UEC: Bogotá.
- TABOADA CÒRDOBA, Lizardo. (2006). “Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil”. Edit. Grijley: Lima.
- URBINA, Paola. (2011). “El derecho a la salud integral, apotegma primigenio de nuestra Carta Magna”. Edit. Rubinzal Culzoni: Buenos Aires.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. (2001). “Derecho Genético”. Edit. Grijley: Lima.
- VELEZ CORREA, Luis. (2001). “Ética Médica”. Edit. Corporación de Investigaciones Biológicas: Bogotá.
- ZANONNI, Eduardo. (1998). “El derecho de familia”. Edit. Astrea: Buenos Aires.

## ANEXOS

### CUESTIONARIO DE EXPERTOS APLICADO A LOS OPERADORES JURÍDICOS

La presente investigación intitulada “**Maternidad subrogada y la afectación de las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial, Tarapoto, región San Martín, 2017**”, se viene realizando con fines académicos por el suscrito, por lo que solicito su colaboración contestando a las preguntas de manera clara, objetiva y honesta, para lo cual marcara con una “X” en el respectivo espacio, argumentando su respuesta.

#### I.- INFORMACIÓN GENERAL

- a.-Nombre y Apellidos:.....  
 b.- Cargo : ( ) Magistrado ( ) Docente universitario  
 c.- Grado académico: ( ) Bachiller ( ) Magíster ( ) Doctor

#### II.-INFORMACIÓN ESPECÍFICA

**1.- ¿Qué postura es la que predomina en el derecho comparado y la jurisprudencia nacional respecto a la maternidad subrogada y su relación con la familia?**

A.-Postura permisiva ( )

B.-Postura restrictiva ( )

Explique:.....  
 .....  
 .....

**2.- ¿Considera Ud. que la aplicación de la maternidad subrogada en las parejas estériles coadyuva a la consolidación y fortalecimiento de sus familias?**

SI ( ) NO ( )

Porqué.....  
 .....  
 .....

**3.- ¿Considera ud. que la aplicación de las distintas modalidades de maternidad subrogada desnaturalizan en la práctica las instituciones familiares de la filiación materna, adopción y patria potestad?**

SI ( ) NO ( )

Explique:.....  
 .....  
 .....

**4.- ¿De ser el caso, que acciones legales considera que deberían tomarse para garantizar la institución familiar?**

A.-Modificar el código civil ( )

B.-La dación de una ley especial ( )

C.-Eliminar/modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud ( )

D.-Otro ( )

Explique:.....  
 .....  
 .....

**Francesco Giacomo Feliziani Díaz**  
**Encuestador**

**CUESTIONARIO APLICADO A LAS MUJERES**

La presente investigación intitulada “**Maternidad subrogada y la afectación de las instituciones jurídicas de la sociedad paterno-filial, Tarapoto, región San Martín, 2017**”, se viene realizando con fines académicos por el suscrito, por lo que solicito su colaboración contestando a las siguientes preguntas de manera clara, objetiva y honesta, para lo cual marcara con una “X” en el respectivo espacio, argumentando su respuesta.

**I.- INFORMACIÓN GENERAL**

- a.-Nombre y Apellidos:.....  
 b.- Estado civil: Soltera ( ) Casada ( ) Conviviente ( ) Madre soltera ( )

**II.-INFORMACIÓN ESPECÍFICA**

**1.- ¿En el supuesto de que no pueda tener hijos por ser estéril, consideraría la posibilidad de contratar los servicios de una tercera persona (vientre de alquiler) para que los tenga por Ud.?**

SI ( ) NO ( )

Porqué.....  
 .....  
 .....

**2.- ¿Considera Ud. que de realizarlo tendría el apoyo de su esposo o pareja?**

SI ( ) NO ( )

Porqué.....  
 .....  
 .....

**3.- ¿Considera Ud. que la realización de estas prácticas de reproducción asistida son permitidas por la ley vigente?**

SI ( ) NO ( )

Porqué.....  
 .....  
 .....

**4.- ¿Considera Ud. que la realización de estas prácticas de reproducción asistida favorecen la consolidación y fortalecimiento de su familia?**

SI ( ) NO ( )

Porqué.....  
 .....  
 .....

Francisco Giacomo Feliziani Díaz  
 Encuestador



**PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA  
(se toma como modelo la ley mexicana)**

**TÍTULO PRIMERO**

**Disposiciones Generales**

ARTÍCULO 1º- La presente ley es de orden público, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para llevar a cabo la maternidad subrogada dentro del territorio nacional.

ARTÍCULO 2º- El procedimiento de la maternidad subrogada tiene por objeto permitir el acceso a la maternidad o paternidad de aquellas personas que por causas naturales se encuentran imposibilitadas de procrear.

ARTÍCULO 3º- En el procedimiento de la maternidad subrogada es prioritario garantizar en todo momento el interés superior del niño.

ARTÍCULO 4º- La maternidad subrogada es el compromiso entre una mujer, llamada "mujer gestante", a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los "subrogantes", a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino únicamente y de pleno derecho con él o los subrogantes.

ARTÍCULO 5º- Las prácticas previstas en la presente ley se llevarán a cabo en las instituciones de salud pública o privada que cuenten con la autorización otorgada por la autoridad competente.

ARTÍCULO 6º- En lo no previsto en la presente ley, se aplicará de manera supletoria lo dispuesto por el Código Civil y el Código de niño y adolescente.

**TÍTULO SEGUNDO**

**Entidad Pública**

ARTÍCULO 7º- Créase la Entidad Pública de la Maternidad Subrogada, como entidad descentralizada y dependiente del Ministerio de Salud.

ARTÍCULO 8º- La Entidad Pública de la Maternidad Subrogada tendrá su sede principal en la ciudad capital de Lima, estableciendo al menos una delegación por departamento o región.

ARTÍCULO 9º- Corresponde a la Entidad Pública de la Maternidad Subrogada:

- a) Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos.
- b) Diseñar e impulsar campañas educativas tendientes al conocimiento de los objetivos de la presente ley.
- c) Diseñar, controlar y aprobar el modelo básico del contenido del Instrumento de la Maternidad Subrogada.
- d) Modificar, sobre bases legales o técnicas, los parámetros técnicos y constitutivos del Instrumento de la Maternidad Subrogada acordado por quienes sean parte del procedimiento.
- e) Constituir y actualizar el registro de las mujeres gestantes.
- f) Autorizar, bajo las condiciones que establezca, la práctica de la maternidad subrogada en las instituciones de salud pública o privada que lo soliciten.
- g) Otorgar autorización, bajo las condiciones que establezca, a los centros médicos que soliciten constituirse en receptores de donación de gametos.
- h) Resolver en instancia administrativa los recursos y reclamos que se susciten en el marco de su actuación.

- i) Proporcionar al Ministerio Público y al Poder judicial asesoramiento técnico especializado en los asuntos relativos a la temática de su competencia.
- j) Establecer su estructura organizativa y funcional y el reglamento que regule el funcionamiento del directorio.
- k) Establecer los exámenes médicos psico-físicos a los que debe someterse la madre gestante para poder ser inscrita en el registro de madres gestantes.

ARTÍCULO 10º- La Entidad Pública de la Maternidad Subrogada, llevará un registro de los instrumentos aprobados de la Maternidad Subrogada y de los nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica.

El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en el procedimiento, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada, nombre del médico tratante y de la institución médica que llevo a cabo dicho procedimiento. Este registro será confidencial.

### **TÍTULO TERCERO.**

#### **Del instrumento y las partes intervinientes**

##### **CAPÍTULO I**

##### **De las formalidades del Instrumento**

ARTÍCULO 11º- El Instrumento de la Maternidad Subrogada es el documento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la mujer gestante y él o los subrogantes acuerdan concretar el procedimiento de la Maternidad Subrogada. El instrumento se perfecciona con la homologación por parte de la autoridad competente, no surtiendo efecto jurídico alguno hasta entonces.

ARTÍCULO 12º- El Instrumento de la Maternidad Subrogada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

- a. Ser suscrito por todas las partes que intervienen, estampando su nombre y firma en el mismo;
- b. Contener la manifestación de las partes de que el Instrumento se suscribe respetando la dignidad humana y el interés superior del niño.
- c. Contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente del feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante.

ARTÍCULO 13º- La voluntad que manifiesten las partes para la realización del Instrumento de la Maternidad Subrogada debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

ARTÍCULO 14º- La maternidad subrogada se considera como plena sin revocación alguna.

ARTÍCULO 15º- Homologado el Instrumento por la autoridad competente se generará el vínculo filial a favor del o los subrogantes desde el momento de la fecundación en la mujer gestante.

ARTÍCULO 16º- La presunción de maternidad del Art. 409 del Código Civil, queda sustituida por la filiación que determina el Instrumento homologado. Asimismo, y a los fines de la maternidad subrogada, prevalece siempre la voluntad del o los subrogantes.

## **CAPÍTULO II**

### **De la mujer gestante**

ARTÍCULO 17º. De los requisitos para ser mujer gestante:

- a. Ser mayor de edad y no tener más de treinta y cinco (35) años al momento de la suscripción del Instrumento de la Maternidad Subrogada.
- b. Contar como mínimo con cinco (5) años de residencia en el país.
- c. Poseer plena capacidad de goce y de ejercicio.
- d. Estar inscrita en el Registro de la Entidad Pública de la Maternidad Subrogada.
- e. Realizarse los exámenes médicos psico-físicos que indique la autoridad de aplicación y la institución de salud autorizada previo a la concreción de cada procedimiento de gestación a que se someta.
- f. No haber participado en más de dos procedimientos de maternidad subrogada.
- g. Manifestar que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación del embrión y que su intervención se hace de manera libre.
- h. No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía, ni enfermedades susceptibles de contagiar al feto durante el embarazo o el parto.
- i. Prestar su consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Maternidad Subrogada.

ARTÍCULO 18º- De las obligaciones de la mujer gestante:

- a. Seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales.
- b. Acceder a las visitas domiciliarias por parte del personal de la Entidad Pública de la Maternidad Subrogada y del personal de la institución de salud tratante conforme lo establezca la reglamentación.
- c. Procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional.
- d. Conservar el anonimato del o los subrogantes.
- e. Concluir su relación subrogada respecto del niño y la parte subrogante con el nacimiento.

ARTÍCULO 19º- La mujer gestante no podrá nunca aportar sus óvulos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.

ARTÍCULO 20º- Durante el período de gestación, la mujer gestante gozará de todos los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento.

## **CAPÍTULO III**

### **Del subrogante o los subrogantes**

ARTÍCULO 21º- De los requisitos para ser subrogante o subrogantes:

- a. Ser mayores de edad. Para el caso de parejas, al menos uno de ellos deberá tener no más de cincuenta (50) años de edad, límite que se aplicará a las personas solas que participen de un procedimiento de maternidad subrogada.
- b. Contar como mínimo con tres (3) años de residencia en el país.
- c. Poseer plena capacidad de ejercicio.
- d. Prestar consentimiento informado para formalizar el Instrumento de la Maternidad Subrogada.

ARTÍCULO 22º- De las obligaciones del o los subrogantes:

- a. Solventar los gastos íntegros del procedimiento de maternidad subrogada.

- b. Contratar un seguro de vida para la mujer gestante y nombrar como beneficiario del mismo a quién ésta designe.
- c. Conservar el anonimato de la mujer gestante.

#### **CAPÍTULO IV**

##### **De los médicos intervinientes**

ARTÍCULO 23º- Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en el procedimiento de la maternidad subrogada.

ARTÍCULO 24º- Ningún médico tratante realizará el procedimiento de maternidad subrogada sin que exista un Instrumento de la Maternidad Subrogada firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica, y que éste se encuentre homologado por la autoridad de aplicación.

ARTÍCULO 25º- En la atención médica que se le proporcione a la mujer gestante por parte de las instituciones públicas o privadas, el médico tratante y el personal de salud, no discriminarán la condición de mujer gestante, ni harán distinciones en su atención por este motivo.

#### **TÍTULO CUARTO**

##### **De la donación de óvulos y espermatozoides**

ARTÍCULO 26º- La donación de gametos (óvulos y espermatozoides) para las finalidades autorizadas por esta ley, constituye un contrato formal y secreto concertado entre el donante y el centro médico autorizado por la Entidad Pública de la Maternidad Subrogada.

ARTÍCULO 27º- El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el centro médico autorizado. Antes de la formalización, el donante habrá de ser informado de los fines y consecuencias del acto. La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos de los centros médicos.

ARTÍCULO 28º- El donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad. Su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas del donante, y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles.

ARTÍCULO 29º- Los pre embriones sobrantes de una Fecundación in Vitro, por no ser transferidos al útero, se críoconservarán en los bancos autorizados, por el plazo que dispongan las regulaciones legales o especiales sobre la materia.

#### **TÍTULO QUINTO**

##### **Prohibiciones**

ARTÍCULO 30º- Queda estrictamente prohibida la implantación de óvulos fecundados en úteros de animales y en mujeres en estado de coma, como cualquier otra práctica que contravenga la dignidad humana.

ARTÍCULO 31º- Queda estrictamente prohibida la práctica de críoconservación de gametos humanos que no sea con finalidad reproductiva, así como la conservación de gametos humanos que tenga por objeto la disposición de gametos con fines que atenten contra la dignidad humana.

ARTÍCULO 32º- Queda estrictamente prohibida la clonación.

## **TÍTULO SEXTO**

### **Disposiciones finales**

ARTÍCULO 33º- La inscripción del o los hijos nacidos a través de un procedimiento de maternidad subrogada deberá contener el nombre y apellido del o los subrogantes.

ARTÍCULO 34º- En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la mujer gestante o del o los subrogantes, será resuelto atendiendo a las circunstancias del caso y privilegiando el interés superior del niño.

ARTÍCULO 35º- La presente ley entrará en vigencia el día de su promulgación.