



**UNIVERSIDAD NACIONAL
TORIBIO RODRÍGUEZ DE MENDOZA DE AMAZONAS**



**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

TESIS

**NORMATIVIDAD JURÍDICA PERUANA Y LA
LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORA

BACH. ROSA EDELMIRA AVELLANEDA CHUMBE

ASESOR

MG. SEGUNDO ROBERTO GUEVARA ARANDA

CHACHAPOYAS – PERÚ

2018



**UNIVERSIDAD NACIONAL
TORIBIO RODRÍGUEZ DE MENDOZA DE AMAZONAS**



**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

TESIS

**NORMATIVIDAD JURÍDICA PERUANA Y LA
LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORA

BACH. ROSA EDELMIRA AVELLANEDA CHUMBE

ASESOR

MG. SEGUNDO ROBERTO GUEVARA ARANDA

CHACHAPOYAS – PERÚ

2018

DEDICATORIA

A mi madre, *Edita Chumbe Olivares*, con profundo amor y cariño, por haberme conducido hacia el camino del bien y el éxito. Por su valioso apoyo incondicional, confianza y comprensión; Siendo ella la motivación de mi formación profesional.

Rosa

AGRADECIMIENTO

A los magistrados de la “Corte Superior de Justicia de Amazonas” por haberme facilitado la información bibliográfica requerida sobre la gestación por sustitución.

Al Mg. Segundo Roberto Guevara Aranda, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, por sus orientaciones y apoyo en el proceso de elaboración y redacción del informe de tesis.

Con orgullo e identidad, mi a la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, alma máter de la educación superior amazonense; desde esta unidad académica mediante su staff docente donde se imparte y orienta durante el largo camino de la formación profesional, hacia la vida al servicio de la defensa de los derechos, de los niños, adolescentes, personas con discapacidad y el pueblo conformado por las mayorías nacionales.

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRIGUEZ DE MENDOZA DE AMAZONAS	
Dr. Policarpo Chauca Valqui	RECTOR
Dr. Miguel Ángel Barrena Gurbillón	VICERRECTOR ACADÉMICO
Dra. Flor Teresa García Huamán	VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS	
Dr. Héctor Manríquez Zapata	DECANO

VISTO BUENO DEL ASESOR

El que suscribe en cumplimiento al Artículo 28 del Reglamento General para el Otorgamiento del Grado de Bachiller y del Título Profesional en la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, aprobado con Resolución de Consejo Universitario N° 073-2015-UNTRM-CU, da el visto bueno a la tesis:

“NORMATIVIDAD JURÍDICA PERUANA Y LA LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN” de la Bachiller ROSA EDELMIRA AVELLANEDA CHUMBE, la misma que fue elaborada de acuerdo a la metodología y en concordancia al esquema de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas.

Chachapoyas, octubre de 2018

Mg. Segundo Roberto Guevara Aranda
DNI N° 17901040

JURADO DE TESIS

El Jurado de Tesis, ha sido designado según el Artículo 14° del REGLAMENTO GENERAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL GRADO DE BACHILLER Y DEL TÍTULO PROFESIONAL EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRÍGUEZ DE MENDOZA DE AMAZONAS, aprobado con Resolución de Consejo Universitario N°073-2015-UNTRM-CU el mismo que está conformado por:

Dr. EUCLIDES LUQUE CHUQUIJA
Presidente

Abg. GERMAN AURIS EVANGELISTA
Secretario

Mg. PILAR MERCEDES CAYLLAHUA DIOSES
Vocal

DECLARACIÓN JURADA DE NO PLAGIO

Yo, ROSA EDELMIRA AVELLANEDA CHUMBE, identificada con DNI N° 48399528, Bachiller de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autora de la tesis titulada: “NORMATIVIDAD JURÍDICA PERUANA Y LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN”, la misma que presento para obtener:

El Título Profesional de abogada en Derecho y Ciencias Políticas.

2. La tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente, para la cual se han respetado las normas internacionales de citas y referencias para las fuentes consultadas.
3. La tesis presentada no atenta contra derechos de terceros.
4. La tesis no ha sido publicada ni presentada anteriormente para optar algún grado académico previo o título profesional.
5. Los datos presentados en los resultados son reales, no han sido falsificados, ni duplicados, ni copiados.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo toda responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra y/o invención presentada. Asimismo, por la presente me comprometo a asumir a demás todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse para la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza en favor de terceros por motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontraren causa en el contenido de la tesis.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones civiles y penales que de mi acción se deriven.

Chachapoyas, octubre de 2018

Rosa Edelmira Avellaneda Chumbe
DNI N° 47425238

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTOS	iv
AUTORIDADES UNIVERSITARIAS	v
VISTO BUENO DEL ASESOR	vi
JURADO DE TESIS	vii
DECLARACIÓN JURADA DE NO PLAGIO	viii
ÍNDICE	ix
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
I. INTRODUCCIÓN	13
1.1. Realidad problemática.....	13
1.2. Formulación del problema.....	15
1.3. Justificación del problema.....	15
II. OBJETIVOS	17
2.1. Objetivo General.....	17
2.2. Objetivo específico.....	17
III. MARCO TEORICO	18
3.1. Antecedentes de la investigación.....	18
3.2. Bases teóricas.....	21
3.2.1. Derecho a fundar una familia y el derecho a procrear.....	22
3.2.2. Técnicas de reproducción asistida (TERAs).....	27
3.2.3. La gestación por sustitución.....	30
3.2.4. El ordenamiento jurídico peruano sobre la gestación por sustitución.....	43
3.2.5. La legislación comparada sobre la gestación por sustitución.....	49
3.3. Definición de términos.....	53
3.4. Hipótesis.....	55
3.5. Determinación de las variables.....	55
IV. MATERIAL Y METODOS DE ESTUDIO	56
4.1. Objeto de estudio.....	56
4.2. Diseño de investigación.....	56
4.3. Población, Muestra y muestreo.....	57
4.4. Fuente de información.....	58
4.5. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	58
4.6. Procesamiento y análisis de datos.....	62
V. RESULTADOS	64
VI. DISCUSIÓN	96
VII. CONCLUSIONES	110
VIII. RECOMENDACIONES	112
IX. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	113
ANEXOS	119
ANEXO 01. ANALISIS DE SENTENCIA EMITIDAS POR LA CORTE	

SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA.....	120
ANEXO 02. ANALISIS DE SENTENCIA EMITIDAS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA.....	121
ANEXO 03. ANALISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CIDH CASO ARTAVIA MURILLO VS COSTA RICA.....	
ANEXO 04. ANALISIS DE LA SENTENCIA EMITIDAS POR TUDH CASO MENNESSON VS FRANCIA.....	122 123
ANEXO 05. ANALISIS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	124
ANEXO 06. CARTA DIRIGA A EXPERTOS.....	125
ANEXO 07. FORMATO DE OPINIÓN DE EXPERTOS.....	126

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1: LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	64
--	----

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA 01: DERECHO PROCREACIÓN.....	24
FIGURA 02: FORMAS DE REALIZARSE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	35
FIGURA 03 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN SUIZA.....	66
FIGURA 04: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ALEMANIA.....	68
FIGURA 05: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN FRANCIA.....	71
FIGURA 06: LA GESTACIÓN POR SISTITUCIÓN EN RUSIA.....	73
FIGURA 07: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN CANADA.....	77
FIGURA 08: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN GRECIA.....	79
FIGURA 09: LA MATERNIDAD LEGAL EN ECUADOR	82
FIGURA 10: MATERNIDAD LEGAL EN CHILE.....	83
FIGURA11: FIGURA DE LA MATERNIDAD EN PERÚ.....	84
FIGURA 12: CASO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRADICIONAL.....	86
FIGURA 13: CASO GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL.....	88
FIGURA 14: CASO GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL.....	90
FIGURA 15: CASO GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL.....	92
FIGURA 16: CASO DE GESTACIONAL POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL.....	95

RESUMEN

La gestación por sustitución mediante las técnicas de reproducción asistida ha ayudado a muchas parejas infértiles tanto en el Perú como en el mundo a ser padres. Por ello, la presente investigación tiene como finalidad determinar la relación entre la normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la gestación por sustitución y comprender porqué cada legislación ha adoptado posturas diferentes para su regulación. En suma, ante la falta de una clara y expresa regulación en nuestro ordenamiento jurídico, que prohíba o admita la gestación por sustitución, ha originado que los magistrados adopten diferentes criterios dejando muchas dudas sobre la regulación de las técnicas de reproducción asistida en el Perú. La gestación por sustitución es una realidad social latente en el Perú y su falta de regulación ha generado una práctica constante siendo necesario conocer y comprender porque las legislaciones de Suiza, Francia y Alemania han adoptado la postura prohibitiva y legislaciones como Rusia, Canadá y Grecia han adoptado la postura permisiva y caso contrario las legislaciones de Ecuador, Chile han adoptado omitir una regulación clara y expresa sobre la gestación por sustitución. Con ello se determinará que existe una insuficiente regulación en el Perú acerca de la gestación pro sustitución.

Para la contrastación de la hipótesis hemos utilizado el fichaje bibliográfico y análisis documental de las diferentes legislaciones que se encuentran en el derecho comparado, así como de nuestra legislación. De los resultados y la discusión se ha llegado a comprobar la hipótesis planteada, lo que posteriormente han resultado las conclusiones y recomendaciones.

Palabras clave: Gestación por sustitución, legislación comparada, regulación, posturas.

ABSTRACT

The gestation by substitution through the techniques of assisted reproduction has helped many infertile couples both in Peru and in the world to be parents. Therefore, the purpose of this research is to determine the relationship between Peruvian legal regulations and comparative legislation on replacement pregnancy and to understand why each legislation has adopted different positions for its regulation. In short, in the absence of a clear and express regulation in our legal system, which prohibits or admits gestation by substitution, has caused the judges to adopt different criteria leaving many doubts about the regulation of assisted reproduction techniques in Peru. The gestation by substitution is a latent social reality in Peru and its lack of regulation has generated a constant practice being necessary to know and understand why the laws of Switzerland, France and Germany have adopted the prohibitive stance and legislation such as Russia, Canada and Greece have adopted the permissive position and otherwise the laws of Ecuador, Chile have adopted omit a clear and express regulation on gestation by substitution. This will determine that there is insufficient regulation in Peru about pro-replacement gestation.

For the testing of the hypothesis we have used the bibliographic and documentary analysis of the different legislations found in comparative law, as well as our legislation. From the results and the discussion has come to check the hypothesis, which subsequently have resulted in conclusions and recommendations.

Keywords: Replacement gestation, comparative legislation, regulation, positions.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad Problemática

El mundo globalizado nos ha presentado nuevas formas de regulación jurídica relacionados con la bioética, tal es el caso de la gestación por sustitución, una nueva manera de engendrar el vínculo filial, lo que comúnmente se conoce como “vientre de alquiler”.

Así, esta figura ha planteado desde hace años la problemática respecto al derecho materno filial en el Derecho Internacional Privado, así la primera controversia del tema que nos ocupa data de 1983, año en el que dos óvulos humanos fecundados fueron congelados al fallecer sus padres en un accidente aéreo, desatando un verdadero debate jurídico, filosófico y científico. Asimismo ha planteado un problema de decisión, en cuestión si los embriones debían ser destruidos o implantados en el útero una madre subrogada para que pudieran recibir la fortuna de la pareja (más de 5 millones de dólares). El ministro de salud en Victoria, Australia, John White dictaminó que los niños nacidos como fruto de la implantación de embriones no podrían considerarse vinculados familiarmente a los demás supervivientes de los padres fallecidos y por tanto, carecerán de derechos a la herencia. (Campillo, 2009).

En el derecho comparado se verificó que la mayoría de los Estados europeos prohíben la gestación por sustitución, es el caso de Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suiza, entre otros; sin embargo hay casos muy particulares como es el de España, que regula la gestación por sustitución, pues cabe destacar que esta regulación lo ha hecho mediante la Ley N° 14/2006 que prohíbe la maternidad subrogada y en el año 2010 se reguló el supuesto de inscripción en el Registro Civil Nacional sobre la filiación proveniente de “gestación subrogada”. (Beorlegui, 2014, p. 5).

En Latinoamérica se está regulado de manera distinta, veamos por ejemplo que en Uruguay no se ha permitido, pero haciendo una interpretación jurídica del artículo 135 del Código de la Niñez y de la Adolescencia del citado país, que prescribe: *“No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los 30 días de su nacimiento”*. En cambio en México posee una legislación permisiva atenuada por la que se crea un registro de mujeres que ofrecen su vientre para gestar un hijo que luego entregarán a los comitentes, es concebido en su forma altruista y por única vez para la misma mujer, debiendo el proceso ser autorizado y supervisado por la dependencia ministerial encargada de la salud poblacional.

Son escasos los países que poseen una normativa especial al respecto. En EEUU, algunos estatutos y propuestas de legislación uniforme tienen un esquema similar al de la adopción para brindar eficacia a los acuerdos de maternidad subrogada. El Estado de California es el que posee la normativa más favorable para la gestación por sustitución.

El tema que se ha estudiado es sobre la regulación en la legislación comparada, en donde varios son los países que ya regulan esta figura, sin embargo no todas las legislaciones han optan por ser permisivas, es decir permitir que se dé la gestación por sustitución y lo han regulado mediante una ley, sin embargo, hay otras que no permiten la gestación por sustitución, desarrollando todo un argumento en contra de esta institución teniendo como fundamento el elemento natural de la constitución de la familia y del vínculo materno filial; como también existen otros países que no regulan positivamente esta figura, y su desarrollo es jurisprudencial.

En la normatividad jurídica peruana, no hay una ley especial que regule de forma positiva o negativa la gestación por sustitución, no sabemos si nuestra legislación sobre el tema en estudio es permisiva o no, o simplemente omite regularla, pues al no regular esta figura, estaríamos ante un problema de vacío legal y afectación de los derechos de las personas en la solución de sus conflictos sobre los casos de gestación por sustitución.

Además tampoco existen estudios respecto a la legislación comparada, por lo cual la comunidad jurídica debería preocuparse a fin de escudriñar las causas y los efectos de esta figura en el ámbito del derecho genético, derecho de familia, derecho real, derecho de sucesiones y hasta del derecho de obligaciones.

1.2. Formulación del Problema

Problema General

¿Cuál es la relación de la normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la gestación por sustitución?

Problemas Específicos

¿Qué legislación comparada opta por prohibir la gestación por sustitución?

¿Qué legislación comparada opta por permitir la gestación por sustitución?

¿Qué legislación comparada opta por omitir la gestación por sustitución?

1.3. Justificación del Problema

El presente trabajo de investigación, es pertinente, porque ha posibilitado conocer una realidad que se viene dando en nuestro país y ha sido importante analizarlo desde la legislación comparada que nos ha permitido conocer e identificar a cuál de los tipos de desarrollo legislativo como el permisivo, prohibitivo, limitativo u omisivo se ha adherido nuestra normatividad jurídica peruana sobre gestación por sustitución, y que los legisladores tomen en cuenta la importancia de regular la gestación por sustitución, ya que se vienen presentado casos de mayor complejidad que disgreguen el vínculo materno filial o desnaturalicen la idea de la familia en el Perú.

la investigación tiene una justificación desde la perspectiva social con una visión comparada de las legislaciones que regulan la gestación por sustitución ya sea de forma permisiva, prohibitiva, limitativa u omisiva en dichas sociedades, y a partir de ahí aprender y extraer lo más beneficioso a nuestra realidad nacional y para su regulación en el futuro, y que seguramente el aporte científico de este estudio va

a fortalecer y ampliar el conocimiento que ahora nos plantea la modernidad, y se puedan verificar las mutaciones de conceptos como maternidad, paternidad, filiación, entre otros siendo necesarias nuevas estructuras mentales y formas de pensar para comprender nuevos procesos de transformación de nuestra sociedad en pleno siglo XXI.

Con este estudio se ha logrado determinar el tipo de relación que tiene nuestra legislación, con las legislaciones extranjeras, así como la urgencia de regular la figura de la gestación por sustitución, ya que se vienen presentando casos de mayor complejidad que disgreguen el vínculo materno filial o desnaturalicen la idea de la familia en el Perú.

La presente investigación ha servido para complementar el desarrollo de la regulación de la gestación por sustitución, en forma especial y de acuerdo a nuestra realidad, a fin de estar a la vanguardia del derecho genético y de la necesidad de la sociedad actual y los avances tecnológicos.

El tema materia de análisis es de gran utilidad ya que ayudó a determinar desde la legislación comparada que nos ha permitido conocer e identificar a cuál de los tipos de desarrollo legislativo como el permisivo, prohibitivo, limitativo u omisivo se ha adherido nuestra normatividad jurídica peruana sobre gestación por sustitución.

II. OBJETIVOS

2.1. Objetivo General

Determinar la relación de la normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la gestación por sustitución.

2.2. Objetivos Específicos

- Describir la legislación de los países que regulan en forma prohibitiva, permisiva y omitiva la Gestación por Sustitución.
- Analizar la jurisprudencia nacional e internacional sobre la gestación por sustitución.

III. MARCO TEÓRICO

3.1. Antecedentes de la Investigación

En la búsqueda de investigaciones en las que se reporte estudios correlatos entre la normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la gestación por sustitución se ha encontrado suficiente información. Entre los más relevantes, se ha hallado estudios con cierta similitud, uno en el ámbito mundial y otro en el nacional.

a. A nivel internacional

Di Prieto y Trucchi (2016), quienes presentaron la Tesis titulada: “*Gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado*” realizado en la Universidad Nacional de La Pampa - Argentina. Es una investigación que luego de haber analizado detenidamente la institución jurídica en estudio, la gestación por sustitución, advierten la necesidad de su regulación concreta y específica en el ordenamiento jurídico argentino. Se refieren tanto al reconocimiento de los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, con la finalidad de hacer posible la inscripción de los niños nacidos en virtud de esta práctica, en los Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas de ese país; como así también a la validez de dichos contratos celebrados en Argentina, capaces de generar lazos filiatorios con sus consecuentes efectos jurídicos. Ponemos de resalto la importancia que merece el tema planteado, ya que, de contar con una legislación adecuada, se brindaría solución a un amplio sector de la sociedad, que enfrenta hoy grandes dificultades para concretar su deseo de ser padres. Ya sea por padecer enfermedades que les impide a las mujeres llevar adelante un embarazo, aun empleando las demás TERAS (casos de parejas heterosexuales u homosexuales mujeres); o por tratarse de parejas homosexuales varones.

Beorlegui (2014), en su Trabajo de fin de Master titulado: *“La Maternidad subrogada en España”* realizado en la Universidad de Navarra. Después de llevar a cabo toda una investigación y leer argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada, la investigadora manifiesta que la institución jurídica está prohibida en España, los ciudadanos españoles salen hacia otros destinos en los que esta práctica se encuentra aceptada, para así poder tener niños y traerlos de vuelta a casa, con la consiguiente inscripción en el correspondiente Registro Civil. Sin embargo, después de esta investigación llega a la conclusión que una nueva regulación de la materia ayudaría a muchos sectores de la sociedad y evitaría esas salidas a otros estados. Indicando que si bien es cierto que en España se prohíbe la maternidad subrogada, se permite la inscripción de los hijos nacidos por estas técnicas, lo que se entiende que es un apañío regulativo y que podría mejorarse con una nueva y ampliada regulación de la ley 4/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Álvarez y Michelle (2015), autores de la 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”* realizado en la Universidad de Costa Rica. Es una investigación que indica que, los avances tecnológicos han hecho posible el empleo de las técnicas de reproducción asistida; es posible identificar con más frecuencia cómo dichas técnicas son aceptadas por las legislaciones extranjeras y además cómo Costa Rica mantiene un rezago importante en la regulación de estos temas que actualmente se consideran de gran importancia y están directamente relacionados con el derecho humano a formar una familia propia. Además sus investigaciones arrojan que en distintos países donde se regula la reproducción asistida, se abre el tema de los vientres de alquiler a discusión, como una necesidad que también debe

ser regulado ya que es una práctica extendida y notoria como para permitirse o descartarse por medio de una laguna legal. Así mismo, en Estados donde la práctica se prohíbe expresamente se han generado movimientos de apoyo para las personas que exigen que se les reconozca el derecho a tener hijos por medio de la técnica de maternidad subrogada. Considera que una vez que Costa Rica legisle sobre la reproducción asistida, debe regular también la práctica de la maternidad subrogada por motivos de seguridad jurídica, creemos que una ley de reproducción asistida que no entre a regular este tema generaría una serie de lagunas legales que derivarían en una incerteza jurídica para todas aquellas personas que desearían acceder de alguna manera a este método.

b. A nivel nacional

Velásquez (2015), en su Tesis titulada: *“Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano”* realizado en la Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez” de Arequipa. Sostiene la gestación por sustitución o maternidad subrogada, la cual la autora trata este tema como consecuencia jurídica, si es que este tipo de contrato se da en la realidad, y por lo tanto la legislación penal debe regularla, a fin de que se sancione la aplicación y sus alcances para evitar el abuso, la ilegalidad y el desconocimiento de varios derechos fundamentales. Indicando además que existe una incorporación de acápites en sistemas jurídicos extranjeros que ya contemplan la sanción penal de la Maternidad Subrogada aun en nuestra legislación se mantiene reinantes en el campo de la filiación “Mater semper certa est” y “Partus sequitur ventrem”, se determina que madre legal es aquella de donde ha nacido el hijo. Y finalmente nos muestra el vacío legal, cuando manifiesta que, la falta de legislación conllevan a las técnicas de reproducción humana asistida, además de generar incertidumbre en las situaciones jurídicas respecto de la filiación correspondiente a los padres y los hijos nacidos mediante estos métodos y obviamente a través de

subrogación materna, ha creado también un culto de clandestinidad e impunidad sobre esta práctica.

Del Águila (2009), cuyo trabajo de investigación titulado: *“Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos: Nueva perspectiva en el Derecho de Familia”* realizado en la Universidad San Martín de Porres de Lima. Es una investigación que concluye, manifestando que la maternidad sustituta nunca debe contemplarse como un contrato en nuestro sistema jurídico peruano, en virtud que un convenio de esta índole es ilegal, contrario a la moral y las buenas costumbres que imperan en nuestra sociedad.

c. A nivel local

A nivel de la Región Amazonas, en ninguna universidad se ha encontrado investigación alguna sobre la institución jurídica en estudio, sin embargo la presente investigación aspira a ser la primera en su género con la finalidad de incentivar al estudio de esta institución de derecho de familia y de derecho genético.

3.2. Bases Teóricas

La sustentación teórica del problema principal y específicos de investigación que se abordó implica, esencialmente, determinar la relación entre la normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la gestación por sustitución. Además, radica en describir, analizar y comprender cómo cada legislación ha regulado la gestación por sustitución en su ordenamiento jurídico. Las teorías o posturas expresadas en investigaciones, principios y leyes que satisfacen las interrogantes planteadas se explicitan a continuación.

3.2.1. Derechos a fundar una familia y el derecho a procrear

La unión de hecho y el matrimonio como unión de voluntades, anhelos, deseos, amor y responsabilidades son objeto de protección y garantía del Estado. Son un paso previo a la formación de una familia reconocida legalmente; junto a los hijos forman una célula de organización social. Pero cuando existe infertilidad o esterilidad se trunca un sueño y un anhelo del matrimonio o la unión de hecho; impide el desempeño de los roles de padre y madre. Situación causante de tensión y en peores casos de separación y disolución. La utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida en la gestación por sustitución es una respuesta científica a esta dificultad personal y familiar. Siendo el verdadero destinatario según los médicos son los niños nacidos, quienes sin la intervención de la tecnología en la denominada gestación por sustitución no habrían existido nunca:

3.2.1.1. Derecho a Fundar una Familia

Toda persona tiene el derecho a formar una familia y también tiene el derecho al acceso de las nuevas técnicas de la ciencia siempre y cuando no afecte los derechos de terceros.

Sobre la familia, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha señalado en el artículo 17° de la Convención Americana, reconoce su papel central en la existencia de una persona y en la sociedad en general. Es un derecho básico de la Convención que se considere que no se puede derogar, aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.1 de la Convención Americana establece como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, la familia “debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

La declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo VI, como el artículo 15. 2 del Protocolo de San Salvador; establecen el derecho a la constitución de la familia, el cual

constituye una facultad de las personas, que comprende dos aspectos esenciales:

- Derecho a fundar una familia
- Igualdad de derechos para ambos conyugues, en caso de matrimonio.

Badilla (2015) el Derecho a fundar una familia opera de manera independiente del derecho al matrimonio. El Derecho a fundar una familia no requiere la existencia de un matrimonio previo, puede estar o no fundada en un matrimonio. (p.5).

El autor nos indica que el derecho a fundar una familia, no necesariamente implica contraer matrimonio, pues ahí se da la figura del concubinato, cuya figura está regulada en el Perú, por el Código Civil.

El Comité de los Derechos Humanos ha señalado que el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similar (Observación general N° 19).

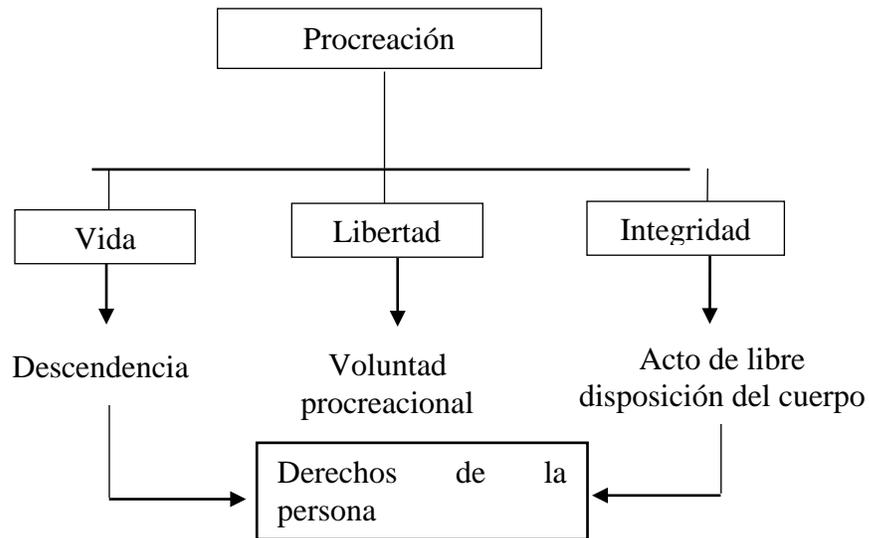
Finalmente, la CIDH (2012) considero que *“la decisión de tener hijos biológicos... pertenecen a la esfera más íntima de la vida privada y familiar...y... la forma como se construye dicha decisión es*

parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja”. Que la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia” (Caso Artavia Murillo vs Costa Rica).

En nuestra opinión este derecho está definido no solo en las legislaciones nacionales de cada país, sino que además está regulada por una norma supranacional, como las que hemos mencionado en los párrafos anteriores, quedando claro que es un derecho de carácter supranacional, y que dicho derecho implica a la esfera privada de la pareja, quienes procrean hijos, esto además nos hace alusión a que todos en forma universal tienen derecho a procrear.

3.2.1.2. Derecho a la Procreación

FIGURA 1: DERECHO DE PROCREACIÓN



Fuente: Varsi, 2013, p. 400

Varsi (2013) considera que el derecho a procrear, es aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera. Este derecho ha obtenido mayor connotación con la utilización de las técnicas de reproducción asistida en los casos de fecundación en mujeres solas, en homosexuales, gestación por sustitución, crioconservación, clonación, entre otros. Como facultad inherente al ser humano la procreación es un derecho derivado del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona (p. 398).

Rivero (1991) sostiene que el derecho a procrear, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos...., lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja...el hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. En estos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido..., ni el que demuestra que es padre biológico..., sino el que voluntariamente ha querido y asumido esa paternidad". (p.128).

Estos dos autores coinciden, que el derecho de procrear es un acto de voluntad, sin embargo Varsi, va más allá, pues extiende este derecho, a sujetos que efectivamente no pueden procrear y entonces puede asistirse de las famosas TERAS (Técnicas de Reproducción Asistidas). Afirma además que el derecho a procrear tiene fundamento en el principio voluntarista que se sobrepone a la verdad biológica, considerando que esta no es un valor absoluto, si se toma

en cuenta las relaciones fácticas y el deseo de las partes. Favor affectionis vs. Favor veritatis. Prima la voluntad y la responsabilidad, reafirmandose al “padre de derecho. (Varsi, 2017, p. 10).

Moran (2005) afirma que el principio voluntarista, se sustenta en la verdad formal, favor affectionis. Es la verdad social representada en la posesión de estado, conocido como verdad sociológica o el vínculo socioafectivo. El consentimiento, deseo y afecto marcan la obligación y responsabilidad de las personas que autorizaron la técnica de Procreación quien no pueden negar, luego, su compromiso biológico. (p.81).

El favor veritatis, se sustenta en “la verdad biológica: transferencias de genes entre progenitores y generados. Se utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación, dejando de lado el aspecto social”. (Moran, 2005, p. 89).

Frente, a lo citado, podemos indicar entonces que el Derecho a la procreación se fundamenta con la voluntad procreacional siendo el querer tener descendencia, independientemente de la existencia o no del nexo biológico, la relación de padre a hijos se va establecer por la declaración de voluntad. Todo ello ratifica entonces que no sólo el tema matrimonial define el derecho a procrear, sino que muy a parte de existir o no el nexa matrimonial, y además de existir o no el nexa biológico, acá lo importante es determinar la declaración de voluntad de procrear, o en otras palabras más simples de tener un hijo.

3.2.2. Técnicas de reproducción humana asistida (TERAs)

El proceso de reproducción de los seres humanos es sexual, en el cual se unen los gametos femenino y masculino que originan un embrión. El desarrollo científico ha dado como resultado las Técnicas de Reproducción Asistida pueden ser utilizadas como un tratamiento alternativo para la infertilidad y esterilidad. La gestación por sustitución, es posible gracias a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida TERAS.

Martínez (1993) define a las Técnicas de Reproducción Asistida o TRA como “Los métodos de colaboración creados por la genética, los cuales permiten tener descendencia a las personas que padecen de esterilidad o infertilidad relativa, aplicando únicamente según la legislación comparada a cónyuges y convivientes” (p.320).

Por su parte Varsi (2013) define como “aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. Son métodos supletorios pues buscan superar una deficiencia biológica o psíquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultado ineficaces de manera tal que, como acto médico, robustecen el derecho a la salud reproductiva positiva (poder tener descendencia) (p. 401).

Para nosotros las TERAS, vienen hacer aquellas técnicas ligadas a la biotecnología que van a coadyuvar al tema de la infertilidad, a fin de que la persona que adolece de ello, pueda suplir los métodos naturales de fertilidad, por las técnicas reproductivas artificiales, a fin de procrear.

3.2.2.1. Clases de Técnicas de Reproducción asistida:

A continuación se explican algunas de las técnicas que se pueden utilizar en la gestación por sustitución, Varsi (2013) clasifica a las técnicas de reproducción asistida:

a) La inseminación artificial (IA)

La inseminación artificial tiene como fin esencial la procreación, 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 baja tecnología médica. (p 404).

b) Fecundación in vitro (FIV)

Conocida como la fecundación extracorpórea es la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la persona que va a gestar. (p. 405).

Como podemos apreciar de los conceptos de cada tipo de las Técnicas de Reproducción Asistida que acabamos de describir, se tiene que la primera de ellas la fecundación se da intracorpórea, mientras que en el segundo tipo fecundación extracorpórea.

3.2.2.2. Formas utilizadas:

La inseminación artificial (IA) y la fecundación in vitro (FIV) pueden ser de dos tipos como interconyugal y supraconyugal.

Gamboa (2010) las define:

a) Fecundación Interconyugal:

Llamada también homóloga en esta técnica de fecundación el material genético (óvulo y semen) proviene del cónyuge o conviviente, no crea mayor problema, puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a dicha práctica y sus consecuencias; asimismo la unión de hecho le ofrece una presunción legal de la paternidad al producto de la concepción. (p.15).

b) Fecundación Supracorpórea:

Llamada también heteróloga porque el material genético proviene de un tercero o cedente que crea situaciones en parte nada seguras puesto que con el cedente se carece de una relación jurídica filial reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (trasmisión sucesoria), deberes naturales (reconocimiento), negación de vínculos filiales (impugnación de paternidad), entre otros. (p.15).

Esta última técnica encuentra su fundamento en el libre albedrío de las personas de disponer de sus derechos, el derecho a procrear, la igualdad y la libertad, y el derecho de formar una familia.

En cuanto a la gestación por sustitución, tenemos que este vertiginoso avance de la fecundación in vitro deja abierta la posibilidad de la gestación a través de una mujer sustituta ajena a la pareja solicitante o contratante. Tradicionalmente solía relacionarse una sola mujer con la maternidad natural y la maternidad legal, hoy en día conocemos de la existencia de varias formas de maternidad, genética, gestante y legal.

3.2.3. La Gestación por Sustitución

Tradicionalmente, en la procreación, la mujer aportaba tanto el óvulo como la gestación; en la actualidad, con la incorporación de las técnicas de reproducción asistida, es posible la diversificación de las funciones maternas. En concreto, la aportación del gameto femenino, la gestación, el deseo y la voluntad de ser madre (comitente) y la atribución de la función jurídico-social de madre que pueden corresponder a diferentes mujeres o concurrir algunas de estas funciones la mujer.

Así para tener un mejor entendimiento del objeto de estudio en sí, vamos a abordar algunos conceptos que nos ayudará a comprender mejor dicho fenómeno.

3.2.3.1. Terminología

Es generalmente conocida con la expresión gestación por sustitución, gestación subrogada, aunque se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, subrogación de útero, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler”.

Todas aquellas denominaciones, que hemos mencionado, se debe a que existen autores que utilizan diferentes términos para referirse al mismo tema, y en ese sentido vamos a ver cada uno de los aportes, para luego justificar por qué hemos decidido denominar “gestación por sustitución”.

Para Di Prieto y Trucchi (2016) el término maternidad no parece ser adecuado para referirse a este tipo de técnica de reproducción humana asistida (TERA), porque hace alusión a la condición de la mujer que ha sido madre, y se considera madre a quien da a luz.

“El vocablo más adecuado parecería ser gestación por sustitución, porque al gestar hace referencia a la mujer que lleva en su seno el embrión hasta el momento del parto. No se trata de la identidad biológica de este embrión, por ello puede ser de la madre gestante, de la comitente o de la donación de una tercera mujer. Asimismo la palabra sustitución se refiere a poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Aquí sustituir la gestación de la madre comitente por la madre, que gestará en lugar de la primera.” (2016, p. 7-8).

Lamm (2012) por su parte, considera que el término más apropiado para definir dicha práctica es el de gestación por sustitución y sostiene. “me inclino por la denominación “gestación por sustitución” en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto porque engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo.” (p.4).

Vélez (2003) señala que “madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre). Por eso sería mejor hablar de “gestación” en lugar de “maternidad”, pues de lo que se trata es de prestar el útero, sustituir la matriz, para gestar el embrión genético o no de otro.” (p.195).

Frente a lo aportado por dichos autores, nosotros compartimos dichas opiniones, ya que al utilizar el término maternidad no es el adecuado por ser un concepto demasiado amplio como para encargarlo. La

maternidad no se subroga, pero lo que se subroga es la gestación. En tal sentido, debemos tener coherencia con lo descrito en páginas anteriores, estaríamos hablando de una fecundación dentro del útero de la gestante (quien no solo aporta la gestación sino también el óvulo) y fecundación fuera del útero de la gestante. Siendo las modalidades más frecuentes y siendo necesario e importante advertir que bajo la denominación gestación por sustitución se incluyen otras variantes. En ese sentido lo correcto es denominarla gestación. Y en cuanto a la palabra “sustitución”, ello también es adecuado, ya que se sustituye el órgano de la gestación, a fin de que otra lo haga por la que desea tener un hijo.

3.2.3. 2. Concepto

En la doctrina podemos encontrar numerosos conceptos de gestación por sustitución dadas las formas en que puede realizarse esta figura, me limitare a citar aquellas que considero más significativas:

Delgado (2008) señala que “es el acto jurídico mediante el cual el médico con experiencia en la materia, aplicara alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro) a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de ésta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante” (Delgado, 2008, p.40, citado por Salas, 2016).

Pérez (2002) considera “como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino). (p. 329)

Sánchez (2010) señala que “la gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar al recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales (inseminación artificial (IA) o fecundación in vitro (FIV).” (p. 8).

Lamm (2013) afirma que la gestación por sustitución “es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculo jurídico de filiación con la parte comitente”. (p.24).

En la doctrina encontramos diferentes definiciones sobre la gestación por sustitución ya sea como un contrato oneroso, gratuito; forma reproducción asistida y como acto jurídico. Considero que la gestación por sustitución se formaliza desde acuerdo de voluntades entre la mujer, la madre portadora o sustituta que acepta someterse a las TERAS para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitentes, también llamados padres intencionales; a quienes se

compromete a entregar al niño o niños que puedan nacer. Pero es necesario realizar redactar el convenio para cumplimiento de la obligación ambas partes.

3.2.3.3. Modalidades o tipos de gestación por sustitución

Lamm (2013) distingue dos modalidades de gestación por sustitución la tradicional y gestacional:

a) Gestación por sustitución tradicional:

Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen provenga del comitente (que está o en pareja con una mujer u otro hombre, o es un hombre solo) o de un donante en este último caso, el o los comitentes no aportarían material genético alguno. (p.28).

Como puede advertirse, en la gestación por sustitución tradicional la comitente si la hay pero carece de vínculo genético con el niño en estos casos, generalmente se recurre a la inseminación artificial para provocar el embarazo de la gestante.

b) Gestación por sustitución gestacional:

Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta solo la gestación, pero no sus óvulos; estos serán aportados por la comitente si la hay y puede hacerlo o por un donante. (p.28).

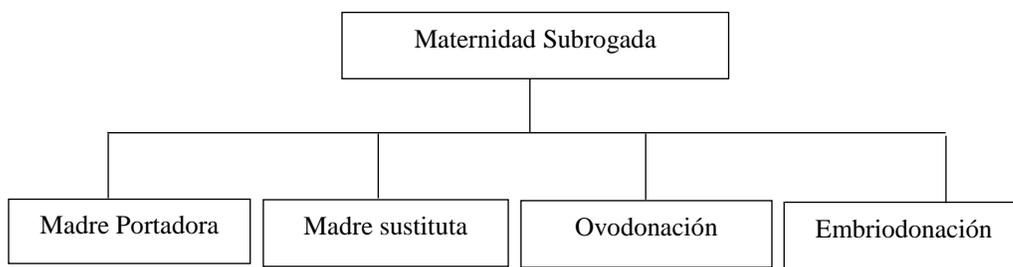
En esta modalidad la concepción tendría lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que comúnmente es la madre comitente. En la gestación por sustitución gestacional necesariamente se debe recurrir a la fertilización in vitro.

Entre las dos tendencias de gestación por sustitución se ha optado por la gestacional, debido a que esta tiene un desarrollo particular debido a

una infertilidad parcial, diríamos en términos coloquiales, ya que en esta figura sólo la madre solicita la gestación más no el aporte de óvulos, tal evidencia se demuestra mucho en legislación comparada y la jurisprudencia, tal como analizaremos luego.

A continuación desarrollaremos las formas de realizarse la gestación por sustitución, siendo Varsi (2013) quien desarrolla innumerables formas con el nombre de maternidad subrogada:

FIGURA 2: FORMAS DE REALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA



Fuente: Varsi, 2013, p. 442

a) Madre Portadora

Cuando la mujer genera óvulos pero tiene un impedimento vía uterina o física de poder gestar, por lo que se tiene que buscar otra mujer que lo sustituya en dicha labor biológica. Es un caso sólo de préstamo de útero dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Aporte de espermatozoides del marido, 2) Aporte de óvulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera. (p. 442).

En este supuesto la gestación por sustitución será gestacional.

b) Madre sustituta

En este caso, la mujer no genera óvulos y tampoco puede gestar, es decir tiene un impedimento tanto en la vía ovárica y uterina, por lo que se debe buscar a una mujer que no solamente lo sustituya en dotar de óvulos, es decir fecundar, sino también en el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante. (p. 443). En este supuesto la gestación por sustitución será tradicional.

c) Ovodonación

Este caso, su nombre mismo lo dice, se trata de óvulos, es decir que acá la mujer si puede desarrollar el proceso de gestación, pero tiene deficiencia ovárica, pues no genera óvulos, por lo que se necesita que se le proporcione solamente óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Óvulo de una mujer cedente, y 3) Gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante. (p. 443, 444).

d) Embriodonación

Este caso no es problema solamente de la mujer, aquí vamos a ver un problema de pareja, en el sentido que ni la mujer puede dar óvulos y tampoco puede desarrollar el proceso de gestación, por lo tanto aquí se tiene una deficiencia tanto ovárica como uterina, Y por otro lado, el hombre es infértil, por lo que se necesita un otorgante de esperma. 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 una tercera mujer o por la cedente del ovulo. La madre procreante puede o no ser la misma.

Sin embargo, esta forma básica de embriodonación admite una variante que es aquella en la cual el marido es infértil y la mujer no produce óvulos, pero puede gestar, por lo que se implanta en esta el embrión formado con los gametos de terceros. (p. 445).

3.2.3.4. Teorías que terminan la maternidad

Existen tres teorías desarrolladas por la doctrina para determinar la maternidad ante el nacimiento de un niño mediante la gestación por sustitución:

a) Teoría de la preferencia de la gestante

Para esta postura, la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto. Madre es aquella mujer que ha gestado y ha parido, siguiendo la regla del derecho romano.

La teoría de la preferencia de la gestante tiene los siguientes fundamentos para determinar la maternidad:

Rivero considera que “los especialistas médicos, los juristas, y muchos que no lo son creen que la función que más se acerca a la de madre, entre la de aquellas tres participaciones (la gestante, la que aporta el material genético y la comitente), es la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación no solo psicológica sino psíquica afectiva, llena de emociones, al parecer compartidas. La mayor parte de las leyes, proyectos e informes, hacen también madre a la mujer que gesta y pare al nuevo ser, proceda de quien proceda el gameto o el embrión. (...) (Rivero, citado en Lamm, 2013, p. 39).

Lledo Yagüe afirma que la maternidad de gestación tiene más valor que la maternidad genética, por lo que es partidario de la regla según la cual *partus sequitur ventrem*. Sostiene el autor, aun cuando los gametos (óvulo y semen) provengan de la maternidad biológica, de forma que madre será no la pareja comitente, la maternidad genética no condiciona en absoluto la maternidad biológica, de forma que madre será no la que presta el óvulo, sino la que soporta la gestación. Es importante el componente de la gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre el fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual ira siempre a favor de la mujer gestante, y en contra de la gestación de sustitución en favor de otra (Lledo, 1988, p.165., citado en Lamm, 2013).

Esta postura fue aprobada también por la comisión de Palacios en el Informe de la Comisión Especial de estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana. Los parlamentarios reflexionaron sobre el valor biológico de dos aspectos presentes en la Gestación por Sustitución: “Los aspectos genéticos de la maternidad y la Gestación, donde concluyeron: Que al “renunciar y ceder los aspectos biológicos genéticos de la maternidad (o sea, la cesión del óvulo), o el renunciar y ceder los aspectos biológicos de la gestación (es decir, la gestación por sustitución) ni por razones biológicas ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos es más importante el componente de gestación que el genético, pues de la gestante lleva en su vientre el fruto durante nueve meses y lo protege fisiológicamente y psicológicamente, lo cual ira siempre a favor de la mujer gestante y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros. Por este motivo recomiendan que se admita la preponderancia biológica de la maternidad de gestación sobre la genética y que la madre legal lo sea siempre la madre gestante, aunque en el origen del hijo hayan

intervenido donantes” (Congreso de los diputados España, 1989, pp.152-153)

En esta teoría, podemos observar, el predominio de la maternidad de gestación sobre la genética lo cual se opone a la gestación de sustitución, pues supone que el hijo lo será de la madre que lo gestó y que, en teoría, lo iba a entregar. Una característica que podemos rescatar de esta teoría, que lo podríamos llamar de enfoque naturalista, es que valora la forma natural de gestar, esta teoría se opone al concepto que desarrollamos en nuestra tesis, no concordamos con esta teoría, porque actualmente la madre no solo es la que desarrolla el proceso de gestación sino que dicho anhelo de ser madre muchas veces se ve truncada por la infertilidad, por lo que dicha mujer también tiene derecho a ser madre, aunque en dicho proceso sustituida, y es necesario que sea ayudada por la biotecnología.

b) Teoría de la intensión

Esta teoría fue desarrollada por el estado de California en el caso de Johnson y Calvert de 1993. Por primera vez una Corte se enfrentó al interrogante sobre si la madre legal es aquella que da luz al niño o la que provee el material genético:

Mark y Crispina Calvert eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Entonces el 15 de enero de 1989, la pareja firmó un contrato con Anna quien prestaría su útero para que el embrión creado por el esperma de Mark y el óvulo de Crispina fuera implantado en Anna y cuando el niño naciera fuera llevado al hogar de Mark y Crispina, como hijo de ellos. Anna estuvo de acuerdo de renunciar a los derechos de madre. Como contraprestación, Mark y Crispina iban a pagar a Anna la suma de 10.000 dólares en cuotas, la última de las cual iba ser abonada seis meses después del nacimiento del niño. Entonces el

embrión fue implantado el 19 de enero 1990 quedando embarazada Anna. En julio de 1990, Anna envió a Mark y Crispina una carta exigiendo que se le pagara el saldo de la suma que lo debían ante ello la pareja le contestaron con una acción legal, en la que solicitaban una declaración en el sentido de que ellos eran los padres legales del niño que aún no había nacido. Por su parte Anna inicio una acción en la que requería que se declarara que era la madre.

Llegando el caso a la Suprema Corte por su lado Anna sostenía que ella debía ser declarada la madre legal del niño, conforme al artículo 7003 del Código Civil de California porque, precisamente, ella había sido quien había dado a luz al niño; por el otro lado, Crispina Calvert sostenía que por el vínculo genético quedaba demostrado que ella era la madre, conforme resultaba del artículo 7015 del Código Civil de California.

Dado que la madre genética como la gestante tenían una reclamación valida en cuanto a la maternidad, la corte se vio en la obligación de buscar un nuevo método para la atribución de maternidad y opto por recurrir a la intension de las parte al analizar el contrato de gestación por sustitución. La Suprema Corte de California concluyo “Que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar el niño. Así, la corte suprema de california determino que Crispina Calvert, *la madre genética, era también la madre legal porque ella había tenido siempre la intension de criar al niño como propio, y sin esa intension el niño jamás habría nacido*”. (Lamm, 2013, p.42-43)

Para el razonamiento de los magistrados del tribunal, la gestante fue solo una facilitadora de la intención de Crispina. Por lo tanto el criterio

que ellos tenían era que sólo ha sustituido el proceso de gestación, y en tal sentido la madre legal era la que proveyó el material genético.

Hernández Ibáñez quien considera que debe ser madre aquella “persona que en el contrato estableció el deseo de tener un hijo a través de esta técnica, sin distinguir si ha aportado el óvulo o no. Si el óvulo ha sido implantado en la gestante, coincidirá, según su posición en una misma persona la maternidad genética y la legal. Y si no se transfirió el óvulo, no se darían en una misma persona ambas maternidades; pero ello no sería óbice para que no se le atribuyera la maternidad legal. Bien es cierto que se rompe el principio de que madre es quien da a luz y de que la madre siempre es cierta, pero no sería obstáculo para otorgarle la maternidad a otra persona, pues se está ante una nueva situación que no tiene por qué solucionarse siguiendo las mismas coordenadas que las que se derivan de la maternidad natural (Hernández, 1989, citado en Lamm, 2013, p. 45).

Después de haber descrito esta teoría, y desde el plano del derecho comparado es en el Estado de California – EE.UU., donde se ha desarrollado esta concepción. Esta teoría sostiene que, madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético y/o biológico.

Esta postura, es la que nosotros estamos de acuerdo y por la que debe guiarse la legislación peruana, además de cambiar la normatividad de la concepción y procreación en el Código Civil Peruano, por lo que es una tarea ardua para dicha sistematización y legislación, ya que debemos adecuarnos a los cambios que nos trae la nueva concepción de la familia, de la madre, entre otros temas.

c) Teoría genética

Para esta postura, entiende que todo niño puede tener solo un padre y sólo una madre genética, y esto pues refleja la concepción natural de la fecundación. De esta manera los padres legales son científicamente verificables, más aún si ahora podemos saber quién es el padre o la madre, con tan sólo la prueba del ADN.

La teoría genética tiene los siguientes fundamentos:

Autores como Bender (2003) sostienen que “valoran esta teoría por ser un valor neutro de parentesco”. Se entiende que esta teoría es más neutra que aquellas que se basan en la gestación (la cual sólo puede ser utilizada en mujeres), porque da igual a la contribución masculina y femenina.” (p. 43).

Andrews y Douglas señalan “que se destaca que es la conexión genética entre los padres y el niño lo que los lleva a operar por las técnicas de reproducción asistida en lugar de la adopción.” (Andrews y Douglas 1991, p. 623., citado en Lamm 2013).

Lamm (2013) afirma “la importancia de este deseo de conexión genética también se ponen de manifiesto con la búsqueda de sus donantes o herramientas genéticos por parte de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida.” (p. 34).

Por un lado la doctrina critica a la teoría genética como base para determinar la paternidad legal porque enfatiza el modelo masculino de la paternidad en lugar de la contribución del parto por parte de la mujer. Los que sostienen esta opinión consideran la prueba genética trivializa la función de la gestación y devalúa la especial contribución de la mujer en la procreación.

Por otro lado, y principalmente esta teoría presenta problemas cuando una tercera mujer dona el óvulo. En este caso, el niño no tiene relación genética ni con la mujer gestante ni con la que tiene la intención de criar al niño.

Para esta teoría, la mujer que dona el óvulo tendrá derecho a reclamar la maternidad. Es decir, si ha recurrido a la donación de óvulos y de semen, conforme esta solución, la maternidad y la paternidad se deberían atribuir a quienes simplemente han aportado el material genético, sin ninguna mención de tener un hijo. A mi criterio esta solución no es posible en una legislación actual.

3.2.4. El ordenamiento Jurídico Peruano sobre la Gestación por Sustitución

En el ordenamiento jurídico peruano, no existe un marco normativo explícito que regule la gestación por sustitución, ni para declararla nula, ni para admitirla. Sin embargo dentro del ordenamiento se tiene al Código Civil y a la Ley General de Salud N° 26842 que nos dan algunos alcances sobre la gestación por sustitución:

- Ley General de Salud N° 26842 en su artículo 7 establece el acceso del uso de las técnicas de reproducción asistida con la condición que madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona.

Salas (2016), considera que “la norma es ambigua porque condena, indirectamente la gestación por sustitución pero seguidamente no establece ninguna restricción ya que señala abiertamente que el uso de toda técnica de reproducción asistida requerirá únicamente del consentimiento escrito de los padres biológicos, no haciendo siquiera alusión alguna a que dicha pareja tenga necesariamente algún problema de infertilidad, lo cual es una omisión grave. De este modo resulta poco

comprensible hablar de una condena jurídica absoluta, de esta norma menor, en cuanto a la gestación por sustitución; ahora por otro lado, el temperamento anacrónico y reaccionario de la Ley General de Salud puede provenir del hecho de que fue promulgada en julio de 1997, por ende hace más necesario efectuar sobre la misma las debidas modificaciones que la actualicen y que la pongan al servicio de los usuarios de los sistemas de salud y de las mujeres y parejas que requieren practicar dichos tratamientos sin trabas ni sanciones para poder concebir.” (p.106).

Aguilar (2013) afirma que esta “ ley exige que la madre genética (la que porta el óvulo) y la madre gestante (la que desarrolla en su vientre la gestación, o madre biológica) deben coincidir, si la madre genética no coincide con la madre biológica, por lo tanto no permite la gestación por sustitución, además exige el consentimiento escrito del padre biológico, con lo cual está dejando de lado que las TERAS se realice las mujeres solas, pues el consentimiento debe ser conjunto dual es de pareja no de persona” (p. 245).

Por lo tanto la norma reconoce el derecho a los tratamientos por la infertilidad y el derecho a la procreación que toda persona goza. Pero solo permite el uso de las técnicas de reproducción asistida así como la transferencia de gametos o células reproductivas donadas por terceros. Lo único que limita la norma es la gestación por sustitución, la cesión de útero, así como los procesos de ovodonación al señalar que la condición de madre genética debe recaer sobre la persona que recurra a alguna de dichas técnicas, que es la madre biológica, es decir la calidad de madre genética debe coincidir con la madre biológica.

Sin embargo la Corte Superior de Justicia de Lima del Quinto Juzgado especializado en lo constitucional determino que “el supuesto de hecho

previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho que una interpretación *a contrario sensu* de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa. Además del uso de esa técnica para la interpretación de textos, existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona. Y eso porque este Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde puede ser aplicable la técnica de reproducción asistida, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas. No existe ninguna norma con rango de ley que establezca una prohibición, de modo que en aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, la técnica de reproducción asistida realizada descansa en un pacto legítimo, pues “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. (Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, F. J N° 9).

Si bien es cierto que la gestación por sustitución no está expresamente regulada en el ordenamiento peruano los magistrados realizan una interpretación a la Ley General de Salud N° 26842 para dar solución a los casos presentados.

- Código Civil Peruano de 1984 en su artículo 371 y 409 impugnación de maternidad ante el supuesto parto. Solo admite una forma de ser madre mediante el parto:

Jiménez (2010) considera que el Código Civil Peruano “en materia de filiación se encuentra desfasado. Se sustenta en la concepción clásica romanista: “mater semper certa est” (la madre siempre es conocida), según la cual la mujer que gesta, es la madre de la criatura que alumbrá”. (356).

Varsi (2013) sostiene que para nuestro Código Civil la “determinación de la maternidad, sea esta matrimonial o extramatrimonial, lo esencial es la acreditación del hecho del parto y la identidad del nacido. Esta norma se sustenta en el axioma de los jurisconsultos *partus sequitur ventrem* (el parto siempre es verdad) el que tiene raigambre ancestral. (Varsi, 2013, p. 184).

En su artículo 371 establece que *“la maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo”*.

En cambio en el artículo 409 prescribe que la *“maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”*

La maternidad en la legislación nacional está dada como “una simple consecuencia del puro hecho biológico que es el parto. Este debe ser llevado a conocimiento del registro civil recibiendo la declaración de nacimiento de un hijo y la identidad de la parturienta que, sin tener que intervenir en el acto del registro, queda considerada como madre del nacido. En este sistema, la maternidad se impone a la madre, que no puede dejar de asumir dicho estatus jurídico inherente. Las razones que sustentan este

régimen es el respeto incondicional por el derecho del hijo al establecimiento de sus vínculos, un sentimiento fuerte de autorresponsabilidad social y familiar acompañada de una sumisión total a los lazos de sangre. La determinación de la maternidad por el parto responde a que determina el proceso de la gestación iniciado con la concepción: madre es la que concibió” (Varsi, 2013, p. 146-147).

Para el Código Civil la maternidad se prueba por el hecho biológico del parto no cabe admitir otro tipo de maternidad de tal manera que indirectamente los artículos señalados reflejan el principio romano “Mater semper certa est” y “partus sequitur ventrem”. La gestación por sustitución en el Perú es una práctica real que ha sido puesta en evidencia ante los juzgados y fuentes periodísticas, esta situación se viene dando debido a la ausencia de una regulación expresa al respecto por la cual se ha presentado al congreso de la Republica proyecto de ley para su regulación y el proyecto de reforma al Código Civil de 1984.

- Proyectos de ley sobre la gestación por sustitución:

En octubre del año 2013, se presentó el Proyecto de Ley 2839/20013-CR que tiene como finalidad modificar el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud e incorporar la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista. Esta figura, según se advierte en el artículo 2 de la propuesta legislativa se refiere a lo siguiente:

“La maternidad sustituta parcial y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para su concepción, mediante la fecundación in vitro de la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser.”

Para Del Águila (2009) la maternidad sustituta no se puede considerar como un contrato en nuestro ordenamiento sistema jurídico, tampoco se puede aceptar una compensación económica porque la maternidad sustituta total es la madre biológica por haber aportado su material genético. (P. 154).

La autora considera que la maternidad sustituta parcial y altruista “se realizara cuando la mujer miembro de la pareja comitente también sea la madre biológica del bebe de esta manera gestado, es decir, que sea ella la que aporte el material genético femenino para su concepción, y que junto con el gameto masculino propicien mediante la fecundación in vitro la concepción de su propia hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptara de manera altruista gestar al nuevo ser.” (p. 155-156).

- Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil:

Elaborado por la comisión creada por Ley N° 26394 integrada por los representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo incorpora los nuevos artículos al código civil de 1984 tales como los siguientes artículos:

Artículo 417-A referente a la filiación mediante las TERAS

“La filiación deriva de las técnicas de reproducción medicamente asistida se regulara por las normas vigentes, salvo las especiales contenidas en este capítulo.

No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el registro del estado civil.”

Artículo 717-B sobre la determinación de la maternidad

“El parto determina la maternidad. La misma regla se aplica al concebido con el uso de material genético provenientes de otra mujer o

pareja. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro.”

En consecuencia, y frente a un escenario en el que se evidencia no solo el tratamiento irregular de la gestación por sustitución en el Perú, sino sobre todo, el vacío legal que impide su control y dificulta la resolución de conflictos derivados de esta práctica, resulta necesario y relevante adoptar medidas que de forma explícita ordenen esta realidad.

3.2.5. La Legislación Comparada sobre la Gestación por Sustitución

En la legislación comparada cada legislador nos ofrece una regulación acorde a su propio ordenamiento jurídico sobre la gestación por sustitución debido a que cada país pertenece a diferentes familias jurídicas tales como la familia del Derecho romano germánica, la familia del Derecho anglosajón y la Familia jurídica socialista.

3.2.5.1. Familia Jurídica del Civil Law (Tradición romano-germánico canónica)

Mediante el imperio romano se ha desarrollado una brillante civilización y el genio romano ha construido un sistema jurídico sin precedentes en el mundo.

Al producirse las invasiones bárbaros han continuado viviendo, durante algún tiempo, bajo su propia ley. Después de la conversión de los bárbaros al cristianismo, los diferentes pueblos han visto como, poco a poco, se aproximaban sus modos de vida; se ha ido produciendo gradualmente su función y se han ido imponiendo, con el feudalismo, costumbres territoriales que excluían el principio primitivo de la personalidad de las leyes. No faltan documentos a través de los cuales podemos conocer tanto el Derecho Romano de la época como

los Derechos bárbaros. Las compilaciones de JUSTINIANO (Código, Digesto, Institutas, publicados en 529-534 y completadas más tarde, por una serie de Novelas) en Oriente, y en alguna medida, en Italia; la lex romana visigothorum o breviario de Alarico en Francia y en la Península Ibérica representan, en teoría el Derecho Romano. A partir del siglo VI, se elaboran leyes bárbaras en la mayor parte de las tribus germánicas; el proceso continuo hasta el siglo XII por lo que se refiere a las leyes de las diferentes tribus nórdicas o esclavas. (Hernández, 2017, p. 134).

Varsi (2013) señala que instituciones se ha considerado del derecho romano en la filiación materna:

Sin duda “se ha tomado el axioma Paulo del Digesto Mater semper certa est etiam si vulgo conceperit (D. Lib. II, tít. IV ley 4, 3) nos decía que la maternidad era siempre indubitable y que su prueba era sencilla, directa y demostraba un hecho simple y común: el solo ver en estado gestante, encinta, a una mujer, el hijo que luego viéramos llevará en sus brazos, entendíamos que era de ella (Partus sequitur ventrem. instituta: 2, 7,79 y Gayo I, 76) y tenía la calidad de presunción iure et iure”. (p. 183).

Las legislaciones como Alemania, Francia y Suiza pertenecen a la familia jurídica romana y mantienen vigente el principio romano “mater semper certa est y partus sequitur ventrem”.

- **La legislación de Suiza** prohíbe en su Constitución Federal y en su ley federal sobre procreación medicamente asistida de 1998 a la gestación por sustitución.

- **La legislación de Alemania** por su parte prohíbe en su ley de protección al embrión 745/590 sanciona con pena privativa de libertad y en su código civil alemán.
- **La legislación de Francia** considerada nulo todos los acuerdos de gestación por sustitución en su código civil y sanciona con una pena privativa de libertad en su código penal francés.
- **La legislación de Grecia** pertenece a la familia jurídica romana pero hace una excepción al principio “mater semper certa est. Regula admitiendo la gestación por sustitución regulando en la Ley N° 3089/2002 y 3305/2005.

El Derecho Romano no solo se ha hecho sentir en Europa sino también en las repúblicas latinoamericanas como Chile, Ecuador y Perú donde no existe un marco normativo explícito que regule la gestación por sustitución, ni para declararla nula, ni para admitirla. Estas legislaciones han considerado la concepción clásica romanista como en el Ecuador en su Código Civil y Código del Niño y del Adolescente, Chile en su código civil y finalmente Perú en el Código Civil de 1984 y en el artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842 como norma que establece sobre la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

Rubio, (2009) señala que la familia jurídica romana “estructura su Derecho en base a normas jurídicas de carácter general, aprobadas mediante la fuente formal llamada legislación. Por diversas razones de tipo histórico, nuestro sistema jurídico actual pertenece a esa familia y de allí que conceptuemos vulgarmente nuestro Derecho como basado en “las leyes”.” (p.114).

En el fondo y en la forma, todas las legislaciones se basan en el Derecho Romano, que han llegado a ser un elemento de la civilización moderna, como el cristianismo, como la literatura y el arte griegos.

Toda nuestra educación jurídica es romana. Romana son también nuestras instituciones civiles.

3.2.5.2. Familia Jurídica del Common Law

Rubio (2009) indica que “la familia anglosajona da una importancia a la jurisprudencia como fuente del Derecho, al punto que muchos significativos campos de la vida social están regidos por normas que provienen de dicha fuente formal.” (p.120).

Esta familia ha sido elaborada en Inglaterra, principalmente como resultado de la actividad de los tribunales reales de justicia a partir de la conquista normanda. La familia del Common Law comprende a todos los países de habla inglesa.

Hernández (2017) señala que “las fuentes del derecho Inglés, en su acepción de “lugar de consulta”, son el “libro de las leyes parlamentarias”, y los repertorios de jurisprudencia. El primero contiene todas las leyes aprobadas por el parlamento, y el segundo, las principales decisiones o resoluciones adoptadas por los jueces al dictar sentencias.” (p. 359-360).

Los países que pertenecen a esta familia jurídica como Canadá (salvo su provincia de Québec, de tradición francesa) admiten la gestación por sustitución, Canadá regula la gestación por sustitución en la ley de reproducción asistida de 2004.

3.2.5.3. Familia Socialista es conocida al Derecho Ruso

Hernández (2017) señala que “en 1917, Rusia se ha separado del mundo occidental y ha iniciado la construcción de una sociedad de tipo nuevo. Una sociedad a la que aspira, sociedad comunista presidida por el signo de fraternidad, no habrá ni Estado ni Derecho. Resultaran

innecesarios gracias a un nuevo sentido de la solidaridad social surgido como resultado de la desaparición de los antagonismos del mundo capitalista (p.415).

Gonzales (2010) afirma que “la situación jurídica de Rusia, se concreta en: 1). Russkaya Pravda (recopilación de leyes y costumbres); 2). Consolidación del cristianismo; 3). Régimen feudal, con su fragmentación de la soberanía y la estructura de clases.” (p. 89).

Rusia tiene una postura amplia sobre la gestación por sustitución considerándola legal en su legislación regulando en su código civil de familia de la federación de Rusia; en la Ley N° 143-FZ “sobre las actas de estado civil; la Ley N° 5487-1 (sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” y en la orden ministerio de salud pública de la federación de Rusia N° 67.

3.3. Definición de Términos

Derecho Comparado: Es la ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países. (Ossorio, 2007, p.317).

Gestación:

Ossorio (2007) define que es el estado en que se encuentra la mujer que ha concebido, hasta que dé a luz. (p.456).

Gestación por sustitución:

Lamm (2013) afirma que la gestación por sustitución “es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un

embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculo jurídico de filiación con la parte comitente”. (p.24).

Legislación:

Ossorio (2007) define como el conjunto o cuerpos de leyes por las cuales se gobierna un Estado o se regula una materia determinada. (p. 563).

Legislación comparada

Hernández (2017) considera a la legislación comparada como la ciencia que estudia y considera la manifestación temporal del Derecho, para juzgarlas según principios, y comprobar los que presiden el desenvolvimiento histórico del mismo, comprendiendo la existencia de la comparación directa de las diferentes legislaciones producidas en historia (p. 33-34).

Maternidad:

Forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente. (Arambula, 2008, p. 11).

Norma:

García (1994) señala que la palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: lato sensu se aplica a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; stricto sensu corresponde a la que impone deberes o confiere derechos. A las que tienen carácter obligatorio, o son atributivas de facultades, les damos el nombre de normas. Estas imponen deberes o conceden derechos (p. 4).

Norma jurídica:

Ossorio (2007) denomínese así la significación lógica creada según ciertos procedimientos institutos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e

instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o mas sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos. (p. 649).

Sistema Jurídico:

Es un sistema de normas, pero, también como un sistema de posiciones y relaciones jurídicas. El sistema de normas y el sistema de posiciones y relaciones son dos costados de una misma cosa en la medida en que a las posiciones y relaciones jurídicas corresponden siempre normas que las fundamentan. (Alexy, 1997, p. 506)

3.4. Hipótesis

Hipótesis general

La relación de la normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la gestación por sustitución es de carácter omitida.

Hipótesis específicas

Los países que en su legislación optan por prohibir la gestación por sustitución son, Alemania, Francia y Suiza.

Los países que en su legislación optan por permitir la gestación por sustitución son, Rusia, Canadá y Grecia.

Los países que en su legislación optan por omitir la gestación por sustitución son, Perú, Chile y Ecuador.

3.5. Determinación de variables

Variable independiente: Normatividad jurídica peruana

Variable dependiente: Gestación por sustitución

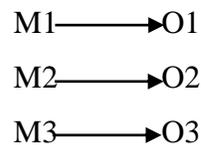
IV. MATERIAL Y METODOS

4.1. Objeto de estudio

El objeto de estudio es la legislación comparada y nacional sobre el tema de la gestación por sustitución, pues se pretende determinar qué relación se tiene entre sí y, para luego analizar el desarrollo legislativo y jurisprudencial que ha tenido esta figura, ya que existe un tratamiento deficiente de este tema, sobre todo cuando toca temas muy sensibles como el derecho de identidad y la fecundación y gestación de un ser humano.

4.2. Diseño de investigación

En la investigación se ha utilizado el diseño “**Descriptivo Comparativo**”, cuyo esquema es el siguiente:



Donde:

M1, M2, M3= Cada uno de las muestras

O1, O2, O3=Información de interés de cada muestra

Se ha estudiado los proceso de cambios legislativos sobre la gestación por sustitución en nuestro país y en la legislación comparada con países principalmente de Alemania, Francia, Suiza; Rusia, Canadá, Grecia; Chile, Ecuador y Perú que se han producido a través del tiempo en puntos o periodos específicos para hacer inferencias respecto al cambio, sus determinantes y consecuencias, en materia de regulación, ya sea permisiva, prohibitiva, limitativa u omisiva.

Nivel de Investigación

Siguiendo al profesor Aranzamendi (2009), la presente investigación es de nivel **DESCRIPTIVO - JURÍDICO COMPARATIVO**; porque nuestro interés se orienta, además de conocer y comprender la existencia de una problemática, estudia y compara la legislación de países como Alemania, Francia, Suiza, Rusia, Canadá y Grecia, con el fin de describir que tipo de regulación han optado dichos países, y cuál de ellos ha optado nuestro país en su normatividad jurídica respecto de la figura de la gestación por sustitución.

Los trabajos descriptivos, buscan especificar las propiedades y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis (Hernández, Fernández y Baptista, 2013, p.80).

4.3. Población, Muestra y Muestreo

4.3.1. Población

Según Hernández (2010), la población es un conjunto de personas, cosas o animales; los cuales guardan similitudes, semejanzas o coinciden en más de una características, dependiendo el tipo de investigación que se le quiera dar.

La población está conformada para la presente investigación por 12 legislaciones de países que prohíben, permiten u omiten la Gestación por Sustitución en su legislación interna.

4.3.2. Muestra

La muestra está constituida por 09 legislaciones de países donde: prohíben la gestación por sustitución (Alemania, Francia y Suiza), permiten la gestación por sustitución (Rusia, Canadá y Grecia) y los omiten la gestación por sustitución (Perú, Chile y Ecuador) la gestación por sustitución en su normatividad interna.

4.3.3. Muestreo

El muestreo será por convención no probabilístico.

Las muestras se categorizan en dos tipos de muestreo, las muestras no probabilísticas. De acuerdo a los tipos de muestreo mencionados, la presente investigación pertenece al tipo de Muestreo No probabilístico. Ya que no todos los elementos se basarán como Muestra (Población Indeterminada y Finita). (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p.120).

La muestra no probabilístico, la cual define Carrasco (2013), tipo de muestra la cual no todos los elementos de la población tiene la probabilidad de ser elegidos para formar parte de la muestra. (p. 243).

4.4. Fuentes de la Información

En la investigación se utilizó información recopilada documental bibliográfica y hemorográfica de las fuentes documentales ubicadas en la biblioteca de la Universidad Alas Peruanas – Filial Chachapoyas, Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas y la Corte Superior de Justicia de Amazonas - Chachapoyas. Asimismo se ha consultado páginas de internet referidas a trabajos de investigación relacionadas con el tema, bibliotecas virtuales y legislación comparada.

4.5. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos

4.5.1. Métodos generales:

Analítico

Este método ha permitido descomponer el todo en sus partes. Asimismo, este método nos ha permitido conocer las causas, la naturaleza y las consecuencias de la regulación normativa de la figura de la gestación por sustitución en la

legislación comparada, con la única finalidad de comprender si todas las legislaciones son permisivas, o prohibitivas o en otras omisivas.

Inductivo

Según lo expuesto por Zelayaran (2009) se utilizará el método inductivo, para asegurar el conocimiento en forma coherente e integral, partiendo del caso concreto en la legislación peruana sobre gestación por sustitución. (p. 89-90).

Ha permitido ir de un conocimiento particular a un conocimiento general. Puesto que ha ayudado a identificar el caso concreto de la normatividad peruana, con las legislaciones a nivel global como son las regulaciones hechas en Europa, Norteamérica y Latinoamérica.

Deductivo

Consiste en ir de un conocimiento general a un conocimiento particular. Este método ha permitido verificar si las hipótesis planteadas acerca de las legislaciones que regulan la gestación por sustitución ya sean permisivas, prohibitivas, u omisivas, cuál de ellas ha optado la normatividad peruana. Además, ambos métodos (inductivo y deductivo) han sido utilizados al momento de plantear nuestros objetivos (generales y específicos) y conclusiones.

4.5.2. Métodos específicos:

Exegético

Con este método se ha podido analizar los dispositivos legales de la legislación comparada, tanto, las normas empleadas, los convenios suscritos por el país con respecto al tema, a fin de poder comprender como es que está regulado la gestación por sustitución.

Doctrinario

Este método ha sido utilizado para conocer cómo es que se desarrolla en la doctrina nacional y la legislación comparada sobre la gestación por sustitución.

Comparativo

Este método ha sido utilizado para para comparar y comprender como se ha regula en las legislaciones la gestación por sustitución.

Hernández (2017) clasifica al método comparativo en el método de la macro comparación siendo el método de comparar ordenamientos jurídicos (Sistemas jurídicos), familias jurídicas y tradiciones jurídicas. Buscando el objeto propio y específico de la legislación comparada. (p. 65)

Por lo tanto este método ha sido empleado en la legislación comparada con respecto a otros países como son Alemania, Francia, Suiza, Grecia, Canadá, Rusia en el cual se ha podido observar cómo está regulado el tema de la gestación por sustitución, y cual de aquellas regulaciones o modos de regular ha optado nuestra normatividad peruana.

4.6. Técnicas e Instrumentos

4.6.1. Técnicas

Carrasco (2013) señala que constituye el conjunto de reglas y pautas que guían las actividades que realizan los investigadores en cada una de las etapas de la investigación científica. Las técnicas como herramientas procedimentales y estratégicas suponen un previo conocimiento en cuanto a su utilidad y aplicación, de tal manera que seleccionarlas y elegir las resulte una tarea fácil para el investigador. (p. 274)

En el presente trabajo se han utilizado las siguientes técnicas:

- Fichaje bibliográfico
- Fichaje de resumen

- Recopilación de datos
- Análisis documental (legislaciones)

4.6.2. Instrumentos

Los instrumentos que se utilizaron en el trabajo de investigación fueron:

- **Fichas bibliográficas:** las cuales nos han ayudado a resumir los datos más importantes de los textos lo que nos permitió identificar y seleccionar los artículos de investigación más útiles para nuestro trabajo.
- **Fichaje de resumen:** nos permitieron rescatar las ideas más importantes de los autores, posibles sumarios y conceptos utilizados en la investigación.
- **Fotocopiado:** nos permitió fotocopiar las legislaciones de otros países y asimismo textos como libros, revistas y otro material bibliográfico referente al tema.
- **Ficha de análisis y contenido de documentos:** con ayuda de ellas, pudimos recolectar ideas y añadir conclusiones a lo preestablecido por los expertos en cada tema que seleccionamos. Asimismo analizamos las legislaciones de otros países a fin de detectar la regulación normativa sobre la gestación por sustitución.

4.7. Procedimientos

La primera fase fue la de gabinete donde inicialmente, se revisó la bibliografía necesaria relacionada a la investigación, así como investigaciones anteriores, libros, jurisprudencias, leyes, respecto del tema, entre otros.

La metodología que se utilizó fue el análisis tanto de doctrina como de la legislación de los países como Alemania, Suiza, Rusia, Canadá y Grecia, por ser estos los más representativos en cuanto a las distintas posiciones que se pueden tomar respecto a la figura de la gestación por sustitución. También se incluyeron regulaciones de otros países latinoamericanos como Chile y Ecuador que de manera incipiente pretenden regular esta temática a nivel legislativo. Se trató de una investigación documental, si bien con tintes típicos de la investigación descriptiva, por cuanto se pretenden describir los rasgos característicos que identifican a la figura de la gestación por sustitución en cada uno de los países mencionados.

En la **segunda fase** de campo se realizó el análisis de los datos solicitados en la etapa de gabinete, ya que una vez recabada esta información, se utilizaron los elementos que a nuestro parecer resultan valiosos para poder identificar características de similitud y de tipo de regulación con que ha optado nuestra normatividad jurídica peruana. La forma de trabajo se rigió por el método de investigación inductivo y deductivo, en tanto se planean utilizar las experiencias individuales de los países ya mencionados, y la experiencia de regulación que tiene nuestro país, y así como el panorama general de la normatividad sobre gestación por sustitución y su influencia en la normatividad interna.

4.8. Análisis de datos

Luego del análisis de los datos y haber concluido los cuadros comparativos de legislaciones, y jurisprudencia éstos se describieron en los resultados en la tesis de investigación, con la finalidad de identificar y determinar qué tipo de

regulación ha optado la normatividad jurídica peruana respecto de las demás legislaciones del Derecho Comparado, tales como: Alemania, Francia, Suiza, Rusia, Canadá, Grecia, Chile y Ecuador realizado todo ello en la fase de procesamiento de datos.

V. RESULTADOS

Esta sección investigativa denominada contrastación, está referida a verificar los objetivos, así como la hipótesis general y específicas planteadas.

La contrastación de las hipótesis de trabajo ha sido elaboradas teniendo en cuenta el efecto de influencia de la relación que tiene la legislación comparada frente a la legislación nacional sobre el objeto de estudio que es la gestación por sustitución, determinando si es prohibitiva, permisiva, limitativa u omitiva.

La información obtenida y derivada de la legislación comparada sobre la gestación por sustitución revela los resultados siguientes:

TABLA 01. LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

CUADRO GENERAL DE UBICACIÓN

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN		
PAÍSES QUE LA PROHÍBEN	PAÍSES QUE LA PERMITEN	PAISES DONDE NO EXISTE UNA REGULACIÓN EXPRESA
Suiza Alemania Francia	Canadá Rusia Grecia	Ecuador Chile Perú

Fuente: Legislación Comparada
Elaboración Propia-2018

5.1. Legislaciones que prohíben la Gestación por Sustitución

a) Legislación de suiza

En suiza el ser humano está protegido de los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética y los principios fundamentales las prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético humano. En este ámbito prevé la tutela de la dignidad humana, de la responsabilidad y de la familia. (Confederación Suiza).

En Suiza, en base al artículo 119.2 d) de la Constitución Federal Suiza de 18 de abril de 1999 establece que ***“se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución”***.

Expresamente la norma fundamental prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades ya sea altruista, onerosa, gestación por sustitución tradicional y la gestación por sustitución gestacional.

En la Ley Federal sobre la Procreación Medicamente Asistida de 1998, reformada en 2006 en el artículo 4 considera como prácticas prohibidas ***“la donación de óvulos y embriones y la maternidad subrogada están prohibidas”***.

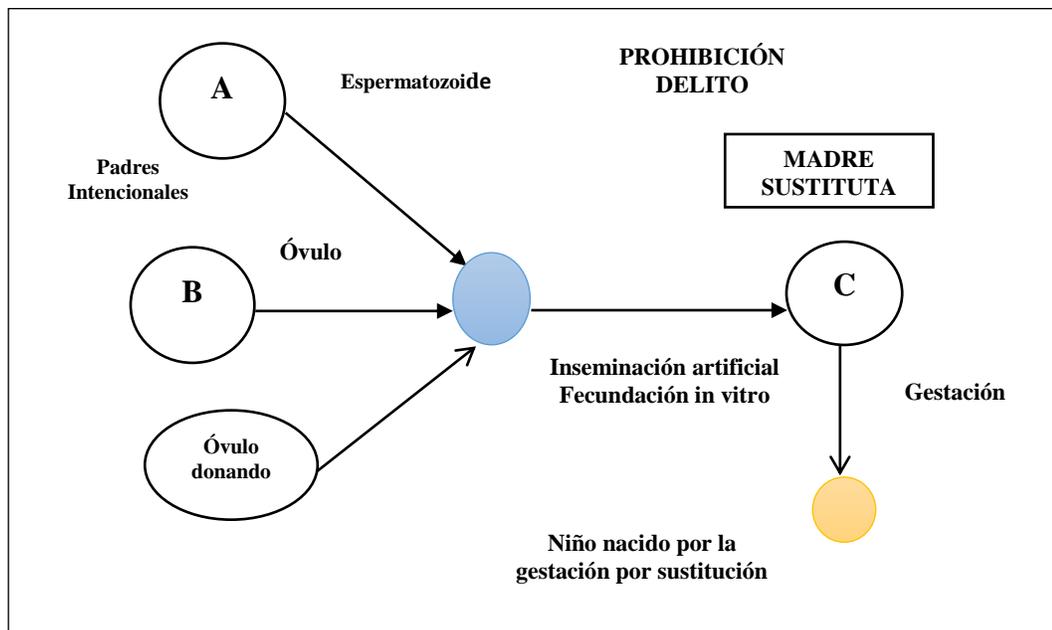
Artículo 31.1. ***“cualquier persona que usa una técnica de reproducción asistida en una madre sustituta estará sujeto a una pena privativa de libertad que no exceda de tres años”***; 2. ***“la misma pena se aplicara a cualquier persona que actué como intermediario para la maternidad subrogada”***.

La Ley Federal considera delito a la gestación por sustitución y castiga con pena privativa de libertad ante la utilización de las técnicas de reproducción asistida ya sea inseminación artificial para la gestación por sustitución

tradicional y fecundación in vitro para la gestación por sustitución gestacional asimismo castiga al intermediario que puede ser el médico, tratante o el especialista que facilita en la realización de la gestación por sustitución.

Al prohibir la donación de embriones solo admite la maternidad tradicional natural dada por la reproducción biológica entre el varón y la mujer y las técnicas de procreación asistida como inseminación artificial que recaiga en la misma persona (mujer) que solo serán aplicadas cuando no existan otros modos para curar la infertilidad o para evitar el peligro de transmisión de enfermedades graves.

**FIGURA 03: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN SUIZA
CASO HIPOTETICO N° 01**



Fuente: Legislación de Suiza
Elaboración Propia-2018

En la figura 03, se observa que los padres intencionales A y B acuerdan con la madre sustituta C realizar la gestación por sustitución, donde C acepta gestar y dar a luz al menor que será implantado en su vientre con el material genético de A y el óvulo de B o de un donante anónimo.

Utilizando las técnicas fecundación in vitro (FIV) o inseminación artificial (IA). Por consiguiente, se concluye que los acuerdos de gestación por sustitución y todo lo concerniente a la gestación por sustitución están prohibidas y son consideradas como un delito.

b) Legislación de Alemania

En Alemania los antecedentes a la prohibición a la gestación por sustitución han generado mucha controversia su evolución se inicia en el XII Congreso de médicos alemanes que tuvo lugar en Lubeck, en 1959.

La legislación de Alemania considera como delito a la práctica de la gestación por sustitución en la Ley Protección al Embrión, N° 745/90 en el artículo 1. 1. Será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) *procediera a transferir el óvulo de otra;* 2) *fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos a los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;* 6) *retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;* 7) *fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento.*

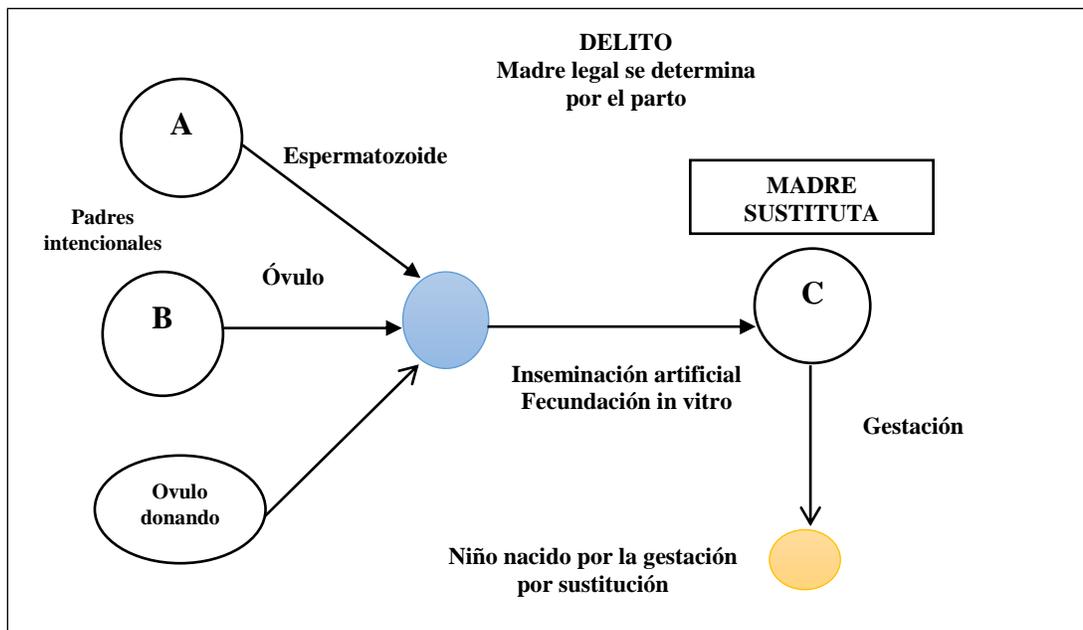
De esta manera los legisladores alemanes han tenido muy presente a la hora de tomar sus decisiones legislativas en materias referentes a la vida humana en sus primeras etapas de desarrollo, velando de forma especial por la dignidad del embrión, más que por los derechos de terceros o por los

intereses de la ciencia y sancionando con una pena privativa de libertad de tres años.

En los artículos 1591 y 1592 del Código Civil Alemán, modificado recientemente en el 2015, dispone que la *“madre legal de un niño es aquella madre que haya dado a luz al mismo, y se considerará como padre del menor, al hombre que esté casado con la madre del niño en el momento del nacimiento de éste”*.

Alemania considera madre legal a la mujer que gesto y dio a luz al menor la misma que es la madre genética. No existe otro tipo de maternidad prohibiendo de esta manera la gestación por sustitución.

**FIGURA 04: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ALEMANIA
CASO HIPOTETICO N° 02**



Fuente: Legislación de Alemania
Elaboración Propia-2018

En la figura 04, se observa que los padres intencionales A y B acuerdan con la madre sustituta C realizar la gestación por sustitución, donde C acepta gestar y dar a luz al menor que será implantado en su vientre con el material genético de A y el óvulo de B o de un donante anónimo. Utilizando las técnicas de fecundación in vitro (FIV) o inseminación artificial (IA).

El hecho biológico del parto determina que C sea la madre legal del menor. Por consiguiente, se concluye que los acuerdos de gestación por sustitución son considerados como un delito y que la maternidad se determina por el parto.

c) **Legislación de Francia**

En Francia fueron tres leyes aprobadas en 1994 Ley N° 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al cuerpo humano, la cual es complementada por la Ley N° 2004-800 de 6 de agosto de 1994, relativa ésta a la Bioética y la Ley 94-653 Ley que se modifica al Código Civil Francés:

El Código Civil Francés establece en su artículo 16-7 que ***“Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”***.

El Derecho Francés se mantiene como cuestión de orden público el principio de la integridad de la persona Humana. El artículo 16-7 que declara la nulidad de los acuerdos de la gestación por sustitución se complementa con las cláusulas relativas al orden público establecidas en el artículo 16-1 que considera que el cuerpo humano no puede ser objeto de un contrato privado y la condición jurídica de una persona no puede ser objeto de un contrato privado.

Específicamente la normatividad francesa autoriza como únicos contratos lícitos aquellos que no atenten a la conservación de la persona (por ejemplo la transfusión de sangre o la donación de esperma) o bien aquellos en que

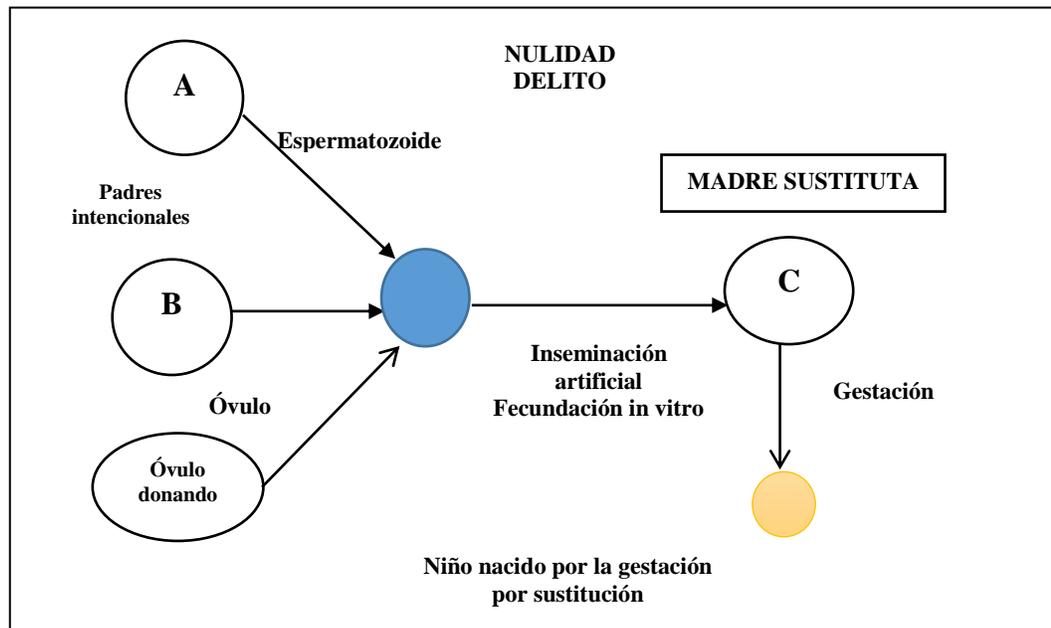
pudiendo atentar a dicha conservación se realicen con finalidades terapéuticas. Como ocurre con el contrato de donación de órganos. De tal manera que la gestación por sustitución es considerada una técnica ilegal en todas sus modalidades.

El Código Penal Francés en el artículo 227-12 castiga la gestación por sustitución con una pena de seis meses de prisión y multa de 15.000 euros *“al que intermedie entre una persona o pareja y una mujer que acepte gestar con el último fin de entregarlo al mismo o a los mismos”*.

Se castiga como delito el hecho de hacer de intermediario entre una persona o una pareja con deseo de tener un hijo y una mujer dispuesta a gestarlo. Esta disposición atañe a particulares, pero también a las agencias y a los profesionales de las clínicas.

Asimismo practicar técnicas de reproducción asistida no reconocidas o permitidas por el Código de Salud Pública (entre las cuales está incluida la gestación por sustitución) está sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 511-24 del Código Penal con cinco años de prisión y 75 000 euros de multa.

**FIGURA 05: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN FRANCIA
CASO HIPOTETICO N° 03**



Fuente: Legislación de francesa
Elaboración Propia-2018

En la figura 05, se observa que los padres intencionales A y B acuerdan con la madre sustituta C realizar la gestación por sustitución, donde C acepta gestar y dar a luz al menor que será implantado en su vientre con el material genético de A y el óvulo de B o de un donante anónimo utilizando las técnicas de fecundación in vitro (FIV) o inseminación artificial (IA). Por consiguiente se concluye que todos los acuerdos de gestación por sustitución serán declarados nulos y la práctica de la misma es considerada como un delito.

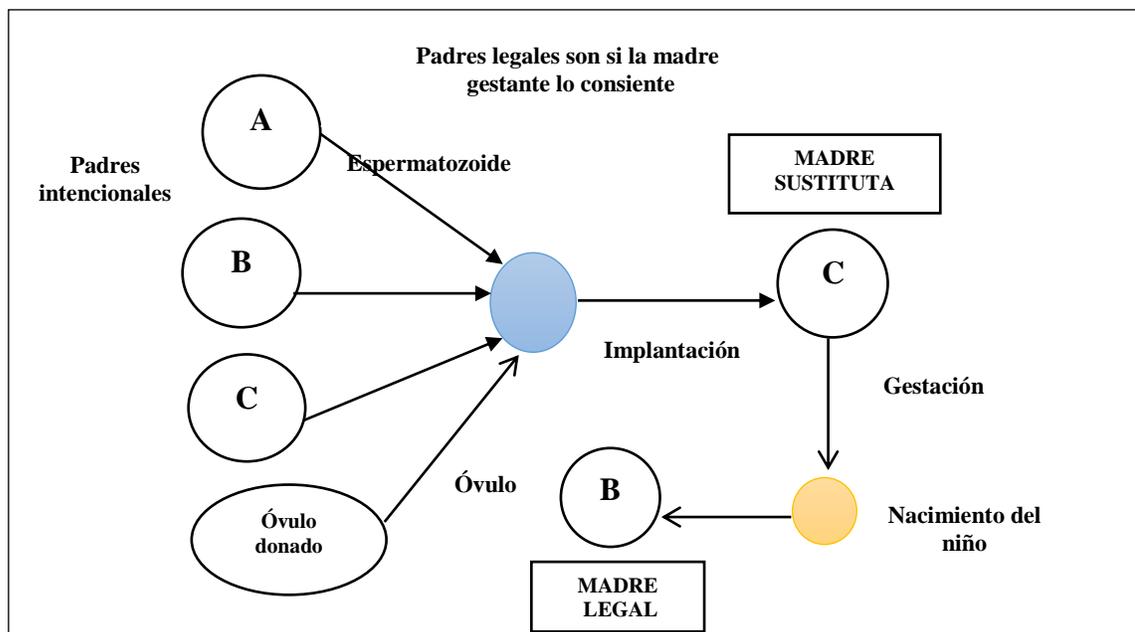
5.2. Legislaciones que permiten la Gestación por Sustitución

a) La legislación de Rusia

Los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen en el Código Civil de Familia de la Federación de Rusia lo encontramos en el artículo 51.4 que establece “Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante)”

En la Ley N° 143-FZ “Sobre las actas de estado civil en su artículo 16 considera “*para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil por declaración de los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en otra mujer con el fin de que lo gaste, simultáneamente con el documento que certifique el nacimiento deberá presentarse un documento expedido por un centro médico en que conste el consentimiento expreso de la mujer que haya dado a luz al niño para que dichos cónyuges sean inscritos como los padres del menor.*”

**FIGURA 06: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN RUSIA
CASO HIPOTETICO N° 04**



Fuente: Legislación de Rusia
Elaboración Propia-2018

En la figura 06, se observa que los padres intencionales A y B acuerdan con la madre subrogada C quien acepta gestar y dar a luz al menor que será implantado en su vientre concebido con su material genético (óvulo) y con el material genético de A (espermatozoide) o con material genético de A y el óvulo B o de un donante anónimo siendo los comitentes padres legales del menor por el consentimiento brindado por la madre gestante. Por consiguiente se concluye que el procedimiento de inscripción en el registro del menor nacido mediante la gestación por sustitución consiste primero en que los comitentes acepten que el embrión sea implantado en la madre subrogada para que lo gaste y segundo se debe tener en cuenta la declaración de la madre subrogada respecto que los comitentes son los padres del menor nacido.

De esta manera el Código Civil y la Ley N° 143-FZ. Admiten la gestación por sustitución. Claramente la legislación rusa permite la gestación por sustitución en todas sus modalidades ya sea la gestación por sustitución gestacional donde gestante solo aporta la gestación y el material genético (óvulo) será aportado por la comitente o un donante; tradicional donde la gestante (madre subrogada) aporta tanto la gestación y el material genético (óvulo); la ovo donación donde la comitente si puede gestar solo necesita una cedente de óvulo y la embriodonación donde los comitentes (padres intencionales) son infértiles por completo tanto mujer no genera óvulo ni puede gestar y tiene que buscar a una tercera mujer y el hombre es infértil tiene que buscar una cedente de espermatozoide; onerosa o a título gratuito. Es una admisión realmente muy amplia.

En la Ley N° 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” ***“toda mujer que se encuentra en edad reproductiva, mayor de 18 años, tiene derecho a la fecundación in vitro y la implantación del embrión.***

La fecundación in vitro y la implantación del embrión solo se efectuaran en los centros médicos autorizados, ***siempre que medie el consentimiento escrito de los cónyuges o la mujer sin pareja.***

Los datos sobre la fecundación in vitro y la implantación embrionaria realizadas, así como sobre la identidad del donante tendrán la consideración de secreto médico.

La mujer tendrá derecho a la información ***sobre las técnicas de fecundación in vitro e implantación del embrión, los aspectos médicos y legales de sus consecuencias, los datos del examen médico-genético, el aspecto y la nacionalidad del donante, la que le ha de suministrar el responsable de la intervención médica.”***

De este modo, cualquier mujer puede ser sometida a una fecundación in vitro o una implantación del embrión y hacerse madre subrogada, para ello debe existir el consentimiento previo de ella y del marido si está casada como lo dispone la Ley N° 5487-1.

En definitiva podemos ver que las técnicas de fecundación in vitro (FIV), al permitir procrear sin necesidad de mantener relaciones sexuales, permiten y provocan la distinción entre paternidad y maternidad voluntaria, paternidad y maternidad biológica, maternidad y paternidad genética, prevaleciendo, como la paternidad y maternidad voluntaria a los efectos de filiación, obligación legal, etc. En la legislación Rusa.

Para acudir a un programa de gestación por sustitución en Rusia se debe concurrir alguna de las indicaciones médicas especificadas la Orden del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia N° 67.

La Orden del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia N° 67 establece sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina que existen indicaciones: ***“Ausencia de útero (congénita o adquirida); deformación de la cavidad o del cuello uterino debida a alteraciones cognéticas del desarrollo o provocada por una enfermedad; Sinequia en la cavidad uterina que carecen de tratamiento; Enfermedades somáticas a consecuencias de las cuales queda contraindicada la gestación; Reiterados intentos fallidos de la FIV cuando, pese a haber obtenido embriones de alta calidad, la transferencia de los mismos no ha conducido a un embarazo.”***

Para ser reconocido como una madre subrogada se debe tener en cuenta lo señalado en la Orden del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia establece ***“podrán ser madres subrogadas las mujeres que hayan***

consentido voluntariamente la participación en dicho programa y que reúnan los requisitos siguientes:

- Tener una edad de entre 20 y 35 años;
- Tener un hijo propio sano;
- Tener una buena salud psíquica y somática.

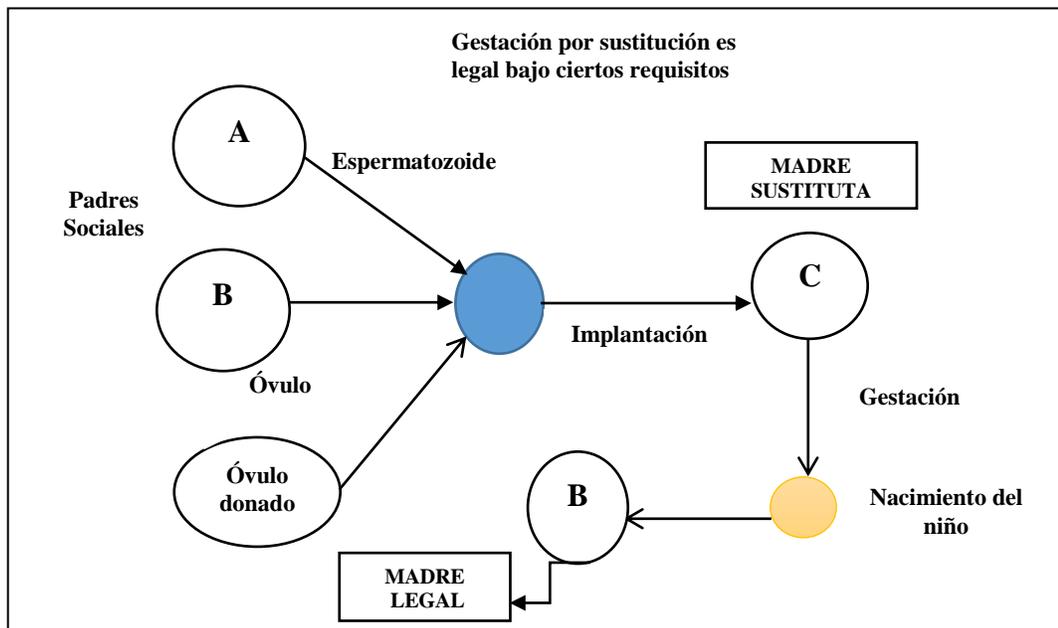
Así las cosas, desde el punto de vista legal una “madre subrogada” solamente es aquella mujer que está implicada en un programa de gestación podrá ser madre subrogada a favor de los cónyuges que desean ser padres. Rusia teniendo una legislación tan laxa y abierta, se ha convertido en un atractivo de turismo reproductivo para personas que buscan llevar a cabo la gestación por sustitución, en cuyos países no es legal.

b) La legislación de Canadá

Canadá para regular de manera legal la gestación por sustitución tiene como antecedente el informe Ontario de 1985 en la recomendación 49 señalo que *“nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar al niño, el tribunal ordenará que este se ha entregado a los padres sociales”*. (Gamboa, 2010, p. 27).

En el año 2004 se publica la Ley de Reproducción Asistida admitiendo la gestación por sustitución esta ley en su artículo 3 establece que la gestación por sustitución se da por *“aquella persona de sexo femenino que con la intención de entregar el niño al nacer a un donante o a otra persona, gesta un embrión o feto que fue concebido por medio de un procedimiento de reproducción asistida y con gametos de un donante o donantes”*.

**FIGURA 07: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN CANADÁ
CASO HIPOTETICO N° 05**



Fuente: Legislación de Canadá
Elaboración Propia-2018

En la figura 07, se observa que los padres sociales A y B acuerdan con la madre subrogada C quien acepta gestar y dar a luz al menor que será implantado en su vientre con el material genético de A y el óvulo B o de una donante anónimo. Por consiguiente se concluye que solo se permite la gestación por sustitución realizada por medio de las técnicas de reproducción asistida fecundación in vitro homóloga y heteróloga entre los comitentes y la madre subrogada está plenamente permitido.

En el artículo 6.1 establece que *“ninguna persona deberá pagar una contraprestación a una mujer como madre sustituta, ofrecer pagar dicha contraprestación o anunciar que se pagará”*.

Si bien es cierto Canadá admite la gestación por sustitución gestacional, ovodonación y la embriodonación pero su realización es sin fines de lucro es decir es a título gratuito donde la madre gestante permite el desarrollo del niño por un sentimiento altruista de una mujer respecto a quienes encargan el niño.

Asimismo el Estado de Canadá en el artículo 1 de la ley de Reproducción Asistida establece. “*Que es legal la gestación por sustitución teniendo en cuenta el principio de los beneficios de las tecnologías de reproducción humana asistida y la investigación conexas para las personas, las familias y la sociedad en general pueden garantizarse de forma más efectiva mediante la adopción de medidas apropiadas para proteger y promover la salud, la seguridad, la dignidad y los derechos humanos en el uso de estas tecnologías y en investigaciones relacionadas*”.

Como Estado Canadá reconoce los derechos consagrados en la convención interamericana de los derechos humanos y regula en su ordenamiento jurídico.

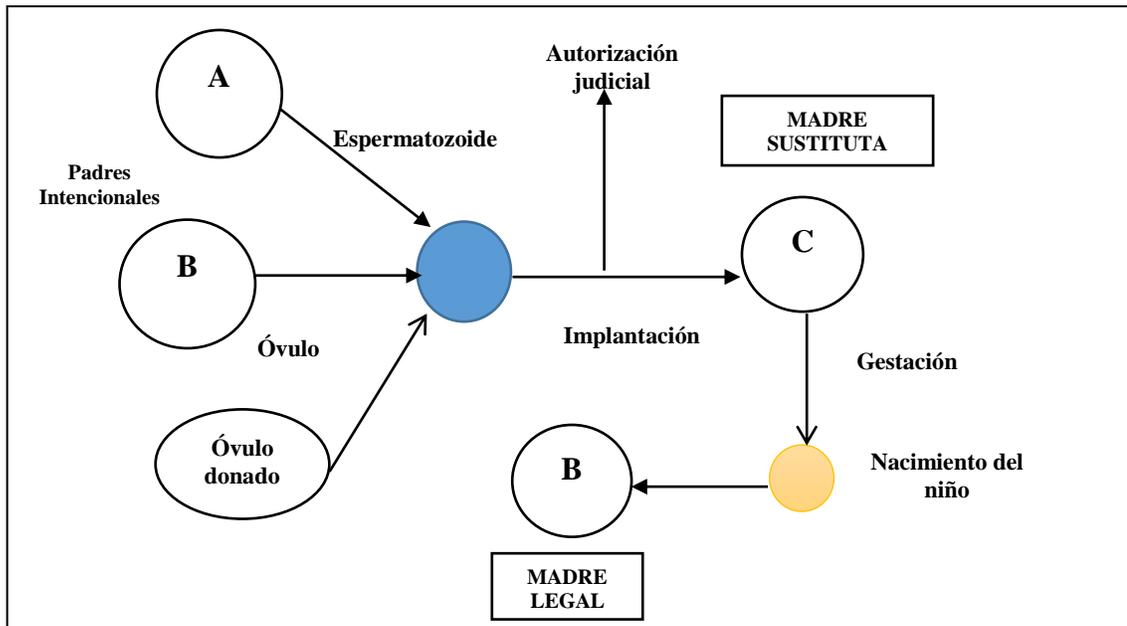
c) Legislación de Grecia

Lamm (2012), sostiene que Grecia es uno de los grupos que regula el proceso de pre-aprobación de los acuerdos de gestación por sustitución. Ello quiere decir que previamente a la realización de cualquier tratamiento médico que suponga la subrogación materna con un fin altruista, el caso debe ser evaluado y aprobado por un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) especial constituido específicamente para dicho proceso (p 13).

En Grecia la gestación por sustitución está regulada por dos leyes conforme esta legislación, los contratos de gestación por sustitución están sometidos a una serie de requisitos y condiciones estrictas:

La Ley N° 3089/2002 en su artículo 1458 establece que: “*la transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia*, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas (éstas son las personas que desean tener un niño y la gestante, y en los casos en los que está casada, de su esposo también).”

**FIGURA 08: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN GRECIA
CASO HIPOTETICO N° 06**



Fuente: Legislación de Grecia
Elaboración Propia-2018

En la figura 08, se observa que la gestación por sustitución realizada entre A y B (padres intencionales) y C (madre subrogada), para su legalidad debe existir una autorización judicial dada por el tribunal para la implantación del embrión concebido con el material genético de los padres intencionales o de una donante de óvulo en el útero de la madre subrogada. Por consiguiente se concluye que solo se permite la gestación por sustitución gestacional realizada por medio de las técnicas de reproducción asistida fecundación in vitro homóloga o heteróloga entre los comitentes y la madre subrogada.

La Ley 3305/2005 en su artículo 4.1. Establece el tribunal autoriza la subrogación si se presentan las siguientes condiciones: (a) ***La madre comitente debe probar que ella es incapaz de llevar el embarazo a término;*** (b) La madre comitente no debe exceder de la edad de cincuenta años; (c) La gestante debe probar al tribunal que está sana médica y mentalmente; (d) Las partes deben presentar ante el tribunal su acuerdo por escrito; (e) ***El acuerdo podría permitir la compensación de los gastos (el pago de los servicios o cualquier otro beneficio económico está prohibido);*** (f) Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento por escrito; (g) ***Los óvulos fertilizados no deben pertenecer a la gestante;*** (h) La gestante y los comitentes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes. ***Los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento, de la misma forma que los padres biológicos.***

Grecia admite la gestación por sustitución gestacional efectuada por medio de las técnicas de producción asistida fecundación in vitro y la ovodonación pero establece ciertos requisitos de los cuales la comitente debe demostrar ante el tribunal la incapacidad de gestar, tener menos de 50 años; la madre subrogada debe demostrar que está sana tanto medicamente como mentalmente y los comitentes y la gestante deben ser ciudadanos griegos o

residentes permanentes en el país. Esta ley permite solo a parejas heterosexuales, a casadas o madres solteras en cambio a parejas homosexuales y varones sin pareja no pueden someterse a la gestación por sustitución.

Por último la gestación por sustitución solo es con fines altruistas, sentimiento de amor para llevar a cabo la gestación.

5.3. Legislaciones que no regulan de manera expresa la gestación por sustitución

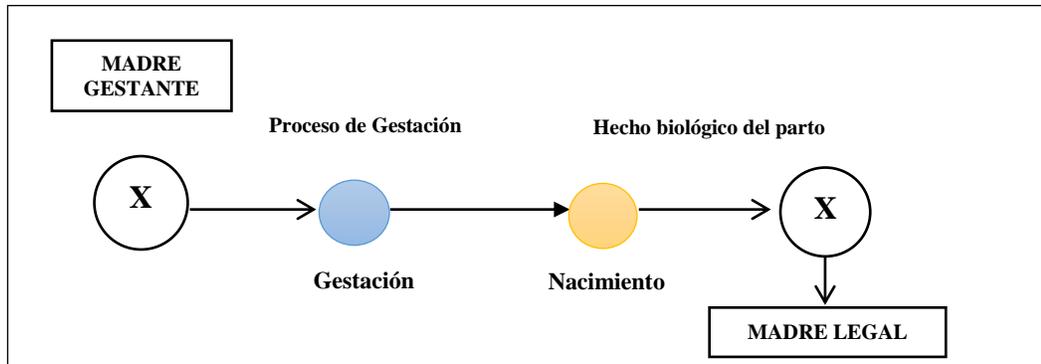
En Latinoamérica países como Ecuador y Chile no son ajenos a esta realidad pero en su legislación no existe un marco normativo explícito que regule la gestación por sustitución, ni para declararla nula, ni para admitirla.

a) Legislación de Ecuador

Hasta el momento la gestación por sustitución no es aplicable en el Ecuador pero en el Código Civil artículo 261 establece que “*La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falsedad de parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero*”.

Romero (1981) señala que para el Código Civil de Ecuador “no es suficiente que una mujer de a luz un hijo para que se le considere madre de éste, es necesario establecer que dicho hijo es el mismo que la mujer dio a luz; esto es, que haya identidad entre quien pasa por hijo de tal mujer y el que ésta dio a luz en realidad” (p. 45).

FIGURA 09: LA MATERNIDAD LEGAL EN ECUADOR
CASO HIPOTETICO N° 07



Fuente: Legislación de Ecuador
Elaboración Propia

En la figura 09, se observa que X es la mujer que gesta y da a luz al niño siendo la madre legal del mismo. Por consiguiente se concluye que la maternidad se determina por el hecho biológico del parto siendo la madre legal quien lo gestó y quien dio a luz.

En el Código del niño y del adolescente artículo 20 establece “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.”

Como sabemos la gestación por sustitución es realizada mediante FIV, involucra manipulación médica a la que hace referencia el artículo antes mencionado, por lo que constituirá una práctica contraria al ordenamiento jurídico, por ende al orden público de la legislación ecuatoriana.

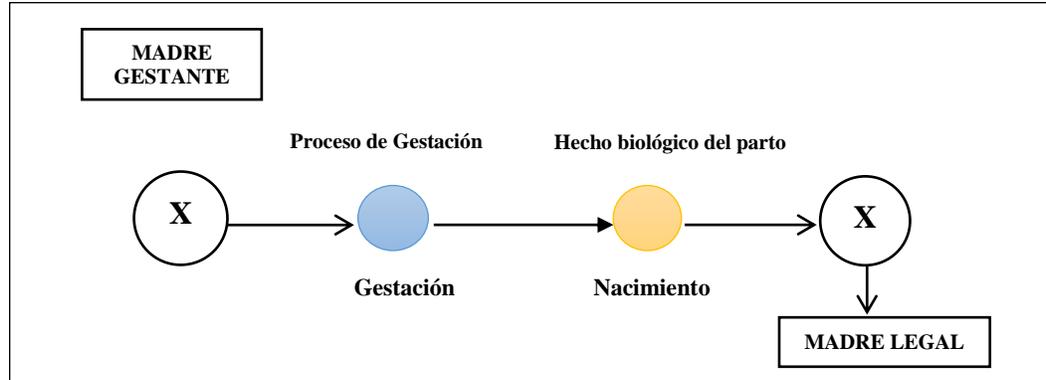
b) Legislación de Chile

Chile no tiene una regulación taxativa sobre la gestación por sustitución pero el Código Civil establece en su artículo 183. *“La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.”*

Santander (2012) señala que su legislación de Chile tiene “el concepto tradicional de maternidad consagrado en ordenamiento y está integrado por dos hechos; el hecho material del parto y que la mujer que da a luz sea efectivamente la madre de la criatura; estaría primando en la legislación un criterio biológico de maternidad”. (p. 66).

FIGURA 10: LA MATERNIDAD LEGAL EN CHILE

CASO HIPOTETICO N° 08



Fuente: Legislación de Chile
Elaboración Propia

En la figura 10, se observa que X es la mujer que gesta y da a luz al niño siendo la madre legal del mismo. Por consiguiente se concluye que la maternidad se determina por el hecho biológico del parto siendo la madre legal quien lo gestó y quien dio a luz.

c) Legislación de Perú

Perú no tiene una regulación explícita que regule la gestación por sustitución, ni para declararla nula, ni para admitirla. Pero mediante La ley N° 26842- Ley General de Salud, en su artículo 7 establece lo siguiente:

“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.”

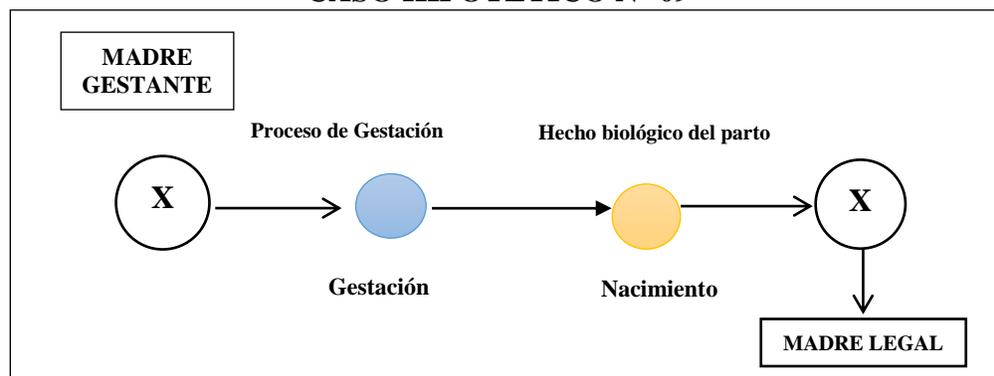
Código Civil Peruano de 1984 en su artículo 371 y 409 impugnación de maternidad ante el supuesto parto. Admite una forma de ser madre mediante el hecho biológico del parto:

“La maternidad puede ser impugnada **en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo.**”

“La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente **cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.**”

FIGURA 11: LA FIGURA DE LA MATERNIDAD EN EL PERÚ

CASO HIPOTETICO N° 09



Fuente: Legislación de Perú
Elaboración Propia

En la figura 11, se observa que X es la mujer que gesta y da a luz al niño siendo la madre del mismo. Por consiguiente se concluye que la maternidad se determina por el hecho biológico del parto.

La información obtenida y analizada de la jurisprudencia nacional e internacional sobre la gestación por sustitución revela los resultados siguientes:

5.4. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Lima- Recurso de casación N° 563-2011-Lima:

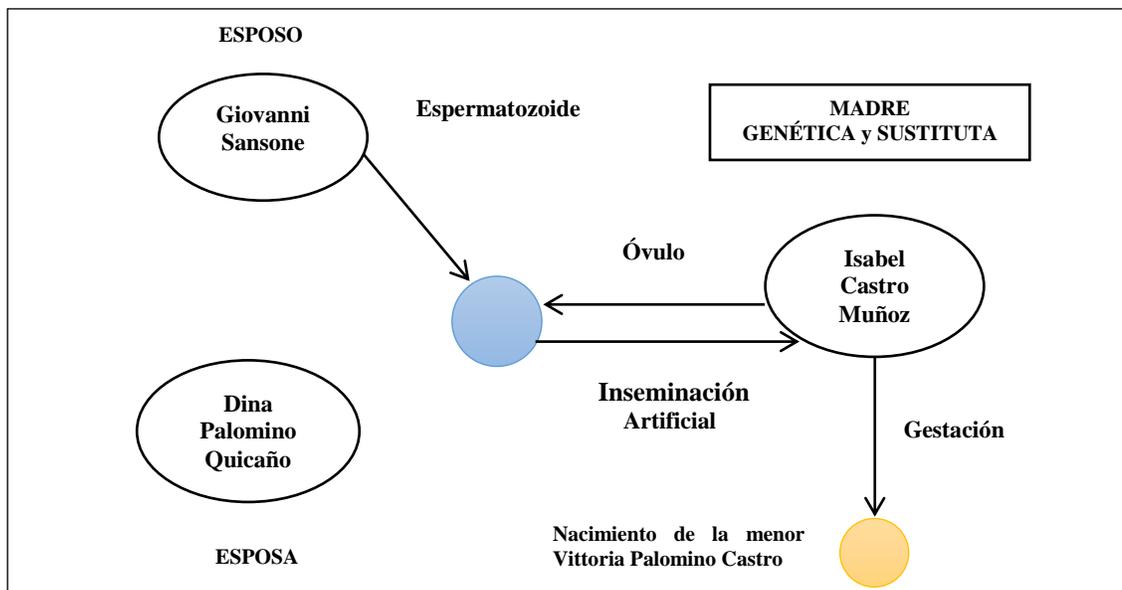
De los hechos se recoge que la sociedad conyugal conformada por doña Dina Felicita Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone acordó con Isabel Zenaida Castro Muñoz llevar a cabo la gestación por sustitución siendo Isabel quien aportaría material genético (óvulo) y la gestación. Tras el nacimiento de la menor sería entregada a la pareja comitente a cambio de la gestación la pareja lo pagó una suma de dinero.

La fecundación se produjo con el gameto de Giovanni Sansone y el óvulo de Isabel Zenaida Castro Muñoz por lo que, biológicamente, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre sustituta.

Pero tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y, la paterna, a favor de su conviviente Paul Frank Palomino Cordero. Entonces la pareja comitente inicio un proceso de adopción por excepción (cfr. artículo 248 Código de los Niños y Adolescentes) para que legalmente se constituyera la filiación a su favor, pero la madre portadora y su pareja se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción. Pese al desistimiento, en primera y segunda instancia se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por los comitentes. Ante ello, la madre portadora y su pareja interponen recurso de casación por la transgresión del artículo 115 CNA; infracción del artículo 128 CNA, inciso b) y la infracción del

artículo 378 Código Civil, incisos 1 y 5, debido a que los adoptantes carecían de solvencia moral¹.

FIGURA 12: CASO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRADICIONAL



Fuente: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Lima-
Casación N° 563-2011-Lima
Elaboración Propia-2018

En la figura 12, se observa que estamos ante la modalidad de una gestación por sustitución tradicional a título oneroso, en el que la cualidad de madre subrogada recae en Isabel Zenaida Castro Muñoz (quien por ende es la madre genética y gestante de la menor Vittoria Palomino Castro) porque no solo apporto la gestación sino también el material genético óvulo teniendo un vínculo sanguíneo con la menor y la cualidad de madre subrogante recae en la persona de Dina Felicita Palomino Quicaño, quien contrato a Isabel para que mediante la

¹Artículo 115. La adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre las personas que no la tienen por naturaleza.

Artículo 128, inciso b). El que posee vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción. Código del Niño y del Adolescente.

Artículo 378. Requisitos para la adopción, inciso 1). El adoptante goce de solvencia moral e inciso 5). Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años.

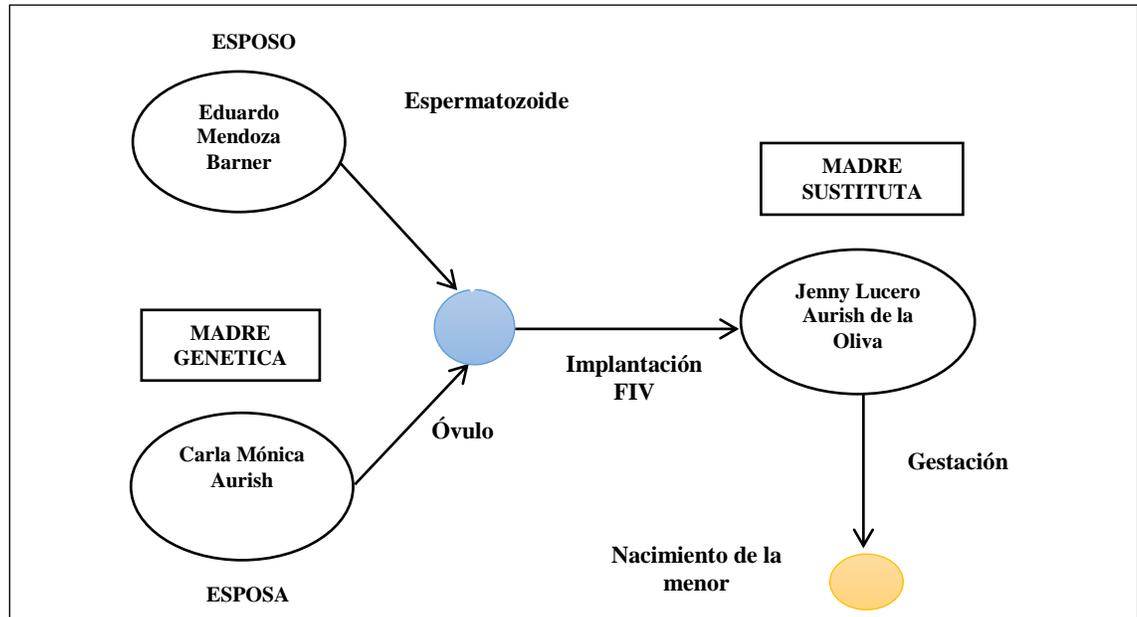
técnica de reproducción asistida de inseminación artificial, conciba, geste y alumbre un hijo con el material genético (espermatozoide) del cónyuge de la contratante don Giovanni Sansone.

5.5. Sentencias de la Corte Superior de Justicia de Lima

- Décimo Quinto juzgado especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima declaro fundada la demanda de impugnación de maternidad seguido en el expediente 183515-2006-00113 sobre la gestación por sustitución:

De los hechos podemos decir que ante la imposibilidad de quedar embarazada la demandante Carla Mónica Aurish su madre doña Jenny Lucero Aurish de la Oliva ofrece su vientre para llevar a cabo la gestación por sustitución permitiendo la implantación del embrión concebido mediante las células sexuales de la pareja (Carla Mónica Aurish y su esposo). Pero al nacer la menor la clínica que los atiende consigna en la partida de nacimiento de manera errónea los datos considerando como madre de la menor a doña Jenny Lucero Aurish de la Oliva.

FIGURA 13: CASO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL



Fuente: Sentencias de la Corte Superior de Justicia de Lima-
Expediente 183515-2006-00113
Elaboración Propia-2018

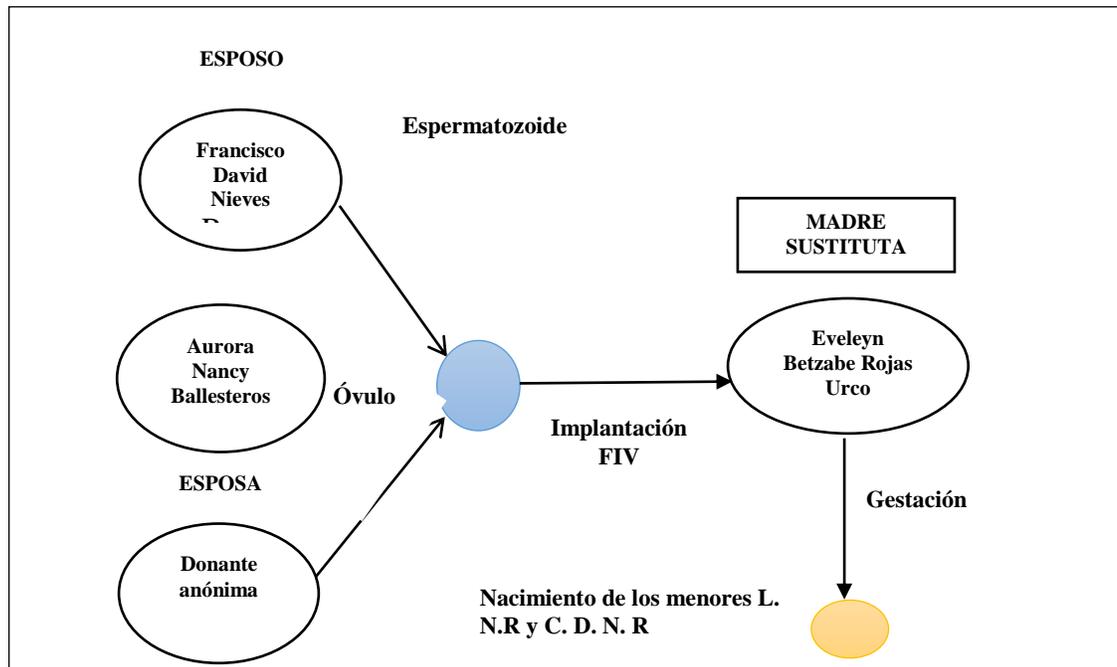
En la figura 13, se observa que estamos ante la modalidad de gestación por sustitución gestacional, en el que la cualidad de madre sustituta recae en la persona de Jenny Lucero Aurich de la Oliva quien por ende no tiene vínculos genéticos con la menor Daniela solo aportó la gestación ya que el material genético óvulo fue aportado por la comitente (Carla Mónica Aurish) y el material genético espermatozoide por su esposo (Eduardo Mendoza Barner) estableciendo vínculos sanguíneos los comitentes con la menor.

En este caso podemos ver el gran problema que se genera para la demandante ya que su hija sería su hermana según la partida de nacimiento.

- Quinto juzgado especializado en lo constitucional declara fundada la demanda de amparo seguido en el expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 sobre la gestación por sustitución:

De los hechos tenemos que ante la imposibilidad de ser madre doña Aurora Nancy Ballesteros Verau y su esposo Francisco David Nieves Reyes deciden llevar optar por el método de la gestación por sustitución previo acuerdo con la pareja conformada Fausto Cesar Lázaro Salecio y Eveleyn Betzabe Rojas Urco siendo el vientre de la señora Eveleyn Betzabe Rojas Urco la implantación de los embriones concebidos por las células sexuales del señor Francisco David Nieves Reyes y una donante anónima de ovulo. Pero al momento del nacimiento de los menores en sus partidas de nacimiento fueron consignados como hijos de la Sres. Rojas. Ante ello se iniciaron los procedimientos de rectificación de acta de nacimiento solicitando al RENIEC que declara padres de los menores a los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau y el RENIEC declaró improcedentes lo solicitado.

FIGURA 14: CASO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL



Fuente: Sentencias de la Corte Superior de Justicia de Lima-Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

Elaboración Propia-2018

En la figura 14, se observa que estamos ante la modalidad de gestación por sustitución gestacional, en el que la cualidad de madre sustituta recae en Eveleyn Betzabe quien solo aportó la gestación ya que el material genético óvulo fue donado por un anónimo y el material genético espermatozoide por el esposo de la comitente (Francisco David) por lo tanto la madre sustituta no tiene vínculos genéticos con los menores L. N.R y C. D. N.

- Sala Penal del Callao- (Caso Pareja de Chilenos-Gestación por Sustitución)
De los hechos tenemos que ante la imposibilidad de ser padres la pareja de nacionalidad Chilena conformada por doña Rosario Madueño Atalayal y don Jorge Tovar Pérez decidieron someterse a la técnica de la gestación por sustitución previo acuerdo con una ciudadana peruana quien aceptó la implantación de los embriones concebidos por las células sexuales del señor

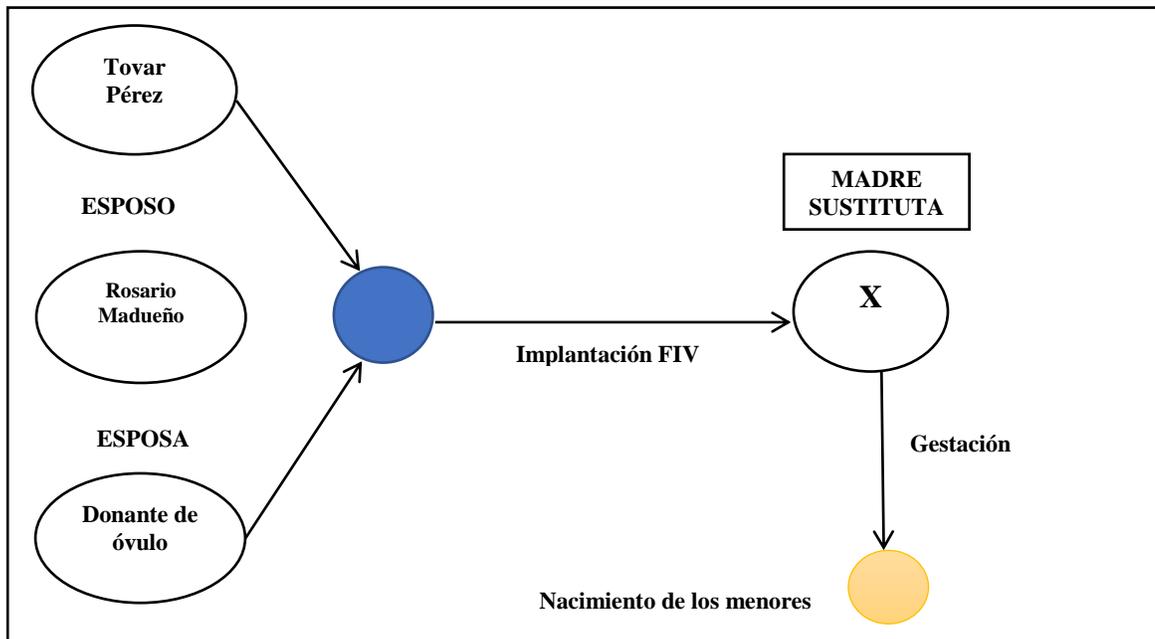
Jorge Tovar Pérez y una donante anónima de óvulo en su vientre para llevar a cabo la gestación. La pareja decidió viajar a su país natal Chile ante el nacimiento de los menores (mellizos) siendo detenidos en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (25 de agosto) al intentar salir del Perú con los menores gestados mediante la técnica de la gestación por sustitución.

La Corte de Justicia del Callao dictó 12 meses de prisión preventiva porque la fiscalía les acuso del DELITO DE TRATAS DE PERSONAS en su modalidad VENTA DE NIÑOS.

Tras conocerse los resultados de la **prueba de ADN** realizada a Jorge Tovar Pérez, se pudo comprobar que este es padre de los menores. Por ello, la Primera **Sala Penal de Apelaciones** del Callao revocó la sentencia de prisión preventiva para la pareja, que se encontraban en el penal Sarita Colonia del Callao y en el penal de Ancón 2.

En este último caso podemos observar el desconocimiento de los operadores de justicia de nuestro país sobre la figura de la gestación por sustitución y toda la vulneración de derechos que se genera a los padres intencionales incluyendo a los menores nacidos mediante la técnica de la gestación por sustitución.

FIGURA 15: CASO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL



Fuente: Legis.pe
Elaboración Propia-2018

En la figura 15, se observa que estamos ante la modalidad de gestación por sustitución gestacional, en el que la cualidad de madre sustituta recae en la ciudadana peruana quien solo presta su vientre para la llevar a cabo la gestación ya que el material genético óvulo fue donado por un anónimo y el material genético espermatozoide por el esposo de la comitente (Jorge Tovar Pérez) por lo tanto la madre sustituta no tiene vínculos genéticos con los menores.

5.6. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- Caso Artavia Murillo (Fecundación In vitro) vs Costa Rica-28 de noviembre de 2012:

De los hechos tenemos que en el presente caso se relaciona los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en el país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Siendo una de las víctimas Grettel Artavia Murillo y su pareja ya que se les diagnosticó la imposibilidad para procrear naturalmente, por lo que era imposible llegar a un embarazo sin asistencia médica la última alternativa era seguir en el tratamiento contra la infertilidad sería practicar una FIV pero la Sala Constitucional de Costa Rica emitió la sentencia que prohibió la práctica en el país.

La Sala constitucional de Costa Rica afectó el Derecho a formar una familia y el derecho al acceso de las nuevas técnicas de la ciencia siempre que no afecte derechos de terceros por lo tanto la Corte concluyó que Costa Rica es responsable internacionalmente por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo y otros².

²Artículo 1.1. Los Estados partes en esta Convención *se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 5.1. Toda persona *tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*; Artículo 7. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. (...).

Artículo 11.2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o *abusivas en su vida privada, en la de su familia*, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación;

Artículo 17.2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y *a fundar una familia* (...).

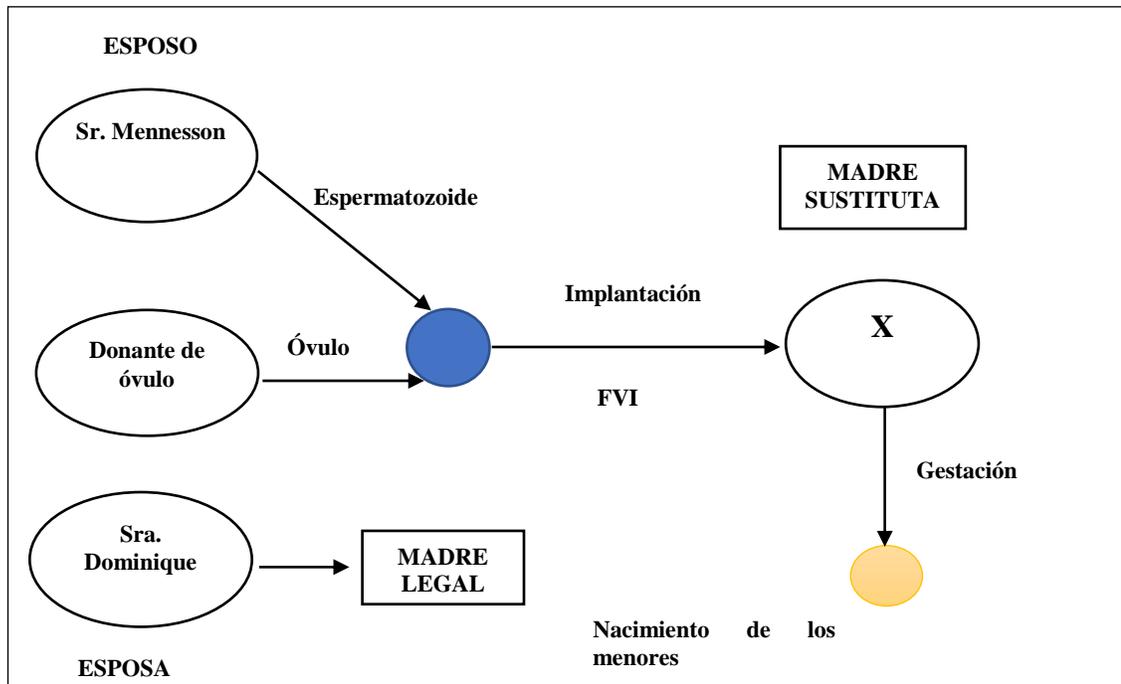
5.7. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-Caso Mennesson vs Francia (N° 65192/11-2014):

De los hechos tenemos que el matrimonio conformado por Dominique y Sylvie Mennesson, tenían problemas de infertilidad, ante ello decidieron recurrir a la gestación por sustitución (prohibida por el Derecho Francés) en California, donde esa técnica es legal. Don Mennesson aportó los espermatozoides, que fueron fecundados con un óvulo de una donante, para luego ser implantados en el útero de la madre gestante, quien dio a luz a gemelos. El Tribunal Supremo de California había decretado previamente que los gemelos tendrían como padre genético al Sr. Mennesson, y como madre legal a la Sra. Mennesson. Por su parte el consulado francés en Los Ángeles rehusó inscribir a los niños en el registro civil como hijos de los Mennesson. Después de un largo y complejo proceso judicial, el Tribunal Supremo francés acabó rechazando definitivamente dicha inscripción, sentencia que fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por el matrimonio Mennesson y por los gemelos nacidos a consecuencia del contrato de gestación por sustitución (Martínez, 2014, p. 1)

En su sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) analiza si ha habido violación del artículo 8³ de la Convención Europea de Derechos Humanos.

³inciso 1). *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada* y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. inciso 2). No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás

FIGURA 16: CASO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL



Fuente: Sentencia del TEDH. Caso Mennesson vs Francia
 Elaboración Propia-2018

En la figura 16, se observa que estamos ante la modalidad de gestación por sustitución gestacional, en el que la cualidad de madre sustituta recae en (X) quien por ende no tiene vínculos genéticos con los menores pues solo aportó la gestación ya que el material genético óvulo fue aportado por una donante anónima y el material genético espermatozoide por don Sylvie Mennesson (esposo) estableciendo vínculos sanguíneos con los menores y la señora Dominique (esposa) fue reconocido por el Estado de California como la madre legal.

VI. DISCUSIÓN

Concluido el análisis de resultados de la investigación, la discusión gira en torno a explicar cuál es la relación entre la normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la gestación por sustitución y comprender porque las legislaciones han optado posturas diferentes sobre la gestación por sustitución:

6.1. Legislaciones que prohíben la gestación por sustitución:

Las legislaciones como Suiza, Francia y Alemania han optado por la postura de la prohibición y declarar nulos los acuerdos de la gestación por sustitución teniendo como sustento la teoría de la preferencia de la gestante, la misma que indica que, la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto. Madre es aquella mujer que ha gestado y ha parido, siguiendo la regla del derecho romano.

Esta posición es defendida por varios autores como:

Lledo (1988) quien considera que la maternidad de gestación tiene más valor que la maternidad genética, por lo que es partidario de la regla según la cual *partus sequitur ventrem*. Considerando si los gametos (óvulo y semen) provengan de la maternidad biológica, de forma que madre no será la comitente, la maternidad genética no condiciona en absoluto la maternidad biológica, de forma que madre será no la que presta el óvulo, sino la que soporta la gestación.

Rivero por su parte señala que en un acuerdo de gestación por sustitución son tres participaciones (la gestante, la que aporta el material genético y la comitente), entonces es madre la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación no solo psicológica sino psíquica, afectiva, llena de emociones, al parecer compartidas.

En esta postura, existe una primera manifestación de negacionismo, con respecto de los acuerdos o contratos celebrados para la figura de la gestación por sustitución, pues consideran nulos dichos acuerdos o contratos. Esta primera manifestación coincide con el trabajo de investigación realizado por Del Águila (2009), cuyo titulado: “*Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos: Nueva perspectiva en el Derecho de Familia*” realizado en la Universidad San Martín de Porres de Lima, concluye, manifestando que la maternidad sustituta nunca debe contemplarse como un contrato en nuestro sistema jurídico peruano, es virtud que un convenio de esta índole es ilegal, contrario a la moral y las buenas costumbres que imperan en nuestra sociedad. Sin embargo, considero que sólo mira un aspecto de la normatividad, y no observa los derechos fundamentales como la libertad y la dignidad humana contemplados en la Constitución Política del Perú, que puede abrir mucho más panoramas para entender dicha figura jurídica en el Derecho de Familia actual.

Esta posición de las legislaciones antes descritas, que optan por la prohibición y declarar nulos los acuerdos de la gestación por sustitución, no sólo queda en dicha prohibición, que optan por incluir como delito dicha figura, ejemplo de ello es la legislación Suiza y la Francesa. Esta última posición mucho más radical, es defendida en el trabajo de investigación de Velásquez (2015), en su Tesis titulada: “*Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano*” realizado en la Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez” de Arequipa, quien sostiene que la gestación por sustitución o maternidad subrogada, debe tratarse como consecuencia jurídica, si es que este tipo de contrato se da en la realidad, y por lo tanto la legislación penal debe regularla, a fin de que se sancione la aplicación y sus alcances para evitar el abuso, la ilegalidad y el desconocimiento de varios derechos fundamentales.

Debo indicar, que además de las legislaciones antes mencionadas que prohíben la figura de la gestación por sustitución, está en este grupo, el país de España, esta determinación ha sido dado en la investigación realizada por Beorlegui (2014), en su Trabajo de fin de Master titulado: “La Maternidad subrogada en España” realizado en la Universidad de Navarra de España; indicando que si bien es cierto que en España se prohíbe la maternidad subrogada, se permite la inscripción de los hijos nacidos por estas técnicas, lo que se entiende que es un apañó regulativo y que podría mejorarse con una nueva y ampliada regulación de la ley 4/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Ante ello asistimos a un panorama que si bien se puede prohibir la institución jurídica en estudio, sin embargo, es cierto que en sus legislaciones especiales se va abriendo un camino simulado de aceptación para ciertas formas, la cual coincida con parte de nuestra posición que vamos a indicar más adelante.

En base a los resultados de la investigación, se ha logrado determinar que las legislaciones de Suiza, Alemania y Francia son de carácter prohibitiva sobre la figura de la gestación por sustitución, adoptan la teoría de la preferencia de la gestante donde madre es aquella mujer que ha gestado y ha dado a luz, siguiendo la regla del derecho romano “mater semper certa est y partus sequitur ventrem”. Además se observa el predominio de la maternidad de gestación sobre la genética lo cual se opone a la gestación por sustitución, pues supone que el hijo lo será de la madre que lo gestó y que, en teoría, lo iba a entregar.

Por lo tanto las legislaciones que tiene la postura clara y expresa de prohibir la gestación por sustitución adoptan la teoría de la preferencia de la gestante pero considero que esta teoría interfiere en los asuntos reproductivos privados y desacredita las decisiones tanto de la pareja o persona comitente como de la gestante. Asimismo no se acomoda a todas las opciones de planificación familiar, a la voluntad procreacional donde una pareja quiere o no tener descendencia se da en el ámbito privado y la posibilidad de procrear utilizando

las técnicas de reproducción asistida como la gestación por sustitución es parte del derecho a fundar una familia.

El derecho a fundar una familia está íntimamente ligado con el derecho a la procreación. Ante la adopción de esta teoría en un ordenamiento jurídico no solo vulnera un derecho sino varios derechos consagrados en la convención interamericana de los derechos humanos artículo 17.2 de la Convención señala el derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones y a fundar una familia y, en consecuencia, la adopción de prohibición fundada por la teoría de la preferencia de la gestante sería desproporcionada e innecesarias de iure o de facto por vulnerar los derechos señalados.

6.2. Legislaciones que permiten la gestación por sustitución

En contraste, las legislaciones de Rusia, Canadá y Grecia han optado por la postura permisiva al regular la figura de la gestación por sustitución, adoptando la teoría de la intensión. Esta teoría fue desarrollada por el Estado de California en el caso de Johnson y Calvert de 1993. Por primera vez una Corte se enfrentó al interrogante sobre si la madre legal es aquella que da luz al niño o la que provee el material genético.

Cada legislación pertenece a diferentes familias jurídicas, pero han recogido esta teoría en su ordenamiento.

Esta teoría es defendida en la doctrina por autores como:

Lamm (2013) quien sostiene que madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético y/o biológico. La autora, fundamenta su afirmación, de acuerdo al enfoque de los derechos de la maternidad, tomándolo como un derecho fundamental, de toda mujer de ser madre, independientemente de ser ella la aportante genética y biológicamente hablando, digamos que se basa en un enfoque naturalista.

Por otra parte, Hernández (1998) considera que madre es aquella persona que en el contrato estableció el deseo de tener un hijo a través de esta técnica, sin distinguir si ha aportado el óvulo o no. Bien es cierto que se rompe el principio de que madre es quien da a luz y de que la madre siempre es cierta, pero no sería obstáculo para otorgarle la maternidad a otra persona, pues se está ante una nueva situación que no tiene por qué solucionarse siguiendo las mismas coordenadas que las que se derivan de la maternidad natural. En este autor, vemos que a la maternidad le da un enfoque contractualista, va más allá de la concepción que le da el primer autor antes citado, sin embargo, aun aquí no se habla de una posible regulación legislativa, pero es un desarrollo conceptual adecuado a fin de llegar a la regulación normativa.

Por ello Beorlergui (2014), afirma que las legislaciones optan por considerar legal la gestación por sustitución porque es la manifestación derivada del “derecho a procrear” implícito en los derechos fundamentales a la libertad y la dignidad humana, a formar una familia y al libre desarrollo de la personalidad”. (p. 16).

De los estudios de investigación revisados en la presente investigación, son Álvarez y Michelle (2015), autores de la 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*” realizado en la Universidad de Costa Rica. Quienes coinciden con el fenómeno de la tecnología para fines genéticos, ya que en su investigación indican que, los avances tecnológicos han hecho posible el empleo de las técnicas de reproducción asistida; es posible identificar con más frecuencia cómo dichas técnicas son aceptadas por las legislaciones extranjeras y además cómo Costa Rica mantiene un rezago importante en la regulación de

estos temas que actualmente se consideran de gran importancia y están directamente relacionados con el derecho humano a formar una familia propia.

Frente a lo expuesto, considero que la teoría de la intensidad es la postura que actualmente se viene erigiendo en las legislaciones de carácter liberal, todo ello pasa por comprender la importancia de la libertad de la persona en su dimensión más amplia, claro está que con sus parámetros adecuados, guiados por la dignidad de la persona humana, esto en contraste con el avance de la biotecnología. Con esta teoría se hace efectivo el derecho a acceder al progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia que se deriva del derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva.

Las legislaciones que tienen posturas claras ya sea prohibiendo o permitiendo la gestación por sustitución adoptan teorías y derechos para regular la gestación por sustitución.

6.3. Legislaciones que omiten regular la gestación por sustitución

Las legislaciones de Ecuador y Chile no tienen una clara y expresa postura ya sea de prohibición o de permitir la gestación por sustitución en su ordenamiento jurídico, por lo tanto considero que dichas legislaciones estarían dentro del rubro de aquellas que omiten su regulación.

Sin embargo en sus Códigos Civiles, establecen que la maternidad se determina por el parto. Siguiendo los axiomas romanos: “Mater semper certa est” y “partus sequitur ventrem”.

Las legislaciones citadas consideran madre aquella mujer que gesta y a da a luz a la criatura, mantienen vigentes las institutas del Derecho Romano antes mencionados, y ¿Por qué?, por la sencilla razón de pertenecer a la familia

jurídica Civil Law donde se mantiene aún la concepción clásica y antigua de determinar la maternidad por el parto.

Entonces nos preguntamos ¿Qué relación tiene el Perú con las legislaciones que optan por prohibir, permitir u omitir?

La legislación peruana no tiene una postura expresa de permisión, prohibición sobre la gestación por sustitución.

Sin embargo tenemos la ley general de salud que en su artículo 7° establece ***“que toda persona puede recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, y se requiere la condición de madre genética y de madre gestante que recaiga sobre la misma persona”***. El texto citado, genera mucha polémica en la doctrina debido a que autores como:

Salas (2016), considera que la norma es ambigua porque condena, indirectamente la gestación por sustitución pero seguidamente no establece ninguna restricción ya que señala abiertamente que el uso de toda técnica de reproducción asistida requerirá únicamente del consentimiento escrito de los padres biológicos, no haciendo siquiera alusión alguna a que dicha pareja tenga necesariamente algún problema de infertilidad, lo cual es una omisión grave.

En este último aspecto, considero que es necesario su regulación normativa expresada de forma permisiva en nuestra legislación, y en esto podemos llevar el proceso que ha llevado el país vecino de argentina, tal como lo han detallado en el trabajo de investigación realizado por Di Prieto y Trucchi (2016), quienes presentaron la Tesis titulada: ***“Gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado”*** realizado en la Universidad Nacional de La Pampa - Argentina. Es una investigación que luego de haber analizado detenidamente la institución jurídica en estudio, la gestación por sustitución, advierten la necesidad de su regulación concreta y específica en el ordenamiento jurídico

argentino. Se refieren tanto al reconocimiento de los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, con la finalidad de hacer posible la inscripción de los niños nacidos en virtud de esta práctica, en los Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas de ese país; como así también a la validez de dichos contratos celebrados en Argentina, capaces de generar lazos filiatorios con sus consecuentes efectos jurídicos. Por lo que en ese sentido, se debe evaluar a la luz del derecho internacional privado, a fin de estar acorde con los avances de las legislaciones dentro de Latinoamérica, y de los nuevos retos que nos depara la nueva concepción de la maternidad y la filiación de maternidad.

Frente a ello, a pesar que nuestra legislación en materia de gestación por sustitución es aún ambigua, la judicatura no se ha dejado de administrar justicia en estos casos, la jurisprudencia nacional ha desarrolla sobre la incertidumbre de la citado norma considerando que “el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho que una interpretación *a contrario sensu* de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa. Además del uso de esa técnica para la interpretación. Existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona. (Exp. N° 06374-2016, fundamento 8).

Ahora el Código Civil Peruano según Jiménez (2010) considera en materia de filiación se encuentra desfasado. Se sustenta en la concepción clásica romanista: “mater semper certa est” (la madre siempre es conocida), según la cual la mujer que gesta, es la madre de la criatura que alumbró.

Por su parte Varsi (2013) afirma que la maternidad en la legislación nacional está dada como una simple consecuencia del puro hecho biológico que es el parto. La determinación de la maternidad por el parto responde a que determina el proceso de la gestación iniciado con la concepción: madre es la que concibió.

Entonces el Código Civil Peruano determina la maternidad por el hecho biológico del parto y no cabe admitir otro tipo de maternidad de tal manera que indirectamente los artículos señalados reflejan el principio romano “Mater semper certa est” y “partus sequitur ventrem”.

Por lo tanto podemos decir que en la legislación peruana no existe una clara y expresa prohibición de celebrar los contratos o acuerdos de la gestación por sustitución o de aplicar las TERAs. Pero si existe una realidad latente de la práctica de la gestación por sustitución y mediante la jurisprudencia nacional se ha resuelto a favor de los que desearon ser padres teniendo como fuente la jurisprudencia convencional y la interpretación de la norma constitucional.

6.4. Sentencias de la Corte Suprema de justicia de Lima

La Casación 536-2011-Lima nos hallamos ante un caso de gestación por sustitución tradicional de carácter oneroso.

Nos encontramos a favor con lo resuelto por la Corte Suprema porque determino que estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la

Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que el Estado peruano es parte.

6.5. Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima

- La sentencia del expediente N° 183515-2006-00113-Lima nos hallamos ante un caso de gestación por sustitución gestacional con fines altruistas.

Nos encontramos en pleno acuerdo con lo resuelto por el quinto juzgado especializado en familia al considerar que la conducta realizada por las partes no está expresamente prohibido ni expresamente admitido al tenor del artículo 2.24.a de la constitución política *es lícita la conducta y se merece un amparo legal ya que nuestro ordenamiento jurídico positivo* con devenir del tiempo se está quedando desactualizado con el avance de la ciencia médica- biológica.

Se consideró la conducta lícita y por lo tanto amparando los derechos que los corresponden a las partes.

- La sentencia del expediente N° 06374-2016-Lima nos encontramos ante un caso de gestación por sustitución gestacional.

Nos encontramos conformes con lo resuelto por el Quinto juzgado especializado en lo constitucional debido al amparo convencional que vincula al Estado peruano, en la que una persona acude a las técnicas de reproducción asistida para con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona pueda alcanzar la situación de ser madre y sería un contrasentido se desconozca la condición de madre que acudió a dicho método luego alcanzar un resultado favorable (que dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebe). Asimismo se considera que el Estado peruano no proscribe el uso de las TERAS y más bien la normativa convencional sí reconoce dicha alternativa como legítima a ejercer los derechos reproductivos y a formar una familia.

Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico peruano no regula expresamente la gestación por sustitución ni para prohibirla ni para declararla nula mediante

la jurisprudencia nacional se ha resuelto los casos presentados de gestación por sustitución a favor de las madres intencionales que desearon serlo.

Como señala Rubio (2009) en la familia romano-germánica de Derecho, se considera que la utilización de la jurisprudencia como precedente vinculatorio es recomendable en virtud de que permite aplicar el principio de equidad, que establece similitud de consecuencias para casos de características similares. En este sentido, el precedente jurisprudencial vinculatorio se convierte en una forma operativa de lograr una mejor aplicación de la justicia. (p. 174).

Teniendo como antecedente lo señalado por la Corte Suprema se debe seguir en cumplir el rol promotor en el afán de mejorar nuestra jurisprudencia en los casos de gestación por sustitución y establecer un precedente bien definido para los casos posteriores que puedan presentarse.

Por su parte la jurisprudencia internacional ha resuelto los casos de gestación por sustitución y la utilización de las TERAs considerando lo siguiente:

6.6. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- Caso Artavia Murillo vs Costa Rica:

El Perú pertenece al Sistema Interamericano de derechos Humanos en mérito a haberse adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptar la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En consecuencia, y tomando en consideración la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política. “Las normas relativas a los Derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Ante ello los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sus sentencias, también forman parte del Sistema

Interamericano; y ello significa que los mecanismos de protección de los derechos humanos en nuestro país no se agotan con las herramientas protegidas por el derecho nacional, sino se extienden a mecanismos supranacionales.

Teniendo como jurisprudencia convencional lo emitido por la CIDH en la sentencia considera que en el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas:

El artículo 17.2 de la convención Americana protege el Derecho a fundar una familia, en el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte el comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. (Párrafo 145)

Asimismo el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos. (Párrafo 146).

Finalmente considero que el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para

ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador... Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva,... (Párrafo150).

La CIDH estableció que la prohibición de las restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona afectarían los derechos citados. Por lo tanto el Estado de Costa Rica fue declarado responsable de la vulneración de los derechos contenidos en la convención.

En tal sentido, el Perú está obligado a considerar lo establecido por la CIHD y tiene como jurisprudencia para resolver los casos que se presenten en el país sobre las TERAs.

6.7. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-Caso Mennesson vs Francia (N° 65192/11-2014):

Francia es uno de los Estados Europeos que prohíbe expresamente la gestación por sustitución por esa razón se rehusó a inscribir a los menores nacidos mediante la gestación por sustitución como hijos de la pareja Mennesson llegando el caso Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) quien considero que Francia es culpable por vulnerar derechos consagrados en el Convenio Europeos de Derechos Humanos y estableció:

La injerencia del Estado francés en la vida privada de los recurrentes mediante su negativa a inscribir la filiación solicitada, se ajustó a lo establecido en el artículo 8, ya que se produjo de acuerdo con la ley y persiguió motivos legítimos (en concreto, “la protección de la salud”, y” la protección de los derechos y las libertades de los demás”, puesto que la finalidad de la prohibición de la gestación por sustitución proteger a las madres portadoras y a los niños. (Párrafo 62)

Que el margen de libertad de los Estados en lo relativo a la admisión de la gestación por sustitución y al reconocimiento de los vínculos de filiación entre los comitentes y los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de esa técnica, es muy amplio, dada la falta de consenso europeo sobre tales cuestiones. (Párrafo 78)

Que el derecho de los niños a su vida privada se había visto afectado significativamente por la imposibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación, sobre todo con el Sr. Mennesson, teniendo en cuenta que era biológicamente el padre de los gemelos, y como la importancia del factor biológico en la configuración de la identidad personal. (Párrafo 99, 100 y 101)

El TEDH se basa principalmente en la existencia de un vínculo biológico de filiación entre el Sr. Mennesson y los gemelos, vínculo cuya plasmación legal fue impedida por las autoridades francesas más no se pronuncia sobre la gestación por sustitución.

VII. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los resultados y datos obtenidos, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- La relación entre la normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la institución jurídica de la gestación por sustitución, es de carácter omitiva porque en el Perú no existe una regulación expresa y clara para prohibirla, tampoco para admitirla
- Los países que tienen legislaciones donde toman como regla la prohibición expresa y declarar nulo los acuerdos de la gestación por sustitución son Suiza, Francia y Alemania, quienes optan por la teoría de la preferencia de la gestante bajo la concepción del principio romano “Mater semper certa est y partus sequitur ventrem”.
- Los países que tienen legislaciones que permiten la gestación por sustitución bajo ciertos requisitos y condiciones son Canadá y Grecia en cambio Rusia, posee una admisión amplia pero optan por la teoría de la intensión, desarrollada por la jurisprudencia norteamericana desde 1993 siendo esta teoría al alcance de la ciencia médico-biológico en aplicación de las TERAs en la gestación por sustitución.
- Los países que tienen legislaciones que no regulan expresamente, ni su admisión, ni su prohibición la gestación por sustitución son: Ecuador y Chile sin embargo en su legislación civil mantienen la concepción clásica del derecho romano Mater semper certa est y partus sequitur ventrem” por pertenecer a la familia jurídica de Civil Law.

- La jurisprudencia nacional ha desarrollado y resuelto la institución jurídica en estudio, aceptándola bajo los criterios del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política y el artículo IX del Código del Niño y del Adolescente.

- En la jurisprudencia internacional tenemos lo resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que el uso de las técnicas de reproducción asistida (TERAs) ante la imposibilidad de ser padres corresponde al derecho del goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) quien ha reconocido el derecho que tienen todos los Estados Europeos a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitir, prohibir u omitir) y negar la inscripción en el Registro Civil a los menores nacidos mediante la gestación por sustitución vulnera el artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto de su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial.

- El derecho a procrear es parte del derecho a fundar una familia y, las técnicas de reproducción asistida están estrechamente vinculadas con el goce de los beneficios del progreso científico que el Perú aún no regula positivamente en el ordenamiento jurídico.

VIII. RECOMENDACIONES

De acuerdo a las conclusiones se hace las siguientes recomendaciones:

- La institución jurídica de la gestación por sustitución, que ha sido proporcionada por el derecho comparado, tiene que ser regulada positivamente en el ordenamiento jurídico nacional teniendo como modelo a la legislación Griega, a través de una norma especial que permita su realización bajo ciertos requisitos y condiciones brindadas por el Estado peruano.
- La figura jurídica de la gestación por sustitución, que pertenece al derecho de familia debe ser incorporada en la legislación civil, ya que existe una incorporación de acápites extraídos de los sistemas jurídicos extranjeros que admiten la gestación por sustitución como una nueva manera engendrar el vínculo materno filial y se enfocan por la teoría de la intensión (voluntad procreacional).
- Los magistrados de las Cortes Superiores de Justicia del Perú deben optar por la teoría de la intensión, la jurisprudencia convencional y los principios generales del derecho ante los casos que tengan que resolver sobre la gestación por sustitución para reconocer el derecho a fundar una familia.
- Referente a la embriodonación debería ser motivo de una investigación desde el campo jurídico donde se establezca ciertos límites y condiciones para su realización.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Libros

- Aguilar, B. (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L
- Aranzamendi, L. (2009). “*Guía Metodológica de Investigación Jurídica, del Proyecto a la Tesis*”. Perú: Editorial ADRUS.
- Carrasco, S. (2013). “*Metodología de la investigación científica*”. Perú: Ediciones San Marcos.
- García, E. (1994). *Introducción al Derecho*. México: Porrúa
- Gonzales, N. (2010). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México: Ediciones S.A.
- Hernández, R., Fernández, C y Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGraw Hill.
- Hernández, R. (2017). *Derecho Comparado*. Lima: Jurista Editores. E.I.R.L.
- Morán, C. (2005). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima: ARA Lima.
- Ossorio, M. (2007). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientre de alquiler*. España: Universidad de Barcelona
- Pérez, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salas, C. (2016). *La maternidad subrogada y su legalización (principios jurídicos y bioéticos)*. Lima: Ediciones jurídicas
- Varsi, E. (2013). *Derecho Genético. Principios Generales*: Lima: Grijley
- Varsi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la Filiación*. T.IV. Lima: Editorial EL BUHO.E.I.R.L
- Vélez, L. (2003). *Ética Médica*. Colombia: Corporación para Investigación Biológica.
- Zelayaran, M. (1997). “*Metodología de Investigación Jurídica*”. Perú: Ediciones jurídicas.

Artículos Jurídicos

- Martínez, M. (1993). *Los Derechos Del Niño: Entre la Ley y la Ciencia*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rivero, F. (1991). *Comentario del código civil Español*. Madrid: Ministerio de Justicia, secretaria general técnica, centro de publicaciones.
- Romero, C. (1981). *La maternidad*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

Revistas jurídicas

- Jiménez, D. (2010). Legalización de la contratación de alquiler materna en el Perú. In *Crescendo Revista Científica de la universidad católica de los ángeles de Chimbote*, pp. 347-358.
- Lamm, E. (julio 2012). “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. *Indret Revista para el análisis del Derecho*, (n° 3), pp. 4-49
- Varsi, E. (junio de 2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. (Vol.11, N° 39)*, pp. 1-32.

Tesis

- Del Águila, R. (2009). *Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos. Nueva perspectiva en el Derecho de Familia*. Tesis de maestría. Universidad San Martín de Porres. Lima-Perú.
- Santander, C. (2012). *El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?.* Tesis de pregrado. Universidad Alberto Hurtado. Chile.
- Velásquez, M. (2015). *Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el código penal peruano*. Tesis de maestría. Universidad andina “Néstor Cáceres Velásquez. Arequipa-Perú.

Lincografía:

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. España: Centro de Estudios Constitucionales. Recuperado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf>
- Álvarez, A y Hernández, M. (2015). *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*. Tesis de pregrado. Recuperado de repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/2638/1/38525.pdf. Fecha: 15/10/2017.
- Arambula, A. (2008). *Maternidad subrogada*. México: Servicio de Investigación y Análisis – Subdirección de política exterior. Recuperado en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>
- Badilla, A. (2015). *El Derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>
Fecha: 31/04/2018.
- Beorlegui, A. (2014). *La Maternidad subrogada en España*. Tesis de master. Recuperado de academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?. Fecha: 15/10/2017.
- Bender, L. (2003). *Genes, Parents, and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race, & Law*. Recuperado de <https://cjgl.cdrs.columbia.edu/article/genes-parents-and-assisted-reproductive-tec>. Fecha: 05/06/2018.
- Campillo, B. (2009). *La maternidad de alquiler en el Derecho Internacional Privado*. Recuperado en <http://beatrizcampillo.blogspot.com/2009/07/la-maternidad-de-alquiler-en-el-derecho.html>

Fecha 18/10/2017.

Di Prieto, C y Trucchi, M. (2016). *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado*. Tesis de pregrado. Recuperado de www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_diplag979.pdf

Fecha: 15/10/2017.

Gamboa, C. (2010). *Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado*. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>

Fecha: 15/03/2018

Martínez, C. (2017). El tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la maternidad subrogada. Recuperado en https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/04/Maternidad_subrogada.pdf.

Fecha 25/03/2018

Sánchez, R. (2010). La gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos. *Humanitas: Humanidades Médicas*. Recuperado de http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/revista.htm.

Fecha: 17/04/2018

Legislación Nacional:

Constitución Política del Perú 1993

Código Civil Peruano de 1984

Ley General de Salud- Ley N° 26842

Proyecto de Ley N° 2839/2013-CR. Recuperado en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/2013agendassalud/79351B429EDDE34705257C36007CE7A1/\\$FILE/SALUD.8%C2%B0.ORD_04.12.13.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/2013agendassalud/79351B429EDDE34705257C36007CE7A1/$FILE/SALUD.8%C2%B0.ORD_04.12.13.pdf).

Fecha: 25/08/2017.

Informe final-Comisión especial de estudio del anteproyecto de la ley de reforma del Código Civil 2010-2011. Recuperado en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/informes.nsf/InformesPorComisionEspecial/58E916D79A8753A0052578800063FA8B/\\$FILE/ATTJDK8N.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/informes.nsf/InformesPorComisionEspecial/58E916D79A8753A0052578800063FA8B/$FILE/ATTJDK8N.pdf)

Fecha: 25/08/2017.

Sala revoca prisión preventiva contra pareja chilena denunciada por trata de menores. Recuperado en. <https://legis.pe/sala-revoca-prision-preventiva-pareja-chilena-denunciada-trata-menores/>

Fecha: 18/9/2018.

Jurisprudencia nacional:

CAS. N° 563-2011-LIMA.

EXP. N° 183515-2006-00113-LIMA.

EXP. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05-LIMA.

Legislación Internacional:

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

Fecha: 18/04/2018

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

Fecha: 18/04/2018

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “protocolo de san salvador”. Recuperado en http://derechoshumanos.pe/wp-content/uploads/congreso/PROTOCOLO_SAN_SALVADOR.pdf

Fecha: 18/04/2018

Observación General No. 19. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990). Recuperado en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html>

Fecha: 02/05/2018.

Comisión de Palacios- Informe de la Comisión Especial de estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana. Recuperado en https://www.researchgate.net/profile/Francisco_Jose_Ballesta/publication/318456500_La_Comision_Especial_de_Estudio_de_la_Fecundacion_In_Vitro_y_la_Insem

[inacion Artificial Humanas del Congreso de los Diputados de Espana/links/596b9dd40f7e9b8091988e02/La-Comision-Especial-de-Estudio-de-la-Fecundacion-In-Vitro-y-la-Inseminacion-Artificial-Humanas-del-Congreso-de-los-Diputados-de-Espana.pdf](https://www.congreso.es/links/596b9dd40f7e9b8091988e02/La-Comision-Especial-de-Estudio-de-la-Fecundacion-In-Vitro-y-la-Inseminacion-Artificial-Humanas-del-Congreso-de-los-Diputados-de-Espana.pdf)

Fecha: 20/05/2018.

Jurisprudencia Internacional:

Caso Artavia Murillo (Fecundación in vitro) VS Costa Rica. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

Fecha: 01/05/2018.

ANEXO

ANEXO N° 01

ANALISIS DE SENTENCIA EMITIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA

NÚMERO DE EXPEDIENTE		
JUZGADO		
PARTES PROCESALES	DEMANDANTE	DEMANDADO
MATERIA DEL RECURSO	FUNDAMENTOS POR LOS CUALES LOS JUECES NO CASARON EL CASO DE GESTACIÓN DE GESTACIÓN	
<div style="display: flex; justify-content: space-around; align-items: center;"> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 5px;">CAS</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 5px;">AP</div> </div>		
¿QUÉ SE RESUELVE?	PRINCIPALES FUNDAMENTOS DECISORIOS DEL RECURSO DE CASACIÓN	
CASARON <input type="checkbox"/>		
NO CASARON <input type="checkbox"/>		

ANEXO N° 02

ANALISIS DE SENTENCIA EMITIDAS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

NÚMERO DE EXPEDIENTE		
JUZGADO		
PARTES PROCESALES	DEMANDANTE	DEMANDADO
INFORMACIÓN RELEVANTES	FUNDAMENTOS FACTICOS DE LA DEMANDA	
¿QUÉ SE RESUELVE?	FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA DEMANDA	
FUNDADO <input type="checkbox"/>		
INFUNDADO <input type="checkbox"/>		

ANEXO N° 03

ANALISIS DE LA SENTENCIA EMITIDAS CIDH CASO ARTAVIA MURILLO VS COSTA RICA

CASO		
PARTES PROCESALES	DEMANDANTE	DEMANDADO
LA CIDH DECLARA CULPABLE <input type="checkbox"/> ESTADO DE COSRA RICA INOCENTE <input type="checkbox"/>	PRINCIPALES FUNDAMENTOS INTERPUESTOS POR LAS PARTES	
	FUNDAMENTOS POR LOS CUALES LOS JUECES HAN DECLARADO CULPABLE AL ESTADO DE COSTA RICA	

ANEXO 4

ANALISIS DE LA SENTENCIA EMITIDAS POR TEDH CASO MENNESSON VS FRANCIA

CASO		
PARTES PROCESALES	DEMANDANTE	DEMANDADO
LA TEDH DECLARA	PRINCIPALES FUNDAMENTOS INTERPUESTOS POR LAS PARTES	
CULPABLE <input style="width: 40px; height: 20px;" type="checkbox"/>		
ESTADO DE FRANCIA	FUNDAMENTOS POR LOS CUALES LOS JUECES HAN DECLARADO CULPABLE AL ESTADO DE FRANCIA	
INOCENTE <input style="width: 40px; height: 20px;" type="checkbox"/>		

ANEXO N° 05

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

LEGISLACIÓN				
FAMILIA JURÍDICA				
RANGO DE LA LEY	LEY FUNDAMENTAL	LEY ORDINARIA	LEY ESPECIAL	Y/OTROS
REGULACIÓN NORMATIVA	QUE PROHÍBE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN			
	QUE PERMITE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN			
	QUE OMITE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN			
ARGUMENTOS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN				

ANEXO N° 6

UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRÍGUEZ DE MENDOZA DE AMAZONAS



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



"AÑO DEL DIALOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL"

Chachapoyas, 09 de marzo de 2018

Señor: Dr. Guevara Aranda, Segundo Roberto
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRÍGUEZ DE
MENDOZA DE AMAZONAS

Asunto: Solicita opinión o juicio de experto sobre instrumentos de investigación que permita determinar la validez y confiabilidad

En mi condición de egresada de la escuela profesional de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza; tengo el honor de dirigirme a usted, saludándole con cordialidad, fina cortesía y admiración a su intelecto, manifestándole que la presente tiene como objetivo, **solicitar opinión o juicio de expertos sobre los instrumentos de investigación**, correspondientes al proyecto de tesis de quien suscribe, **en perspectiva de determinar la validez y confiabilidad de los referidos instrumentos**. Su condición de profesional en derecho, en experiencia en docencia superior, conocimiento en materia de Derecho Constitucional y su producción intelectual son los atributos para que haya decidido merecer su opinión o juicio de experto, así como las acotaciones críticas relacionadas con los instrumentos que se adjuntan:

- i. Instrumentos de investigación para la validación y confiabilidad de los ítems para evaluar la investigación **“NORMATIVIDAD JURIDICA PERUANA Y LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN”**

Con la certeza de que la presente tendrá la acogida suya, patentizo desde ahora, mi agradecimiento y gratitud en aras de la exigencia y el rigor al problema de investigación que se está abordando.

Atentamente

V° B°

Rosa Edelmira Avellaneda Chumbe
Bachiller de la EPCYCP-UNTRM

Dr. Waltina Condori Vargas
Decana Facultad de Ciencias
Sociales y Humanidades

Se adjunta: Facsímil del instrumento para el informe de opinión de expertos acerca del análisis de contenido del Proyecto de Tesis **“NORMATIVIDAD JURÍDICA PERUANA Y LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN”**, para su validez y confiabilidad; la matriz de consistencia del respectivo proyecto de tesis; Ficha de recojo de información.

UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRÍGUEZ DE MENDOZA DE AMAZONAS



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



"AÑO DEL DIALOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL"

Chachapoyas, 09 de marzo de 2018

Señor: Dr. Ever Lázaro Salome
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRÍGUEZ DE
MENDOZA DE AMAZONAS

Asunto: Solicita opinión o juicio de experto sobre instrumentos de investigación que permita determinar la validez y confiabilidad

En mi condición de egresada de la escuela profesional de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza; tengo el honor de dirigirme a usted, saludándole con cordialidad, fina cortesía y admiración a su intelecto, manifestándole que la presente tiene como objetivo, **solicitar opinión o juicio de expertos sobre los instrumentos de investigación**, correspondientes al proyecto de tesis de quien suscribe, **en perspectiva de determinar la validez y confiabilidad de los referidos instrumentos**. Su condición de profesional, en experiencia en docencia superior, conocimiento en investigación científica, metodológica y con producción intelectual son los atributos para que haya decidido merecer su opinión o juicio de experto, así como las acotaciones críticas relacionadas con los instrumentos que se adjuntan:

- i. Instrumentos de investigación para la validación y confiabilidad de los ítems para evaluar la investigación **“NORMATIVIDAD JURIDICA PERUANA Y LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN”**

Con la certeza de que la presente tendrá la acogida suya, patentizo desde ahora, mi agradecimiento y gratitud en aras de la exigencia y el rigor al problema de investigación que se está abordando.

Atentamente

V° B°

Rosa Edelmira Avellaneda Chumbe
Bachiller de la EPCYCP-UNTRM

Dr. Waltina Condori Vargas
Decana Facultad de Ciencias
Sociales y Humanidades

Se adjunta: Facsímil del instrumento para el informe de opinión de expertos acerca del análisis de contenido del Proyecto de Tesis **“NORMATIVIDAD JURÍDICA PERUANA Y LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN”**, para su validez y confiabilidad; la matriz de consistencia del respectivo proyecto de tesis; Ficha de recojo de información.

FACSIMIL DEL INSTRUMENTO PARA EL INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS ACERCA DEL ANÁLISIS DE CONTENIDO DE LAS VARIABLES, PRESIONES PERSONALES Y SALUD GENERAL, PARA SU ANALOGÍA Y ESTIMACIÓN DE COHERENCIA CON LA VALORACIÓN ESTADÍSTICA DE SU VALIDEZ Y CONFIABILIDAD

Nombres y apellidos del experto:.....

Cargo que desempeña:.....

Institución en la que trabaja el experto:.....

Autor del instrumento: Bachiller ROSA EDELMIRA AVELLANEDA CHUMBE

I. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

I. OPINIÓN DE APLICABILIDAD:	
.....	
PROMEDIO DE VALORACIÓN:	LUGAR Y FECHA:, .../ .../2018

.....	
FIRMA	
DNI	
TELEF N°	

Llene el formato del informe de opinión, en función de los indicadores y criterios, sobre la consistencia del instrumento de investigación. Le puntuación que le asigne obedece su intelecto en la materia. La puntuación valorativa es la que sigue:

- Excelente : 81 - 100 puntos
- Bueno : 61 - 80 puntos
- Aceptable : 41 - 60 puntos
- Deficiente : 21 - 40 puntos
- Deficiente : 00 - 20 puntos

INDICADORES	CRITERIOS	Muy eficiente				Deficiente				Aceptable				Buena				Excelente			
		00	06	11	16	21	26	31	36	41	46	51	56	61	66	71	76	81	86	91	96
		05	10	15	20	25	30	35	40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
CLARIDAD	Los ítems están formulados con lenguaje apropiado, es decir exento de ambigüedades.																				
OBJETIVIDAD	Los ítems del instrumento permitirán mensurar a las variables Normatividad Jurídica Peruana y Legislación Comparada sobre la Gestación por Sustitución, dimensiones e indicadores en sus aspectos conceptuales, concretos, escrutables, comprensibles, verificables, analizables, criticables. Justificables y explicables.																				
ACTUALIDAD	El instrumento evidencia vigencia acorde con el conocimiento científico y tecnológico.																				
ORGANIZACIÓN	Los ítems del instrumento traducen organicidad lógica en concordancia con la definición operacional y conceptual de las variables Normatividad Jurídica Peruana y Legislación Comparada sobre la Gestación por Sustitución, dimensiones e indicadores, de manera que permitan hacer abstracciones e inferencias en función a las hipótesis, problema y objetivos de la investigación																				
SUFICIENCIA	Los ítems del instrumento expresan suficiencia en cantidad y calidad																				
INTENCIONALIDAD	Los ítems del instrumento evidencian ser adecuado para el examen de contenido y mensuración de las evidencias inherentes al análisis de la normatividad jurídica peruana y legislación comparada sobre la Gestación por sustitución.																				
CONSISTENCIA	La información que se obtendrá, mediante los ítems del instrumento, permitirán determinar, describir, analizar y comparar la regulación de la normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la gestación por sustitución																				
COHERENCIA	Los ítems del instrumento expresan coherencia entre la variable normatividad Jurídica Peruana y Legislación Comparada sobre la gestación por sustitución																				
METODOLOGIA	Los procedimientos insertados en el instrumento responden al propósito de la investigación.																				

