



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**"LA FILIACIÓN DEL RECIEN NACIDO EN LA GESTACION
POR SUSTITUCIÓN EN LA PROVINCIA DE ICA EN LOS AÑOS
2015 AL 2016"**

PRESENTADO POR:

YARMAS SALINAS, KATITZA DANAE

ASESORES:

Dra. Wendy AGUIRRE ESPINOZA

Mg. Ada, VALDEZ ARANGO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

ICA, PERÚ

2,018

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a Dios y a mis padres. A Dios porque siempre me acompaña a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar, a mis padres quienes han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo incondicional en todo momento, depositando su entera confianza en cada reto que se me presentaba sin dudar ni un solo momento en mi capacidad para lograrlo, son los pilares fundamentales en mi vida. Sin ellos, jamás hubiese podido conseguirlo

AGRADECIMIENTO

En primer lugar deseo expresar mi agradecimiento a la Dra. Wendy Aguirre Espinoza, por la dedicación y la revisión cuidadosa que ha realizado de este texto por sus valiosas sugerencias en momentos de duda.

Pero, sobre todo, gracias a mi esposo y a mi hijo, por su paciencia, comprensión con este proyecto, por el tiempo que me han concedido, sin su apoyo este trabajo no se habría realizado.

**DICTAMEN DE EXPEDITO DE TESIS
N° 068 -T-2018-OIYPS-FDYCP-UAP**

Visto, el Oficio N° 248-2018-OGYT-FDYCP-UAP, de fecha 09 de agosto de 2018 de la Oficina de Grados y Títulos, en el que se solicita la revisión final del trabajo de Investigación presentado por la bachiller **KATITZA DANAE YARMAS SALINAS**, a fin que se declare expedito para sustentar la tesis titulada “**LA FILIACION DEL RECIEN NACIDO EN LA GESTACION POR SUSTITUCION EN LA PROVINCIA DE ICA EN LOS AÑOS 2015 AL 2016**”

CONSIDERANDO:

Primero: El Reglamento de Grados y Títulos aprobado por Resolución Rectoral N° 15949-2015.R-UAP de fecha 28.12.2015, contempla las disposiciones normativas correspondientes a las funciones de las Oficinas de Investigación, el mismo que concuerda con lo dispuesto por el Reglamento de Investigación e Innovación Tecnológica aprobado por Resolución Rectoral N° 17483-2017-R-UAP de fecha 15.12.2016.

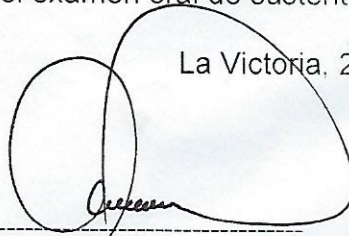
Segundo: De la revisión de la tesis, se aprecia que esta cuenta con el informe de la asesora metodológico Dra. Mónica Wendy Aguirre Espinoza de fecha 25 de julio de 2018 y el informe de la asesora temática Mg. Ada Valdez Arango de fecha 25 de julio de 2018, quienes señalan que la tesis ha sido desarrollada conforme a las exigencias requeridas para el trabajo de investigación correspondiente al aspecto temático y procedimiento metodológico.

DICTAMEN:

Atendiendo a estas consideraciones y al pedido de la bachiller, esta Jefatura **DECLARA EXPEDITA LA TESIS**; titulada “**LA FILIACION DEL RECIEN NACIDO EN LA GESTACION POR SUSTITUCION EN LA PROVINCIA DE ICA EN LOS AÑOS 2015 AL 2016**”. Debiendo la interesada continuar y cumplir con el proceso y procedimiento para que se le programe el examen oral de sustentación de Tesis.

La Victoria, 20 de agosto de 2018

Atentamente.-



DR. LUIS WIGBERTO FERNANDEZ TORRES

Responsable de la Oficina de Investigación y Proyección Social



INDICE

Caratula	
Dedicatoria.....	i
Agradecimiento.....	ii
Índice.....	iii
Resumen.....	v
Abstrac.....	viii
Introducción.....	1

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1	Descripción de la Realidad Problemática	4
1.2	Delimitación de la Investigación	5
1.2.1	Delimitación Espacial.....	5
1.2.2	Delimitación Social.....	5
1.2.3	Delimitación Temporal	6
1.2.4	Delimitación Conceptual.....	6
1.3	Problema de Investigación	
1.3.1	Problema Principal	6
1.3.2	Problemas Secundarios.....	6
1.4	Objetivos de la Investigación	
1.4.1	Objetivo General.....	7
1.4.2	Objetivos Específicos.....	7
1.5	Hipótesis y Variables de la Investigación	7
1.5.1	Hipótesis General.....	7
1.5.2	Hipótesis Especificas.....	7
1.5.3	Variables.....	8
1.5.3.1	Operacionalización de las variables.....	10
1.6	Metodología de la Investigación	
1.6.1	Tipo y Nivel de la Investigación	11
a)	Tipo de la Investigación	
b)	Nivel de la investigación	
1.6.2	Método y Diseño de la Investigación	11
a)	Método de la Investigación	
b)	Diseño de la Investigación	

1.6.3 Población y Muestra de la Investigación.....	13
a) Población	
b) Muestra	
1.6.4 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.....	14
a) Técnicas	
b) Instrumentos	
1.6.5 Justificación, Importancia y Limitaciones de la investigación.....	16
a) Justificación	
b) Importancia	
c) Limitaciones	

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la Investigación.....	17
2.2 Base Legal	23
2.3 Bases Teóricas.....	49
2.4 Definición de términos básicos.....	98

CAPITULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETEACIÓN DE RESULTADOS

3.1 Análisis de Tablas y Gráficos.....	104
3.2 Discusión de resultados.....	109
3.3 Conclusiones.....	115
3.4 Recomendaciones.....	117
3.5 Fuentes de Información.....	118

ANEXOS

Anexo 1 Matriz de consistencia	128
Anexo 2 Encuesta.....	129
Anexo 3 Validación de Expertos (2 Fichas).....	133



INFORME N° 016 - MWAE¹-T²-2018

AL : **Mg. Manuel Maurtua Ferreyra**
Coordinador de la Escuela Profesional de
Derecho y Ciencia Política.

DE : **Dra. Mónica Wendy Aguirre Espinoza**
Docente Asesor
Código N° 051421

REFERENCIA : Resolución Decanal N° 0027 – 2018 -FDYCP-
UAP

ASUNTO : Asesoría Metodológica: Tesis

BACHILLER **Katitza Danae, YARMAS SALINAS**

Título **"LA FILIACIÓN DEL RECIEN NACIDO EN LA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA
PROVINCIA DE ICA EN LOS AÑOS 2015 AL
2016"**

FECHA : 25 de Julio del 2018

Tengo el agrado de dirigirme a usted para hacer de su conocimiento que, en cumplimiento a la Resolución de la referencia, mediante la cual se me designa como asesor metodológico informo a su despacho que se ha cumplido con el asesoramiento y evaluación de los aspectos de forma de la Tesis:

1. DE LOS ASPECTOS DE FORMA

Se ha considerado la **Resolución Vicerrectoral N° 2342-2013-VIPG-UAP**, que regula la estructura del proyecto de Tesis, la estructura de la Tesis, y que hace referencia a las **normas del APA**.

¹ Sigla de los nombres y apellidos del docente asesor.

² Tesis.

2. DE LOS ASPECTOS DE FONDO

Con relación al título del tema de investigación consideramos que se establece de forma clara precisando las variables de investigación y que guarda relación con el tema de investigación.

DEL CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- _ Se ha complementado la parte metodológica con la cita de autores y la elaboración de las características del tema de investigación.

- _ Se citaron los autores con la correcta interpretación en lo que respecta al tipo de investigación, nivel y método, así como el instrumento y técnicas a emplear.
- _ En cuanto a la población se precisa la fuente de donde se obtuvo la información de los datos.
- _ Se citó de manera pertinente los autores e interpreto coherentemente la justificación teórica, práctica, metodológica y legal.
- _ Se argumento de forma adecuada la importancia de la investigación.

- Descripción de la realidad problemática en la cual se realiza un análisis sobre la problemática actual desde el punto de vista nacional y local.
- _ Se establecieron los problemas de investigación en términos concretos, en forma clara y en forma de interrogantes, refiriéndose los mismos a la descripción de la problemática antes descrita y acorde con el marco espacial y temporal.

- Los Objetivos de investigación se han formulado en forma clara, a partir del planteamiento del problema, mediante verbo infinitivo, dando respuesta a los problemas de investigación propuestos.
- Se han establecido las hipótesis en base al problema investigado, formuladas en forma de proposiciones tentativas acerca de la relación de las dos variables de investigación.

- En cuanto a la parte metodológica propiamente dicha de la investigación se ha establecido de forma coherente el tipo de estudio a realizar con la finalidad de profundizar el problema del porque la importancia de la Filiación del recién nacido en la gestación por sustitución, así mismo se ha establecido como Diseño una investigación no experimental ya que no se han manipulado intencionalmente ninguna de las variables ni se han asignado al azar, en cuanto a los métodos de investigación establecidos los mismos que se relacionan con el fin de establecer la descripción, el análisis, la valoración crítica, para determinar los orígenes o las causas que ocasiona la problemática.
- Así mismo se establece con precisión la población y el procedimiento para la selección de la muestra de los individuos sobre los que se recabaron los datos.
- Justificación e importancia de la investigación se ha establecido de manera clara el problema de investigación y por ende la justificación del porque se ha visto por conveniente abordar ese tipo de problemática.
- No se cuentan con limitaciones en la investigación que imposibiliten su realización.

EL CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

- Antecedente de la Investigación: Los Antecedentes que se han tomado como referencia y apoyo para la investigación están vinculados con el tema y desarrollo de la propia investigación.
- Bases Teóricas están debidamente fundamentadas con las teorías y bases doctrinales de manera correcta las mismas que guardan relación con las variables de la investigación.

- Se establecen las citas a pie de página o al final de cada fundamento teórico, conforme a las normas internacionales vigentes APA.
- Bases Legales están basadas en las normas legales vigentes de carácter nacional e internacional (Legislación comparada).
- En cuanto a la Definición de Términos Básicos en esta se expresan o se conceptualizan los términos más resaltantes e imprescindibles para la comprensión del fundamento teórico.

DEL CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

- Discusión de Resultados en este punto se ha realizado una descripción completa del diseño de contrastación de hipótesis, las cuales establece las relaciones más significativas entre las variables investigadas, utilizando un diseño de contrastación apropiado para resolver el problema, así mismo se describen las pruebas estadísticas que hacen posible el muestreo realizado.
- La aceptación o rechazo de la hipótesis se funda en las implicaciones del procesamiento estadístico realizado y de la validez y confiabilidad de los instrumentos.
- Conclusiones se arriban de manera muy puntual estableciendo en base al análisis de los resultados de investigación y contribuyen al conocimiento especializado.
- Se ha sintetizado los resultados de la investigación de tal modo que se puede apreciar los resultados obtenidos en el trabajo de investigación producto de la demostración de la hipótesis y/o del alcance de los objetivos generales y específicos trazados inicialmente.
- Recomendaciones establecidas están dirigidas a proporcionar sugerencias a la luz de los resultados, en este sentido las recomendaciones son congruentes con los hallazgos y resultados afines con la investigación.

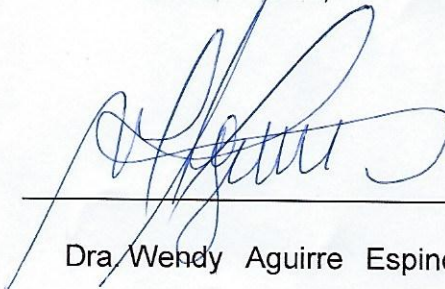
- Fuentes de información (APA), estas se establecen en forma ordenada por orden alfabético y de acuerdo con las normas internacionales vigentes.

Así mismo la Bachiller ha cumplido con elaborar el Resumen Ejecutivo de la Tesis siguiendo la estructura establecida por la Oficina de Investigación y Proyección Social de la UAP.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, habiéndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al aspecto metodológico considero que la bachiller **Katitza Danae, YARMAS SALINAS** ha realizado la Tesis conforme a las exigencias del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad y lo señalado por las disposiciones de la Facultad de Derecho. Por lo tanto, la Tesis se encuentra expedita para el examen oral de sustentación.

Atentamente,



Dra. Wendy Aguirre Espinoza

Docente Asesor



INFORME N° 31 - AVA-T-2018

AL : **Mg. Manuel Maurtua Ferreyra**
Coordinador de la Escuela Profesional de
Derecho y Ciencia Política

DE : **Mg. Ada, Valdez Arango**
Docente Asesor
Código N° 051425

REFERENCIA: Resolución Decanal N° 0027-2018-FDYCP-UAP

ASUNTO : Asesoría Temática: Tesis

BACHILLER : Katitza Danae, YARMAS SALINAS

Título **"LA FILIACIÓN DEL RECIEN NACIDO EN LA
GESTACION POR SUSTITUCIÓN EN LA
PROVINCIA DE ICA EN LOS AÑOS 2015 AL
2016"**

FECHA : 25 de Julio del 2018

Tengo el agrado de dirigirme a usted para hacer de su conocimiento que, en cumplimiento a la Resolución de la referencia, mediante la cual se me designa como asesor metodológico informo a su despacho que se ha cumplido con el asesoramiento y evaluación de los aspectos de fondo de la Tesis:

1. DE LOS ASPECTOS DE FORMA

Se ha considerado la **Resolución Vicerrectoral N° 2342-2013-VIPG-UAP**, que regula la estructura del proyecto de Tesis, la estructura de la Tesis, y que hace referencia a las **normas del APA**.

2. DE LOS ASPECTOS DE FONDO

Con relación al título del tema de investigación consideramos que se establece de forma clara precisando las variables de investigación y que guarda relación con el tema de investigación.

DEL CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- Se ha reestructurado el resumen de la investigación, estableciendo la identificación del contexto donde se realizó el estudio del problema, estableciendo los aspectos de la investigación como las palabras claves.

- En cuanto a la introducción, se ha reformulado, precisando los aspectos que componen el trabajo, realizando un planteamiento claro y ordenado del tema de investigación, estableciéndose la importancia del tema de la investigación.

- Descripción de la realidad problemática en la cual se realiza un análisis sobre la problemática actual desde el punto de vista nacional y local de forma clara y analítica.

- La introducción responde a las interrogantes ¿Qué investigar? Y ¿Para qué investigar?, estableciendo de manera coherente la realidad de la problemática materia de investigación, mostrando la realidad de la problemática.

- Se plantea la justificación, tanto teóricas, metodológica, práctica, social, los mismos indican la utilidad, factibilidad y conveniencia de la investigación.

- Así mismo se establece la importancia, relevancia y viabilidad que tiene el tema investigado y la proyección del mismo.

EL CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

- Antecedente de la Investigación que se han tomado como referencia y apoyo para la investigación están vinculados con el tema y desarrollo de la propia investigación.

- Bases Teóricas responden a las variables del círculo de investigación teniendo en consideración la fundamentación de las mismas considerando el soporte situacional.

- Se establecen las citas a pie de página o al final de cada capítulo conforme a las normas internacionales vigentes.
- Bases Legales están basadas en las normas legales vigentes.
- En cuanto a la Definición de Términos Básicos se precisan con claridad y especificidad el significado de los conceptos que se usan.

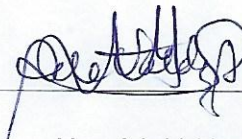
DEL CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

- Discusión de Resultados, se basan en una argumentación fundamentada con claridad y rigor científico, donde se dan a conocer los resultados encontrados, ofreciendo respuesta a cada una de las preguntas u objetivos de la investigación.
- Conclusiones de la investigación guardan relación con la hipótesis planteada.
- Las Recomendaciones de la investigación guardan relación con las conclusiones obtenidas.
- Fuentes de información APA
Así mismo la Bachiller ha cumplido con elaborar el Resumen Ejecutivo de la Tesis siguiendo la estructura establecida por la Oficina de Investigación y Proyección Social de la UAP.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, habiéndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al aspecto metodológico considero que la bachillera ha realizado la Tesis conforme a las exigencias del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad y lo señalado por las disposiciones de la Facultad de Derecho. Por lo tanto, la Tesis se encuentra expedita para el examen oral de sustentación.

Atentamente,



Mag. Ada Valdez

Arango

Docente Asesor

RESUMEN

En el presente trabajo se ha investigado sobre el problema de la filiación del recién nacido en la gestación por sustitución, ya que este tipo de gestaciones se viene realizando ilegalmente en el Perú y de esta manera afectando el derecho de filiación de los niños que nacen mediante esta modalidad, es decir, cuando la mujer gestante al nacimiento de la criatura se niega a entregarlo a sus padres genéticos.

La investigación demuestra que en otros países del mundo como los Estados Unidos, Estado de Tabasco en México, la India, entre otros, la contratación de alquiler de vientre es legal, ya que se realiza con la debida protección de normas jurídicas expresas que garantizan el derecho de las personas involucradas en este tipo de contratación. La propuesta de la legalización de la gestación por sustitución, se limita solamente a los casos de procreación extracorpórea homologa, es decir, cuando la concepción de la criatura se realiza en forma in Vitro, fuera del vientre de la mujer gestante y con el material genético de la pareja contratante. De esta manera, la mujer gestante, genéticamente no es la madre de la criatura que gesta y por tanto no existe renuncia de derechos como madre cuando entrega el hijo a los padres genéticos.

Una de las bases doctrinarias que puede sustentar adecuadamente la legalización de la gestación por sustitución materna en el Perú, se desprende del artículo 2° de la Constitución Política vigente. Porque al no definir de manera jurídica el concepto de "familia" - según lo señala Marcial Rubio en el Libro de Estudio de la Constitución Política de 1993 - permite que ésta pueda adaptarse a diversas circunstancias como en el caso del alquiler de vientre. En el primer párrafo del artículo 6° de la Constitución Política de 1993 se señala lo siguiente: "La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir..."

Asimismo hay diversas teorías que podrían sustentar adecuadamente la legalización de la gestación por sustitución y de esta manera proteger el derecho de filiación de los padres genéticos en el Perú como la teoría del parentesco genético, la teoría del aporte genético de la pareja para la concepción, la teoría del mejor interés del menor, la legislación comparada, la jurisprudencia internacional, y la opinión favorable de la sociedad peruana, sobre la legalización del alquiler de vientre en el Perú.

Palabras Claves: Legalización, filiación, padres genéticos, contratación, gestación por sustitución.

ABSTRACT

In the present work we have investigated the problem of the filiation of the newborn in gestation by substitution, since this type of pregnancy has been carried out illegally in Peru and in this way affecting the right of filiation of the children that are born through this modality, that is, when the pregnant woman at the birth of the child refuses to give it to her genetic parents.

The research shows that in other countries of the world such as the United States, the State of Tabasco in Mexico, India, among others, hiring of hired wives is legal, since it is carried out with the due protection of express legal norms that guarantee the right of the people involved in this type of contract. The proposal of the legalization of pregnancy by substitution, is limited only to the cases of homologous extracorporeal procreation, that is, when the conception of the creature is carried out in vitro, outside the womb of the pregnant woman and with the genetic material of the contracting partner. In this way, the pregnant woman, genetically, is not the mother of the creature that is pregnant and therefore there is no renunciation of rights as a mother when she delivers the child to the genetic parents.

One of the doctrinal bases that can adequately support the legalization of gestation by maternal substitution in Peru, follows from article 2 of the current Political Constitution. Because not defining in a legal way the concept of "family" - as Marcial Rubio points out in the 1993 Political Constitution Study Book - allows it to adapt to various circumstances such as in the case of belly rent. The first paragraph of article 6 of the Political Constitution of 1993 states the following: "The objective of the national population policy is to disseminate and promote responsible fatherhood and motherhood, recognizing the right of families and individuals to decide. .. "

There are also various theories that could adequately support the legalization of pregnancy by substitution and thus protect the right of filiation of genetic parents in Peru as the theory of genetic kinship, the theory of the genetic contribution of the couple for conception, the theory of the minor's best interest, comparative legislation, international jurisprudence, and the favorable opinion of Peruvian society, on the legalization of belly rent in Peru.

Key words: Legalization, filiation, genetic parents, hiring, replacement gestation.

INTRODUCCION

El desarrollo de la ciencia y la tecnología evidencian cambios sorprendentes en las distintas esferas del conocimiento, exigiendo al Derecho la revisión de sus instituciones y la reforma de su normatividad, para enfrentar con certeza los nuevos retos sociales, como es el caso de la "LA FILIACIÓN DEL RECIEN NACIDO EN LA GESTACION POR SUSTITUCIÓN EN LA PROVINCIA DE ICA" que repercute en el campo del Derecho de Familia sobre la filiación, el derecho de los Padres Genéticos, y el Derecho de Contratos.

El desarrollo de la ciencia genética, ha modificado la forma natural de reproducción humana, haciendo posible la concepción artificial dentro y fuera del útero de la mujer, mediante la aplicación de diversas Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS). En la actualidad, no siempre la mujer gestante que alumbró un niño es la madre genética.

El sistema jurídico mundial de distintos países permite a las personas casadas o solteras, optar libremente entre dos formas de tener sus hijos. Una es la forma natural, conocida también como tradicional, a través de las relaciones sexuales, que implica el reconocimiento legal de la mujer gestante como madre genética; y la otra forma, es la inseminación "in Vitro", por medio de alquiler de vientre, donde el niño tiene como padres a la pareja (hombre y mujer) que proporcionó el material genético para la procreación y a la mujer que alquila su vientre para la gestación y alumbramiento. Esta última forma, es la que vienen generando conflictos jurídicos en el derecho de filiación de los padres genéticos con sus hijos que nacen por alquiler de vientre, dado que el Código Civil peruano de 1984, considera como madre a la mujer que gesta y alumbró a la criatura.

La Gestación por sustitución materna es una Técnica de reproducción asistida, que se realiza dentro o fuera del útero de la mujer, con material genético de la pareja contratante o proveniente de terceras personas. En este sentido, cuando la procreación es homologa y se produce en forma

extracorpórea, estamos frente a un caso propiamente de alquiler de vientre.

Lo que busca con la presente investigación es plantear una solución legal para los casos en que la mujer que no genera óvulos ni puede gestar, existe deficiencia ovárica y uterina por lo que una tercera mujer debe cumplir las funciones de fecundación y gestación, y la procreación se produce con el espermatozoide del esposo e inseminación en una tercera mujer, por cuanto el tema de nuestra investigación, comprende solamente a una de estas técnicas, consistente en la fecundación extracorpórea homologa que se realiza mediante inseminación in Vitro.

Este problema, por su trascendencia viene originando controversias jurídicas, no sólo en el ámbito académico sino también jurisdiccional, lo que ha motivado a abordar su estudio y proponer las bases teóricas para una solución jurídica que armonice los intereses en conflicto, con este propósito, recomendamos incorporar en la legislación peruana la "teoría del parentesco genético" y las teorías de la intención de tener un hijo, la teoría del aporte genético y del mejor interés del niño, a efecto de aliviar la violación de los derechos de los padres genéticos y de los niños que nacen mediante este sistema de Gestación por sustitución en un país como el Perú, donde no se encuentra legalizado.

El presente trabajo de investigación jurídica contiene tres capítulos, en cuyo primer capítulo se aborda la descripción de la realidad problemática, la formulación del planteamiento del problema, teniendo en cuenta su descripción y formulación; además, los objetivos, la hipótesis los mismos los cuales guardan coherencia con el problema y los objetivos, se establecerán las variables, se conceptualizarán las mismas y se realizara la operacionalización. Así mismo en este capítulo se abordará toda la parte metodológica de la investigación, estableciendo de forma acertada el tipo, nivel, los métodos y diseño de la Investigación, así como las técnicas e instrumentos a utilizar, se establece la justificación e importancia que

sustenta el proyecto de tesis jurídica, así como los demás tópicos comprendidos.

En el segundo capítulo se trata el marco teórico que desarrolla las teorías generales y las bases teóricas especializadas relacionadas con el tema materia de investigación jurídica, lo que permite tener un conocimiento jurídico del mismo, el marco conceptual que constituye un glosario de términos jurídicos para la comprensión del tema en mención; y, el marco legal que constituye el asidero normativo del tópico jurídico a tratar.

El tercer capítulo se refiere a la presentación, análisis minucioso e interpretación de los resultados, realizando la debida discusión de los resultados arribados por el investigador, para luego pasar a determinar las conclusiones de la investigación y establecer las recomendaciones para dar solución al problema planteado.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

En la ciudad de Ica y en el Perú en general existe un gran porcentaje de parejas en edad reproductiva que sufren de Esterilidad Primaria (no han concebido, pero es posible que lo hagan); de Esterilidad Secundaria (han concebido antes); o de Esterilidad Absoluta (sin posibilidad de cambiar esta situación adversa).

Se puede decir que en la actualidad 4 de cada 10 mujeres iqueñas en edad fértil no logra embarazarse pese a tener relaciones sexuales sin usar métodos anticonceptivos, lo cual resulta muy preocupante y traumante para las parejas, tomando en consideración que los costos para una fertilización asistida o mediante gestación por sustitución son elevadísimos en nuestro país, y más aún el costo se incrementa cuando se realiza en los diversos departamentos del país ya que los médicos especialistas viajan por campañas a las provincias a realizar los tratamientos en Clínicas especializadas con el instrumental quirúrgico y científico necesario para la realización de este tipo de tratamientos y si a ello le aunamos la falta de legislación que brinde protección a los padres genéticos lo cual ocasiona graves problemas en la filiación del menor, cuando se por medio de una gestación por sustitución, situación que en nuestra legislación en pleno siglo xxi no contempla, por lo que se hace necesario que así como avanza la ciencia, la tecnología, la medicina en

sus descubrimientos, nuestra legislación este acorde con la realidad y la problemática de los ciudadanos y se brinde la seguridad jurídica que se necesita para este tipo casos.

La infertilidad y la esterilidad, es un problema complejo que afecta a la comunidad mundial en un 30% en su población, en la procreación humana por el método natural. De este porcentaje sólo el 10% pueden llegar a procrear con un tratamiento médico ambulatorio y el 20% tienen que hacerlo por medio de las técnicas de procreación asistida, preferentemente por gestación por sustitución.

La infertilidad causa un grave daño en el proyecto de vida de la mujer y el alquiler de vientre ha resultado ser una solución para este problema que lesiona a la mujer en su derecho a la maternidad.

El desarrollo de la ciencia y la tecnología moderna, constantemente impulsan innovaciones y cambios en la realidad social, rebasando los esquemas culturales y las disciplinas jurídicas, como es el caso del derecho de familia, con las nuevas técnicas de procreación asistida por gestación por sustitución que ha sobrepasado la necesidad urgente de promover la pronta legalización para aliviar el problema de las parejas que sufren de esterilidad e infertilidad y se ven privadas para aprovechar ésta técnica de procreación asistida para tener sus anhelados hijos.

La maternidad por sustitución, que se da mediante el alquiler de vientre, es una técnica de procreación humana asistida, que permite a una pareja estable o persona soltera tener hijos mediante el alquiler de vientre de una tercera persona para la gestación hasta el alumbramiento. El uso de esta técnica es una gran alternativa de solución al problema de gestación de la mujer. Pero sucede que, si bien científicamente es posible, jurídicamente la gestación por sustitución es ilegal en el Perú, lo cual motiva graves problemas en la filiación de los padres genéticos con sus hijos nacidos por gestación por sustitución, no contemplados en el Código Civil.

1.2 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. DELIMITACIÓN ESPACIAL

La investigación se circunscribirá a la Provincia de Ica.

1.2.2. DELIMITACIÓN SOCIAL

Esta investigación tendrá como objeto de estudio a: Jueces Superiores en materia Familiar, Jueces de Familia de la Corte Superior de Justicia de Ica, Fiscales Provinciales de Familia, Fiscales Adjuntos Provinciales del Distrito Fiscal de Ica, Abogados litigantes en la especialidad de familia de la Ciudad de Ica, Parejas estables con problemas de fertilidad, Mujeres que dan en alquiler su vientre, Médicos de clínica “Mi Concebir” especializada en fertilidad, todos ellos dentro de la Provincia e Ica.

1.2.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

La investigación se desarrollará en el período de Julio del 2017 a Mayo del 2018.

1.2.4 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La investigación promueve dos variables las mismas que desarrollaran con el debido sustento legal y doctrinario, como son: La filiación del recién nacido y la gestación por sustitución, con el propósito de prevenir graves problemas en la filiación de los padres genéticos con sus hijos nacidos por gestación por sustitución, no contemplados en el Código Civil, por lo que se hace necesario abordar no solamente nuestro ordenamiento civil, sino también el Derecho de Familia.

1.3. PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN

1.3.1 PROBLEMA PRINCIPAL

¿De qué manera la legalización de la Gestación por Sustitución permitirá la protección jurídica de los padres genéticos?

1.3.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1. ¿Cómo se establece el derecho de filiación del recién nacido a través de la Gestación por sustitución?
2. ¿Cómo la Gestación por sustitución materna influye en el cambio cultural de la sociedad?
3. ¿Cuál es la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen de la Gestación por sustitución?

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer normas para la legalización de la Gestación por sustitución para la protección jurídica de los padres genéticos

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Implementar el derecho de filiación del recién nacido a través de la Gestación por sustitución.
2. Determinar la influencia de la subrogación materna en el cambio cultural de la sociedad.
3. Implantar la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen de la Gestación por sustitución.

1.5 HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.5.1 HIPÓTESIS GENERAL

La legalización de la Gestación por sustitución permite la protección jurídica de los padres genéticos.

1.5.2 HIPÓTESIS ESPECIFICAS

1. El establecimiento del derecho de filiación del recién nacido a través de la Gestación por sustitución garantizará su protección jurídica la sociedad.
2. La sustitución materna influye positivamente en el cambio cultural de la sociedad.
3. La protección jurídica de los padres genéticos garantizará la filiación de las personas que nacen de la Gestación por sustitución.

1.5.3. VARIABLES

i. VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

“Filiación del Recién Nacido”

ii. VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

“Gestación por Sustitución”

DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LAS VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL
		Aceptación de Maternidad	Es proceso con distintos matices y construcción de vínculos
	La Filiación del recién nacido se concreta con la inscripción del nacimiento no sólo	Inscripción del	La inscripción de nacimiento es el acto administrativo-registral que se realiza ante la Oficina de Registro de Estado Civil, a través del cual el Estado reconoce legalmente

Filiación del Recién Nacido	hace posible el reconocimiento legal de la existencia de una persona; sino que, además, indica que esta persona pertenece a una familia, a una comunidad y a una nación.	Nacimiento	la existencia de una persona y le otorga un acta de nacimiento, comúnmente conocida como partida de nacimiento.
		Acta de Nacimiento	Es el documento que permite probar la inscripción de nacimiento de una persona, la cual permite que las personas sepan quién es su papá y su mamá, probar quien es, demostrar y conocer su vínculo de filiación.
VARIABLE DEPENDIENTE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL
Gestación por Sustitución	Es una técnica de reproducción asistida consiste en que una mujer, de común acuerdo con una persona o pareja, acepta que se le transfiera a su útero el embrión previamente engendrado mediante fecundación in vitro por esa otra persona o pareja, con el fin de quedar embarazada de dicho embrión, gestarlo a término y parirlo en sustitución de la mencionada persona o pareja.	Reproducción asistida	Forma de reproducción en la que se cuenta con la asistencia médica para poner en contacto el óvulo con el espermatozoide; en los humanos se emplea en los casos en que se debe superar algún tipo de problema médico que impide a la pareja lograr un embarazo.
		Sustitución por contraprestación económica	Prestación o servicio que debe una parte contratante como compensación por lo que ha recibido o debe recibir.

		Problemas de infertilidad	La infertilidad es una enfermedad que afecta a la pareja, en donde ésta se ve imposibilitada para concebir un hijo naturalmente o de llevar un embarazo a término.
--	--	----------------------------------	--

F

1.5.3.1 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Variables	Dimensiones	Indicadores
	XI= Aceptación de Maternidad	<ul style="list-style-type: none"> - Aceptación del vínculo filial. - Genera Derechos - Genera Obligaciones.
X=Filiación del Recién Nacido	X2= Inscripción del Nacimiento	<ul style="list-style-type: none"> - Acto Administrativo - Registro Civil - Acto de Filiación
	X3= Acta de Nacimiento	<ul style="list-style-type: none"> - Constancia del Registro u inscripción. - Datos de Filiación u origen. - Identidad.
Y= Gestación por Sustitución	YI= Reproducción asistida	<ul style="list-style-type: none"> - Reproducción con asistencia médica - Problema médico - Acto para el logro de un embarazo.
	Y2=Sustitución por Contraprestación económica	<ul style="list-style-type: none"> - Contrato - Compensación por el acto realizado. - Genera Derechos, así como Obligaciones.
	Y3= Problemas de infertilidad	<ul style="list-style-type: none"> - Enfermedad que afecta a la pareja. - Imposibilidad para concebir. - La infertilidad femenina supone un tercio de los casos de infertilidad.

1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

a) TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es una investigación de tipo básica.

Es básica o dogmática porque tiene como finalidad formular nuevas teorías y/o modificar las existentes y persigue el progreso de los conocimientos. Sánchez y Reyes (2002:13)

En la presente investigación se pretende recomendar la incorporación en nuestra legislación de normas legales sobre la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen de la Gestación por sustitución.

b) NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN

Descriptivo-explicativo que corresponden a los niveles II y IV; porque busca desarrollar una imagen fidedigna de los fenómenos estudiados, a partir de sus características, por otra parte, busca explicar las causas y consecuencias que originan la falta de legalización de la Gestación por sustitución lo que conlleva una imposibilidad de filiación de las personas nacidas por este tipo de maternidad, así como determinar los beneficios que resultarían de una adecuada incorporación normativa.

Según **Hernández Sampieri** es II y IV que pertenece a un estudio descriptivo y explicativo; es un estudio descriptivo porque selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así – y valga la redundancia – describir lo que se investiga.

Los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste, o por qué dos o más variables están relacionadas.

1.6.2 MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

a) MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

Los métodos científicos empleados en la presente investigación son:

MÉTODO DEDUCTIVO. – Este método es un tipo de razonamiento lógico que hace uso de la deducción por una conclusión de una premisa particular. (Carrasco Díaz 2007).

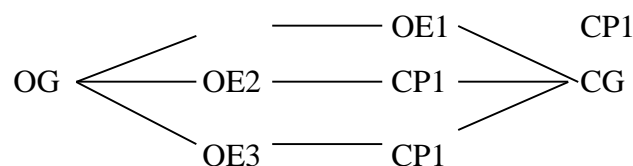
Mediante este método se analizará la información sobre la Filiación del Recién Nacido y la Gestación por sustitución, a fin de explicar a cabalidad esta figura y poder determinar las conclusiones o premisas que originan la problemática.

- **MÉTODO CORRELACIONAL.** - A través de este método se medirá el nivel de correlación existente entre las variables "x" y "y", recolectando datos a través de uno o varios instrumentos de medición y analizando e interpretando dichos datos. Luego de lo cual podremos saber cómo se puede comportar la variable "y" en función de la variable "x". Sánchez y Reyes (2002).

b) DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de diseño que empleamos para alcanzar los objetivos de esta investigación corresponde a la investigación no experimental y transversal.

Es no experimental: porque no se va a manipular ni las variables de estudio ni a los sujetos de la muestra. El estudio corresponde al siguiente esquema de investigación:



Dónde:

OG: Objetivo general
OE: Objetivo específico
CP: Conclusión específica
CG: Conclusión general

Se abordarán las variables X y Y, es decir:

Transversal: En función del tiempo en que se recopilarán los datos, obedece a un diseño transversal, ya que los datos son recolectados en un solo momento, no por etapas.

Señala Sánchez y Reyes (2002) explica la causa de un determinado fenómeno de interés en una misma muestra de sujeto o el grado de relación causal entre dos fenómenos o eventos observados.

Con este tipo de Diseño No experimental, la variable independiente “X” que es la “Filiación del recién nacido” no va a ser manipulada en ningún momento, ya que las inferencias sobre la relación entre la Filiación del recién nacido y la gestación por sustitución, es decir variables X y Y, se van a realizar sin ningún tipo de influencia directa y dichas relaciones se observarán tal y como se han dado en su contexto natural.

El propósito de utilizar el Diseño transversal, es que mediante este tipo de diseño se podrá describir ambas variables como lo son la Filiación del recién nacido y la gestación por sustitución, para luego pasar a analizarlas y determinar su incidencia e interrelación y determinar la necesidad de protección jurídica a los padres genéticos de las personas que nacen de este tipo de maternidad.

1.6.3 POBLACIÓN Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN

a) POBLACIÓN

Según Hernández, Fernández y Bautista (2006:235), “la población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones (....) Las poblaciones deben situarse claramente en torno a sus características de contenido, de lugar y en tiempo”.

Por ello, en la presente investigación, se ha tomado en cuenta características esenciales para seleccionar la población bajo estudio.

Lo conforma el conjunto de Jueces de los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Ica, Parejas estables con problemas de fertilidad, Mujeres que dan en alquiler su vientre, Médicos de clínica "Mi Concebir" especializada en fertilidad en la Ciudad de Ica, Abogados litigantes en la especialidad de familia, todos ellos de la Provincia de Ica en número de 300.

b) MUESTRA

Se entiende por muestra a un subconjunto, extraído de la población, claro está a través de técnicas de muestreo, cuyo estudio sirve para inferir características de toda población. Cuando no es conveniente considerar todos los elementos de la población, lo que se hace es estudiar una parte de esa población. Una parte de la población se llama muestra, la muestra siempre debe tener las mismas características que la población, ya que es representativa de éste. (Velásquez,2006).

Por lo cual se realizará un muestreo probabilístico: Aleatorio simple, se ha seleccionado una cantidad representativa. La unidad de análisis está constituida por:

Parejas estables con problemas de fertilidad = 20

Mujeres que dan en alquiler su vientre = 20

Médicos de clínicas especializadas en fertilidad = 20

Abogados litigantes en la especialidad de familia = 40

Jueces de Familia = 50

Para determinar el tamaño de la muestra se ha empleado la fórmula para poblaciones finitas:

Dónde:

- N = Total de la población
- N: Tamaño de la muestra

- $Z_{\alpha/2} = 1.962$ (si la seguridad es del 95%)
- $p =$ proporción esperada
- $q = 1 - p$
- $d =$ precisión (en este caso deseamos un 5%).

Remplazando valores:

$$n = \frac{300 * (1.96)^2 * 0.5 * 0.5}{(0.05)^2 (300 - 1) + (1.96)^2 * 0.5 * 0.5}$$

N: 150

1.6.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

a) TÉCNICAS

La técnica de investigación que se utiliza en la presente investigación es la aplicación de encuestas a través de cuestionario de preguntas.

Encuesta: García Ferrando (2009) señala que la encuesta es una técnica que utiliza un conjunto de procedimientos estandarizados de investigación mediante los cuales se recoge y analiza una serie de datos de una muestra de casos representativos de una población o universo más amplio, del que se pretende explorar.

Esta técnica permitirá rescatar datos puntuales y más estructurados a través de preguntas que serán formuladas de acuerdo a la investigación; esto será un gran apoyo para poder verificar la repercusión que tiene la Filiación del recién nacido en la Gestación por sustitución.

b) INSTRUMENTOS

Para la recolección de datos se ha diseñado cuestionarios estructurados constituidos por encuestas y gráficos estadísticos.

El cuestionario: Hernández Sampieri (1998) manifiesta que “El cuestionario es un instrumento de investigación. Este instrumento se utiliza, de un modo preferente, en el desarrollo de una investigación en el campo de las ciencias sociales, para la obtención y registro de datos. Es una técnica ampliamente aplicada en la investigación cuantitativa”.

El instrumento constara de 18 items distribuidos en sus dimensiones de las variables X y variable Y respectivamente. Las escalas serán las siguientes:

- 1) De acuerdo ()
- 2) Indiferente ()
- 3) Desacuerdo ()
- 4) Si ()
- 5) No ()

- Se utilizarán las tablas de procesamiento de datos para tabular y procesar los resultados de las encuestas a los asociados a la muestra.
- Las fichas bibliográficas, para registrar la indagación de bases teóricas del estudio.
- El informe de Juicio de Expertos, aplicado a 2 especialistas en Derecho de Familia.

1.6.5 JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACION

a) JUSTIFICACIÓN

La investigación se justifica porque ayudará a motivar el interés y la atención de las autoridades y organismos del estado, así como también las parejas con problemas de fertilidad que se encuentran imposibilitadas de tener sus propios hijos, viéndose obligados a realizar una gestación por sustitución como alternativa de solución a su problema.

JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

Justificar teóricamente un problema significa aplicar ideas y emitir conceptos por los cuales es importante desde el punto de vista teórico y cuando el propósito del estudio genera reflexión sobre el conocimiento existente. (Sánchez y Reyes. 2002).

Una vez conocido en qué medida la legalización de la Gestación por Sustitución permitirá la protección jurídica de los padres genéticos y del menor, se podrán elaborar las alternativas de solución, con el propósito de establecer el derecho de filiación del recién nacido a través de la Gestación por sustitución la cual garantizará su protección jurídica en la sociedad.

JUSTIFICACIÓN PRACTICA

La justificación práctica se justifica ya que el desarrollo de la investigación ayudara a resolver un problema o por lo menos, propone estrategias que al aplicarse contribuirían a resolverlo. (Bernal, César. 2010).

El presente trabajo de investigación es de relevante importancia, habida cuenta que permitirá formular alternativas de solución, que subsanen las deficiencias legales frente a esta problemática.

Ya que se tiene por finalidad establecer e implantar la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen de la Gestación por sustitución

JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

En la investigación científica, la justificación metodológica del estudio se da cuando el proyecto que se va realizar propone un nuevo método o una nueva estrategia para generar conocimiento valido y confiable. (Bernal, César. 2010).

Los aportes y estrategias metodológicas que se obtendrán, ayudarán a la toma de las decisiones más adecuadas en la solución de la falta de

normatividad que brinde seguridad jurídica tanto a los padres e hijo que nace bajo un sistema de fertilización con la participación de una madre sustituta.

JUSTIFICACIÓN LEGAL

La justificación legal básicamente trata las razones que sustenta la normatividad según la ley vigente en relación a la investigación. (Fernández y Bautista. 2006).

Asimismo, la investigación permite alertar e incentivar a los poderes del Estado sobre la necesidad de reformar el Código Civil de 1984, a fin de poder incorporar la nueva teoría del parentesco genético en la filiación de las personas.

b) IMPORTANCIA

El resultado de esta investigación servirá para que a través de una debida reglamentación se pueda proteger el derecho de filiación de los niños nacidos bajo esta modalidad de Gestación por sustitución, puesto que, se ha dado casos en que la mujer que dio en alquiler su vientre para la gestación a veces no quiere entregar al niño a los padres genéticos, por diversos factores uno de ellos puede ser que al aflorar el instinto materno la mujer cree ser la madre del concebido.

RUIZ REATEGUI (1999) señala que la maternidad por cuenta ajena en la actualidad, en nuestro país y en cualquier parte del mundo, se toma como alternativa a seguir cuando la esposa o concubina no puede embarazarse por problemas en su útero, como lo serían malformaciones congénitas, extirpaciones del mismo, o bien el llamado "útero infantil", cuadros clínicos que significan para una mujer la esterilidad, lo cual representa la imposibilidad total de gestar en su vientre a un nuevo ser. Debido a esto, una mujer decide realizar un convenio por escrito con una tercera mujer para que a cambio de una contraprestación económica acepte gestar a un niño para entregárselo con posterioridad a su nacimiento.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique (2001) Establece que en el derecho genético se viene hablando de una nueva rama de la filiación, la filiación civil, donde prima la voluntad procreacional, sobre el vínculo genético, la filiación civil es contraria a la filiación natural, se otorga la paternidad a aquellos que la desearon, esta filiación civil, en realidad es bastante similar a la figura de la adopción, cuyo sustento sería un principio de solidaridad. Varsi se refería a la misma como el desplazamiento del pater por el afecto, el amor y la comprensión. En aras de salvaguardar el bienestar del niño, creemos que esta nueva teoría debe ser aplicada cuando la naturaleza de los hechos así lo exija.

c) LIMITACIONES

Antecedentes: En cuanto a este aspecto nos encontramos con limitaciones viables encontramos libros que nos hablan de la problemática en general sobre la Gestación por sustitución, sin embargo, la inviabilidad gira entorno a que no existen muchos antecedentes en cuanto a investigaciones propiamente dichas (tesis) que se hayan referido a la Filiación del recién nacido en los casos de Gestación por sustitución, sin embargo, no será impedimento para realizar el presente proyecto de Tesis.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Para abordar el tema se hizo la revisión correspondiente en bibliotecas de diversas universidades del país, encontrándose estudios que se han dado en el entorno nacional sobre temas referenciales, los cuales contribuyeron a sustentar la situación problemática, diseño metodológico y la elaboración del instrumento.

Antecedente Nacional:

Se elaboró una **Tesis Titulada “Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos”**, cuyo autor es **DEL ÁGUILA TUESTA, Roxana (2009)**, perteneciente a la Universidad de San Martín de Porres de la ciudad de Lima, Tesis que fue sustentada para la obtención del Grado de Doctor, la misma que arriba a la siguiente conclusión en la investigación:

En las nuevas tecnologías la familia se constituye en protagonista con la aplicación de técnicas que son utilizadas para afianzarlas y construirlas de modo tal, que no se recelan barreras con tal de conseguir su propósito; sin embargo con el nacimiento de nuevos métodos de concepción y excesos que van mas allá de toda comprensión valorativa y razonable de la humanidad, es que deberá intervenir un tercero, el Juez, quien restablecerá el orden de las cosas discerniendo en magnitud general la coyuntura y problema, que pueda generarse en el tema de determinación

del derecho y obligación correspondiente a la maternidad controvertida, teniendo conciencia clara que su decisión tendrá que responder al fin social, estatal, familiar y personal, desde su condición humana, por lo cual la investigación se hace en estricto necesaria.

Tesis Titulada “La Filiación del Concebido Mediante inseminación artificial Heteróloga en el Derecho Familiar Peruano”, cuya autora es **REYNA CASTRO, Mercedes (2015)**, perteneciente a la Universidad Privada Antenor Orrego de la ciudad de Trujillo, Tesis que fue sustentada para la obtención del Título de Abogado, la misma que arriba a la siguiente conclusión en la investigación:

Que debe regularse el derecho de filiación del concebido por inseminación artificial heteróloga en el libro III del Código Civil vigente; pues se generan diversos problemas jurídicos que deben ser normados a fin de evitar la vulneración a derechos fundamentales. El problema que surge con la aplicación de la inseminación artificial heteròloga, es que el marido de la madre de hijo, es el padre legal, pero no es el padre genético; por lo que, cabe la posibilidad de que conteste la paternidad, aun cuando haya restado su consentimiento, por lo tanto, se establece que la identidad biológica es un derecho fundamental constitucional, que permite conocer el verdadero origen.

Tesis Titulada “El interés Superior del Niño/Niña Vs Principio al Debido Proceso en la Filiación”, cuya autora es **PINELLA VEGA, Vanessa (2014)**, perteneciente a la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de la ciudad de Chiclayo, Tesis que fue sustentada para la obtención del Título de Abogado, la misma que arriba a la siguiente conclusión en la investigación:

Lo primordial es preservar el derecho a la identidad y verdad biológica del niño/niña, ante cualquier derecho que pretenda colocar trabas a su correcta aplicación, en base a caprichos injustificados, como lo son los derechos procesales del presunto padre (debido proceso, tutela

jurisdiccional y cosa juzgada dentro de un proceso de filiación extramatrimonial), ya que si bien este tiene realmente derechos que están protegidos por el ordenamiento jurídico, entran en controversia con el fundamental del menor a la identidad que guarda relación con el interés superior del niño/niña, el mismo que está por encima de los otros derechos procesales, porque se trata de un derecho que afecta a niños, niñas y adolescentes, por lo que merece una mayor protección

El interés superior del niño es un principio garantista, el cual se enfoca en proteger al menor para su correcto desarrollo personal, tanto físico como psicológico, y evitar así que circunstancias relacionadas a él trunquen su proyecto de vida o le causen daños difícil de afrontar en el futuro, así pues mediante este principio el niño logra la plena satisfacción de sus derechos o por lo tanto cualquier decisión que se tome al respecto debe estar siempre orientada a garantizar los derechos del menor.

Antecedente Internacional:

Se elaboró una **Tesis Titulada “Incorporación en el Ordenamiento Jurídico de Bolivia el Alquiler de Vientre o Maternidad Subrogada”, cuyo autor es FLORES TIPIA, Marcos (2013)**, perteneciente a la Universidad Católica Boliviana San Pablo, Tesis que fue sustentada para la obtención del Título de Abogado, la misma que arriba a la siguiente conclusión en la investigación:

La maternidad subrogada o alquiler de vientre al no estar legislado plantea dificultades de filiación debido a la presunción establecida en el Código de familia, la indagación de maternidad para probar que la criatura concebida que no es hijo de quien le alumbró, permitiéndose establecer esta prueba.

La incorporación del alquiler de vientre o maternidad subrogada, deberá estar delimitada claramente en las responsabilidades de los contratantes y la contratada dentro de un marco jurídico descrito con la mayor claridad posible por las partes, con responsabilidades penales y civiles, ya que en

la actualidad se conoce de esta práctica en algunas ciudades del país, sin el debido amparo del ordenamiento jurídico.

Tesis Titulada “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?”, cuyo autor es ANTONIO SANTANDER, Cristóbal (2014), perteneciente a la Universidad Alberto Hurtado – Santiago de Chile, Tesis que fue sustentada para la obtención del Título Profesional de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, la misma que arriba a la siguiente conclusión en la investigación:

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.

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. Dignidad humana que se reflejó en el rechazo de la maternidad subrogada en España y en el proyecto de ley chileno sobre sustitución de la maternidad, evidenciando su primacía respecto al derecho a procrear.

Dicho antecedente fue vital a la hora de analizar el conflicto de derechos pues permitió conocer las razones invocadas para admitir el contrato de maternidad subrogada entre ellas la existencia de un derecho a la descendencia evaluando los límites que tendría éste, y que guardan coherencia con la naturaleza de los derechos fundamentales y los valores de dignidad e integridad física, que encuentran consagración positiva en normas de Derecho Nacional e Internacional y las cuales Chile ha suscrito.

Tesis Titulada “Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2., del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional”, cuya autora es ÁLVAREZ KEPFER, Alejandra (2015), perteneciente a la Universidad de Costa Rica, Tesis que fue sustentada para la obtención del Título Profesional de Licenciatura en Derecho, la misma que arriba a la siguiente conclusión en la investigación:

Siendo la reproducción asistida una realidad en diversos Estados y considerado como un derecho por otros, el Derecho debe venir a regular las técnicas de reproducción asistida por razones de seguridad jurídica y especialmente que no se trate de un asunto de mera voluntad de las partes, sino que exista un proceso y requisitos por cumplir, es decir, el Estado debe tener un control de esto, estableciendo procedimientos adecuados y legales de cómo se van a realizar dichas técnicas.

El 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió por medio de resolución del caso Murillo y otros vs Costa Rica, una sentencia condenatoria para Costa Rica por impedir a personas infértiles utilizar la Fertilización in Vitro como una alternativa para su condición, es decir, consideraba a Costa Rica como un país que violentaba los derechos humanos con el derecho procrear y tener una familia. En dicha sentencia, producto de una demanda interpuesta por las parejas afectadas por no poder acceder a métodos de reproducción asistida, la Corte impone una obligación al país de legislar sobre la fertilización in vitro y además impone al Estado la carga de prestar esos servicios de Fertilización in Vitro para las personas que lo requieran. Interpretando restrictivamente, se está conscientes de que la obligación que se le impone al Estado costarricense no alcanza el legislar sobre todas las prácticas de reproducción asistida y tampoco el caso específico de la maternidad subrogada.

Tesis Titulada “La Necesidad de actualizar la Legislación civil Guatemalteca en cuanto a la maternidad subrogada como una opción para cumplir con el fin de procrear de las instituciones del matrimonio y la unión de hecho”, cuya autora es TOVAR CANUZ, Inés Lourdes (2015), perteneciente a la Universidad de San Carlos de Guatemala, Tesis que fue sustentada para la obtención del Título Profesional de Abogado, la misma que arriba a la siguiente conclusión en la investigación:

Los avances de la tecnología y la medicina, permiten que existan figuras como la maternidad subrogada a la cual pueden optar los matrimonios y parejas unidas de hecho, cuando existan causas de esterilidad o infertilidad que no le permitan formar una familia, por ello se debe actualizar la legislación guatemalteca en materia civil, para incorporar esta figura dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Actualmente, se afronta el problema que no existe una relación en los avances de la tecnología médica con el ordenamiento jurídico guatemalteco, al no existir normas que regulen la maternidad subrogada, representando esto la posibilidad de que por no estar legalmente prohibido bien puede practicarse al libre arbitrio de cada persona interesada, creándose un ambiente de libertad, ilegalidad, peligro eminente y desprotección para personas a participar.

2.2 BASE LEGAL

2.2.1. BASE LEGAL NACIONAL

La legislación civil peruana vigente en materia de determinación del parentesco y la filiación se sustenta en el viejo sistema romanista de la procreación como producto de la cópula sexual entre hombre y mujer, y en la presunción legal de la maternidad por la gestación y el alumbramiento; sin considerar otros presupuestos como las técnicas de procreación asistida, ni la nueva teoría del parentesco genético; por ello, la realidad nos muestra la existencia de graves problemas jurídicos,

sobre la violación de los derechos de los padres genéticos y de sus hijos nacidos por alquiler de vientre, respecto a su filiación y demás derechos inherentes a su condición de padres e hijos.

Con el propósito de visualizar y definir mejor el problema de investigación, hacemos una breve precisión de las disposiciones legales en relación a los hechos y los derechos vinculados a la investigación, como son la filiación, la contratación y su regulación jurídica en el Perú.

En este sentido, las normas legales existentes establecen lo siguiente:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ de 1993

LA PERSONA HUMANA Y LA FAMILIA

La Constitución Política, en relación a los temas de la persona y la familia, en sus diversos artículos que precisamos establece lo siguiente:

Art. 1º: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado." Art. 2º, inc. 1: "Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo lo cuanto le favorece". Art.4º: "La comunidad y el Estado protegen espacialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono".

También protege a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. *Art. 6: "La política nacional de la población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud... ".¹*

¹ Constitución Política del Perú de 1993. Edición del Congreso de la República, abril 2007, p.9

CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

El contrato de alquiler de vientre no se encuentra legislado en nuestro Código Civil vigente de 1984, bajo ninguna forma. No se encuentra comprendido dentro de los alcances del artículo 6° que se refiere a los actos de disposición del cuerpo humana después de muerto. El alquiler de vientre tampoco está comprendido dentro de los alcances del artículo 12°, dado que ésta norma se refiere a los contratos peligrosos que ponen en riesgo la vida o integridad física de la persona, pero la cesión de útero para gestación por encargo de terceros no es un acto peligroso ni pone en riesgo la vida de la mujer gestante.

La aspiración y los actos realizados con el propósito de tener sus propios hijos con el auxilio de una tercera persona mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida no es un acto que tenga un fin ilícito u objeto físicamente imposible, no hace nulo al acto, más aún si no existe norma expresa que lo regule o prohíba. Por tanto, al no existir norma específica que lo regule, por extensión se aplica irregularmente los presupuestos de nulidad de los 140, 219 y 220 del mencionado código civil, con lo cual no estamos de acuerdo.

Además, tampoco se encuentra dentro de los alcances de los artículos 361° y 362° del código civil, referidos a la presunción de paternidad y filiación matrimonial, puesto que los hijos nacidos por alquiler de vientre si bien nacen dentro del matrimonio o pareja estable, pero es a través de una tercera persona, denominada mujer gestante, a quien la ley le asigna legalmente la calidad de madre por el mero hecho de la gestación y el parto.

DERECHOS DE LAS PERSONAS

El Código Civil vigente, establece que los derechos fundamentales de la persona humana son irrenunciables, y prohíbe la disposición de determinados órganos del cuerpo humano, como se precisa en los siguientes artículos:

El artículo 5° del código civil, sobre los derechos de las personas establece que:

"El derecho a la vida, la integridad física, la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria...". En igual sentido el artículo 6° del mismo código dispone que: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitario".

En cuando a los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos, se establece que son regulados por la ley de la materia. En este sentido, el artículo 7° dispone que. *"La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante".* En el artículo 11°, también se establece que: *"Son válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a examen médico, siempre que la conservación de su salud o aptitud síquica o física sea motivo determinante de la relación contractual".* En cuanto a la exigencia de los contratos, en el artículo 12° se establece que: *"No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias".*

FILIACIÓN MATRIMONIAL

En materia de filiación, nuestro Código Civil vigente, se sustenta en el Sistema Romanista que consagra la presunción legal de la maternidad

por el hecho de la gestación y del alumbramiento de la criatura. En este sentido, considera tres tipos de filiación: la filiación matrimonial, la extramatrimonial, y la adquirida por Adopción.

En la filiación matrimonial, se reconoce la presunción legal de la maternidad y se afirma que: *"es una de las instituciones más importante del derecho de familia, porque es la cual vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes y más restrictivamente, vincula a los padres con sus hijos"*². La filiación matrimonial, es la que corresponde al hijo tenido producto de las relaciones entre los padres unidos por vínculo matrimonial.

La filiación, se regula por nuestro código en la siguiente manera. El artículo 361° establece que: *"El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido"*. El artículo 362° preceptúa que: *"El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera"*. También el artículo 363° establece que: *"El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo..., dentro del plazo de 90 días contados desde el día siguiente del parto..."*.

Esta presunción permite afirmar que, salvo prueba en contrario, el marido es padre del hijo de su mujer con los límites temporales establecidos por la citada norma, en el entendido que el padre biológico es el marido.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Respecto a la filiación extramatrimonial, se reconoce la paternidad al padre biológico, presumiendo que es él quien toma de hecho la actitud de padre sin formalizar tal reconocimiento, sin quitar que se le asigne la paternidad a quien por la sola voluntad decidió reconocer o dar la condición de hijo, sin ser padre biológico.

² CORNEJO CHAVEZ, Héctor (2000): Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica Editores, 10ma. Ed, Lima, Perú, p. 234

La filiación de los hijos extramatrimoniales se encuentra regulada en el artículo 386°, disponiendo que: *"Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio"*. En igual sentido el artículo 387° establece que: *"El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial"*. En el artículo 396°: se ha dispuesto que: *"El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable..."*.

La maternidad, también se encuentra regulado en el artículo 371°, disponiéndose que: *"La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo. La acción se interpone dentro del plazo de 90 días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude y corresponde exclusivamente a la presunta madre..."*.

FILIACIÓN POR ADOPCIÓN.

Este tipo de filiación, se fundamenta en la decisión voluntaria del adoptante, de su cónyuge y del adoptado si es mayor de 10 años. Al respecto el Código Civil establece:

La adopción como una de las formas de filiación en nuestra legislación civil se encuentra prevista en el artículo 377°: *"Por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. La adopción es irrevocable, no puede hacerse bajo modalidad alguna y nadie puede ser adoptado por más de una persona a no ser por los cónyuges"*.³

En cuanto a la maternidad, es indudable que la vocación del derecho ha sido la de establecer como regla general el principio de consanguinidad. Este argumento establece la aceptación de que la que da luz debe ser la madre legal.

³ CODIGO CIVIL PERUANO: Filiación, Ediciones Jurídicas, edición actualizada, p. 72-75

En este sentido, consideramos que la adopción resulta ser una forma para adquirir la filiación establecida por la voluntad y desarrollada para solucionar el problema social de los niños en desamparo, pero de ninguna manera para aliviar el problema de las parejas matrimoniales que no pueden procrear sus hijos en forma natural y se ven obligadas a recurrir a las Técnicas de Reproducción Asistida, bajo la modalidad de contrato de alquiler de vientre, en donde los padres genéticos son unos y por presunción de la ley se considera padres legales a otros, arrebatándole al niño su legítimo derecho de crecer junto a sus padres genéticos.

CÓDIGO PENAL (Legislación Penal)

Tampoco tipifica como **figura** penal, en forma específica concreta el delito de la contratación del alquiler de vientre. Sin embargo, al respecto habría que tener en cuenta las figuras delictivas que de modo indirecto estarían sancionando, los actos conexos como el Art. 143, que establece: *"el que con perjuicio ajeno, altera o suprime el estado civil de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta y dos jornadas"*. Así mismo en el artículo 145, sanciona la exposición, ocultamiento o sustitución de un menor por otro, o atribución de una falsa filiación o empleo de cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación, con la pena de no menor de uno a cinco años.

En su artículo 324°, sanciona con pena de 6 a 8 años la Manipulación Genética, bajo la forma específica de Clonación Humana, disponiendo que: *"Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incs. 4 y 8"*. También en el artículo 427°, sanciona la falsificación y adulteración de documentos. En este sentido, producido un hecho de contrato de alquiler de vientre, por

ausencia de una legislación especial que la regule, pueden aplicarse las sanciones penales establecidas en las normas antes mencionadas.

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES LEY N° 27337

El mencionado Código, respecto a los principales derechos de los niños y adolescentes establece lo siguiente:

En este sentido el artículo 1° del código en mención establece que: "El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental". Art.2°. *"Es responsabilidad del Estado promover el establecimiento de condiciones adecuadas para la atención de la madre durante las etapas del embarazo, el parto y la fase postnatal..."* Art.8° "El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carece de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral".⁴

LEY GENERAL DE SALUD N° 26842

La presente Ley General, solamente hace una referencia genérica a la procreación asistida, en sus artículos, precisando en su artículo 7o que: "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 recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres

⁴ CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES: Ley 27337, Arts. 1,2 y 8, Edición Jurídica Actualizada 2009, Editorial Juristas Editores, Lima, p. 7

biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos".⁵

Como puede apreciarse, la mencionada ley general de salud, al establecer que la condición de madre genética debe recaer en la misma persona, excluye la legalidad del contrato de alquiler de vientre.

MARCIAL RUBIO CORREA ⁶ sostiene que: "Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRAS), permiten superar algunos casos de infertilidad en la mujer y de esterilidad en el varón, facilitando o realizando el encuentro de los gametos masculinos y femeninos".

En la doctrina, respecto a las técnicas de reproducción asistida han surgido diversas posturas como las siguientes:

Para la corriente humanista, El contrato de alquiler de vientre, es un acto jurídico, porque su objeto es física y jurídicamente imposible, puesto que el cuerpo humano y sus funciones están fuera del comercio de los hombres; su fin es ilícito, porque se busca disponer sobre el proyecto de vida de un nuevo ser, por libre acuerdo de los contratantes; atenta contra el orden público, se comercializa con el cuerpo humano; es contrario a la ley, al contrariar las normas naturales de la filiación; es un fraude a la institución de la adopción; es contrario a la moral y a las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución. En este sentido, la maternidad subrogada se encuentra prohibida dentro de los alcances generales de la Ley General de Salud N° 26842. porque la madre genética no coincide con la madre gestante".⁷

⁵ Ley General de Salud N°26842, Art. 7, Diario el Peruano, 15 de Julio de 1997, Lima, Perú

⁶ RUBIO CORREA, Marcial (1996). Las Reglas del Amor en Probeta, Biblioteca de Derecho Contemporáneo, vol. 2 , fondo editorial de la PUCP, p. 35.

⁷ CARCADA FERNANDEZ: María (1995). Los Problemas planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana, Editorial Bosch, Madrid, España, p. 169, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2001, en su libro sobre Derecho Genético, Editorial Grijley, 4 ed, p. 263.

Para la corriente liberal, en el Perú, solo existe una prohibición tácita a la fecundación extracorpórea con óvulos de cedente (Ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (Embrionación) y a los servicios de gestación (Alquiler de vientre), puesto que la Ley General de Salud, establece que la condición de madre genética debe coincidir con la de madre gestante; sin embargo, al no existir una prohibición expresa ni menos haberse pronunciado de modo alguno sobre la madre sustitúa (no genera óvulos ni puede gestar), implica que, el contrato de alquiler de vientre es una figura: "no arreglada a derecho, ni a la moral; por tanto, al no estar tipificados en la ley no es ni ilícito, ni delito, ni falta, constituyendo "UN VACÍO NORMATIVO". La prohibición indicada en la ley general de salud, resultaría inaplicable".⁸

En varios Estados Norte Americanos, El contrato de alquiler de vientre se encuentra autorizado legalmente por ley, en otros países como Italia, Australia, Brasil, etc., si bien sus legislaciones lo prohíben expresamente en algunos casos y en otros aguardan silencio; sin embargo, existen casos en que se han realizado con autorización judicial, mediante la forma de Contratación de Alquiler de Vientre.

La legalización del Contrato de alquiler de vientre, es una solución a la ilegalidad de la maternidad subrogada que se viene dando en el Perú, como en otros países. Con una legislación especial que garantice los derechos de los hijos y de los padres genéticos, se puede poner término a un sin número de interrogantes que se plantean como: ¿Quién debe ser la verdadera madre, la mujer que aporta el material genético para la procreación de la criatura o la mujer que lo gesta y alumbra? ¿Qué efectos debe tener para las partes un Contrato de alquiler de vientre con subrogación materna? ¿Qué hacer cuando la mujer gestante se niega a entregar al hijo a sus padres genéticos, frente a cuyo hecho, éstos tienen limitados sus derechos para demandar el cumplimiento del Contrato inexigible? ¿Qué hacer cuando el niño es entregado a una mujer que

⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2001). Derecho Genético, Editorial Grijley, 4 ed, Lima, Perú, p. 262.

genéticamente no tiene nada de él, que legalmente es considerada su madre? ¿Qué hacer cuando los padres genéticos se niegan a recibir al hijo nacido por alquiler de vientre con características no deseadas, sustrayéndose de asumir las obligaciones alimenticias para con sus hijos? entre otras interrogantes.

En tal sentido, el problema materia de investigación consiste en realizar un estudio de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna, en la doctrina, la legislación comparada, la jurisprudencia internacional, y la opinión de la sociedad peruana, para proponer las bases teórico-doctrinarias adecuadas que sustenten la legalización del Contrato de alquiler de vientre en el Perú, en beneficio de las parejas estables que se ven afectadas en sus derechos al recurrir ilegalmente a la contratación de alquiler de vientre.

Además, delimitando el ámbito de estudio, es necesario precisar que dentro de las diversas clases de técnicas de reproducción asistida que existen, el presente trabajo de investigación, comprende solamente al alquiler de vientre, conceptualizada como una técnica de reproducción asistida extracorpórea homologa.

2.2.2. BASE LEGAL INTERNACIONAL

En los distintos países del mundo existen diferentes tipos de regulación legal en materia de reproducción asistida; algunos de ellos se rigen por recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por instituciones de profesionales médicos, otros por decretos y normativas. Por último, existen países que tienen una legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria, como es el caso de Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra, Alemania, Francia, entre otros.

El enunciado de las leyes correspondientes es el siguiente:

FRANCIA. Código de la Salud Pública Ley N° 654 de 1994: **La ley mencionada, relativa a la donación y utilización de elementos**

y productos del cuerpo humano, asistencia médica, procreación y al diagnóstico prenatal, prohíbe la contratación del alquiler de vientre.

GRECIA Ley 1329 de 1983: En la Ley señalada se regula la paternidad en caso de consentimiento del esposo de la inseminación artificial de la cónyuge. Se admite la inseminación de la mujer casada con el consentimiento de su esposo, más no el alquiler de vientre con subrogación materna.

PORTUGAL Decreto Ley 496 de 1977: Aquí se establece que el marido que consiente la inseminación artificial no puede negar la paternidad. Además, la Ley sobre educación sexual y planificación familiar N° 3 de 1984, dispone que el Estado mediante centros especializados avalará los tratamientos de esterilidad y desarrollará los estudios y prácticas de la inseminación artificial.

En este país, si bien se asume el estudio y la práctica de la inseminación artificial como política de Estado, pero no se legisla ni prohíbe de modo expreso el alquiler de vientre con subrogación materna, por lo que al igual que en el Perú, existe un vacío legal.

SUECIA Ley de Inseminación Ley N° 1140 de 1984: La Ley de inseminación, define a la inseminación como la introducción del semen a la mujer por medios artificiales, y establece que:

- La inseminación sólo se realizará bajo la condición de que la mujer esté casada o en relación de concubinato, debiendo en este último caso obtener el consentimiento escrito del hombre.
- La inseminación con esperma de hombre diferente al esposo o concubino sólo se realizará en hospital estatal bajo la supervisión de especialista en ginecología y obstetricia.
- Además, la Ley de 1988 sobre la fecundación In Vitro, establece que la inseminación artificial realizada en la madre

con consentimiento de su esposo o concubino bajo condiciones manuales, el concebido será reconocida como su hijo.

Este país, autoriza la inseminación In vitro, para las mujeres casadas o concubinas, con consentimiento de del marido, debiendo llevarse a cabo en hospitales bajo la supervisión de especialista en ginecología y obstetricia.

INGLATERRA Ley de fertilización humana y embrionaria: La ley mencionada, autoriza la subrogación materna para las personas de nacionalidad inglesa.

BULGARIA Código de Familia G.E. N ° 41/28.05.1985, enmendada por S.G. N° 11 y 15/199: El Código de Familia, establece que la maternidad se determina con el nacimiento. Similar criterio se aplica al concebido con material genérico de otra mujer. El desconocimiento de la paternidad no se admite en el caso de inseminación artificial, si mediara consentimiento escrito del esposo.

Como puede apreciarse, se establece que la maternidad de termina por el nacimiento de la criatura, por tanto, no se admite el alquiler de vientre con subrogación materna.

EX-CHECOSLOVAQUIA Ley de Familia N° 132 de 1982: En la ley mencionada se establece que la paternidad no puede negarse si el niño nace entre los 180 y 300 días posteriores a la inseminación artificial, si mediara consentimiento del esposo.

HUNGRÍA Ley de 1974: En la Ley mencionada, se aplican los criterios expuestos para Bulgaria y Checoslovaquia.

EX-YUGOSLAVIA La Ley de 1978: La ley mencionada establece que el derecho humano a la libre decisión sobre el nacimiento de un niño puede limitarse en caso de propósitos sanitarios.

La legislación penal, sanciona con una multa de 2.000 a 10.000 dinares a las organizaciones médicas que practiquen inseminaciones artificiales no autorizadas, revelan secretos sobre la identidad del donante de semen, la mujer inseminada o su esposo. Pero no se menciona cuáles son las inseminaciones artificiales autorizadas, menos la subrogación materna.

DINAMARCA Ley de 1987: La Ley de 1987 sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos, no se regula la subrogación materna.

NORUEGA Lev sobre fertilización artificial (1987) Ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en Medicina (1994): La Ley de 1987 ni la Ley de 1994, regulan de modo alguno sobre el contrato de alquiler de vientre.

ESPAÑA Ley del 2006 (Reproducción Asistida): Dicha ley, vigente a partir del 2006, considera declara nulo el contrato de alquiler de vientre.

ALEMANIA Lev protección del embrión humano: En dicha ley, cuya entrada en vigencia se da a partir de 1990, se prohíbe el alquiler de órganos humanos para reproducción asistida.

CANADÁ Código Civil de Quebec: En la norma en mención no se admite el desconocimiento de la paternidad sobre el concebido a través de la inseminación artificial mediante consentimiento. En este sentido, la legislación de este país, sí autoriza la maternidad subrogada, bajo determinados requisitos.

LA INDIA. Se autoriza legalmente el contrato de alquiler de vientre desde el 2003, la "Clínica Rotunda de Mumbai" dirigida por el doctor Gautam Allanhbadia, uno de los pioneros en maternidad subrogada, cuya dirección en Internet es [www. iwannagetpreimant](http://www.iwannagetpreimant). recibe un gran número de clientes nacionales y extranjeros, principalmente de España, Japón y otros países, dado que, a diferencia de costos entre Estados Unidos y Canadá, donde los gastos llegan hasta los 100,000 mil dólares, en la India todo el proceso cuesta entre 20 y 30 mil dólares, de los cuales entre 4,000 y 5,000 dólares son para la madre de alquiler (el doble del sueldo anual medio de una familia india).

El Gobierno de la India tiene estadísticas oficiales del número de extranjeros que ha utilizado la maternidad subrogada desde el 2003 en que se inició la migración extranjera en busca del anhelado hijo, pero los médicos del sector aseguran que el país vive un boom en el que el problema empieza a ser el encontrar a suficientes madres de alquiler para atender la demanda. Las autoridades locales quieren convertir a la India en el principal destino médico del mundo y no ponen trabas. El hospital entrega un certificado oficial de nacimiento al padre biológico inmediatamente después del parto, en el que no se menciona a la madre de alquiler. Para el caso de registro en la embajada a donde va a ser trasladado el niño, se agregan un análisis de ADN confirmando la paternidad biológica y un certificado por el que la madre renuncia al niño a favor del padre.

En la actualidad se han abierto más de 30 clínicas en todo el país, en las que se mueven más de 350 millones de euros al año y se calculan que en el 2008 nacieron cerca de 500 niños a través de la maternidad subrogada.

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA: Algunos de los diversos estados que componen la unión de los estados americanos han manifestado, la tipificación como delito de la

entrega de dinero u otros bienes a cambio de la entrega de menores, es decir prohíben la subrogación materna.

Sin embargo, un considerable número de estados como Nueva Jersey, Kentucky, entre otros, han legalizado el alquiler de vientre con subrogación materna, fundamentándose en las teorías de la intención de tener al niño, la proporción del material genético y el mejor interés del menor.

MÉXICO El Código Civil **Federal (Ley General de Salud)**: Estas leyes son los instrumentos que regulan y norman la práctica médica en todo el país. Adicionalmente, cada Estado cuenta con su propio Código Civil. Actualmente, sólo dos Estados mexicanos incluyen en sus Códigos Civiles leyes que regulan la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida: el del Estado de Guerrero y el del Estado de Tabasco.

La Ley General de Salud vigente incluye conceptos relativos a las Técnicas de Reproducción Asistida, como lo son células germinales y embrión, pero no es específica en lo que se refiere al alquiler de vientre con subrogación materna.

El Código Civil del Estado de Tabasco, legitima y legaliza la inseminación artificial, la fecundación *In Vitro* y cualquier otro método de reproducción asistida, pero los limita a las parejas casadas o concubinas sin impedimento para contraer matrimonio entre sí. Es obligatorio el consentimiento de ambos miembros de la pareja para acceder a la asistencia reproductiva y es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja. Reconoce la desvinculación de los padres biológicos y los padres legales y diferencia a la madre biológica de la madre substituta o subrogada. En caso de subrogación, considera a la mujer contratante como la madre legal.

AUSTRALIA Ley N° 10163 de 1984: Esta ley prohíbe: la fertilización humana con subrogación materna.

LIBIA Código Penal ley de 1971: Esta ley sanciona hasta con 5 años de prisión a las que apliquen inseminación artificial a una mujer con su consentimiento, y a la mujer que consienta o se practique a sí misma. El marido será castigado con la misma pena si consintiera la inseminación artificial.

Para el propósito del presente trabajo de investigación, consideramos de interés el análisis comparativo de los puntos más relevantes de dichas legislaciones, lo que exponemos a continuación:

a. Técnicas de Reproducción Asistida.

La mayoría de países del mundo no legislan expresamente la prohibición de la fertilización In Vitro con maternidad subrogada, con excepción de algunos como Suecia, varios estados norteamericanos y el Estado de Tabasco de México, que legislan de modo expreso la autorización legal del alquiler de vientre con subrogación materna.

b. Ámbito de aplicación de la subrogación materna.

El ámbito de aplicación de vientre de alquiler con subrogación materna se reduce a la pareja estable conformada por el matrimonio legal o concubinato, con excepción de algunos países que admiten a la mujer sola.

c. Los países que legalizan la subrogación materna.

En la legislación de E.E.U.U., se establece, que cuando el marido presta su consentimiento el niño será considerado hijo legítimo. Similares disposiciones se encuentran en el Código Civil de Quebec, en el holandés, en el suizo, en la Ley sueca del 1984 y en el Código de Familia búlgaro. En América Latina, el Código de Familia Boliviano

establece que la paternidad no puede desconocerse luego de dar consentimiento por escrito, el código Civil Argentino, dispone que no basta el consentimiento del marido para introducir en la familia una persona extraña a la sangre. Por su parte el Código de Familia de Costa Rica dispone que el consentimiento a la inseminación artificial, tanto meteorológica como homologa equivaldrá a la cohabitación tanto a nivel de filiación como de paternidad.

Pero únicamente Suecia presenta todos los posibles aspectos de la inseminación, debido a que día a día va sustituyendo a la adopción y se va transformando en práctica frecuente desde hace años. Esta Ley comenzó a regir el 1/3/1985. Pueden acceder a la inseminación artificial, los matrimonios o parejas estables. Es condición que el marido o pareja viva en el momento de la inseminación, el donante no puede ser remunerado, se encuentre sano física y psíquicamente, sin tener responsabilidad alguna sobre el niño.

d. Derecho del donante de semen al anonimato.

La ley sueca reconoce el derecho del hijo nacido por inseminación artificial por donación a conocer la identidad de su padre biológico, al alcanzar la mayoría de edad. Es pues, el único país con legislación sobre la procreación humana asistida que niega el derecho del donante de semen al anonimato, en favor de lo que considera un bien para el hijo.

e. Donación y crio preservación de embriones.

Sólo la ley noruega prohíbe de forma expresa la donación de embriones, permitiendo la crio conservación de los mismos durante un período no superior a 12 meses y con el fin de ser transferidos.

Alemania y Suecia no se pronuncian. Esta última rechaza la donación de embriones en un informe gubernamental.

Inglaterra y Francia aceptan la congelación y donación de embriones de forma expresa. En sus legislaciones se contempla que el período

durante el cual podrán mantenerse congelados los embriones no ha de ser superior a 5 años, al igual que en España.

f. Experimentación embrionaria.

Respecto a este aspecto fundamental relacionado con la reproducción asistida, la experimentación en embriones humanos, cabe señalar que aquellas legislaciones que respetan la vida humana desde la fecundación prohíben, de forma coherente, la experimentación embrionaria en un sentido amplio. Es el caso de Alemania, Francia, Noruega y Dinamarca.

La ley alemana se limita a establecer qué es el embrión y a prohibir coherentemente toda clase de prácticas no encaminadas a obtener nacimientos: producir más embriones de los que se van a implantar, o emplearlos para cualquier otro fin distinto de implantarlos a un matrimonio estéril. Esta ley enfoca directamente el establecimiento de la protección del embrión, y no se pronuncia sobre la fecundación In Vitro; al establecer el origen de la vida humana en la concepción, tiene un argumento para prohibir ciertas prácticas que atentan contra el embrión.

España e Inglaterra consideran en sus legislaciones respectivas que la vida humana comienza a partir del día 14 de la fecundación (de forma expresa o implícitamente).

La ley española actual prohíbe la creación de embriones mediante FIV con fines de investigación. Sin embargo, acepta la experimentación, tanto terapéutica como no terapéutica, bajo los siguientes términos:

Manipulación genética.

En relación con la manipulación genética en embriones humanos, España, Inglaterra y Alemania la prohíben de forma expresa cuando

lleve consigo la alteración del patrimonio hereditario del embrión o la selección.

El Consejo ético danés también se adhiere de manera implícita a esta prohibición en sus recomendaciones. En la ley noruega no se contempla, ya que prohíbe toda experimentación embrionaria.

Maternidad de sustitución.

Inglaterra es el único país europeo que tiene una ley específica sobre este punto: Acta de acuerdos o disposiciones de subrogación de 1985. En ella condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí (es decir, no prohíbe la maternidad de sustitución, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios).

La ley alemana de 1991 prohíbe la maternidad de sustitución; pero tampoco sanciona a la madre sustituta ni a los padres.

Las leyes noruega y sueca la prohíben de forma implícita, ya que la primera prohíbe la donación de embriones, y la fertilización in Vitro se llevará a cabo dentro del marco legal con gametos de la pareja, siendo transferido el huevo fertilizado únicamente a la mujer de la cual proceda; y la segunda recoge supuestos similares (salvo la prohibición de donación de embriones).

En la ley española se considera nulo el contrato de subrogación; la maternidad queda determinada por el parto.

Desviaciones en el uso de las técnicas de Reproducción Asistida.

En el uso de las técnicas de reproducción asistida, se prohíben expresamente: la clonación, la creación de híbridos, la selección de sexo en el embrión obtenido in Vitro.

Sanciones.

Las leyes alemana y noruega contemplan pena de prisión hasta tres años y multa o prisión no superior a tres meses respectivamente, aplicables a las personas que incumplan la ley.

La ley danesa sanciona con pena de multa o prisión la experimentación en embriones humanos (sujeta a moratoria) y las desviaciones de la fertilización in Vitro. Estas se consideran delito en la ley inglesa. La ley española trata de las infracciones y sanciones en el capítulo VI, enumerando lo que considera infracciones graves y muy graves (entre ellas las desviaciones en el uso de las técnicas de RA).

En el Código Penal español se tipifican en los artículos 159 a 162 los delitos referentes a esta materia, castigándose la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana y a la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza.

La ley francesa castiga con penas de siete años de prisión y multa la concepción in vitro de embriones humanos con fines industriales o comerciales, de investigación o experimentación, así como la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales.

El Consejo de Europa recomienda prohibir toda creación de embriones humanos por fecundación In Vitro para fines de investigación o experimentación mientras vivan o después de su muerte. Se prohíben las investigaciones o experimentaciones sobre embriones vivos y viables antes de la implantación, así como sobre los embriones viables o no después de que hayan anidado en el útero (se

excluyen las investigaciones con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva y no intervengan el patrimonio genético no patológico del embrión).

Ventre de alquiler y jurisprudencia internacional

Entre los casos más conocidos que se han difundido a través de distintos medios de comunicación como expresión del desarrollo de la ciencia genética, se han registrado los siguientes:

Caso: "Babv M".⁹

En 1985, en el Estado de Nueva Jersey (USA), los esposos William y Elizabeth Stem, cuya esposa era infértil, contrataron los servicios de la señora "Mary Whithead" la gestación de una criatura para ellos, mediante una inseminación artificial con semen del señor Stern.

El contrato establecía el compromiso, por parte de la señora "Mary Whithead" como madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebe, la obligación de abortar si de los "Test de amniocentesis" surgía que el feto presentaba anomalías, y (dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stem, y contra lo establecido en suya. La gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impediría.

Llevado el caso a los Tribunales, el Juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, declaró la validez del contrato y resolvió entregar la custodia de la niña al matrimonio Stem. La sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado revocó el fallo y declaró la nulidad del contrato, manteniendo la tenencia de la niña

⁹ MARTINEZ PEREDA-RODRIGUEZ, J.M. (1994). La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español. Editorial Dyckinson, Madrid, España, p. 28

"Baby M" a favor del matrimonio Stern por razones que estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas.

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA: Algunos de los diversos estados que componen la unión de los estados americanos han manifestado, la tipificación como delito de la entrega de dinero u otros bienes a cambio de la entrega de menores, es decir prohíben la subrogación materna.

Sin embargo, un considerable número de estados como Nueva Jersey, Kentucky, entre otros, han legalizado el alquiler de vientre con subrogación materna, el contrato, el esposo de madre gestante procedió a reconocer a la niña como hija al nacimiento del bebe entregarlo a los esposos contratantes. Como contraprestación la madre portadora recibiría la suma de 10,000.00 dólares americanos.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de "Baby M", y la madre portadora 10 años después, la Corte Suprema reconoció a la gestante Mary Whitehead como madre biológica de la niña, pero solamente se le concedió un derecho de visitas a la menor, cuya tenencia se mantuvo en poder del matrimonio Stem.

Caso: "Johnson"¹⁰

En 1993, en el Estado de California USA), el matrimonio Johnson contrató a una mujer para la implantación de un embrión fertilizado de la pareja. Al nacimiento del bebe, la gestante se negó a entregar a la criatura, por lo que el caso debió resolverse en los Tribunales. La Corte Suprema, aplicando la teoría de la intención e interés de la pareja para tener un hijo, declaró que madre legal es aquella que tiene la intención, el propósito de procrear y de criar a la criatura. Esta teoría está basada en la idea que sin el interés de la pareja que contrató a la mujer gestante, la criatura no hubiese sido creada.

¹⁰ MORO MARTINEZ, María Jesús (1998). Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro, Editorial Librería Bosch, Barcelona, España, p. 35

Caso: "Buzzanca"¹¹

En 1998, también en el Estado de California USA), nació una niña como resultado de un acuerdo de maternidad subrogada mediante el cual el matrimonio Buzaanca (Luanne y John) contrató a una mujer para que fuera inseminada por un embrión fertilizado de donantes anónimos y lo gestara.

Durante la gestación, el matrimonio Buzzanca se divorció y al nacimiento de la niña el excónyuge (John Buzzanca) se negó a aceptar la paternidad; la madre gestante declaró no querer la criatura y no tener responsabilidad ni obligación alguna con dicha niña por no tener relación genética; y la excónyuge de John Buzzanca(Luanne), reclamó ser ella y su nuevo esposo los padres legales de la citada niña.

El Juez Civil en Primera Instancia, basado en que los Buzzanca ni la madre subrogada tenían una relación biológica con la menor, RESOLVIÓ que la criatura no tenía relación paterno filial con ninguna de las partes. Sin embargo, esta decisión fue revocada en Segunda Instancia por el Tribunal Supremo, declarando que los ex esposos (John y Luanne) eran los padres legales de la niña, dándole a la madre (Luanne) la custodia de la menor y asignando al padre (John) responsabilidad alimenticia y régimen de visitas.

Caso "Kin Cotton"¹²

En 1987, el Estado de Gran Bretaña, la señora "Kim Cotton" aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo

¹¹ VERA RAMIREZ, Eduardo, (1997). El Control de la Maternidad Subrogada: argumento a favor y en contra de concederle eficacia jurídica, Revista Jurídica U.P.R. España, p. 134

¹² MARTINEZ PEREDA-RODRIGUEZ, J.M. Op. Cit p. 39

se efectuó merced a las gestiones realizadas por la Agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14,000 libras esterlinas. Un funcionario del servicio social gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta que el Tribunal de menores expida el fallo correspondiente. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres resolvió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el trámite de adopción.

Autorización judicial para utilizar vientre de alquiler".¹³

El 17 de febrero del año 2000, también en Italia, una Jueza Civil de Roma, autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. El fallo amparó la petición que la intervención se realizaba "por amor y no por dinero" y porque los embriones ya hacía cuatro años que estaban congelados.

En 1995 la pareja mediante el método de la fecundación artificial, hizo congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999.

Primera Casación sobre Reproducción Humana Asistida, en el Perú.¹⁴

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Exp. 5003-2007, con fecha 06 de mayo del 2008, expidió la primera sentencia casatoria sobre reproducción humana asistida, declarando fundado el recurso de casación interpuesto por la demandante Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma, contra la sentencia de vista que confirma la de primera instancia que declara improcedente la demanda de impugnación de maternidad.

¹³ Diario El Mundo, España, 1 de Abril, año 2000.

¹⁴ Gaceta Jurídica, Tomo 121, Lima Perú, Octubre 2008, p. 17.

Análisis del caso

De la demanda se aprecia que Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma, en representación de su menor hijo Olsen Fabricio Quispe Oblitas, invocando los artículos 45 y 399 del código civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, puesto que ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la demandante, don Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de este, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "Ovodonación e inseminación artificial", la cual no está permitida en el Perú, conforme al artículo 7 de la Ley general de salud N° 26842.

En el caso de autos, el menor hijo de la demandante, en cuyo nombre actúa, es hermano materno de la menor, que la demandada ha reconocido como hija, conforme al resultado del examen de ADN, del que se colige que el padre de ambos menores es don Custodio Olsen Quispe Condori.

En tal sentido, desde nuestro punto de vista cabe precisar que, si bien la sentencia casatoria amparando el derecho de representación de la demandante declara fundado el recurso de casación, declara NULA la sentencia de primera instancia e INSUBSISTENTE la sentencia de vista y ORDENA que el Juez de la causa expida nueva sentencia estando a los considerandos de la casatoria; sin embargo, no resuelve el fondo de la demanda, esto es, determinar quién es la madre de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila y a quién corresponde su tenencia. El fondo del citado proceso, se resolverá en la nueva sentencia que a la fecha de concluida la presente investigación, el proceso aún continuo en trámite, por resolver en primera instancia.

2.3 BASES TEÓRICAS

En la actualidad, la determinación de la maternidad y la filiación, es abordada por dos corrientes, una denominada concepción tradicional o clásica, que considera madre a la mujer que gesta y alumbró a una criatura; y la nueva concepción que, defiende la preferencia de la maternidad genética frente a la madre gestante.

La investigación materia del presente trabajo, se sustenta en la nueva concepción sobre la determinación de la maternidad y la filiación, sin dejar de hacer una breve comparación con la concepción clásica, para evidenciar la diferencia entre ambas.

2.3.1 BASES TEÓRICAS GENÉRICAS

2.3.1.1 TEORÍA DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE MATERNIDAD Y FILIACIÓN

La nueva corriente, sostenida por diversos autores, defiende la preferencia de la maternidad genética frente a la madre gestante que alumbró al hijo por alquiler de vientre.

A) TEORÍA DE LA FECUNDACIÓN

La fecundación, conforme a los objetivos de investigación del presente trabajo, lo abordamos desde el punto de vista eminentemente jurídico. En este sentido, se afirma que: "Al producirse la fecundación de los gametos se origina el cigoto que reúne, desde el instante mismo de su formación, toda la información genética necesaria para programar la formación del nuevo ser, de manera que de no mediar alteraciones de cualquier tipo que interfiera en el proceso, a partir del momento en que empiece a funcionar el primer gen en dicho cigote, la programación genética conducirá a la formación del individuo. Una vez penetrado el óvulo por el espermatozoide

surge una nueva vida distinta de la de sus progenitores, titular de un patrimonio genético propio¹⁵.

Desde otro punto de vista, se sostiene que: "Contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación del dato parto, por el de la libertad, responsabilidad de la procreación y la voluntad de la pareja comitente, por ser el criterio más favorable a los intereses del menor. La maternidad debe corresponder a la mujer sin cuya acción, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí. Dar eficacia a la manifestación de voluntad de la mujer, es reconocer la importancia que en todas las técnicas de fecundación artificial asumen los actos que originan el nacimiento, esto es la responsabilidad por la procreación.

Para la determinación de la maternidad, también es necesario tener en cuenta la voluntad de la procreación de la mujer que gesta. En este sentido se afirma que: "La existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre. Por ello, se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero, no se hubiese efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano. En los supuestos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, se debe reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quién deseando ser la madre proporcionó el material genético.

Para la determinación de la maternidad, la teoría genética de la procreación, considera como fundamento básico la conducta con la que actúan las personas que intervienen en el proceso de procreación de la criatura. En este sentido, debe tenerse presente que:

¹⁵ MARTÍNEZ ESTELLA, Maris (1994). Manipulación genética y Derecho. Editorial Universo, Bs, As., Argentina, 1994,86

"Los principios favor genitoris y de autorresponsabilidad por la procreación maternidad a favor de la madre comitente. La disociación entre madre genética y madre gestante trae al Derecho una nueva perspectiva. La mayor conquista fue lograr que el hijo tuviera desde el nacimiento al menos un progenitor que se ocupara de él, técnicas de fecundación artificial asumen los actos que originan el nacimiento, esto es la responsabilidad por la procreación¹⁶.

Para la determinación de la maternidad, también es necesario tener en cuenta la voluntad de la procreación de la mujer que gesta. En este sentido se afirma que: "La existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre. Por ello, se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero, no se hubiese efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano. En los supuestos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, se debe reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quién deseando ser la madre proporcionó el material genético¹⁷

Para la determinación de la maternidad, la teoría genética de la procreación, considera como fundamento básico la conducta con la que actúan las personas que intervienen en el proceso de procreación de la criatura. En este sentido, debe tenerse presente que: "Los principios favor genitoris y de autorresponsabilidad por la procreación constituyen el fundamento de una nueva tendencia favorable a la determinación de la maternidad a favor de la madre comitente. La disociación entre madre genética y madre gestante trae al Derecho una nueva perspectiva. La mayor conquista fue lograr que el hijo tuviera desde el nacimiento al menos un progenitor que se ocupara de él, se alcanzó al considerar a la

¹⁶ BALDINI, G. (2008), citado por Alma Aránbula Reyes, en servicios de investigación y análisis sobre maternidad subrogada del centro de documentación, información y análisis de la cámara de diputados de México, Agosto, p. 14.

¹⁷ MORÁN DE VICENZI, Claudia, Op. Cit., p. 195

madre siempre cierta por el hecho mismo del parto, basado en las leyes de la biología que hoy se han superado ampliamente, dado que la que alumbró puede no estar genéticamente vinculada al nacido. La concurrencia de las madres sustitutas y de una legislación que permite la investigación de la maternidad más allá de la realidad del parto provocan un desajuste social y biológico, dado que, aplicando la prueba biológica, se puede concluir que a pesar de la gestación y del parto, la madre genética es otra mujer. Aunque madres biológicas serían las dos, porque ambas colaboraron con una faceta de orden biológico¹⁸

Respecto a la determinación de la maternidad, en la doctrina existen diversas corrientes, entre las que podemos destacar las siguientes:

Primera Corriente: Sostiene que *"las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico y del elemento voluntario. Por esto, la maternidad deberá determinarse a favor de la mujer que ha contribuido sea mediante su aporte genético, sea por gestación y parto, y que, además, hubiese manifestado su voluntad de asumir el papel legal de madre"*.¹⁹

En este sentido, conforme a los principios y normatividad legal vigente, se afirma que: *"Un gran sector de la doctrina reconoce la maternidad de la mujer que dio a luz al hijo alegando la estrecha relación psicofísica que se establece entre la mujer y el concebido durante el proceso de gestación, en el cual la madre contribuye a la formación del nuevo ser humano con la totalidad de su cuerpo. Esta solución, aunque no es totalmente satisfactoria-puesto que implica excluir a la mujer que brindó su aporte genético-es la que brinda una mayor certeza jurídica a efectos de identificación de la madre y del nacido"*.²⁰

¹⁸ BEITRAN DE HEREDIA Y ONIS, P (1984). Problemas legales ante el caso de un hijo por técnicas asistida, boletín de colegio de abogados de Salamanca, España, p.8

¹⁹ VERCELLONE, P.; Op. Cit. 328

²⁰ MORAN DE VICENZI, Claudia, Op. Cit. P. 76

Segunda Corriente: Defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética reconociendo bajo determinadas circunstancias un derecho irrenunciable y preferente de la mujer gestante. De acuerdo a esta corriente, el verdadero signo de maternidad está constituido por la transmisión del patrimonio genético que sólo la fecundación, y no la gestación, puede ofrecer²¹.

Tercera Corriente: De posición ecléctica, sostiene que: "las soluciones anteriores propuestas indiscutibles, en tanto que consideran el problema desde una sola perspectiva. En realidad, la determinación de la maternidad se desarrolla en dos planos diferenciados, uno relativo al nacido, quien puede obligar a la madre, incluso judicialmente, a asumir el cumplimiento de sus deberes, y otro referido al sujeto procreador; quien ejerce sus derechos manifestando su voluntad de asumir la posición jurídica que le corresponde por haber participado en la procreación"²²

En este sentido, quienes toman una posición intermedia, como ROSTAN, sostienen que: "En ambos planos, aun cuando aparezcan contrapuestos, se armonizan en razón a un criterio común: el de la protección de los intereses del menor, principio base de los actuales regímenes de filiación".²³

Por consiguiente, según la comente ecléctica, independientemente de la licitud o ilicitud de la maternidad subrogada, el nacido deberá tener la posibilidad de elegir entre la madre gestante y la madre genética. Efectivamente, no siempre la mujer que da a luz estará en las mejores condiciones para proteger los intereses del hijo; mientras que, con frecuencia, será la madre genética la que posea mayores recursos para garantizar el mantenimiento y desarrollo del niño.

²¹ BALDINI G., Op. Cit., p. 763

²² BLANCA, M (1987) Nuevas técnicas de reproducción asistida, editorial. La Familia, Mexico, p, 97

²³ ROSTAN, J. (1984). El hombre, 4° ed, Editorial Alianza, Madrid, España. P. 31

Además, también se debe tener en cuenta que la inseminación artificial o fecundación *in Vitro* alteran esa seguridad, aunque paradójicamente aportan mayor confianza en el conocimiento de la derivación biológica. Las técnicas de reproducción asistida permiten demostrar que no siempre la mujer que da a luz es la madre genética del hijo que alumbró. Con las prácticas de fecundación asistida, se intenta primar también filiación del afecto, de la voluntad, de la intención de la apariencia, pero en el seno de una normativa ajustada a la filiación biológica. La controversia se produce cuando se requieren donantes o madres subrogadas.

B) PROCREACIÓN ASISTIDA

Técnicas de Procreación Asistida.

Respecto a las técnicas de procreación humana asistida en la doctrina se afirma que: *"El avance de la ciencia viene facilitando la reproducción humana con las técnicas de reproducción asistida, por lo que la premisa natural, ideal y típica de la familia reviste nuevos planteamientos, para solucionar los problemas sociales y jurídicos que afecta la filiación familiar".*²⁴

Las TERAS son métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. No es terapia porque no cura nada, sólo suple los efectos de la esterilidad.

CLASES DE TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA.²⁵

Las técnicas que se encuentran en uso se clasifican en dos grandes criterios:

²⁴ BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, P (1984). Problemas legales ante el caso de un hijo por técnicas asistida, boletín del colegio de abogados de Salamanca, España, p.8.

²⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2001) Derecho Genético. Editorial Grijley, 4° ed, Lima Perú, p. 257.

a. Por el lugar donde ocurre la fecundación:

Intercorpórea (*Inseminación Artificial*). Es aquella en la cual la fecundación se produce dentro del cuerpo de la mujer a través de la introducción de espermatozoides en el interior de los órganos genitales de la mujer.

Tiene como finalidad la procreación, pues el semen se inyecta, de manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer, y no da la posibilidad de realizar experimentación alguna (salvo en lo que respecta a la selección de gametos masculinos). Como tal es un proceso de bajo la tecnología médica.

Extracorpórea (*Fecundación In Vitro - Subrogación Materna*)²⁶. Es aquella en la cual la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer. Esta técnica busca la unión del espermatozoide y el óvulo en una probeta y tiene entre sus objetivos (además) la investigación humana científica. Esta técnica si implica procesos de alta tecnología médica.

b. Por la procedencia de los gametos utilizados para la Fecundación:

Homóloga (óvulos y espermatozoides de los padres genéticos). Aquella fecundación realizada con los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) de quienes serán los padres del niño.

Heteróloga (óvulos y espermatozoides provienen de un tercero). Aquella fecundación en la que los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) provienen en un tercero, es decir, de una persona ajena a la pareja, y por lo general anónimo.

c. Libertad de Procreación.

La libertad de procreación se considera como: "La fundamentación del derecho a la reproducción se puede realizar por dos vías distintas. Considerando un derecho autónomo derivado de la propia dignidad de la persona, con un contenido específico y sujeto a sus propios límites, o

²⁶ SOTO LA MADRID: Bioética (1990), filiación y delito. Editorial Astrea, Bs. As. Argentina, p. 211, citado por VARSINI ROSPIGLIOSI, Enrique (2001), en su libro Derecho Genético, 4° ed. Lima, p. 258.

entender que se encuentra reconocido de manera implícita en otras normas jurídicas y, consiguientemente que está sujeto a las mismas limitaciones de los derechos de los que deriva. El hecho de adoptar una u otra postura conlleva una especial relevancia, pues, de ello dependerán los alcances de este derecho y los principios informadores de la legislación en materia de fecundación artificial ".²⁷

Esta libertad no obstante tener su base principal en la naturaleza humana, sin embargo, el ejercicio de dicha libertad se encuentra sujeta a la regulación legal en los distintos países del mundo. Es así como: *"En los países del Comom law, la ley, la jurisprudencia y la doctrina han dispensado gran importancia al tema del derecho a la reproducción, muy en especial, en los Estados Unidos de Norteamérica, país donde el derecho a procrear ha tenido un gran desarrollo en derecho fundamental a la libertad de procreación. En este mismo sentido, la doctrina de este país se muestra a favor de reconocer que se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a las parejas o personas, estériles o no, que les facilita a procrear de manera natural y o acceder a cualquiera de las técnicas de fecundación artificial".*²⁸

En la doctrina la procreación del ser humano es considerada como un derecho fundamental de la persona. En este sentido, se afirma que: *"El derecho a la procreación también es considerado como una manifestación del derecho a la libertad o a la autodeterminación personal. Para los defensores de esta postura el derecho a procrear se puede traducir en un derecho a la elección reproductiva, que garantiza la libre decisión del sujeto de procrear o no, en la que se incluyen otros aspectos relacionados con la procreación, tales como el acceso a tratamientos contra la infertilidad, el control de la calidad de la descendencia, la planificación familiar, entre otros. El derecho a procrear existe como una libertad para*

²⁷ SAMBRIZZI, Eduardo (2001). "La procreación asistida y la manipulación del embrión humano", Editorial Abeledo, Bs. As, Argentina, 2001, p. 45.

²⁸ BRENA SESMA, Ingrid (2004). "El Derecho y la salud. Temas a reflexionar". Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Num, 57, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 123

cuya efectividad es suficiente una conducta de abstención o de no intervención en las elecciones individuales. El respeto de esta libertad supone que el individuo pueda tomar su decisión es familiares sin injerencia del estado o de terceros".²⁹

La libertad de procreación del ser humano, también se encuentra protegida por el derecho internacional, como podemos apreciar en la siguiente apreciación: "*El derecho a procrear está considerado como un derecho a fundar una familia, reconocido en el art. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El derecho a fundar una familia permite proteger los intereses que tienen todas las personas en la vida familiar, incluyendo su derecho a tener y educar hijos. Si uno de los miembros de la pareja es infértil o no puede procrear, puede invocar su derecho a la reproducción cuando carece de tal capacidad natural, alegando su derecho e interés en constituir una familia. De igual manera si ambos miembros de la pareja son estériles y recurren a gametos o a un embrión donado o a una madre subrogada, no están ejerciendo su derecho a la reproducción, pero sí demuestran su interés en mantener una vida de familia*".³⁰

C) Consentimiento

Es la voluntad exteriorizada del autor de un acto jurídico o de las partes que intervienen en el mismo es indispensable para la existencia de dicho acto. La autonomía de la voluntad es decisiva para que el individuo engendre actos jurídicos a su libre decisión, aun cuando en la actualidad cada vez se encuentra más restringida por la necesidad de proteger intereses de la sociedad. Así, el Estado ha intervenido para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorios a las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de terceros. En este sentido, la voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico, es su motor

²⁹ LEMA AÑON, Carlos (1999). "Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida". Editorial Trotta, Colecciones Estructuras y Procesos, Madrid, España, p.87.

³⁰ ROMERO CASABONA, C.M.(1994)."El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, Editorial, Perrot, Madrid, España, p. 119.

principal, en los contratos, dicha voluntad se llama consentimiento y se integra con las dos manifestaciones de la voluntad de las partes que se conciertan.³¹

Además, el consentimiento es considerado como el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendiente a la procreación asistida, siempre que dicha práctica no esté prohibida por el Estado. En este sentido, cualquier clase de intervención genética en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las receptoras³²

En la doctrina y en el derecho comparado, el consentimiento también se tiene presente como un requisito esencial de la libertad de procreación: "El consentimiento como uno de los requisitos esenciales en esta materia tiene dos ámbitos:

El primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y

El segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas y un denominador común: la concepción de un ser humano"³³

D) Responsabilidad Jurídica en la procreación.

La responsabilidad jurídica es un factor importante dentro de la procreación humana. En este sentido, se afirma que: *"Existe responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio; es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer expresan su comportamiento en forma*

³¹ GUZMAN AVALOS, Anibal (2001.: Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humana, un nuevo modelo de filiación". Editorial Universidad de Veracruz, Mexico, p. 69

³² FERRANDO MONTOVANI (1994). Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados. Editorial Universidad de Deusto, Revista de derecho y genoma humano N° 1 Julio-Diciembre, Bilbao, España, p. 108.

³³ GUZMAN AVALOS, Anibal, Op. Cita p. 73

*contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados. La responsabilidad es una obligación de segundo grado, que aparece cuando la primera no se ha cumplido, es decir que, si una persona tiene la obligación de no causar daño y lo causa, es responsable de pagar por él. El responsable de un hecho ilícito debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputa. La persona que causa el daño es la que debe pagar;"*³⁴

Asimismo, en la doctrina contemporánea se tiene establecido que: *"La responsabilidad subjetiva civil puede clasificarse en contractual (si deriva de la violación de un contrato) o extra contractual (si deriva de la violación de una norma de carácter general. La responsabilidad se hace patente en las prácticas de procreación asistida, puesto que los sujetos que intervienen en la misma pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extra contractualmente, actuando con culpa o sin ella, pero de cualquier manera pueden causar daño o perjuicio a otro de los sujetos que intervienen en el proceso de fecundación asistida. Así los usuarios pueden ser responsables frente a su pareja o frente al hijo, y el personal médico frente a los usuarios por culpa o simplemente por riesgo creado".*³⁵

2.3.1.2 NUEVA CLASIFICACIÓN DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

La nueva corriente de procreación humana con el uso de técnicas de procreación asistida, proponen una nueva clasificación de los tipos de la paternidad y la maternidad, la misma que puede describirse de la siguiente manera:

PATERNIDAD

- a. Paternidad Genética: Concepción o donación de espermatozoides.
- b. Paternidad Social: Cuidado, adoptivo o donante de nombre.

MATERNIDAD

- a. Maternidad Genética: Concepción o donadora de óvulos.

³⁴ Ibid. 76

³⁵ LLEDO YAGUE, Francisco (1988). "Fecundación Artificial y Derecho" Editorial Tecnos, 3° ed. Madrid, España, p. 51.

- b. Maternidad Uterina: Gestación o donación de útero.
- c. Maternidad Social: Cuidado, donación de nombre o adoptiva.

En este sentido, la doctrina actual tiende a separar la maternidad del presupuesto biológico, defendiendo la existencia de una clase de maternidad basada en el acuerdo o en la voluntad.

2.3.1.3 LA SUSTITUCIÓN MATERNA EN LA DOCTRINA

SUSTITUCIÓN MATERNA

La maternidad no sólo estriba en que una persona geste y dé a luz un bebé, tan importante es esto como la función de quien cría y educa a un niño, de ahí que se diga que no es madre la que engendra sino la que educa. De esta manera, en la maternidad sustituida no existe obstáculo para que sea considerada la madre del bebé la mujer solicitante. Esto no quiere decir que la mujer gestante no lo sea, pero si se hable de maternidad subrogada, debe considerarse madre a la mujer solicitante.³⁶

Desde su aparición en 1975, la maternidad de la maternidad ha recibido diversas denominaciones, como las siguientes: Alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, arrendamiento de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación por sustitución, gestación subrogada, madre portadora, maternidad sustituida, maternidad suplente, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler, madres portadoras, vientre de alquiler, *Surrogated Motherhood (maternidad subrogada)*.³⁷

La sustitución materna es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento³⁸. En este sentido, "*La maternidad subrogada es el caso de la mujer fértil que*

³⁶ Idem, p. 41

³⁷ HURTADO OLIVER, Xavier (2000). El derecho a la vida y la muerte-Procreación humana y fecundación in Vitro, Editorial Porrús 2° ed, México, p.44

³⁸ HURTADO OLIVER, Xavier, Op. Cit. P.54

acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa".³⁹

La sustitución materna es el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.⁴⁰

La sustitución materna, implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante.⁴¹

La sustitución materna, puede ser total o parcial. En este sentido se afirma que: *"La subrogación materna se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo en el embarazo y dará a luz en beneficio de esa pareja. En este sentido, se puede distinguir dos tipos de subrogación materna: a) Parcial: la madre gesta un embrión genéticamente relacionado con ella; y, b) completa: la madre gesta un embrión que no fue fecundado a partir de un óvulo suyo."*⁴²

En similar sentido, respecto a los tipos de maternidad subrogada se sostiene que: *"La sustitución materna es total cuando la madre sustituía solo presta su útero para la gestación, es decir cuando el óvulo y el espermatozoide pertenece a la pareja contratante, y maternidad subrogada parcial, cuando la madre subrogada aparte de aportar su óvulo, también presta el útero para la gestación del niño. En el primer caso se*

³⁹ SILVA RUIZ, Pedro (1989). El derecho de Familia y la Inseminación Artificial. Jurisprudencia Argentina, IV, p. 206, citado en DELGADO CALVA, Ana Soledad. La Maternidad Subrogada, p. 45.

⁴⁰ KEANE, N. Y D., Breo (1981). La Maternidad Subrogada. Editorial Everest Publicaciones, Nueva York, 1981, p.12.

⁴¹ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Op, Cit. P. 204

⁴² ZANONNI, Eduardo (1978). Inseminación y Fecundación Extrauterina. Editorial Astrea, Bs, As. Argentina, p. 80.

considera madre de gestación y en el segundo madres gestante y biológica".⁴³

La doctrina y legislación comparada define a la maternidad sustituida como la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer con la intención de entregárselo después de que nazca. En este sentido se afirma la existencia de cuatro tipos de madres: La "madre genética" que es la que proporciona el óvulo, la "madre gestante", la que lleva al niño en su vientre, la "madre social", que es la futura beneficiaría del niño y la "nodriza" que es la que lo amamanta.

Por nuestra parte consideramos que la maternidad sustituida, denominada también alquiler de vientre o subrogación materna, es un acto por el cual una mujer soltera o casada a solicitud de otra persona o pareja matrimonial, presta su consentimiento de ceder su útero en forma altruista u onerosa para que mediante la técnica de inseminación extracorpórea se realice la gestación de una criatura, la misma que al nacer debe entregarlo a los contratantes.

2.3.1.3.1 TIPOLOGÍA DE LA SUSTITUCIÓN MATERNA

La sustitución de maternidad es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento. En este sentido, existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento. De todas estas formas, la más común es la subrogación mediante la inseminación artificial y la fecundación In Vitro (FIV). Existe una fuerte tendencia a incrementar la utilización de la FIV en esterilidades e infertilidad de la mujer.⁴⁴

⁴³ MENDOZA GARCIA, Isidro (2001). Problemática Jurídica de la Maternidad Subrogadas, Editorial, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 80

⁴⁴ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (1993). La fecundación in vitro y la filiación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 167.

2.3.1.3.2. CAUSAS DE LA SUSTITUCIÓN MATERNA

La subrogación materna surgió a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, la cual por su mecánica ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos. Si bien es cierto que tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también es cierto que crea serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Entre las **principales causas que motivan la sustitución materna**⁴⁵ se anotan las siguientes:

- Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación.
- Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación.
- Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulos, solicita a otra mujer, o a la donadora, que gaste para que dé a luz un bebé.
- Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero si tener un hijo propio.
- Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in Vitro.
- Cuando un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

⁴⁵ DELGADO CALVA, Ana Soledad, Op. Cit. P. 55

- Las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas con la esterilidad y la infertilidad de la pareja, las cuales son más aceptadas para la maternidad subrogada.

2.3.1.3.3. FORMAS DE SUSTITUCIÓN MATERNA

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 sólo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana, en donde la procreación se produce con: 1) Aporte de espermatozoides del marido; 2) aporte de óvulo de su mujer; y 3) la madre gestante es una tercera mujer".⁴⁶

Madre Sustituta: "La mujer no genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia oválica 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 un caso de maternidad integral. Se produce un caso de pregeneración humana, en donde la procreación se produce con: 1) Espermatozoides del marido; y 2) inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante. En este caso no hay maternidad por sustitución, sino una técnica de reproducción asistida por cedente".⁴⁷

Ovodonación: "La mujer tiene una deficiencia oválica, 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, en donde la procreación se produce con:

- 1) Espermatozoides del marido;
- 2) óvulos de una mujer cedente; y

⁴⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Op. Cit p. 264

⁴⁷ MEDINA, Graciela y ERADES, Graciela (1990). Maternidad por otro y alquiler de úteros. En jurisprudencia Argentina, Bs. As., Argentina, p. 18

3) gestación de la esposa. La madre procreante no es la misma que la gestante".⁴⁸

Embrionación: "El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia oválica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita se fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. 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 su 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".⁴⁹

En la doctrina se considera a la maternidad subrogada como una locación de útero, puesto que en este caso son dos las mujeres - o excepcionalmente tres - que intervienen en la procreación, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada llevando adelante la gestación.

De ello deriva la dificultad de establecer cuál de las dos mujeres ejerce una mayor influencia en la formación de su hijo, y por consiguiente, determinar quién debe ser considerada como madre legal.⁵⁰

⁴⁸ GALLARDO, Angeles: La Sanidad busca donantes de óvulos, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2001), en su Libro Derecho Genético, Editorial Grijley, 4° ed, Lima, p. 265.

⁴⁹ LACADENA, Juan Ramón (2001). Reproducción humana y las técnicas de reproducción asistida, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, en su libro Derechos Genético, Editorial Grijley, 4° ed., Lima 2001, p. 266

⁵⁰ DELGADO CALVA, Ana Soledad: Op. Cit. P. 38

2.3.1.3.4 Determinación de la Filiación en la Subrogación Materna.⁵¹

El derecho romano que expresa "*Mater semper cert est*", consagrando, de este modo, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, ha sido conmovida por la ciencia, cuando se posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo de parto.

El ordenamiento jurídico peruano, al igual que el de la mayoría de los Estados occidentales, ha adoptado el sistema romanista para determinar la maternidad y, nuestro Código Civil de 1984, lo recoge en su artículo 2° que expone: "*La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. Asimismo, en el artículo 371 que señala que*" La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo", *e igualmente en el artículo 409 al señalar que:* "La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo".

El alquiler de vientre presenta un nuevo reto a la legislación respecto del presupuesto biológico en virtud de que la mujer que da a luz no es quien aportó el óvulo; y en cuanto al presupuesto psicológico, podría discutirse si el elemento volitivo-voluntad procreacional sólo se halla presente en "*quién ha deseado un hijo*", circunstancia que puede o no coincidir con la madre genética, o por el contrario, también es verificable en la mujer que prestó su vientre para la gestación y que, luego de experimentar la relación materno-filial establecida durante el periodo del embarazo, siente al niño como propio y se niega a cederlo a la pareja contratante.

No existe en nuestra legislación figura jurídica que le permite a la madre genética, impugnar la maternidad en su calidad de presunta madre, pues encontramos que la acción de negación y contestación debe ser

⁵¹ REYES FARFAN, Ana María (2006). Implicancias de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia, artículo publicado por la Academia de la Magistratura del Perú. Estafeta Jurídica Virtual.

interpuesta por el marido y se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre.

Al respecto, un sector de la doctrina en tomo al tema de la maternidad subrogada considera que la portadora no podrá impugnar su maternidad que, por vicios del consentimiento, ni por cualquier causa referente al acuerdo de gestación para otra pareja. Asimismo, el hijo no tiene derecho a reclamar una filiación materna que consta declarada por la ley, ni impugnar la ya existente. No se han considerado algunos supuestos como, en los cuales la mujer gestante ha sido inseminada con un óvulo ajeno en contra de su voluntad; o cuando el material genético ha sido extraído a la madre biológica sin su consumimiento o con una finalidad diversa a la fecundación In Vitro, e implantado en otro útero.

Como podemos observar, los nacidos a consecuencia de estas técnicas padecerán la conmoción de no poder establecer de modo claro quiénes serán declarados sus padres, y más grave aún resulta la circunstancia de hallarse en juego el derecho personalísimo a la identidad, proyectado en su faceta de no vulnerar al individuo la posibilidad de conocer su verdadera autoría genética, sus orígenes, y ascendientes.

Por nuestra parte consideramos que existe un vacío legal en el código civil de 1984, respecto a la determinación de la filiación de los hijos nacidos por alquiler de vientre con maternidad subrogada, por lo que es necesario promover la modificación del mencionado cuerpo normativo, y regular esta nueva figura jurídica en una Ley Especial, estableciendo con precisión los presupuestos legales y procedimentales para evitar se sigan lesionando el derecho de estas personas.

2.3.1.4. TEORÍA DE LA CONTRATACIÓN CIVIL

La libertad contractual se manifiesta en la voluntad autónomamente expresada, que determina el establecimiento de las estipulaciones que las partes se otorgan de manera libre, pudiendo, en ciertos casos, hacer exclusión parcial o total de la norma jurídica, y son obligatorias para ellas desde el punto de vista jurídico.

2.3.1.5. LIBERTAD PLENA DE CONTRATACIÓN

La autonomía de la voluntad tiene su fundamento en la condición de la persona misma, en su dignidad como ser humano, puesto que está unida íntimamente a su libertad. Consiste en la posibilidad de que los individuos puedan dictar normas, como expresión de esa libertad, para autorregular sus relaciones privadas, normas que el Estado asumirá como propias, concediéndolas un vigor semejante al de la ley y por cuya eficacia velará con idéntico rigor.

El principio de autonomía de la voluntad encuentra su fundamento en la filosofía individualista que se desarrolló a partir del siglo XVII, con Grocio y Kant; se considera que el hombre es libre por esencia y no se puede obligar sino por su propia voluntad; es, por tanto, la voluntad individual la fuente única y autónoma de la ley.

En la práctica, la autonomía de la voluntad sólo será operativa en tanto se encuentre reconocida por el ordenamiento jurídico estatal, por lo que su vigor varía según la legislación de cada país. En este sentido, la autonomía de la voluntad será efectiva en tanto la normatividad jurídica reconozca el valor primigenio y trascendental del ser humano, aceptando una autorregulación privada de las relaciones entre particulares.

La libertad contractual es una de las manifestaciones más características de la voluntad que alcanzó su aceptación y desarrollo más elevado con el liberalismo y actualmente es sustentada por el neoliberalismo.

Dentro de una posición clásica, ALESSANDRI⁵² define la autonomía de la voluntad como: " la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración".

⁵² ALESSANDRI, Arturo (2001). "De los contratos". Editorial Jurídica de Chile, 3° ed, Santiago de Chile, p. 11.

Al respecto LOPEZ SANTA MARIA⁵³, sostiene que: "El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce".

En este sentido, la libertad de contratación es la facultad que tienen las personas para decidir con quién contratar y en qué términos, es decir, determinar libremente de común acuerdo el contenido del contrato. En la doctrina se considera dos clases de libertades de contratación: Legal y absoluta.

2.3.1.6 REGULACIÓN LEGAL DE LA CONTRATACIÓN.

El Estado reglamenta la libertad contractual, limitando la contratación, a lo establecido en la ley, sobre la base del interés social y las buenas costumbres. En este sentido, las partes son libres para contratar, pero dentro de los límites señalados por la norma legal, en cada uno de los casos de las actividades de la actividad humana. Es así como el Estado establece la libertad jurídica de contratación de las personas.

Al respecto CONTARINO⁵⁴ sostiene que: "La libertad jurídica contractual se funda en la garantía constitucional de la igualdad ante el derecho. Entendida esta como: La libertad para contratar, que es la libertad para celebrar o no el contrato y con quién; y la libertad contractual, que es la libertad para fijar los términos o contenido del contrato. De esta manera, la libertad jurídica comprende las siguientes facultades: celebrar o no celebrar el contrato, elegir la persona del contratante, determinar el objeto en todos sus aspectos, elegir la forma de instrumentación, excepto los casos de los actos solemnes, modificar el contrato, transmitir la posición contractual, extinguir el contrato".

⁵³ LOPEZ SANTAS ARIA, Jorge (1998). Los contratos, Parte General". Tomo I. editorial Jurídica de Chile. 2°ed. Santiago de Chile, p. 233.

⁵⁴ CONTARINO, Silvia (2000). "Contratos civiles y comerciales". Ediciones de Palma. Bs. As. Argentina. p. 55.

2.3.1.7 LA CONTRATACIÓN CIVIL EN EL PERÚ

En el Perú, nuestro Código Civil de 1984, recoge los principios y fundamentos de la libertad jurídica, estableciendo la libertad que tienen las personas para contratar dentro de los límites establecidos por la ley.

En este sentido, desde la perspectiva de la Teoría General del Contrato, MOSSET⁵⁵ sostiene que existen tres posiciones legislativas respecto al rol que juega, en la codificación civil, la teoría general del contrato con relación a la teoría general del acto jurídico.

A) TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO

La cual declara que las reglas generales sobre los actos jurídicos se aplican a los contratos. Esta posición no ha recibido consagración legislativa, por ningún país.

Regulación separada de la teoría general del acto jurídico, en la que se consignan las reglas generales a los actos jurídicos, sean éstos unilaterales o plurilateral es, patrimoniales o extramatrimoniales, y la teoría general del contrato, que contiene las normas aplicables exclusivamente a los contratos en general, o sea considerados como una categoría abstracta.

Esta tercera posición es la adoptada por el Código Civil peruano de 1984. En este sentido al Art. 1351 del CC, define al contrato como: " El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

B) TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Aplicable a los actos jurídicos en general. Esta posición ha adoptado los códigos civiles de Italia y Suiza.

Esta posición es criticada, porque las normas sobre contratos, que son actos jurídicos entre vivos con contenido patrimonial, no pueden ser

⁵⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge (1991). Contratos, Ediar Sociedad Anónima Editora Bs, As, Argentina, p. 77.

aplicadas a los actos a causa de muerte, con o sin contenido patrimonial, quedándose huérfanos de regulación legal.

2.3.1.8 CONTRATO

El Código Civil peruano de 1984, en su artículo 1351°, definió al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.⁵⁶

En igual sentido, ha establecido la JURISPRUDENCIA PERUANA⁵⁷, considerando que: "El contrato es el acuerdo de dos o más personas cuya finalidad es crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, siendo que tal acuerdo se exterioriza mediante la correspondiente declaración de voluntad de los contratantes".

1. Clasificación de los contratos

Desde la primitiva división romana de contratos de buena fe y de Derecho estricto hasta el moderno punto de vista técnico-jurídico, en la doctrina, se han propuesto numerosos criterios de clasificación de los contratos, como: Por su causa (Barassi), por su finalidad (Windscheid), por su rol preparatorio, principal y accesorio (Sánchez Román), por su objeto (Planiol, Giogi) y, por su función económica (Messineo)

El maestro peruano don MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE⁵⁸ comentando el Código Civil de 1984, considera que los contratos de Derecho Privado, se clasifican de la siguiente manera:

a. Por la Prestación. - Los contratos son:

Contrato unilateral: Aquél en que una sola de las partes queda obligada y

Contrato bilateral: Ambas partes quedan recíprocamente obligadas.

⁵⁶ CODIGO CIVIL PERUANO (2008). Art. 1351, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.

⁵⁷ JURISPRUDENCIA, Cas. Exp. 280-2000-Ucayali, El Peruano, 25-08-2000, p. 6100

⁵⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2001). "El Contrato en General". Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, T.I. Editorial Palestra Editores, 2° ed, Lima, Perú, p. 163

b. Por la valoración. - Los contratos son: Onerosos y gratuitos.

Contrato oneroso: Aquél en el cual cada una de las partes sufren un sacrificio cuya contrapartida es una ventaja que recibe.

Contrato gratuito: Cuando sólo existe una prestación principal a cargo de una de las partes.

c. Por el riesgo. - Los contratos son: Conmutativos y aleatorios.

Contrato Conmutativo: Es aquel en el cuál las prestaciones pueden establecerse al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que cada parte conoce el contenido de su prestación y el de la otra parte, si la hubiere.

Contrato aleatorio: Es aquél en el que la existencia o la determinación del valor concreto de la prestación o contraprestación depende de un factor incierto al momento de celebrarse el contrato, que puede alterar su contenido patrimonial. Este factor incierto es el riesgo o álea, que equivale a buena o mala suerte o a azar.

d. Por la estructura. - Los contratos son: Simples y complejos.

Contrato simple: Es aquél que da lugar a una sola relación jurídica patrimonial, como la compraventa que crea la obligación del vendedor de transferir la propiedad de un bien y la obligación recíproca del comprador de pagar el precio del bien.

Contrato complejo: Cuando agrupa varios contratos distintos, que da lugar a otra clase de contratos: Contratos Contextúales y contratos vinculados.

Contratos contextúales: Son los que, teniendo absoluta autonomía entre sí, figuran en un mismo documento. Ejemplo, si en una sola escritura pública se celebran conjuntamente un contrato de constitución de una sociedad anónima, uno de división y partición y uno de compraventa.

Contratos vinculados: Son los que, conservando su identidad propia, están unidos por algún vínculo de cualquier naturaleza (jurídico,

económico, funcional, etc.), por imposición legal o voluntad de las partes. Ejemplo, un contrato de fianza está vinculado con un contrato de comodato cuando garantiza la devolución del bien.

e. Por el área. - Los contratos son: Civiles, comerciales y especiales.

Contratos civiles: Los que están regulados por el Código Civil.

Contratos comerciales: Los que están regulados por el Código de comercio.

Contratos especiales: Aquéllos que se encuentran disciplinados por norma legal que regulan actividades especiales, como la minería, la pesca, las comunicaciones, la fianza, etc.

f. Por la autonomía. - Los contratos son: Principales, accesorios y derivados.

Contratos principales: Aquéllos que no dependen jurídicamente de otros contratos, que por sí tienen o cumplen plenamente una finalidad concreta, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, etc.

Contratos accesorios o auxiliares: Son los que no pueden celebrarse independientemente, porque su objeto es complementar otro contrato, como, por ejemplo, los contratos de garantía (fianza, prenda, etc.).

Contratos derivados: Son los que se desprenden de otro contrato, como, por ejemplo, el establecida por la ley o convenida por las partes.

g. Por la formación. - Los contratos son: Consensuales, formales y reales.

Contratos consensuales: Los que se forman con el solo consentimiento de las partes.

Contratos formales: Los que requieren una determinada formalidad especial,

h. Por la regulación. - Los contratos son: Típicos y atípicos.

Contratos típicos: "Son aquéllos que se encuentran regulados por un ordenamiento jurídico determinado, por ende, su régimen, efectos y acciones están previstos expresamente en la ley, sea de naturaleza civil, comercial o especial. Según el Código Civil de 1984, estos contratos son de: compraventa, permuta, suministro, donación, mutuo, arrendamiento, hospedaje, comodato, locación de servicios, contrato de obra, mandato, depósito, secuestro, fianza, renta vitalicia, juego y apuesta".⁵⁹

Contratos atípicos: "Son aquéllos que no han sido previstos por el legislador y, como tales, no tienen ubicación en el ordenamiento jurídico, ya que más bien son el resultado de la creación de las partes. Entre ellos están los contratos de pensión, portería, garaje, parqueo o estacionamiento, mudanza, exposición, servicios de belleza, excursión, giro bancario, mediación, lucha deportiva, de agencia, de espectáculo, publicidad, etc."⁶⁰

i. Por la función: Los contratos son: Constitutivos, reguladores, modificatorios, y extintivos:⁶¹

Contratos constitutivos: Son los que crean una relación jurídica patrimonial determinada, simple o compleja. Ejemplo, el contrato de comodato, arriendo, etc.

Contratos reguladores: Son los que tienen por objeto establecer una disciplina determinada sin alterar la obligación, por la cual, las partes incorporan o eliminan ciertos aspectos vinculados con su ejecución.

⁵⁹ PERALTA ANDIA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda (2005). "Fuentes de las obligaciones en el Código Civil, Editorial Moreno S.A. Lima Perú, p. 77

⁶⁰ PERALTA ANDIA, Javier y otra. Op. Cit. p. 78

⁶¹ Ibidem p. 80

Contratos modificatorios: Son los que conciertan un nuevo negocio sobre la base de otro ya existente, cambiando una o varias de sus estipulaciones. Ejemplo, el mutuo, cuando se capitalizan los intereses.

Contratos extintivos: Cuando las partes convienen poner fin a uno preexistente, cancelando una relación obligacional, como los contratos resolutorios, la transacción, etc.

- j. Por el tiempo.** - Los contratos son: De ejecución inmediata, diferida, y de duración.

Contratos de ejecución inmediata: Es aquél cuyas prestaciones son exigibles desde el momento de su celebración, como en la compraventa simple el bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato y pagado el precio (Arts. 1552 y 1558 del CC).

Contratos de ejecución diferida: Cuando no obstante haber sido celebrado el contrato, la ejecución de sus prestaciones es diferida a una oportunidad común para las partes.

Contratos de duración: Cuando las prestaciones que surgen del contrato se deben ejecutar necesariamente en el transcurso del tiempo, entendiéndose esto como que las prestaciones, por su naturaleza, no son susceptibles de ejecutarse instantáneamente. Por ejemplo, el comodato de un bien para uso por cierto tiempo.

- k. Por los sujetos obligados.** - Los contratos son: Individuales y colectivos.

Contratos individuales: Son los que las obligaciones creadas afectan únicamente a las partes que celebran el contrato (Art. 1363 del CC.).

Contratos colectivos: Son aquellos en los que se busca crear obligaciones no sólo a cargo de las partes que lo celebran, sino también a cargo de

otras personas que no han intervenido en el contrato. Ejemplos, Convenio extrajudicial de liquidación, aprobado por el deudor y por Vi más uno de los acreedores, con intervención de la Cámara de Comercio; el contrato sindical o convenio colectivo de trabajo (Art. 28 inc.2 de la Const. Política del Perú), etc.

- I. **Por la formación:** Los contratos son: De negociación previa y de adhesión.

Contratos de negociación previa: Son aquéllos en donde ambas partes negocian el contenido de las prestaciones del contrato.

Contratos por adhesión: Es una manera de contratar en la cual, la determinación de las condiciones del contrato es hecha unilateral y exclusivamente por una de las partes y plasmada en su oferta, para que la otra parte, decida a su solo criterio contratar o no en tales condiciones.

- m. **Por el rol económico:** Dentro de este criterio de clasificación se agrupan un considerable número de contratos que no tienen mayormente vinculación entre sí como: Contratos de cambio, de colaboración, de previsión, custodia, crédito, garantía, goce, Liquidación, disposición, etc.

2.3.1.8.1 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONTRATO

Según la doctrina civil y nuestro Código Civil de 1984, los elementos estructurales del contrato civil, son:

- a. **Sujetos** - Son las partes que expresan su consentimiento para la formación del contrato.
- b. **Capacidad** - Es la aptitud que deben tener las partes para el ejercicio de sus derechos civiles por cuenta propia o por representación.
- c. **Voluntad** - Libertad que tienen las partes para expresar su consentimiento con el cuál se forma el contrato.
- d. **Declaración** - Es la exteriorización del acuerdo de voluntad común que se expresa en forma oral, escrito u otra formalidad.

- e. **Concordancia entre la voluntad interna y la declarada** - Es la coincidencia de las voluntades internas de ambas partes, para la formación del contrato.

2.3.1.8.2 EL OBJETO DEL CONTRATO

La doctrina en materia de contratación y el código civil peruano de 1984, en su Art. 1402, han establecido que el: "*El objeto del contrato es la creación, modificación, regulación, modificación y extinción de relaciones jurídicas*".⁶²

El Art. 1403 del CC, no ha considerado como requisito del objeto del contrato a la patrimonialidad, por tanto, siendo las relaciones jurídicas obligaciones que recíprocamente deben asistirse las partes, el objeto del contrato, no es un bien sino la realización de una determinada prestación. En este sentido, la doctrina tiene establecido que: "El objeto del contrato es la prestación prometida por las partes, la cosa o el hecho sobre los que recae la obligación".⁶³

2.3.1.8.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

Analizar la naturaleza jurídica de un contrato es determinar si éste como figura jurídica es de carácter público o privado.

El contrato en sentido general, está definido jurídicamente en el art. 1351° del código civil peruano de 1984: "*El acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídico patrimonial*."

El contrato de alquiler de vientre con subrogación materna, es el acuerdo de dos o más partes para crear una relación jurídica patrimonial; es decir, es un acuerdo entre las partes por el cual una mujer conviene en alquilar su vientre para gestar una criatura y entregarlo al nacer a los contratantes.

⁶² Código Civil Peruano de 1984, Op, Cit. P. 327

⁶³ BORDA, Guillermo (1987). Manual de Contratos Editorial Perrot, Bs. As. Argentina, p. 6

Sobre la facultad de las partes para disponer del uso de sus órganos y objeto del contrato, existen opiniones contrapuestas, para el sector de la doctrina clásica no es posible que el alquiler del útero sea objeto de contrato, en cambio el sector de la doctrina moderna representada por Gustavo Bosset, Medina y Erades, entre otros, *"el contrato de alquiler de vientre es lícito siempre que sea gratuito y no vulnere la moral y el orden público"*.⁶⁴

Los opositores a la legalización del contrato de alquiler de vientre sostienen que el vientre de una mujer y la vida del concebido no son bienes patrimoniales de libre disposición por las partes, porque contravienen el interés público; sin embargo, compartiendo opinión con la doctrina moderna, consideramos que en el contrato de alquiler la mujer gestante sólo está prestando un servicio de gestación a favor de otra persona y no dispone de ninguna vida humana, sino que con la gestación la mujer sólo está colaborando para la existencia de la vida de una persona, que de otra manera no sería posible su existencia, y esto no puede contrariar la moral y el orden público en ningún lugar del mundo.

Por tanto, consideramos que si bien en el contrato de alquiler de vientre con subrogación materna, por su trascendencia, interviene el interés público, pero su naturaleza jurídica es de derecho privado, que sólo compete a las partes; y el alquiler de vientre de una mujer para gestar una criatura a favor de otra persona, sí es objeto de contratación.

Por otro lado, dentro del análisis de esta nueva figura contractual, es necesario establecer, si el contrato de alquiler de vientre es igual o diferente a los contratos de locación de servicios y/o de comodato, regulados en el Código Civil peruano de 1984. En su artículo 1764° se afirma que: *"El acto por el cual el locador se obliga sin estar subordinado al comitente, a prestar sus servicios por cierto tiempo y para un trabajo determinado, a cambio de una retribución"*. En este caso, el locador sería

⁶⁴ MEDINA, Graciela y ERADES, G. Op. Cit. P. 8

la madre sustituta que presta el servicio y los comitentes la pareja contratante que retribuye de manera pecuniaria la prestación.

Igualmente, en el artículo 1728° del mismo cuerpo normativo se establece que: *"El acto por el cual, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva". En este caso comodante es la mujer que dispone su vientre, de modo gratuito y altruista. Comodatario, es la pareja contratante. Art. 1666: "Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida".*

2.3.1.8.4 EL ALQUILER DE ÚTERO COMO OBJETO DE CONTRATO

La maternidad por cuenta ajena en la actualidad, en nuestro país y en cualquier parte del mundo, se toma como alternativa a seguir cuando la esposa o concubina no puede embarazarse por problemas en su útero, como lo serían malformaciones congénitas, extirpaciones del mismo, o bien el llamado "útero infantil", cuadros clínicos que significan para una mujer la esterilidad, lo cual representa la imposibilidad total de gestar en su vientre a un nuevo ser. Debido a esto, una mujer decide realizar un convenio por escrito con una tercera mujer para que a cambio de una contraprestación económica acepte gestar a un niño para entregárselo con posterioridad a su nacimiento.

En este orden de ideas, si una pareja estéril suscribe un convenio con una tercera mujer, y ésta se rehúsa a cumplir con lo que se comprometió, luego la pareja decide llevar su caso ante los tribunales y tiene que presentar un contrato de gestación por cuenta ajena o de alquiler de útero, resulta pertinente preguntarnos, ¿cuál sería el criterio del juez, tomando en cuenta el actual estado legislativo de la materia?

Analizando los elementos de los contratos en el Perú, realizamos un intento de adecuación del llamado "contrato de maternidad subrogada" con las disposiciones legales en materia de contratos, en aras de

determinar si este convenio puede denominarse contrato, y si su incumplimiento o interpretación puede dirimirse en los juzgados.

Al respecto existen dos corrientes opuestas, unos que sostienen que el ser humano tiene sobre su cuerpo la libre disposición, considerándolo como un todo a través del cual se relaciona, camina, habla, observa, siente, etc, pero que nadie puede aparecer como dueño de sus propios miembros que necesita para ser lo que es. Es decir, consideran que nadie puede vender un riñón, el hígado, un pedazo de piel, un ojo, etc., porque una vez que lo han realizado, no son ya las mismas personas, ni su cuerpo tiene la misma capacidad que originariamente tenía.

Otros en cambio consideran que debe distinguirse entre lo que son órganos vitales que afectan y los que no afectan a la salud de la persona. Además, una cosa es vender un órgano y otra cederlo temporalmente en uso sin desprenderse de él. Por tanto, no se puede caer en el exceso de afirmar que en general los órganos de las personas son totalmente indisponibles. En este sentido, siempre que no exista desprendimiento del órgano y no afecte la salud de la persona, algunos pueden ser objeto de cesión temporal para un servicio determinado, como es el caso del útero de la mujer para gestar por cuenta ajena.

La maternidad subrogada tiene como objeto que una tercera mujer permita ser inseminada artificialmente o bien se le implante un embrión humano para su gestación hasta el parto. En este sentido, el objeto del contrato es la obligación de ceder temporalmente el útero de una mujer para una determinada gestación.

La maternidad subrogada tiene su origen en un contrato, por lo general oneroso, en el cual una mujer acepta gestar al niño, pero no acepta ser la madre legal del mismo, porque la que la contrata, tendrá ese reconocimiento futuro, una vez que la madre subrogada da a luz, entrega al niño a aquella que pretende convertirse en la madre legal del mismo. Respecto a su naturaleza jurídica se le aduce como un contrato de

compra-venta, de donación, de alquiler, de locación de servicios, etc. Sin embargo, somos de la idea de que, a pesar de poseer características similares a los contratos descritos, estrictamente no se le puede definir como ninguno de ellos.

Pero ¿A que nos referimos cuando hablamos de madre legal?; tal y como lo establece calificada doctrina y también normatividad extranjera como la española, madre legal sería aquella que dé a luz, Gafo decía: "la mujer que dé a luz ha de considerarse legalmente para todos los efectos como la madre del niño". Esto se basa en aquel principio del derecho que dice que la madre siempre es cierta (*"Mater semper certa est"*).

En la actualidad, siendo un hecho ciertamente lamentable, a este tipo de acuerdo se le ha venido brindando un carácter mercantilista, cuyo único fin es el lucro, dado que por lo general la pareja que recurre a él, desembolsa grandes cantidades de dinero, a fin de suplir su necesidad de procreación. Sin embargo, también existen casos donde la maternidad sustituida se brinda con fines altruistas, cuyo objetivo principal es brindar ayuda a aquellos que no han conseguido convertirse en padres, sin perseguir una ganancia económica.

La legalidad de este tipo de contrato, ha sido objeto de razonables y concluyentes cuestionamientos, nos adherimos a los criterios de juristas como Varsi, Careaba o Rubio Correa, los fundamentos principales que cuestionan la legalidad de este acuerdo, son los siguientes:

Si bien podría darse el caso que estemos ante un agente capaz y que el objeto es física y jurídicamente posible, su fin es ilícito. Fin ilícito es todo aquello que sea contrario a las normas imperativas, siendo así, es inadmisibles que existan contratos de locación de servicios sobre la maternidad; no es razonable que mediante un contrato se separe los caracteres de madre biológica y madre legal; contraviene las normas naturales de la filiación; es un fraude a la institución de la adopción ciertamente y principalmente debemos dejar asentado que no es válido,

dado que los seres humanos no pueden ser objeto de venta o de donación, el código civil español especifica que las personas presentes o futuras, no pueden ser objeto de contrato.

Este pacto es inmoral y un atentado contra el orden público y las buenas costumbres, en palabras de Varsi atenta contra el orden público, dado que se comercializa con el cuerpo humano, es atentatorio de la dignidad humana y el valor de la persona humana, en base al principio de indisponibilidad. Atenta contra las buenas costumbres dado que se asemeja a la prostitución, esto sucedería cuando el contrato es oneroso, dado que la madre sustitua ofrece su cuerpo a cambio de una retribución dinerada.

Este contrato, también podría afectar el ordenamiento jurídico penal, debido a su posible asimilación de conductas delictivas como el tráfico de niños, fingimiento de preñez, parto simulado, alteración de la filiación y del estado civil, así como los falsos reconocimientos.

Por las razones expuestas, somos partícipes de la idea que acuerdos como este, que comercialicen con el cuerpo humano son nulos de pleno derecho, sin embargo, tampoco podemos cerrar los ojos ante una realidad social emergente que tiende a seguir incrementándose y aun cuando el estado implante prohibiciones sancionadas y declare su ilegalidad, estamos seguros que muchas parejas seguirán recurriendo a esta técnica, puesto que, en ellos, prevalecerá sus deseos y ansias por la paternidad. Estas razones, hacen indispensable que los supuestos de hecho que derivan de la maternidad sustituida sean legislados mediante el otorgamiento de una norma especial, independiente del tradicional código civil.

Hasta que no se supere el vacío legal en que se encuentra sumergida la maternidad subrogada y en general todos los tipos de TERAS, será necesario que la jurisprudencia resuelva esta clase de conflictos, en base

a hechos concretos, tal y como ha sucedido en otros países; teniendo en consideración y como principio rector al interés superior del niño.

Existen diversos criterios doctrinarios y jurisprudenciales al respecto, el jurista Pedro Ruiz Silva por ejemplo afirma que se protegen mejor los intereses tanto de los padres, como de los hijos, si se reconoce, tal y como algunas jurisprudencias lo han hecho, que madre es aquella que: 1) Tiene la intención de criar al niño, aquella que pensaba tenerlo porque le dio el ser, porque lo concibió, a pesar de que no lo gestó, ni lo parió; 2) madre es aquella que lo gestó y que lo parió porque otra mujer le cedió los embriones, se los donó, porque ella deseaba un hijo pero no lo podía concebir.

Asimismo creemos importante, que los tribunales analicen meticulosamente si la maternidad sustitua proviene de un hecho mercantilista cuyo único fin es el lucro o si proviene de un hecho altruista, basado en el amor y en la solidaridad, pues el trato que se otorgue en uno y otro caso, no siempre debería ser análogo, siendo el caso que incluso en algunas de las legislaciones en los que la maternidad sustitua es legal, se invalidan los contratos cuando existe un pago dinerario de por medio y aun existiendo este pago, debe prevalecer el interés del menor; así, si la madre sustitua trae al mundo a un niño movida por un interés económico y luego, sin que medie sentimiento alguno por el hijo que parió, lo deja en manos de la pareja que la contrató, aun cuando el contrato es nulo de pleno derecho por poseer un fin ilícito y atentar contra el orden público y las buenas costumbres, debe permitírsele a esta pareja la adopción, siempre y cuando que se corrobore que la misma goza de solvencia moral, material y económica, que permitían a este vulnerable e inocente niño, desarrollarse correctamente en parámetros de dignidad. Después de todo, como bien menciona la Dra. Graciela Medina, en aras del interés de la ley, no se puede vulnerar los derechos del menor, privándole de la posibilidad de ser adoptado.

En el derecho genético se viene hablando de una nueva rama de la filiación, la filiación civil, donde prima la voluntad procreacional, sobre el vínculo genético, la filiación civil es contraria a la filiación natural, se otorga la paternidad a aquellos que la desearon, esta filiación civil, en realidad es bastante similar a la figura de la adopción, cuyo sustento sería un principio de solidaridad. Varsi se refería a la misma como el desplazamiento del pater por el afecto, el amor y la comprensión. En aras de salvaguardar el bienestar del niño, creemos que esta nueva teoría debe ser aplicada cuando la naturaleza de los hechos así lo exija.

De la misma forma y en concordancia con el pensamiento de la Dra. Medina, creemos que el interés del menor no puede ser restringido a un interés económico, esto se da en el específico caso, cuando la madre sustituta movida por un estado de necesidad, acuerda ser parte de un contrato de maternidad subrogada; pero al alumbrar al niño, habiendo nacido en ella un fuerte lazo sentimental y de amor maternal por el mismo, se niega a entregarlo; aquí debemos tener presente que tal y como ha establecido jurisprudencia norteamericana, específicamente el caso Stern, una persona no puede renunciar a la maternidad por una suma de dinero, más aún cuando el pago de dicha suma implica algo ilícito como la compra de un hijo. Estamos de acuerdo con este último criterio, la mujer que gesta y que pare, en su condición de madre legal del niño, tiene el derecho de guarda sobre la criatura que llevó en su vientre, la pareja contratante, no podría impugnar la maternidad arguyendo la falta de cumplimiento, ni mucho menos la inmoralidad de un contrato, del cual fueron partícipes, porque sería ir en contra de la teoría de los actos propios, asimismo hay que tener presente que dicho contrato en realidad nunca produjo efectos jurídicos, en vista de que nació nulo. Sin embargo, este hecho no impide que el niño a futuro pueda investigar y conocer su verdad biológica, quedando incluso a salvo el derecho de impugnar la filiación.

Por nuestra parte, compartiendo esta última posición, que el útero de una mujer puede ser objeto de contratación para gestación, porque la

gestación por encargo no afecta la salud de la persona, no existe desprendimiento del órgano, no se trata de una venta, el órgano está adecuado para esta función, la cesión es temporal y la realización está dentro de la posibilidad física de la persona. Consideramos, que la maternidad subrogada a la luz de la nueva forma de procreación humana asistida y la moderna sistemática jurídica debe considerarse como un contrato.

En este sentido, es que, en el presente trabajo de investigación, postulamos la legalización de la contratación de alquiler de vientre con maternidad subrogada en el Perú, como se hace en otros países del mundo, entre ellos, el Estado de Tabasco, en México, Estados Unidos de Norte América, la Lidia, entre otros.

2.3.2 BASES TEÓRICAS ESPECIALIZADAS CON EL TEMA.

2.3.2.1 BASES TEÓRICAS DE LA CONTRATACIÓN DE ALQUILER DE VIENTRE

El alquiler de vientre, ha motivado el nacimiento de un nuevo instituto jurídico en el derecho de familia y una nueva figura contractual denominada "contratos de maternidad subrogada".

Esta contratación puede tener dos variantes. Una en donde la madre subrogada solamente proporciona el vientre para la gestación, y otra donde además de gestar también proporciona el óvulo para la procreación.

Los contratos de maternidad subrogada suelen incluir una serie de cláusulas que contemplen las consecuencias de toda una serie de posibles incidencias. Los mayores obstáculos para estos objetivos surgen cuando la madre gestante rechaza entregar al recién nacido, lo que en ocasiones ha llevado la cuestión a los tribunales de justicia.

Los tribunales norteamericanos fueron los primeros en enfrentarse a esta problemática, con el caso "Baby M". Esto motivó que, a falta de una legislación que regule la práctica de la subrogación, los conflictos han sido resueltos caso por caso mediante criterios jurídicos, y que por lo menos en los Estados Unidos, mediante el argumento de optar por los "mejores intereses" del niño gestado mediante subrogación de maternidad, los casos se han resultado en beneficio de la pareja con mores posibilidades económicas.

En la doctrina norteamericana se han desarrollado cuatro teorías modernas especializadas sobre la determinación de la maternidad legal en la gestación subrogada: La teoría de la intención (interna-based theory). La teoría de la contribución genética (genetic contribution theory). La teoría de preferencia de la madre gestante (gestational mother preferent theory). La teoría sobre el mejor interés del menor (the best interest of the child theory).⁶⁵

2.3.2.2 TEORÍA DE LA INTENCIÓN (interna-éaseí/ theory).

Según esta teoría, madre legal es la que tiene la intención de procrear y de criar a la criatura. En este caso la madre es conocida como la madre comitente.

Esta teoría fue desarrollada por la Corte de Justicia del Estado de CALIFORNIA, en los casos:

"Johnson Calvert" en 1993.

En este caso, por primera vez una Corte de justicia se enfrentó a la interrogante sobre si la madre legal es aquella que alumbra la criatura o la que provee el material genético. En este caso una mujer capaz de producir óvulos no podía gestar una criatura porque había sido sometida a una

⁶⁵ AMY M. Larkev (2003). Redefining. Motherhood. Determinig Legal Maternity in Gestional Surrogacy Arrangements, Drake L. Rev. p.605

histerectomía. Como resultado la pareja contrato a una mujer la cual acordó ser implantada con el embrión fertilizado de la pareja.

Según el Código Civil del Estado de California la maternidad legal puede ser determinada mediante el parto o pruebas genéticas. Dado que tanto la madre genética como la gestante reclamaban la maternidad, para resolver el caso, la Corte optó por hacer una determinación de la intención de las partes al entrar al contrato de subrogación independientemente de la validez del contrato. Concluyó que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar la criatura. Esta teoría está basada en la creencia de que sin el interés de la pareja que contrató a la mujer gestante, la criatura no hubiese sido creada.

"Buzzanca" en 1998.

La teoría de la intención, también fue aplicada para resolver el caso "Buzzanca". En este caso, a diferencia del caso Johnson, se transfiere a la madre subrogada un embrión fertilizado de donantes anónimos para que lo gestara; por lo tanto, la criatura no compartía componentes genéticos con ninguna de las participantes del acuerdo de subrogación.

Durante la gestación el matrimonio "Luane - Buzzanca" tuvo problemas y la pareja se divorció, por lo que, al nacimiento de la niña, el excónyuge se negó a aceptar la paternidad; la madre subrogada declaró no querer la criatura y no tener responsabilidad ni obligación ante esta porque no tenían relación genética; y la ex-cónyuge, Luanne, reclamó ser ella y su nuevo esposo los padres legales de la niña.

Llevado el caso a los tribunales, la Corte Suprema del Estado de California resolvió Luanne: Era la madre legítima y tendría la custodia de la niña John Buzzanca: Era el padre legítimo, con responsabilidad de alimentos para la menor y derechos futuros de custodia y visitas.

Con este motivo, la Corte aclaró que en los estatutos de California existen dos métodos para establecer la maternidad legal, a través del

alumbramiento o la donación del óvulo a ser fertilizado. En cuanto a la paternidad, estableció que el esposo que consiente a la inseminación artificial es el padre legal de la criatura independientemente de tener o no lazos genéticos.

2.3.2.3 TEORÍA DE LA CONTRIBUCIÓN GENÉTICA (*Genetic Contribution Theory*).

Esta teoría sustenta la determinación de la maternidad en la relación genética entre la madre y la criatura. En aplicación de esta teoría, la mujer que dona el óvulo tendría derecho a reclamar la maternidad, sea esta anónima o no. Esta teoría determina las disputas de la maternidad subrogada gestacional, esto es, entre la madre que lleva a cabo la gestación y la que provee el óvulo, se reconoce como madre a la mujer comitente que aporta el material genético para la procreación.

2.3.2.4 LA TEORÍA DE PREFERENCIA DE LA MADRE GESTANTE (*Gestational Mother Preferent Theory*).

Según esta teoría la mujer que da a luz a la criatura es la reconocida como madre legal. En este caso se da gran valor al lazo que se crea en los meses de embarazo entre la criatura y la mujer que lo gesta. Un valor que según esta teoría es superior a la aportación de componentes genéticos.

Esta teoría se aplica en los estados de Dakota del Norte, Arizona, y otros para resolver la maternidad legal, en los casos de técnicas de procreación asistida.

2.3.2.5 LA TEORÍA SOBRE EL MEJOR INTERÉS DEL MENOR. (*The Best Interest of The Child Theory*).

Esta teoría basada en el mejor bienestar del niño independientemente de la genética y la gestación. Toma en consideración los factores de posibilidad que tienen las personas involucradas para proveer al niño un mejor bienestar, en el ámbito psicológico y físico. En este sentido, los tribunales tienen amplio factor discrecional al resolver como: educación,

manutención, la felicidad, entre otros. Lo que se busca es lo más justo para la criatura.

Uno de los primeros casos vistos donde se discutió y aplicó esta teoría fue el caso "Baby M" en el Estado de New Jersey en 1988. Este fue el primer caso a nivel mundial que atendió la problemática de la maternidad subrogada.

En el caso Baby M, la pareja "Stem" (William y Elizabeth Stem), celebraron un contrato de subrogación con la pareja "Whitehead" (. . .), estableciendo que la señora Whitehead en calidad de madre subrogada sería inseminada artificialmente por el señor Stem, para gestar una criatura y entregarlo a su nacimiento, renunciando a sus derechos de custodia a favor de los esposos Stem.

Al nacimiento de la criatura, la madre subrogada se negó a entregar a la niña y a renunciar a la relación materno-filial para la adopción de la menor por la señora Stem.

Llevado el caso a los tribunales, la Corte Suprema del Estado de New Jersey, resolvió lo siguiente:

- El contrato de subrogación materna, era ineficaz e ilícito, pero no era el factor determinante de la disputa.
- El factor determinante, era el bienestar de la criatura.
- Concedió la custodia permanente de la menor a la pareja Stem, considerando la mejor capacidad para proveer un ambiente estable a la menor.
- La madre subrogada, mantendría la maternidad legal. No dándose por renunciada la relación filial.

Por consiguiente, de las teorías antes mencionadas, para efectos de desarrollo de la presente investigación, se ha elegido como sustento dos de estas teorías: La teoría de la intención (interna-based theory), y La

teoría de la contribución genética (genetic contribution theory), dado que el aporte de cada una de ellas, permite resolver con más justicia y equidad el tema de los derechos de filiación de los hijos nacidos por alquiler de vientre con subrogación materna.

En suma, la legislación y la jurisprudencia norteamericana reconoce la categoría de derecho fundamental a la procreación humana y desvincula la sexualidad del factor biológico, y esto ha dado origen a la corriente doctrinal que defiende la existencia de una nueva concepción de los vínculos de parentesco basados en el afecto y en el deseo de tener descendencia, lo cual permite explicar la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de quienes recurren a la fecundación asistida, mediante maternidad subrogada.

2.3.2.6 TEORÍA DEL PARENTESCO GENÉTICO.

Para MORA ÁLVAREZ⁶⁶ actualmente no es aceptable seguir refiriéndose al embrión como parte de la madre, objeto de propiedad sino, cuando menos como germen identificado de vida futura digna de ser protegida, aunque no sea un sujeto de derechos, titularidad que sólo se adquiere al nacimiento.

Personalidad significa capacidad jurídica para ser titular de derechos. Antes de nacer el concebido carece de objetividad propia, sin que ello pueda ser razón bastante para que carezca de toda protección o consideración para el Derecho como una nueva vida humana.

El Derecho puede ocuparse de personas porque son las únicas que generan derechos. El concebido, aún In Vitro, es un ser viviente humano, completo en un futuro, un ser humano con potencialidad, no un ser humano potencial.

⁶⁶ MORA ALVAREZ, María de Jesús :Op. Cit. 123

El embrión tiene en sí, el poder de hacerse pasar de la potencia al acto, proporcionándole el ambiente, los materiales, no la forma o la esencia. En consecuencia, es lógico que se extiendan al embrión las garantías puestas a punto para el adulto o el niño.

El parentesco es la relación existente entre sujetos en virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción que conforman una familia (amplia), mientras que la filiación es aquella que configura el núcleo paterno-materno-filial, esto es, la relación del hijo con su padre y/o madre (familia nuclear). Como estado de familia general, el parentesco reposa sobre la filiación, siendo ésta su fuente. En este sentido, la filiación, estructurada sobre la base del parentesco, es la relación parental entre dos personas que tienen un parentesco consanguíneo en línea recta ascendente en primer grado hijo: padre-madre" ⁶⁷

El mencionado autor sostiene que entre estos dos sistemas se puede establecer las siguientes diferencias:

2.3.2.6.1 TEORÍA CLÁSICA O SISTEMA ROMANISTA

Los grados de parentesco se determinan por las líneas generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común.

- a. Grado: vínculo entre dos personas que forman una generación.
- b. Línea: Es la serie no interrumpida de grados.
- c. Tronco: Es el ascendiente común de dos o más ramas.

2.3.2.6.2 NUEVA TEORÍA DEL PARENTESCO GENÉTICO.

El parentesco se especifica de acuerdo a los genes idénticos que en proporción adquiere por transmisibilidad la descendencia.

- a. Proporción de genes idénticos a un antecesor común.

⁶⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (1999). Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Universidad de Lima, Lima, p. 38

- b. Reservoirio común de genes iguales por descendencia, lo que establece el grado de parentesco.

"Tomando en consideración las nuevas formas de individualización e identificación, el parentesco está variando su composición originaria, que se sustenta en el sistema romano basado en la teoría pangenética de la herencia, y se está orientando hacia su verdadero objetivo: encontrar la real vinculación sanguínea entre las personas, mediante la teoría genética de la herencia. El Derecho Romano y los códigos civiles estatuyen que los grados de parentesco de la familia están determinados por las distancias generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común⁶⁸

La teoría genética, sostiene que los grados de parentesco están determinados en proporción de genes idénticos por descendencia, de la siguiente manera: Hijo a padres 50%, abuelos 25%, tíos 12.5%, y primos 6.25%.

- **EL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD**

Uno de los grandes problemas que enfrenta esta técnica de reproducción, es la filiación, debido a que en muchos casos esta filiación no puede establecerse de modo claro, en efecto, en la maternidad subrogada convergen madres genéticas y legales, lo que frecuentemente da cabida a la vulneración de derechos del niño como el derecho a la identidad, el derecho a la identidad genética y el derecho de conocer su origen biológico.

Antiguamente derechos como el anonimato y la intimidad genética del donante de material genético, sea por la vía de inseminación artificial o por la vía de la maternidad sustituida, estaban protegidos sobre cualquier derecho del niño referido a la filiación, en efecto, se eximía al donante de toda clase de derechos y deberes referidos al niño, bajo la idea de evitar cualquier posible afectación a las relaciones familiares de la pareja

⁶⁸ COKE, Ricardo (1994). Nueva nomenclatura familiar del genoma humano, en el Derecho ante el proyecto genoma humano, Fundación BBV, Madrid, España, Vol. IV, p. 147

receptora, era común que el niño crezca creyendo una verdad biológica que no necesariamente coincidía con la realidad, se le ocultaba su origen biológico.

Con la consagración de los derechos del niño a través de la Convención Internacional, que consagra la doctrina de la protección integral, al principio del interés superior del niño, el fortalecimiento de los derechos fundamentales de los infantes y la asignación que se les brinda como sujeto de derechos, es que muchas concepciones fueron cambiando, se entiende pues que no sólo convergen los derechos e intereses del donante, sino también los intereses y derechos del ser humano nacido de un proceso de reproducción asistida, ser humano que por obvias

- **EL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD**

Uno de los grandes problemas que enfrenta esta técnica de reproducción, es la filiación, debido a que en muchos casos esta filiación no puede establecerse de modo claro, en efecto, en la maternidad subrogada convergen madres genéticas y legales, lo que frecuentemente da cabida a la vulneración de derechos del niño como el derecho a la identidad, el derecho a la identidad genética y el derecho de conocer su origen biológico.

Antiguamente derechos como el anonimato y la intimidad genética del donante de material genético, sea por la vía de inseminación artificial o por la vía de la maternidad sustituida, estaban protegidos sobre cualquier derecho del niño referido a la filiación, en efecto, se eximía al donante de toda clase de derechos y deberes referidos al niño, bajo la idea de evitar cualquier posible afectación a las relaciones familiares de la pareja receptora, era común que el niño crezca creyendo una verdad biológica que no necesariamente coincidía con la realidad, se le ocultaba su origen biológico.

Con la consagración de los derechos del niño a través de la Convención Internacional, que consagra la doctrina de la protección integral, al

principio del interés superior del niño, el fortalecimiento de los derechos fundamentales de los infantes y la asignación que se les brinda como sujeto de derechos, es que muchas concepciones fueron cambiando, se entiende pues que no sólo convergen los derechos e intereses del donante, sino también los intereses y derechos del ser humano nacido de un proceso de reproducción asistida, ser humano que por obvias razones no pudo expresar su voluntad en aquel proceso que dio lugar a su nacimiento.

Enrique Varsi nos hablaba de la nueva dimensión que viene adoptando el derecho familiar genético, no solamente para el niño, sino también para aquella persona que cedió el material genético para la reproducción, en efecto, convergen el derecho del hijo a conocer sus orígenes, saber quién fue su progenitor es fundamental. Y, el derecho del cedente de saber cómo fue el hijo que permitió tener con su acto de disposición.

La evolución de los derechos del niño dio lugar a nuevas concepciones, se ha venido confinando el manto del padre anónimo y el derecho a la intimidad genética, en la idea que el niño en su calidad de sujeto de derechos tiene la plena potestad de conocer sus orígenes biológicos; el derecho a la identidad es un derecho fundamental que asiste a todo infante, a todo adolescente y a toda persona adulta; además debemos de tener en cuenta que ningún derecho es absoluto, por lo mismo, no existiría motivo alguno para brindarle tal privilegio al derecho del cedente al anonimato. Alex Plácido resumía esta situación en forma muy concreta, cuando mencionaba que el carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quiénes lo han engendrado. El derecho del hijo a conocer su identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer.

El derecho a la identidad que implica saber quién eres, de donde provienes y cuál es tu historia, es un derecho fundamental de toda persona, como tal, debe recibir la máxima protección por parte del estado,

tal y como mencionaba el Dr. Plácido, un derecho fundamental como éste, no puede ser privado por la acción del estado ni de ningún particular, dado que, de ser así, ello implicaría un desmedro de la personalidad, a la dignidad y un atentado a la realización del ser humano. El derecho a la identidad que forma parte de aquella gama de derechos llamados de tercera generación, es de orden constitucional.

Quedando establecido que el derecho del niño a la identidad no puede verse limitado por el derecho a la intimidad o al anonimato del padre genético, es momento de absolver segunda consulta planteada: ¿Puede el niño reclamar la filiación a la madre o al padre donante de material genético?

En principio, queda claro que únicamente generará efectos jurídicos la maternidad legal, sea porque está se haya establecido en la idea de la presunción "Mater semper certa est, es decir que madre es la que da a luz, o cuando esta se haya establecido por medio de la adopción; sin embargo, dado que el niño o adolescente en su calidad de sujeto de derechos tiene pleno derecho e interés de investigar y de conocer su verdad biológica; también podría perfectamente tener interés en reclamar la filiación a su madre o padre genético, el niño no solamente tiene derecho de conocer su origen, sino también de emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo, la ley le faculta a ello, le faculta a emplazar su status de familia, pero se exige como un requisito previo, que impugne el reconocimiento, cuando no exista nexo biológico con la persona o las personas que lo reconocieron como hijo.

2.4 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

Anidación: A los 14 días de la concepción se produce la anidación (embrión) en la matriz endometrial y se insertan en el útero.

Actividad Cerebral: Se inicia entre los 43 y 45 días contados desde la fecundación.

Biogenética: Disciplina científica que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, así como de las relaciones del hombre con los restantes seres vivos.

Contrato: El contrato es el convenio obligatorio, entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa. La institución jurídica en torno a cada contrato, convertido en realidad por voluntades, surge por los preceptos imperativos o súpletenos, que el legislador establece, singularmente en los contratos nominados y por las acciones procesales en su caso"⁶⁹

Clonación: Proceso biológico de gemelación de seres vivientes. La clonación artificial se produce a través de la manipulación genética para crear un nuevo ser igual al anterior.

Derecho Genético: Rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano, es decir, las actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición genética del hombre.

Embrionación: Deficiencia de pareja. La mujer no genera óvulos ni puede gestar y el hombre es infértil. En este caso es necesario un cedente de esperma y una cesión de óvulos.

Extracorpórea (*Fecundación In Vitro - Maternidad Subrogada*). Es aquella en la cual la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer. Esta técnica busca la unión de los espermatozoides y óvulo en una probeta y tiene entre sus objetivos (además) la investigación humana científica. Esta técnica sí implica procesos de alta tecnología médica.

⁶⁹ ARIASCHIREIBER PEZET, Max (1996). Los Contratos Modernos, Editorial San Marcos, Lima, T.II, p. 37

Esterilidad: Incapacidad de una persona para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva.

Fertilización In Vitro (FIV): Fecundación artificial, extracorpórea o bebe probeta. Técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el espermatozoide del padre. Es la unión del espermatozoide y el óvulo, fuera del cuerpo humano.

Fecundación: Es el inicio del ciclo vital del ser humano. La fecundación se da cuando el espermatozoide hace contacto con el óvulo, iniciándose el proceso de fecundación.

Genoma Humano: Es la totalidad de genes que componen el organismo humano (dotación genética integral del individuo). El proyecto genoma humano, basándose en la genética molecular, tiene como objeto conocer la cantidad exacta de genes que tiene la persona para averiguar la información genética contenida en ella.

Homóloga (ovarios y espermatozoide de los padres genéticos). Aquella fecundación realizada con los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) de quienes serán los padres del niño.

Heteróloga (óvulos y espermatozoide provienen de un tercero). Aquella fecundación en la que los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) provienen de un tercero, es decir, de una persona ajena a la pareja, y por lo general anónimo.

Intimidad Genética: Facultad de una persona para mantener su bioautonomía libre de intromisiones, restringiendo el acceso a este tipo de información. Derecho básico que protege la intangibilidad o del patrimonio genético. Autonomía genética: Derecho a saber y/o a no saber, sobre su identidad genética.

Inter corpórea: (*Inseminación Artificial*). Es aquella en la cual la fecundación se produce dentro del cuerpo de la mujer a través de la introducción de espermatozoides en el interior de los órganos genitales de la mujer.

Locación o Alquiler de Útero: Mediante la cual una mujer conviene en gestar un embrión formado, total o parcialmente, por los gametos de la pareja comitente, comprometiéndose a la entrega del nacido después de su nacimiento. En este caso, la participación de la mujer se limita a la gestación de un concebido con el que no guarda ningún vínculo genético, verificándose la escisión de la maternidad genética y uterina.

Maternidad Genética: Concepción o donadora de óvulos.

Madre Portadora: Mujer que genera óvulos, pero tiene dificultad uterina o física para gestar. Para tener hijos requiere de préstamo de un útero de otra mujer.

Madre de Alquiler: El término conocido como alquiler de útero, se ha convertido en uno de los eventos cuya denominación recuerda conceptos patrimoniales que no son muy acordes con la trascendencia social, moral y sobre todo personal de su significación. Por eso, cualquiera de las expresiones: madre sustituta, portadora o subrogada son más respetuosas y apropiadas. Con ello se alude a la mujer que se presta a tener un hijo para otra, desarrollándose en su útero el embarazo y, en muchas ocasiones, habiendo donado también el óvulo.⁷⁰

Madre Sustituta: mujer que no genera óvulos ni puede gestar. Para tener hijos necesita de otra mujer que genere óvulos y geste a la criatura.

Madre Subrogada: Mujer que gesta una criatura para entregarlo a su nacimiento a otras personas a título gratuito u oneroso.

⁷⁰ MORO ALVAREZ, María de Jesús (2005). Aspectos Civiles de las Inseminación Artificial. Op. Cit. p.52

Manipulación Genética: Es el procedimiento mediante el cual se intenta modificar o alterar el patrimonio genético de un ser viviente, sea en su integridad o en sus componentes. Manipular es una maniobra sobre la estructura genética del ser humano.

Maternidad Legal: Derecho de maternidad otorgada por ley a una mujer por su estado de gestación y alumbramiento de una criatura.

Maternidad Uterina: Gestación o donación de útero.

Maternidad Social: Cuidado, donación de nombre o adoptiva.

Muerte Cerebral: Jurídicamente la falta de respuesta cerebral extingue a la persona, pasando de sujeto de derecho a objeto de derecho especial.

Muerte Genética: Según los nuevos criterios científicos, la muerte ya no se produce en la zona cerebral, sino cuando se comprueba la inexistencia de respuesta vital en la última célula del cuerpo recién se produciría la muerte total de la persona

Ovodonación: Mujer con deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero sí puede gestar. Solo necesita una mujer que le ceda óvulos.

Pareja Estéril: Es un hombre y una mujer con incapacidad para concebir, declarados clínicamente.

Pareja Infértil: Pareja de hombre y mujer que presenta capacidad para lograr la concepción, pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección. Así mismo, se afirma que es la imposibilidad de llevar a término al producto concebido.

Pareja Estable: Pareja heterosexual que mantenga una relación similar al matrimonio y asuma respecto de los hijos los derechos y obligaciones de aquel.

Paternidad Genética: Concepción o donación de esperma.

Paternidad Social: Cuidado, adoptivo o donante de nombre.

Subrogación: Gramaticalmente Subrogar significa subsistir o poner una persona en lugar de otra. En este sentido, *"/a subrogación consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto, para entregarlo a los padres comitentes"*.⁷¹

Subrogación Total: La mujer contratada que es inseminada aporta sus propios óvulos para la gestación.

Subrogación Parcial: La mujer contratada para gestar no aporta material genético para la concepción, porque éste proviene de la pareja contratante.

Subrogación Materna: Es una técnica de reproducción asistida en la cual la mujer no sólo lleva adelante la gestación, sino que además, puede aportar sus óvulos para ser inseminada con el esperma del varón de la pareja comitente. En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptiva de las circunstancias que le dan origen, legalmente la ley lo reconoce como madre legal de la criatura que alumbró.

En la subrogación materna es importante conocer quién es la mujer que aporta el óvulo, puesto que, si la solicitante no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces cómo puede alegar ser la madre del niño. Podría serlo sólo si lo adopta, de acuerdo a ley. En cambio, si la solicitante es la

⁷¹ LÓPEZ FAUBIER, Irene (1996). "La Prueba Científica", 3° ed, Editorial Atenas, Barcelona, España, p. 285

que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el bebé: la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad.⁷²

CAPITULO III

PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1. ANÁLISIS DE TABLAS Y GRAFICOS

ESTRATEGIA DE ANÁLISIS

estrategia que se utilizó ha permitido determinar si existe una relación entre las dos variables. Es necesario resaltar que esta prueba nos indica si existe o no una relación entre las variables, pero no indica el grado o el tipo de relación, es decir, no indica el porcentaje de influencia de una variable sobre la otra o la variable que causa la influencia.

Con la estrategia de análisis y en base a la estadística inferencial, se determina si las hipótesis son congruentes con los datos de la Muestra y la Muestra con el universo.

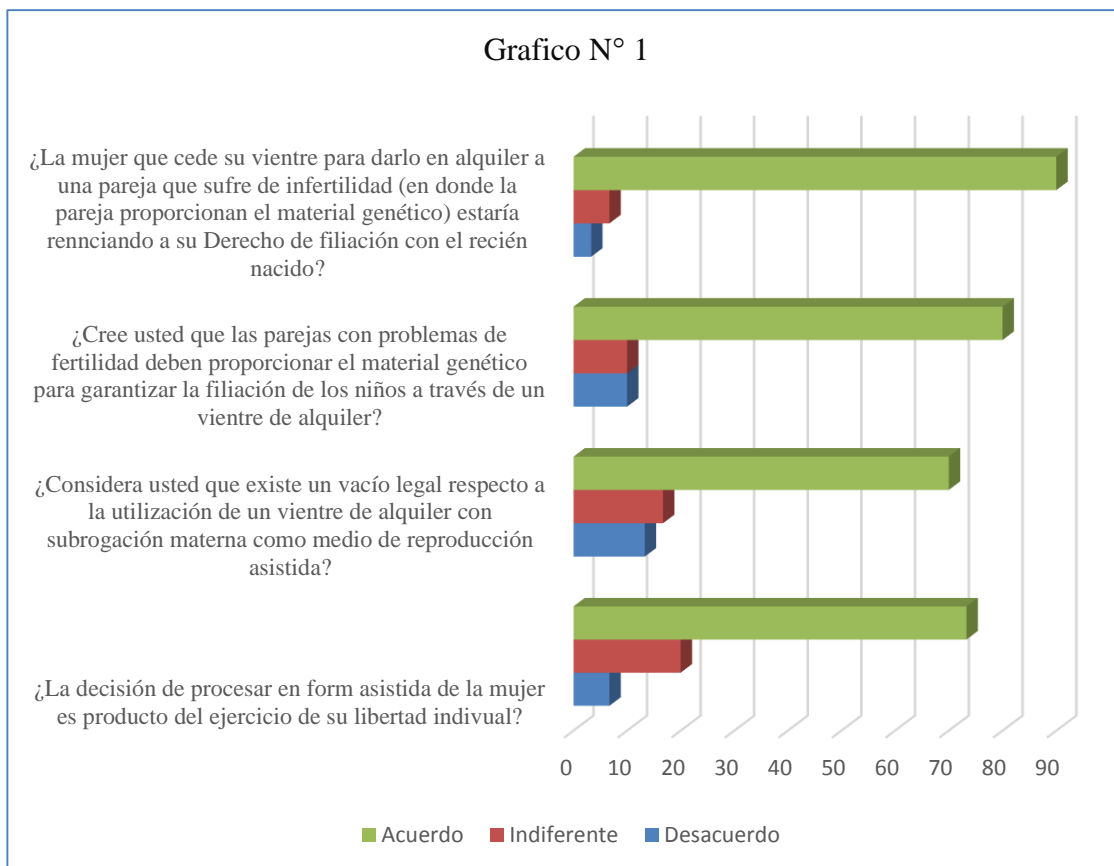
⁷² DELGADO CALVA, Ana Soledad. Op.Cit, p. 39

ANÁLISIS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE: FILIACIÓN DEL RECIÉN NACIDO, SEGÚN ABOGADOS DE FAMILIA Y JUECES DE ICA.

TABLA N° 1

Preguntas	Desacuerdo		Indiferente		Acuerdo	
	N	%	N	%	N	%
¿La decisión de procrear en forma asistida de la mujer es producto del ejercicio de su libertad individual?	2	6.7	6	20	22	73.3
¿Considera usted que existe un vacío legal respecto a la utilización de un vientre de alquiler con sustitución materna como medio de reproducción asistida?	4	13.3	5	16.7	21	70
¿Cree usted que las parejas con problema de fertilidad deben proporcionar el material genético para garantizar la filiación de los niños a través de una gestación por sustitución?	3	10	3	10	24	80
¿La mujer que cede su vientre para darlo en alquiler a una pareja que sufre de infertilidad (en donde la pareja proporciona el material genético) estaría renunciando a su Derecho de filiación con el recién nacido?	1	3.3	2	6.7	27	90

GRÁFICO N° 1



COMENTARIO:

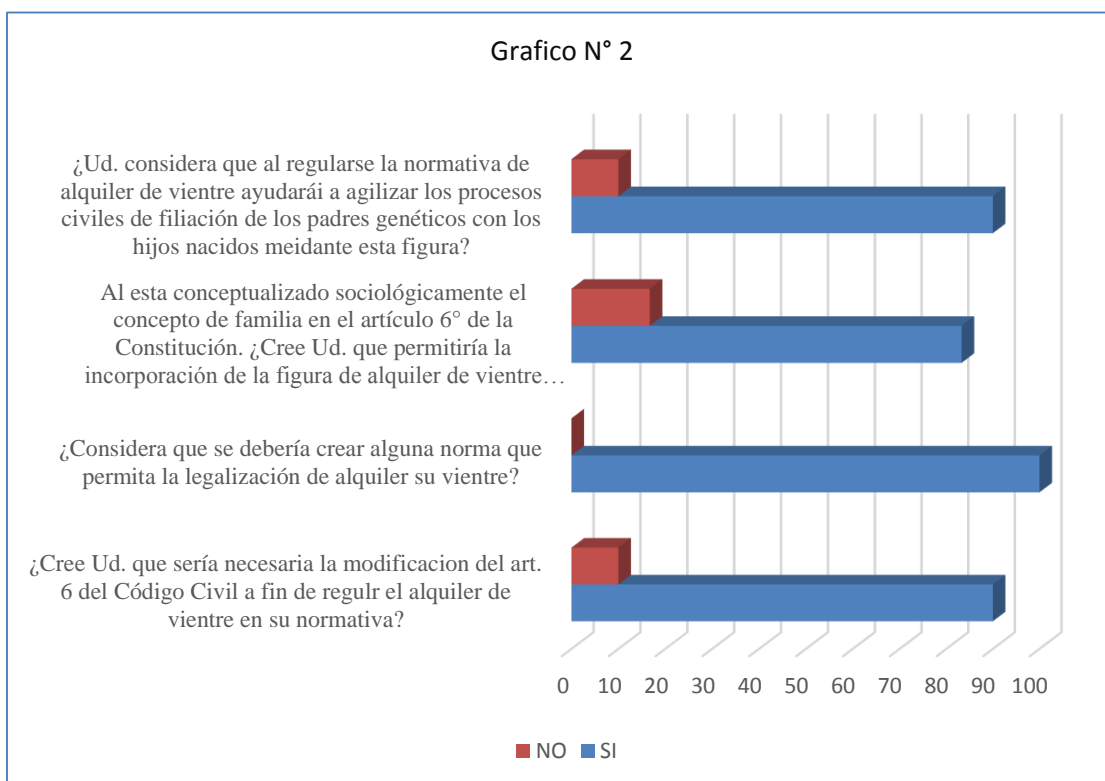
- El 73.3% considera que está de acuerdo en que la decisión de procrear en forma asistida de la mujer es producto del ejercicio de su libertad individual.
- Un 70% Considera estar de acuerdo en que existe un vacío legal respecto a la utilización de un vientre de alquiler con sustitución materna como medio de reproducción asistida.
- Los encuestados en un porcentaje equivalente al 80% manifiesta estar de acuerdo en que las parejas con problema de fertilidad deben proporcionar el material genético para garantizar la filiación de los niños a través de una gestación por sustitución.
- El 90% de encuestados coinciden en manifestar que se encuentran de acuerdo en que la mujer que cede su vientre para darlo en alquiler a una pareja que sufre de infertilidad (en donde la pareja proporciona el material genético) estaría renunciando a su Derecho de filiación con el recién nacido.

ANÁLISIS DE LA VARIABLE DEPENDIENTE: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN SEGÚN ABOGADOS DE FAMILIA Y JUECES DE ICA

TABLA N° 2

Preguntas	Si		No	
	N	%	N	%
¿Cree Ud. que sería necesaria la modificación del art.6° del Código Civil a fin de regular el alquiler de vientre en su normativa?	27	90	3	10
¿Considera que se debería crear alguna norma que permita la legalización de la gestación por sustitución?	30	100	0	0
Al estar conceptualizado sociológicamente el concepto de familia en el artículo 6° de la Constitución. ¿Cree Ud. que permitiría la incorporación de la figura de gestación por sustitución como medio de procreación?	25	83.3	5	16.7
¿Ud. considera que al regularse la normativa de gestación por sustitución ayudaría a agilizar los procesos civiles de filiación de los padres genéticos con los hijos nacidos mediante esta figura?	27	90	3	10

GRÁFICO N° 2



COMENTARIO:

- Un 90% de encuestados coincidieron en que se hace necesario la modificación del art.6° del Código Civil a fin de regular el alquiler de vientre en su normativa.
- En la segunda pregunta el 100% de encuestados señala que se debería crear alguna norma que permita la legalización de la gestación por sustitución ya que existen muchísimas parejas que aquejan problemas de infertilidad.
- El 83.3% de los encuestados señalan que al estar conceptualizado sociológicamente el concepto de familia este puede permitir la incorporación de la figura de gestación por sustitución como medio de procreación.
- El 90% considera que al regularse la normativa de gestación por sustitución ayudaría a agilizar los procesos civiles de filiación de los padres genéticos con los hijos nacidos mediante esta figura.

3.2 DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

HIPÓTESIS 1

La legalización de la Gestación por sustitución permite la protección jurídica de los padres genéticos

I. Hipótesis

H₀: La legalización de la Gestación por sustitución NO permite la protección jurídica de los padres genéticos

H₁: La legalización de la Gestación por sustitución garantizará la protección jurídica de los padres genéticos

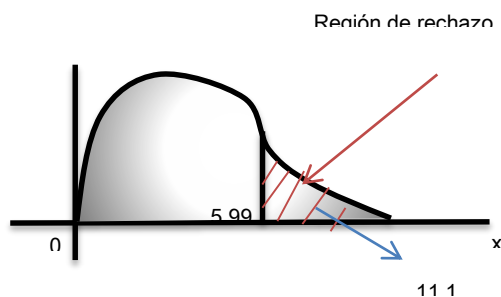
II. Nivel de significación 0,05

III. Estadístico de prueba

Chi cuadrado (χ^2)	Grados de libertad	P
11.1	2	0,004

IV. Regla de Decisión

Rechazar H₀ si $\chi^2 = 11,1 > \chi^2_{\text{tabla}}(3-1)(2-1)0,05 = \chi^2_{\text{tabla}}(2)0,05 = 5,99$



Conclusión Dado que $\chi^2 = 11,1 > 5,99$ entonces rechazar H₀, por cuanto es válida la H₁ es decir la legalización de la Gestación por sustitución garantizará la protección jurídica de los padres genéticos.

TABLA N° 1

DERECHO DE FILIACIÓN, PROTECCIÓN JURÍDICA

Usted considera que se debería crear alguna norma jurídica que permita proteger el derecho de filiación del recién nacido.	Usted cree que es necesaria la utilización de una gestación por sustitución como medio de reproducción asistida.				Total	
	Si		No			
	N	%	N	%	N	%
De acuerdo	16	76.2	1	11.1	17	56.7
Indiferente	2	22.2	3	14.3	5	16.7
En desacuerdo	5	55.6	2	9.5	7	23.3
Total	9	100.0	21	100.0	30	100.0

De la tabla se aprecia que, del total de encuestados, un 76.2% opina que se debería crear una norma jurídica que permita proteger el derecho de filiación del recién nacido. Así mismo 55.6% opina que es necesaria la utilización de una gestación por sustitución como medio de reproducción asistida.

HIPÓTESIS 2

La subrogación materna influye positivamente en el cambio cultural de la sociedad.

I. Hipótesis

H_0 : La sustitución materna no influye positivamente en el cambio cultural de la sociedad.

H_1 : La sustitución materna influye positivamente en el cambio cultural de la sociedad.

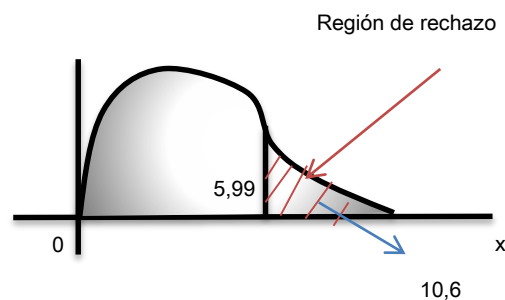
II. Nivel de significación 0,05

Estadístico de prueba

Chi cuadrado (χ^2)	Grados de libertad	P
10.6	2	0,006

III. Regla de decisión

Rechazar H_0 si $\chi^2 = 10.6 > \chi^2_{\text{tabla}}(3-1)(2-1)0,05 = \chi^2_{\text{tabla}}(2)0,05 = 5,99$



IV. Conclusión

Dado que $\chi^2 = 10.6 > 5,99$ entonces rechazar H_0 es decir La sustitución materna si influye positivamente en el cambio cultural de la sociedad.

TABLA N° 2

LA SUBROGACIÓN MATERNA Y EL CAMBIO CULTURAL DE LA SOCIEDAD

La sustitución materna implica el consentimiento voluntario de las partes con el propósito de que una mujer pueda gestar en su vientre una criatura para otra persona renunciando a su derecho de madre biológica.	La legalización del contrato de alquiler de vientre será factible a través del impulso de la sociedad interesada en realizar un cambio cultural de la sociedad				Total	
	Si		No			
	N	%	N	%	N	%
De acuerdo	1	7.7	10	58.8	11	36.7
Indiferente	4	30.8	3	17.6	7	23.3
En desacuerdo	8	61.5	4	23.5	12	40
Total	13	100	17	100	30	100

De la tabla se aprecia que del total de encuestados el 61.5 % considera que, Si la legalización del contrato de alquiler de vientre es factible, a través del impulso de la sociedad interesada en realizar un cambio cultural.

Mientras que del total de encuestados un 58.8% se considera De acuerdo en que la sustitución materna implica el consentimiento voluntario de las partes con el propósito de que una mujer pueda gestar en su vientre una criatura para otra persona renunciando a su derecho de madre biológica.

HIPÓTESIS 3

La protección jurídica de los padres genéticos garantizará la filiación de las personas que nacen de la gestación por sustitución.

I. Hipótesis

Ho: La protección jurídica de los padres genéticos no garantizará la filiación de las personas que nacen de la gestación por sustitución.

H1: La protección jurídica de los padres genéticos garantizará la filiación de las personas que nacen de la gestación por sustitución.

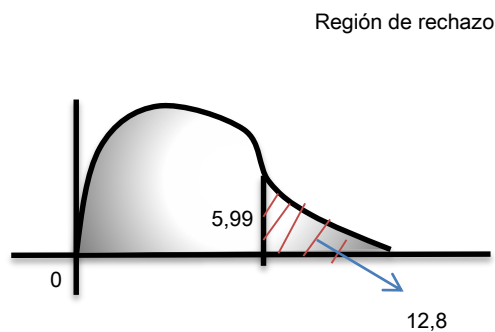
II. Nivel de significación 0,05

Estadístico de prueba

Chi cuadrado (χ^2)	Grados de libertad	P
12.8	2	0,002

III. Regla de decisión

Rechazar Ho $\text{sex}^2 = 12.8 > \chi^2 \text{ tabla } (3-1)(2-1)0,05 = \chi^2: \text{tabla}(2)0,05 = 5,99$



Conclusión

Dado que $\chi^2 = 12,8 > 5,99$ entonces rechazar Ho. Es decir, Acepta la H1 la cual establece que la protección jurídica de los padres genéticos si garantizará la filiación de las personas que nacen por medio de la gestación por sustitución.

TABLA N° 3

DERECHO DE FILIACIÓN Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA

Cree usted que las parejas con problema de fertilidad deben proporcionar de manera exclusiva el material genético para así garantizar la filiación del niño	Considera factible que las personas asuman el riesgo de contratar un vientre de alquiler sin tener la protección jurídica del estado				Total	
	Si		No			
	N	%	N	%	N	%
En desacuerdo	2	16.7	14	77.8	16	53.3
Indiferente	3	25.0	3	16.7	6	20
Acuerdo	7	58.3	1	5.6	8	26.7
Total	12	100	18	100	30	100

De la tabla se aprecia que del total de encuestados señala que no considera factible asumir el riesgo de contratar un vientre de alquiler sin tener la protección jurídica. El 77.8% está en desacuerdo, pues las parejas con problema de fertilidad (no) tienen que proporcionar exclusivamente el material genético para así garantizar la filiación del niño; mientras que del total de mujeres que, si está de acuerdo con la protección jurídica, el 58,3% está de acuerdo en que las parejas tengan que proporcionar de manera exclusiva el material genético.

3.3 CONCLUSIONES

Primera: El derecho de filiación del recién nacido a través del alquiler de vientre garantizará su protección jurídica mediante el establecimiento de normas especiales que protejan el derecho de filiación del recién nacido con los padres genéticos, por tanto el niño nacido a través de la reproducción asistida extracorpórea se preserve su filiación y otros derechos constitucionales derivados de éste, como la determinación de su identidad, educación, salud y un adecuado desarrollo integral, protegiéndose el interés superior del niño sin que se confronte con los derechos fundamentales de los Padres, los cuales también se encuentran garantizado en la Constitución de 1993, así mismo evitando la nulidad del contrato del vientre de alquiler, a efectos de producirse alguna deficiencia o enfermedad (como síndrome de Down, retardo mental, anacefálea, hidrocefalia, entre otras que se pudieran dar) que adquiriera por la herencia genética de los padres que proporcionan el material genético.

Segunda: La subrogación materna influye positivamente en el cambio cultural de la sociedad permitiendo fomentar el derecho de procreación en las parejas peruanas con problemas de infertilidad; los avances científicos, tecnológicos y, el descubrimiento de nuevas técnicas de reproducción asistida han evolucionado de tal manera que la sociedad no se oponga al derecho de en cuestión el alquiler de vientre, el cual deberá garantizar la salud y el bienestar de la mujer que cede su vientre como medio de reproducción asistida, siempre y cuando se efectúe previamente los exámenes psicológicos y físicos necesario.

Tercera: La protección jurídica de los padres genéticos garantizará la filiación de los niños que nacen por medio del alquiler de vientre permitiendo la filiación de los padres genéticos que proporcionan el ovulo y el espermatozoide para la fecundación; se protegerá su derecho de filiación ante la repentina nulidad de dicho contrato, producto del arrepentimiento de la mujer que cede su vientre en alquiler y que reclama al niño que alojó como suyo, no pudiendo iniciar acción legal alguna, porque el contrato firmado carece de efectos legales por considerarse en nuestro ordenamiento jurídico que la mujer que gesta en su vientre a un niño es también la madre biológica por ser expulsado del claustro "materno".

3.4 RECOMENDACIONES

Primera: La legalización del alquiler de vientre con subrogación materna, debe regular por medio de una Ley Especial, dado que por su propia naturaleza implica establecer aspectos normativos y procedimientos administrativos que no son propios de una legislación codificada como el código civil.

Segunda: Se propone la incorporación al Código Civil de la modalidad de Contrato de vientre de alquiler con el fin evitar la nulidad del este tipo de Contratos, y pueda garantizarse la filiación del menor por parte de los padres que realizaron la contratación de gestación por sustitución.

Tercera: Es recomendable la modificación de La Ley General de Salud de a efectos de que se pueda incorporar la posibilidad de la práctica de técnicas de reproducción asistida en la mujer que cede su vientre solo para el caso de la reproducción asistida homologa extracorpórea.

3.5 FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFIA

ALBERUCHE DÍAZ FLORES, Mercedes (2001): *"Derecho Genético"*, Editorial Centro Universitario Ramón Carandé, Madrid, España, pp. 350.

ALESSANDRI, Arturo (2001). "De los contratos". Editorial Jurídica de Chile, 3o ed, Santiago de Chile, pp. 360

ANDORNÓ, Roberto (1998): *"Bioética y Dignidad de la Persona"*, Madrid, España, Editorial Técnos, pp. 356.

ARIAS-SCHIREIBER PEZET, Max (1996): *"Los Contratos Modernos"*, Editorial San Marcos, Lima, Perú, T.n, pp. 240.

AZÚA REYES, Sergio T. (1997): *"Teoría general de las obligaciones"*. Editorial Porrúa, 5ta ed. México, pp. 250.

BALDINI, G., citado por Alma Aránbula Reyes (2008), en *"Servicios de investigación y Análisis sobre maternidad subrogada "*, del centro de documentación, información y análisis de la cámara de diputados de México, Agosto, p. 474.

BAUTÍSTA PARDO, Juan (2002): *"Derecho y Genoma Humano"*, Editorial Sapanish, Bilbao, España, pp.400.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel (1984): *"Obligaciones civiles"*. Editonal Haría, 3era, ed., México, 1996, pp. 400.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1984): *"Problemas legales ante el caso de un hijo por técnicas asistida "*, Boletín del colegio de abogados de Salamanca, España, pp. 390.

BLANCAS SERRANO, M. (1987): "*Nuevas técnicas de reproducción asistida*". Editorial La Familia, México, pp. 570

BLASQUEZ, Niceto (2000): "*Bioética, la Nueva Ciencia de la Vida*". Editorial Biblioteca de Editores Cristianos, Madrid, España, pp. 350.

BORDA, Guillermo (1987). "Manual de Contratos. Editorial Perrot, Bs. As. Argentina, p. 460.

BOSSERT, Gustavo (1999): "*Fecundación Asistida en la Legislación Peruana*", editorial Marsol, Lima, Perú, pp. 230.

BREÑA SESMA, Ingrid (2004): "*El Derecho y la salud. Temas a reflexionar*", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Num. 57, Universidad nacional Autónoma de México, pp. 460.

BULLAR GONZALES, Alfredo (2003): "*Derecho y Economía*". El análisis económico de las instituciones legales. Editora Palestra, Lima, Perú, pp. 837.

CARCADA FERNÁNDEZ; María (1995): "*Los Problemas planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana* ", Editorial Bosch, Madrid, España, pp. 370.

CASADO, María (2007): "*Nuevo materiales de bioética y derecho - Doctrina jurídica contemporánea*", vol. 25. Editorial Fontamara, México, pp. 500.

CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand (1997): "*Derecho de Contratos*", Editora FERCAT E.I.R.L., Lima, Perú, pp. 428.

CISNEROS FARÍ AS, Germán (2000): "*La voluntad en el negocio jurídico* " ,Editonal Trillas, México, pp. 640.

COKE, Ricardo (1994): *"Nueva nomenclatura familiar del genoma humano, en el Derecho ante el proyecto genoma humano "*, Fundación BBV, Madrid, España, Vol. IV, pp. 347.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (2000): *"Derecho Familiar Peruano"*, Gaceta Jurídica Editores, 10ma. ed, Lima, Perú, pp.300

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2002).*"Sistema Peruano de Contratación Civil"* Contratación privada y contratos conexos. Código Europeo de Contratos. Jurista Editores, Lima Perú, pp. 402.

DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (1993). *"La fecundación in vitro y la filiación"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pp. 416.

DELGADO CALVA, Ana Soledad (2004): *"La Maternidad Subrogada. Un Derecho la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano"*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 548

FERRANDO MONTOVANI (1994). *"Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados "*, Editorial Universidad de Deusto, Revista de derecho y genoma humano N° 1 Julio-diciembre, Bilbao, España, pp. 548

GALINDO GARFIAS, Ignacio (1996): *"Teoría general de los contratos"*. Editorial Porrúa. 8va, ed. México, pp. 600.

GALLARDO, Ángeles (2001): *"La Sanidad busca donantes de óvulos"*, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, en su libro Derecho Genético, Editorial Grijley, 4° ed., Lima, pp. 860.

GOMEZ SÁNCHEZ, Juan (2003): *"La Maternidad Subrogada "*, Editorial La Cultura, 4° ed, México, pp.589

GRITRON FUENTECILLA, J. (1987): *"La genética y el Derecho familiar"*, Rev. Tapia, año VII, N° 36 Octubre, pp. 573

GUERRA DIAZ, Diana (2000): *"Cómo afrontar la infertilidad"*, Editorial Planeta. Barcelona, España, pp. 300.

GUZMAN ÁVALOS, Aníbal (2001): *"Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humana, un nuevo modelo de filiación "*, Editorial Universidad de Veracruz, México, pp. 495

HURTADO OLIVER, Xavier (2000): *"El derecho a la vida y a la muerte "*, Editorial Porrúa, 2da, ed, México, pp. 350.

KEANE, N. Y D., Breo (1981): *"La Maternidad Subrogada"*. Editorial Everest Publicaciones, Nueva York, pp. 225.

LACADENA, Juan Ramón: *"Reproducción humana y las técnicas de reproducción asistida"*, citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2001), en su libro *Derecho Genético*, Editorial Grijley, 4o ed., Lima, pp. 630.

LAMAS, Martha (1993): *"La Bioética Proceso Social y Cambio de Valores"*, Editorial Ascapotza, 2o ed., México, pp. 480.

LAVADO, Jaime (2001): *"Bioética y Derecho en la Cultura contemporánea"*, Editorial Estudios Sociales, Santiago de Chile, pp. 340.

LEMA ANON, Carlos (1999): *"Reproducción, poder y derecho - Ensayo filosófico- jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida"*, Colección Estructuras y Procesos. Editorial Trotta, Madrid, España, pp. 450.

LOMBARDI VAILLAURI, Luís (1984): *"Bioética y Derecho"*, 2o ed, editorial Librería Bosch, Barcelona, España, pp. 655

LÓPEZ FAUFIER, Irene (2005): *"La prueba científica de la filiación"*. Editorial Atenas, 3° ed, Barcelona, España, pp. 650.

LÓPEZ SANTA MARIA, Jorge (1998). "Los contratos, Parte General". Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2° ed. Santiago de Chile, pp. 480.

LLEDO YAGUE, Francisco (1987): "*Fecundación Artificial y Derecho*". Editoriales Tecnos, 3 ed., Madrid, España, pp. 485.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis (2000): "*La Nueva Inseminación Artificial*". Editorial Bosch, Madrid, España, pp. 600.

MARTÍNEZ ESTELLA, Maris (1994): "*Manipulación genética y Derecho*". Editorial Universo, Bs.As., Argentina, pp. 680

MARTÍNEZ PEREDA-RODRIGUEZ, J.M. (1994): "*La Maternidad Portadora Subrogada o por encargo en el Derecho Español*", Editorial Dyckinson, Madrid, España, pp. 480.

MENDOZA GARCÍA, Isidro (2001): "*Problemática Jurídica de la Maternidad Subrogada*", Editorial, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 490

MIRANDA CANALES, Manuel (1998): "*Derecho de familia y Derecho genético*". Editorial Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, pp. 520.

MORÁN DE VICENZI, Claudia (2005): "*El concepto de filiación en la fecundación artificial*", Editorial Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú. pp. 560.

MORO ALMARAZ, María de Jesús (1988): "*Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial*", Editorial Librería Bosch, Barcelona, España, pp. 580.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (1991): "*Contratos Civiles*", Ediar Sociedad Anónima Editora, Bs. As, Argentina, pp. 327.

OCAÑA RODRIGUEZ, Antonio (1995). *"La filiación en España: Jurisprudencia y doctrina "*, Editorial Comares, 2da, ed. Barcelona, España, pp. 380.

OSTERLING PARODI, Felipe (2001): *"Teoría de las Obligaciones"*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, 3o ed, Tomo I, Lima, Perú, pp. 360.

PERALTA ANDÍA, Javier Rolando y PERALTA ZECENARRO, Nilda (2005). *"Fuentes de las obligaciones, en el Código Civil"*, Editorial Moreno S.A., Lima, Perú, pp. 788.

ODRÍGUEZ-CADILLO PONCE, María del Rosario (1997). *"Derecho Genético, Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Su Trascendencia Jurídica en el Perit"*, Editorial San Marcos, Lima, pp. 230.

RODRÍGUEZ, Ruth (2003). *"Fertilización in vitro, esperanza de vida"*. Editorial Universal, México, pp. 350

ROMERO CAS ABONA, C. M. (1994): *"El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana "*, Editorial, Perrot, Madrid, España, pp. 480.

ROSTAN, J. (1984): *"El hombre"*, Editorial La Cultura, 4° ed, Madrid, España, pp. 431.

RUBIO CORREA, Marcial (1999). *"Reproducción Humana Asistida y Derecho"*. Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Yol. 2, Lima, Perú, pp. 210.

RUÍZ REATEGUI, A. (2000): *"La Ciencia y los fundamentos de la Ética"*. Editorial Universidad de Navarra, Navarra, España, pp. 680.

SAMBRIZZI, Eduardo A. (2001): *"La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano "*, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, pp. 340.

SERANI MERLO, Alejandro (1999): *"El Estatuto Antropológico y ético del Embrión Humano "*, Editorial Galicia, Barcelona, España, pp. 430.

SILVA RUÍZ, Pedro F. (2000): *"El derecho de Familia y la Inseminación Artificial en la Jurisprudencia Argentina"*, Editorial el Arte Gráfico, Bs. As. Argentina, T. pp. 460.

SERRANO GEYLS, Raúl (2002): *"Derecho de Familia de Puerto Rico y Legislación Comparada"*, Ediciones Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol. II, pp. 580

TOZZINI, Roberto ítalo (1992): *"Esterilidad e infertilidad humana"*. Editorial Médica Panamericana, 2da, ed. Buenos Aires, Argentina, pp. 400.

TRABUCCHI, citado por MORAN DE VICENZI, Claudia (2005), en su libro: *"La Filiación en la Fecundación Artificial"*, Universidad de Piura, Ara Editores, Colección Jurídica, Piura, Perú, pp.560.

SEGRECCIA, Emilio (2001). *"Manual de Bioética"*, Milán Italia, Editores Vita y Pensiero, Barcelona, España, pp. 450.

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO (2007): *"La Familia: Naturaleza y Régimen Jurídico en el Siglo XXI"*. Jomadas Internacionales de Derecho de Familia, 26 y 27 octubre, Chiclayo, Perú, pp.99.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (1995). *"Derecho Genético"*, Editorial Normas Legales S. A, Ed., Trujillo, Perú, pp. 460.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (1997). *"Derecho y Manipulación Genética"*, Editorial Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, Perú, pp. 350.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (1999). *"Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica"*. Universidad de Lima, Lima, pp.350

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2001). *"Derecho genético"*. Editorial Grijley, 4ta, ed. Lima, Perú, pp. 548.

VELAYOS, J.L. Y SANTAMARIA L. (2002). *"Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana"*, Editorial Galicia, Madrid, España, pp. 450.

VERA RAMÍREZ, Eduardo (1997). *"El Control de la Maternidad Subrogada - argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica "*, Revista Jurídica U.P.R. España, pp. 430.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (1998). "Las nuevas formas de Reproducción Humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho civil español", Ediciones palabra, Madrid, España, pp.590

VIDELA ESCALADA, Luis (2000): *"Principios de la existencia de la Persona"*, Editorial Universidad de Buenos Aires", Buenos Aires, Argentina, pp.560.

ZANONI Eduardo (1978). *"Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina"*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, pp. 280.

REVISTAS.

AMY M. Larkey (2003). *"Determinación legal de la Maternidad en la Gestación Subrogada "*. Revista Jurídica, Barcelona, España, pp. 450

BANDA VARGAS, Alfonso (1998). *"Dignidad de la persona y reproducción humana asistida "*. Revista de Derecho, Concepción, Chile, vol. IX, diciembre.

BARBERO SANTOSW; Mariano (1990). *"Ingeniería genética y reproducción asistida: Consideraciones jurídico penales"*. Revista jurídica Veracruzana, Veracruz, México, T. XL, N° 53-54, abril -septiembre.

BARRAGAN C. Velia Patricia (1991). *"La Reproducción Humana Asistida: Marco jurídico"*. Revistalus, Durango, México, N° 3, diciembre.

BULLARD GONZÁLES, Alfredo (1995) "Advertencia: El presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustituidas y el derecho contractual", en *Ius et Veritas*, Año V, N° 10, Universidad Católica, Lima, Perú.

GACETA JURIDICA (2008): "Diálogo con la Jurisprudencia, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial", Tomo 121, Octubre, pp.397

GARCIA RUBIO, María Paz (1987). "La experiencia jurídica italiana en maternidad de fecundación asistida: Consideraciones respecto del Derecho Civil Español". *Rev. Tapia* año VII, N° 36 octubre.

MEDINA, Graciela y ERADES, Graciela (1990): "*Maternidad por otro y alquiler de úteros, en la jurisprudencia Argentina*", Bs. As., Argentina, 18 de abril, pp.379.

GUITRON FUENTECHELLA, J. (1987). "*La genética y el derecho familiar*". *Revista Tapia*, año VII, N° 36, octubre.

VERA RAMÍREZ, Eduardo (1997). "El control de la maternidad subrogada: argumento a favor y en contra de concederle eficacia jurídica", *Revista Jurídica U.P.R. España*.

LEGISLACIONES.

Legislación extranjera:

- Código Civil Español de 1998
- Código Civil Italiano de 1942
- Código Civil Argentino de 1871
- Ley General de Salud del Estado de Guadalajara, México, del 2003.

ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS:

ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max (1985). "Genética y Derecho", *El Comercio*, Lima.

Asociación Nacional para los Problemas de Infertilidad de España,
Publicadas en el diario El País: "La infertilidad en la Sala de Espera".
Noticia del 2 de abril del 2000.

Diario El Mundo, España, del 1 de abril, año 2000, citado por
VARSIROSPIGLIOSI, Enrique (2001), en su libro: Derecho Genético,
Editorial Grijley, 4 ed.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO DE LA TESIS: "LA FILIACIÓN DEL RECIEN NACIDO EN LA GESTACION POR SUSTITUCIÓN EN LA PROVINCIA DE ICA"

AUTORA : KATITZA DANAE, YARMAS SALINAS

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MARCO TEORICO	METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION
<p>PROBLEMA PRINCIPAL</p> <p>¿De qué manera la legalización de la Gestación por Sustitución permitirá la protección jurídica de los padres genéticos?</p> <p>PROBLEMAS SECUNDARIOS</p> <p>1. ¿Cómo se establece el derecho de filiación del recién nacido a través de la Gestación por sustitución?</p> <p>2. ¿Cómo la Gestación por sustitución materna influye en el cambio cultural de la sociedad?</p> <p>3. ¿Cuál es la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen de la Gestación por sustitución?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Establecer normas para la legalización de la Gestación por sustitución para la protección jurídica de los padres genéticos</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>Implementar el derecho de filiación del recién nacido a través de la Gestación por sustitución.</p> <p>Determinar la influencia de la subrogación materna en el cambio cultural de la sociedad.</p> <p>Implantar la protección jurídica de los padres genéticos sobre la filiación de las personas que nacen de la Gestación por sustitución.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL</p> <p>La legalización de la Gestación por sustitución permite la protección jurídica de los padres genéticos.</p> <p>HIPOTESIS SECUNDARIAS</p> <p>1. El establecimiento del derecho de filiación del recién nacido a través de la Gestación por sustitución garantizará su protección jurídica la sociedad.</p> <p>2. La sustitución materna influye positivamente en el cambio cultural de la sociedad.</p> <p>3. La protección jurídica de los padres genéticos garantizará la filiación de las personas que nacen de la Gestación por sustitución.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>-(X) "Filiación del Recién Nacido"</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p>-(Y) "Gestación por sustitución"</p> <p>INDICADORES</p> <p>(x1) Aceptación de Maternidad</p> <p>(x2) Inscripción del Nacimiento</p> <p>(x3) Acta de Nacimiento</p> <p>(y1) Reproducción asistida</p> <p>(y2) Sustitución por contraprestación económica.</p> <p>(y3) Problemas de Infertilidad.</p>	<p>ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN</p> <p>A. Internacional</p> <p>B. Nacional</p> <p>BASES TEÓRICAS</p> <p>-Teoría de la nueva concepción de maternidad y filiación.</p> <p>-Teoría de la fecundación.</p> <p>Nueva clasificación de paternidad y maternidad.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN</p> <p><i>El Tipo de Investigación es Aplicada</i></p> <p>POBLACIÓN: Distrito Judicial de Ica. Provincia de Ica. En un total de 300.</p> <p>MUESTRA: La unidad de análisis está constituida por:</p> <p>Parejas estables con problemas de fertilidad = 20, Mujeres que dan en alquiler su vientre = 20, Médicos de clínicas especializadas en fertilidad = 20, Abogados litigantes en la especialidad de familia = 40, Jueces de Familia = 50</p> <p>INSTRUMENTO</p> <p>Encuestas</p> <p>FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.</p> <p>Directas e indirectas.</p>

--	--	--	--	--	--

ANEXO N° 02

CUESTIONARIO DE PREGUNTAS

FINALIDAD: Medir la opinión de la sociedad peruana sobre la Filiación del Recién nacido en la Gestación por sustitución, para un trabajo de investigación para la Obtención del Título Profesional de Abogado.

INSTRUCCIONES: Primero marque donde corresponde a la institución que representa, luego lea cada pregunta y marque la alternativa que usted considere pertinente.

DIRIGIDO A:

1. Representantes de la sociedad civil y el Estado. ()
Médicos de clínicas especializadas en fertilidad ()
Abogados litigantes de familia ()
Parejas estables con problemas de fertilidad. ()
Mujeres que dan en alquiler su vientre. ()
Jueces civiles y de Familia ()

2. Población ciudadana de interés:
Sexo: Hombre () Mujer ()
Estado Civil: Casado () Soltero() Conviviente ()
Tienes hijos: Si () No ()
Conoce lo que significa la vientre de alquiler Si () No ()

3. Tiene conocimiento si en el Perú se realiza Gestaciones por sustitución y si existe alguna protección jurídica para los padres genéticos:

Si () No()

4. ¿Considera usted que existe un vacío legal respecto a la utilización de un vientre de alquiler con sustitución materna como medio de reproducción asistida?

- 1) De acuerdo ()
- 2) Indiferente ()
- 3) Desacuerdo ()

5. Considera usted que es adecuado una Gestación por sustitución a través de la utilización de un vientre de alquiler como medio de reproducción asistida.

- 1) De acuerdo ()
- 2) Indiferente ()
- 3) Desacuerdo ()

6. Cree usted que las parejas con problema de fertilidad deban proporcionar de manera exclusiva el material genético para así garantizar la filiación con el niño.

- 1) De acuerdo ()
- 2) Indiferente ()
- 3) Desacuerdo ()

7. Considera Ud. Que la sustitución materna implica el consentimiento voluntario de las partes con el propósito de que una mujer pueda gestar en su vientre una criatura para otra persona renunciando a su derecho de madre biológica.

- 1) De acuerdo ()
- 2) Indiferente ()
- 3) Desacuerdo ()

8. La constitución y el código civil amparan la unidad del matrimonio y la dignidad de los hijos como personas en su procreación; por lo que su legalización depende de factores religiosos.

Si ()

No()

9. Cree usted que se debería crear alguna norma que permitan regular la retribución económica para las mujeres que decidan dar el alquiler de su vientre.

Si ()

No()

10. Considera acertado que las personas asuman el riesgo de contratar una Gestación por sustitución materna sin tener la protección jurídica del estado.

Si ()

No()

11. La legalización de la Gestación por sustitución será factible a través del impulso de la sociedad interesada en realizar un cambio cultural.

Si ()

No()

12. Cree Ud. que, al regularse la Gestación por sustitución, disminuiría el mercado negro de esta figura significativamente.

Si ()

No()

13. Considera que la Gestación por sustitución atenta contra el derecho de filiación de las parejas que aportan el material Genético al vientre de alquiler

Si ()

No()

14. Cree Ud, que la actual Constitución Política del Perú impide la regularización de la Gestación por sustitución en nuestro País.

Si ()

No()

15. Considera que las mujeres que ceden su vientre para llevar la gestación, tienen mayores derechos que las parejas que aportan el material genético, al no estar regulada dicha figura en el Libro I del Código Civil actual

Si ()

No ()

ANEXO N° 04

ANTEPROYECTO DE LEY N°

“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

Sumilla: Anteproyecto de Ley que Modifica el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842.

I. DATOS DEL AUTOR

La Bachiller en Derecho Katitza Danae, Yarmas Salinas, en ejercicio de sus facultades ciudadanas, que le confiere el artículo 31° de la Constitución Política del Perú y el artículo 75° del reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Anteproyecto de ley Modificando el artículo 7° de la Ley General de Salud.

II. EXPOSICION DE MOTIVOS

A. CONSIDERACIONES GENERALES

El proyecto de ley materia del presente dictamen propone una modificación del artículo 7° de la Ley General de Salud, a efectos de lograr una debida reglamentación que protega el derecho de filiación de los niños nacidos bajo esta modalidad de Gestación por sustitución.

La legalización de la Gestación por Sustitución permitirá la protección jurídica de los padres genéticos y del menor, se podrán elaborar las alternativas de solución, con el propósito de establecer el derecho de filiación del recién nacido a través de la Gestación por sustitución la cual garantizará su protección jurídica en la sociedad.

El vacío de la normatividad vigente sobre Filiación produce desprotección y lo que se busca es alertar e incentivar a los poderes del Estado sobre la necesidad de reformar el Código Civil de 1984, a

fin de poder incorporar la nueva teoría del parentesco genético en la filiación de las personas.

B. PROBLEMÁTICA ACTUAL

La temática del presente anteproyecto de ley, se enmarca en una problemática que requiere de suma urgencia una solución adecuada sobre “La Filiación del recién nacido en la Gestación por sustitución”, por cuanto la solución debería ser pronta en resguardo del interés superior del menor, nacido por este sistema de reproducción asistida.

En el Perú en general existe un gran porcentaje de parejas en edad reproductiva que sufren de Esterilidad Primaria (no han concebido, pero es posible que lo hagan); de Esterilidad Secundaria (han concebido antes); o de Esterilidad Absoluta (sin posibilidad de cambiar esta situación adversa).

Se puede decir que en la actualidad 4 de cada 10 mujeres en edad fértil no logra embarazarse pese a tener relaciones sexuales sin usar métodos anticonceptivos, lo cual resulta muy preocupante y traumante para las parejas, tomando en consideración que los costos para una fertilización asistida o mediante gestación por sustitución son elevadísimos en nuestro país, y si a ello le aunamos la falta de legislación que brinde protección a los padres genéticos lo cual ocasiona graves problemas en la filiación del menor, cuando se da por medio de una gestación por sustitución, situación que en nuestra legislación en pleno siglo xxi no contempla, por lo que se hace necesario que así como avanza la ciencia, la tecnología, la medicina en sus descubrimientos, nuestra legislación este acorde con la realidad y la problemática de los ciudadanos y se brinde la seguridad jurídica que se necesita para este tipo casos.

La infertilidad y la esterilidad, es un problema complejo que afecta a la comunidad mundial en un 30% en su población, en la procreación humana por el método natural. De este porcentaje sólo el 10% pueden

llegar a procrear con un tratamiento médico ambulatorio y el 20% tienen que hacerlo por medio de las técnicas de procreación asistida, preferentemente por gestación por sustitución.

La infertilidad causa un grave daño en el proyecto de vida de la mujer y el alquiler de vientre ha resultado ser una solución para este problema que lesiona a la mujer en su derecho a la maternidad.

El desarrollo de la ciencia y la tecnología moderna, constantemente impulsan innovaciones y cambios en la realidad social, rebasando los esquemas culturales y las disciplinas jurídicas, como es el caso del derecho de familia, con las nuevas técnicas de procreación asistida por gestación por sustitución que ha sobrepasado la necesidad urgente de promover la pronta legalización para aliviar el problema de las parejas que sufren de esterilidad e infertilidad y se ven privadas para aprovechar ésta técnica de procreación asistida para tener sus anhelados hijos.

La maternidad por sustitución, que se da mediante el alquiler de vientre, es una técnica de procreación humana asistida, que permite a una pareja estable o persona soltera tener hijos mediante el alquiler de vientre de una tercera persona para la gestación hasta el alumbramiento. El uso de esta técnica es una gran alternativa de solución al problema de gestación de la mujer. Pero sucede que, si bien científicamente es posible, jurídicamente la gestación por sustitución es ilegal en el Perú, lo cual motiva graves problemas en la filiación de los padres genéticos con sus hijos nacidos por gestación por sustitución, no contemplados en el Código Civil.

La presente modificación al artículo 7° de la Ley General de Salud tendrá efectos en el desarrollo social, puesto que contribuirá a la legalización del alquiler de vientre con subrogación materna, la misma que debe regularse por medio de una Ley Especial, dado que por su propia naturaleza implica establecer aspectos normativos y

procedimientos administrativos que no son propios de una legislación codificada como el código civil.

III. PROPUESTA DE INCLUSIÓN LEGISLATIVA

Se propone modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud: (artículo original).

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

IV. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La propuesta legislativa se enmarca en la política del Estado vigente. La presente propuesta busca modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud vigente, que aborda sobre los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual, específicamente al tratamiento de infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, presentando una normativa que consigne los criterios a valorar para establecer las condiciones legales a efectos de garantizar la seguridad jurídica para la filiación del menor recién nacido por este tipo de maternidad por sustitución, propuesta que no causa contradicción normativa.

V. ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO

El presente anteproyecto de ley implica la modificación del artículo 7° de la Ley General de Salud el mismo que contribuirá a la legalización

de la maternidad por sustitución y por ende a la Filiación del menor por los padres genéticos, ya que es de relevante importancia, habida cuenta que permitirá formular alternativas de solución, que subsanen las deficiencias legales frente a esta problemática.

Con la precisión antes indicada se permitirá un ahorro en la utilización de recursos humanos, económicos y logísticos por parte de los entes encargados de administrar justicia, además del beneficio que representa para las parejas con problemas de infertilidad y la seguridad que debe otorgar el Estado al velar por el interés superior del menor.

VI. FÓRMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LO SIGUIENTE:

Ley que incorpora el artículo 7° de la Ley General de Salud:

TITULO I DE LOS DERECHOS, DEBERES Y RESPONSABILIDADES CONCERNIENTES A LA SALUD INDIVIDUAL

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre y padre genético(s) y/o biológico(s) recaiga en parejas reconocidas civilmente o aprobada en la sociedad de gananciales en los casos de parejas por unión de hecho. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos o genéticos, así como de la mujer que cede su vientre solo para el caso de la reproducción asistida homologa extracorpórea.